

HUMBERTO E. T. BELLO TABARES

**TRATADO DE DERECHO
PROBATORIO**

Estudio del tema probatorio en los sistemas de procedimiento civil escrito y oral, penal, laboral, niños y adolescentes, marítimo, agrario, contencioso administrativo y tributario.

2da Edición

Caracas-Venezuela

2015

HUMBERTO E.T. BELLO TABARES

Abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas. Magíster Scientiarum en Ciencias Jurídicas, mención Derecho Procesal. Especialista en Derecho Procesal. Universidad Santa María (USM). Doctorado en Derecho Constitucional. Maestría en Derecho Penal y Especialización en Derecho Penal. Profesor. Universidad Central de Venezuela (UCV). Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Doctorado en Ciencias, mención Derecho y Especialización en Navegación y Comercio Exterior. Profesor. Practica III. Ex profesor. Universidad José María Vargas (UJMV) Especialización en Derecho Procesal y Derecho Laboral. Ex profesor. Universidad Arturo Michelena (UAM) Especialización en Derecho Laboral y Constitucional. Ex profesor. Universidad Nacional experimental de las Fuerzas Armadas (UNEFA). Ex profesor. Universidad de Margarita (UM). Ex profesor. Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales 2007-2008 al trabajo “Tratado de Derecho Probatorio”. Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales 2008-2009, Reconocimiento Especial al trabajo “La Casación en el Proceso Laboral”. Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales 2009-2010, Mención de Honor al trabajo “La Casación Civil. Propuesta para un recurso eficaz y constitucional”. Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales 2012-2013, Reconocimiento Especial al trabajo “Tratado de Recursos”. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

TRATADO DE DERECHO PROBATORIO

Estudio del tema probatorio en los sistemas de procedimiento civil escrito y oral, penal, laboral, niños y adolescentes, marítimo, agrario, contencioso administrativo y tributario.

PREMIO ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y
SOCIALES 2007-2008

TOMO II

Caracas-Venezuela

2015

INDICE

TÍTULO II

MEDIOS PROBATORIOS EN ESPECÍFICO

CAPITULO I. Declaración de parte y prueba de confesión

1. Declaración de partes en el proceso judicial. Definición. Caracterización. Clasificación. Diferenciación con la confesión.

a. Declaraciones judiciales o extrajudiciales.

b. Declaraciones documentales u orales.

c. Declaración de parte por iniciativa propia o espontánea o por interrogatorio.

d. Declaraciones formales e informales. e. Declaraciones con fines probatorios o aclaratorios.

2. Interrogatorios de las partes en el proceso judicial conforme a los tipos de procedimiento.

3. Interrogatorios de las partes por el judicante.

3.1. Interrogatorios ad *clarificandum* o de clarificación.

3.2. Interrogatorios probatorios.

4. La confesión. Definición. Características. Naturaleza.

a. Tesis que considera la confesión como declaración bilateral de voluntad, de naturaleza sustancial o negocial, de derecho privado.

b. Tesis que sostiene que la confesión es una declaración unilateral de voluntad, de naturaleza sustancial y negocial, de derecho privado.

c. Tesis que la considera como un acto de voluntad y por lo tanto, como un negocio jurídico, pero de naturaleza procesal y no un medio de prueba.

d. Tesis que asigna simultáneamente el doble carácter de negocio procesal y medio de prueba.

e. Tesis que considera de naturaleza sustancial, pero no negocial a la confesión, reconociéndole el carácter de medio de prueba.

f. Tesis que le reconoce a la confesión naturaleza procesal y de derecho público, no negocial, pero que niega que sea un medio de prueba.

g. Tesis que considera la confesión como declaración de verdad, de naturaleza procesal y un medio de prueba.

h. Tesis que considera la confesión como una declaración de ciencia o conocimiento, de naturaleza procesal y un medio de prueba.

5. Clasificación de la confesión.

- 5.1. Confesión judicial o extrajudicial.
- 5.2. Confesión espontánea o provocada.
- 5.3. Confesión escrita u oral.
- 5.4. Confesión preconstituida o constituida.
- 5.5. Confesión documentada o indocumentada.
- 5.6. Confesión expresa o tácita.
- 5.7. Confesión según su contenido.
 - 5.7.1. Confesión pura y simple.
 - 5.7.2. Confesión Calificada o cualificada.
 - 5.7.3. Confesión compuesta.
6. Requisitos de la confesión judicial.
 - 6.1 Requisitos de existencia.
 - 6.1.1. Debe ser una declaración de parte.
 - 6.1.2. Debe tratarse de una declaración personal, salvo que exista autorización legal o convencional para hacerla en nombre de otro.
 - 6.1.3. Debe tener por objeto hechos.
 - 6.1.4. Los hechos sobre los cuales recaiga la confesión deben ser desfavorables al confesante o favorables a su contendor judicial.
 - 6.1.5. Debe versar sobre hechos propios, personales o de los cuales tenga conocimiento el confesante.
 - 6.1.6. Debe tener significación probatoria.
 - 6.1.7. Debe ser consciente. El *animus confitendi*.
 - 6.1.8. Debe ser seria, expresa y terminante.
 - 6.1.9. Que el confesante tenga capacidad jurídica.
 - 6.1.10. Que no exista violencia o coacción de ninguna naturaleza que afecten la conciencia del confesante.
 - 6.2. Requisitos de validez.
 - 6.2.1. Cumplimiento de las formalidades procesales de lugar, modo y tiempo, cuando se trata de confesión provocada o posiciones juradas.
 - 6.2.2. Que no exista causal de nulidad que vicie la confesión cuando sea judicial.
 - 6.3. Requisitos de eficacia.
 - 6.3.1. Disponibilidad objetiva del derecho u obligación que se deduce del hecho confesado.
 - 6.3.2. Legitimación para el acto si se trata de representante o apoderado.
 - 6.3.3. Conducencia o idoneidad de la prueba de confesión.
 - 6.3.4. Pertinencia del hecho confesado con el proceso donde se aduce.

- 6.3.5. Que el hecho haya sido traído al proceso, mediante el alegato de las partes.
- 6.3.6. Que la confesión tenga causa y objeto lícito, no siendo dolosa o fraudulenta.
- 6.3.7. Que la voluntad del confesante no se encuentre viciada por error de hecho o dolo.
- 6.3.8. Que la Ley no prohíba investigar el hecho.
- 6.3.9. Que el hecho sea metafísica o físicamente posible.
- 6.3.10. Que el hecho confesado no sea contrario a un hecho notorio, a una máxima de experiencia, a hechos presumidos por la ley en forma indivirtuable o se oponga la cosa juzgada.
- 6.3.11. Que no exista prueba que infirme la confesión o la contradiga.
- 6.3.12. Que se cumplan con el requisito de tempestividad de la prueba confesional.
- 7. Principio que rigen la confesión.
 - 7.1. Indivisibilidad o inescindibilidad de la confesión.
 - 7.2. Irrevocabilidad o irrectractación de la confesión.
- 8. Valor probatorio de la confesión.
 - 8.1. Confesión judicial.
 - 8.2. Confesión extrajudicial.
- 9. Confesiones contradictorias entre sí o con las contenidas en instrumentos públicos o privados.
- 10. La confesión extrajudicial y su prueba en el proceso judicial.

CAPÍTULO II. Interrogatorio formal de las partes a través de las posiciones juradas

- 1. Confesión provocada o posiciones juradas. Definición. Características. Naturaleza.
- 2. Constitucionalidad de las posiciones juradas o confesión provocada en el marco de los derechos constitucionales y del sistema garantista.
- 3. Las posiciones juradas en el sistema procesal civil venezolano. Promoción. Oportunidad de proposición y evacuación. Requisitos de promoción. La reciprocidad. Admisión.
- 4. Sujetos que pueden proponer las posiciones juradas. Sujetos que están obligados a absolver las posiciones juradas.
- 5. Absolución de posiciones juradas por personas jurídicas. La delegación.
- 6. Absolución de posiciones juradas por apoderados judiciales y representantes de incapaces.
- 7. Absolución de posiciones juradas por adolescentes y por el fallido en materia concursal.
- 8. Personas que no están obligadas a absolver posiciones juradas.
- 9. Personas que no están obligadas a comparecer al proceso para absolver posiciones juradas.
- 10. Citación personal para el acto de posiciones juradas.
- 11. Hechos sobre los cuales ha de recaer las posiciones juradas.

12. fórmula de las posiciones juradas.
13. Limitación en el número de preguntas que pueden formularse en el acto de posiciones juradas.
14. Fórmula de las respuestas a las posiciones juradas.
15. El juramento previo para la absolución de las posiciones juradas.
16. Mecánica de las posiciones juradas. Supuestos. Hora de espera. Confesión en materia de posiciones juradas.
 - 16.1 Comparecencia de ambas partes –proponente y absolvente- al acto de posiciones juradas.
 - 16.2. No comparecencia de las partes –proponente y absolvente- al acto de posiciones juradas.
 - 16.3. Comparecencia del absolvente pero no del proponente al acto de posiciones juradas.
 - 16.4. Comparecencia del proponente pero no del absolvente al acto de posiciones juradas.
17. Comisión judicial en materia de posiciones juradas. Rogatoria para los casos que el absolvente se encuentre en el extranjero.
18. Valoración judicial de las posiciones juradas.
19. ¿Quién afirma la existencia u ocurrencia de un hecho al formular las posiciones juradas, esta reconociendo o confesando dicho hecho?

CAPITULO III. Prueba de juramento

1. Reseña histórica. Definición. Características.
 - 1.1. Naturaleza.
 - 1.2. Diferencia con la confesión.
2. Requisitos del juramento.
 - 2.1. Requisitos de existencia.
 - 2.1.1. Debe ser prestado por las partes.
 - 2.1.2. Debe referirse a hechos, que deben ser propios, personales o de los cuales tenga conocimiento quien deba prestar el juramento.
 - 2.1.3. Debe existir la plena voluntad del deferente o referente, para hacer depender la solución de la litis, del dicho de quien deba prestar el juramento.
 - 2.1.4. Que las partes tengan plena capacidad jurídica, tanto para deferir el juramento, referirlo y prestarlo.
 - 2.2. Requisitos de validez.
 - 2.2.1. Capacidad general para disponer el derecho o contraer obligaciones.
 - 2.2.2. Que no exista coacción para deferir, prestar o referir el juramento.
 - 2.2.3. Cumplimiento de los requisitos de ley y ausencia de cuales de nulidad.
 - 2.3. Requisitos de eficacia.

- 2.3.1. Disponibilidad objetiva del derecho o de la obligación.
- 2.3.2. Debe versar el juramento sobre hechos pertinentes, relevantes, conducentes y sobre todo fundamentales para la solución de la causa.
- 2.3.3. Otros requisitos de eficacia.
- 3. Mecánica de la prueba de juramento.
 - 3.1. Promoción.
 - 3.2. Requisitos de promoción.
 - 3.3. Fórmula del juramento.
 - 3.4 Oposición a la admisión de la prueba de juramento decisorio.
 - 3.5. Admisión de la prueba de juramento.
 - 3.6. Objeción a la fórmula propuesta.
 - 3.7. Evacuación del juramento decisorio.
 - 3.8. Incomparecencia del deferido al acto del juramento decisorio.
- 4. Juramento referido.
- 5. Efectos que produce el juramento decisorio deferido, referido o rehusado. Valor probatorio.
- 6. Retracción del juramento deferido.
- 7. Dispensa del juramento.

CAPÍTULO IV. Prueba Testimonial

- 1. Reseña histórica. Definición. Características. Naturaleza jurídica.
- 2. Objeto del testimonio y finalidad de la prueba testimonial.
- 3. Clasificación del testimonio y de los testigos.
 - 3.1. Testimonio de parte y testimonio de terceros.
 - 3.2. Testimonio oral, escrito o gestual.
 - 3.3. Testimonio y testigo original o de oídas –referencial o de referencia-.
 - 3.4. Testimonio y testigos procesales ordinarios y de los actuarios.
 - 3.5. Testimonio y testigos actuarios.
 - 3.6. Testimonio y testigos mencionados.
 - 3.7. Testimonio y testigos hábiles, inhábiles e incompatibles.
 - 3.8. Testimonio y testigo abonado y ratificado.
 - 3.9. Testimonio y testigos plurales y únicos.
 - 3.10. Testimonio y testigos pertinentes e impertinentes, idóneos o inidóneos.
 - 3.11. Testimonio y testigo técnico.

- 3.12. Testimonio del agente encubierto.
- 3.13. Testigo arrepentido o delator.
- 3.14. Testimonio del agente provocador.
- 3.15. Testimonio y testigo de identidad reservada.
- 3.16. Testimonio del coimputado.
- 3.17. Testimonio y la víctima como testigo.
- 3.18. Testimonio y testigo de cargo.

4. Requisitos.

4.1 Requisitos de existencia.

- 4.1.1. Debe referirse a una declaración personal.
- 4.1.2. Debe tratarse de la declaración de un tercero ajeno al proceso.
- 4.1.3. Debe tratarse de un acto realizado en sede judicial.
- 4.1.4. Debe versar sobre cuestiones de hecho y que además deben haber ocurrido antes de la declaración.
- 4.1.5. Debe tratarse de una declaración representativa o reconstructiva de hechos pasados.
- 4.1.6. Debe tener significación probatoria.

4.2. Requisitos de validez.

- 4.2.1. Que la prueba sea legalmente propuesta y ordenada.
- 4.2.2. Legitimación para proponer la prueba testimonial, para admitirla, evacuarla o recibirla y apreciarla.
- 4.2.3. Capacidad o habilidad jurídica del testigo.
- 4.2.4. Debe referirse a un acto consciente y libre de coacción.
- 4.2.5. La declaración debe realizarse previo el juramento de ley.
- 4.2.6. La prueba debe cumplir los demás requisitos de modo, lugar y tiempo.
- 4.2.7. Ausencia de elementos que invaliden el proceso y consecuentemente la prueba.

4.3. Requisitos de eficacia.

- 4.3.1. La conducencia o idoneidad de la prueba.
- 4.3.2. Pertinencia del hecho objeto del testimonio y que el mismo sea útil.
- 4.3.3. Que la declaración tenga causa y objeto lícito, no siendo dolosa o fraudulenta.
- 4.3.4. Que el testigo tenga capacidad mental al momento de percibir el hecho.
- 4.3.5. Que el testigo no adolezca de falta total o defectos del órgano por medio del cual percibió dice haber percibido los hechos.
- 4.3.6. Que el testigo tenga una capacidad memorativa normal, de acuerdo a la antigüedad de los hechos y a su edad.

4.3.7. Inexistencia de circunstancias objetivas o subjetivas que alteren la fidelidad de las percepciones o la memoria del testigo.

4.3.8. Que no exista interés personal o familiar del testigo en el proceso o interés sobre el hecho a declarar.

4.3.9. Ausencia de antecedentes de perjurio, falsedad o deshonestidad del testigo.

4.3.10. Que el testimonio contenga el denominado “razón del dicho” o los motivos o fundamentos de la ciencia o conocimiento del testigo.

4.3.11. Que no aparezca imposible la ocurrencia del hecho en las circunstancias de modo, tiempo y lugar y que el conocimiento del testigo se encuentra en sintonía con la razón de su dicho.

4.3.12. Que lo dicho por el testigo no se encuentre en contradicción con hechos presumidos por la ley, hechos notorios, máximas de experiencia o pasados en autoridad de cosa juzgada.

4.3.13. Que el hecho sea metafísica o físicamente posible.

4.3.14. Que los hechos declarados por el testigo no se contradigan entre sí.

4.3.15. Que lo dicho por el testigo no se encuentre en contradicción con otras pruebas de mayor valor legal o mayor grado o fuerza de convicción.

4.3.16. Que el dicho del testigo no exceda del objeto propio del testimonio.

5. Limitaciones a la prueba por testigos.

5.1. Limitación de la prueba testimonial en razón de cualidad o condición del testigo.

5.2. Limitación de la prueba testimonial en razón de la idoneidad del medio para la demostración del hecho o acto jurídico.

5.3. Limitación de la prueba testimonial en razón del valor de las obligaciones discutidas en el proceso.

5.4. Limitación de la prueba testimonial en razón a la prueba instrumental.

6. Excepciones a la limitación de la prueba testimonial.

6.1. La existencia de un principio de prueba por escrito.

6.2. Existencia de indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos y probados, que lleven al juzgador a establecer la necesidad de admitir la prueba testimonial.

6.3. Imposibilidad material o moral de obtener la prueba escrita.

6.4. Pérdida del título que servía de prueba como consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor. 6.4.1. Tesis que exige la prueba de una fuerza mayor o caso fortuito.

6.4.2. Tesis que acepta la pérdida inculpable del documento.

6.4.3. Tesis que se conforma con que la pérdida haya sido involuntaria.

6.5. Cuando el acto sea atacado por ilicitud causa.

7. Inhabilidades del testigo e incompatibilidades.

7.1. Inhabilidades absolutas.

- 7.1.1. El menor de doce años –niños o niñas-.
- 7.1.2. Quienes se hallen en interdicción por causas de demencia.
- 7.1.3. Quienes hagan profesión de testificar en el proceso judicial.
- 7.2. Inhabilidades relativas.
- 8. Deber de testimoniar. Exenciones.

CAPÍTULO V. Procedimiento de la prueba testimonial.

- 1. Promoción de la prueba testimonial. Oportunidad. Requisitos. Admisión. Comisión judicial.
- 2. Acto de declaración del testigo.
 - 2.1. Lugar del acto. Aplicación de la videoconferencia en materia testimonial.
 - 2.2. El juramento y las “generales de ley”.
 - 2.3. El interrogatorio de los testigos. Técnica “narrativa” e “interrogativa”.
 - 2.3.1. Técnica narrativa.
 - 2.3.2. Técnica interrogativa. El interrogatorio propiamente dicho. Interrogatorio “directo”, “contrainterrogatorio”, “redirecto” y “reindirecto”.
 - 2.4. Fórmula de las preguntas en el interrogatorio.
 - 2.4.1. Interrogatorio directo.
 - 2.4.2. Interrogatorio sugestivo, capcioso y otras fórmulas prohibidas.
 - 2.4.3. El interrogatorio “indirecto” o “contrainterrogatorio”.
 - 2.4.4. El interrogatorio “redirecto” o “reindirecto”.
 - 2.4.5. Actividad del judicante durante la práctica de la prueba de testigos.
 - 2.4.6. Casos de testimonio de varios testigos.
 - 2.4.7. Respuesta del testigo.
 - 2.4.8. Retracción testimonial.
 - 2.4.9. Acta de la declaración testimonial.
- 3. Obligación de comparecencia del testigo. Excepciones. Personas que no están obligadas a declarar. Indemnización por perjuicios y gastos.
- 4. Tacha testimonial.
 - 4.1. Definición.
 - 4.2. Motivos o causas de la tacha testimonial.
 - 4.3. Procedimiento de la tacha testimonial.
- 5. El careo.
 - 5.1. Etimología y definición.

- 5.2. Sujetos entre los que puede hacerse el careo.
- 5.3. Procedimiento del careo.
- 6. La Prueba de testigos en el sistema de procedimientos orales.
 - 6.1. La prueba testimonial en el sistema de procedimiento civil oral.
 - 6.2. La prueba testimonial en el sistema de procedimiento penal.
 - 6.2.1. El testimonio del niño y del adolescente en el procedimiento penal.
 - 6.3. La prueba testimonial en el sistema de procedimiento laboral.
- 7. Apreciación y valoración de la prueba testimonial.

CAPITULO VI. Prueba documental.

- 1. La prueba documental. Introducción.
 - 1.1. Etimología de la voz documento.
 - 1.2. Evolución histórica de la prueba documental.
 - 1.3. Definición y caracterización.
 - 1.4. Elementos del documento.
 - 1.5. El documento como fuente y medio de prueba.
 - 1.6. Naturaleza jurídica del documento.
 - 1.7. Objeto y contenido del documento.
- 2. Requisitos de la prueba por documentos.
 - 2.1. Requisitos de existencia.
 - 2.1.1. Que se trata de una cosa u objeto producto de actos humanos, que sea capaz de representar hechos cualquiera.
 - 2.1.2. Que tenga significación probatoria.
 - 2.1.3. Que se cumplan los requisitos necesarios en materia de instrumentos públicos y privados.
 - 2.1.4. Que de tratarse se instrumentos estén debidamente firmados.
 - 2.2. Requisitos de validez.
 - 2.2.1. Que tratándose de un documento declarativo o dispositivo, se haya realizado en forma conciente, sin coacción.
 - 2.2.2. Que se haya aportado al proceso en tiempo útil y en forma legítima.
 - 2.2.3. Que se tratarse de instrumentos públicos, copias o cualquier otro medio de reproducción, se haya dado cumplimiento a los requisitos exigidos por la Ley.
 - 2.3. Requisitos de eficacia probatoria.
 - 2.3.1. Que se encuentre establecida su autenticidad.

- 2.3.2. Que el documento sea idóneo o conducente para demostrar el hecho que representa o declara.
- 2.3.3. Que el documento se encuentra completo, sin alteraciones, tachaduras o raspaduras que lo alteren.
- 3. Clasificación de los documentos.
- 3. Tipología de los documentos.
- 3.1. Según su naturaleza o contenido.
- 3.2. Según su forma. 3.3. Según su finalidad.
- 3.4. Según su certeza.
- 3.5. Según intervenga o no un funcionario público –clasificación sustantiva-.
- 3.6. Según estén suscritos o no.
- 3.7. Según la oportunidad de aportación al proceso –clasificación adjetiva-.
- 3.8. Según su función.
- 3.9. Según sirvan para cotejar o ser cotejados.
- 4. Oportunidad procesal para aportar la prueba documental al proceso judicial.

CAPITULO VII. Prueba instrumental pública.

- 1. La prueba instrumental pública. Concepto. Características.
- 1.1. Documento público, instrumento público, documentos e instrumentos auténticos, autenticados y escritura pública. Diferenciación.
- 1.1.1. Documentos públicos.
- 1.1.2. Instrumentos públicos.
- 1.1.3. Documentos e instrumentos auténticos.
- 1.1.4. Documentos e instrumentos autenticados.
- 1.1.5. Escrituras públicas.
- 2. Requisitos para la existencia de los instrumentos públicos o auténticos.
- 2.1. La fe pública, la buena fe y la plena fe. Etimología. Definición. Diferenciación.
- 3. Plena fe, fe pública, valor probatorio y fuerza probatoria del instrumento público.
- 4. Valor probatorio de la prueba instrumental pública.
- 4.1. Casos de valoración probatoria de instrumento públicos que son contradictorios con otros medios de prueba.
- 4.2. Valor probatorio de los enunciados relacionados directa o indirectamente con el acto o hecho jurídico instrumentado.
- 4.3. Valor probatorio de los documentos públicos.
- 5. Tacha de Falsedad. Definición. Falsedad material, intelectual e ideológica y motivos.
- 6. Procedimiento de la tacha de falsedad de instrumentos públicos o auténticos.

- 6.1. Tacha por vía incidental. Oportunidad.
- 6.2. Anuncio de la tacha incidental. Formalización. Contestación.
- 6.3. Admisión de la tacha de falsedad.
- 6.4. Fase instructoria o probatoria de la tacha incidental.
- 6.5. Reglas especiales en materia probatoria.
 - 6.5.1. Prueba testimonial.
 - 6.5.2. Prohibición de declaración anticipada de los testigos y del funcionario que autorizó el instrumento tachado.
 - 6.5.3. Inspección previa de los protocolos y registros. Evacuación de las declaraciones.
 - 6.5.4. Preguntas y repreguntas al funcionario público y a los testigos.
 - 6.5.5. Testigos promovidos para la demostración de coartada.
 - 6.5.6. La contradicción, divergencia u olvido en la declaración del funcionario público y de los testigos instrumentales.
 - 6.5.7. Prueba de experticia.
 - 6.5.8. Presentación del original del instrumento tachado.
 - 6.5.9. No contestación de la demanda o a la formalización de la tacha. Indicio procesal de la conducta omisiva de la parte contumaz.
 - 6.5.10. Prejudicialidad penal.
 - 6.5.11. Transacción en materia de tacha.
 - 6.5.12. Sentencia de la tacha.
 - 6.5.13. Tacha por vía principal.
7. Tacha de falsedad instrumental en el sistema de los procedimientos orales.
 - 7.1. Tacha de falsedad en el sistema de procedimiento civil.
 - 7.2. Tacha de falsedad en el sistema de procedimiento penal.
 - 7.3. Tacha de falsedad en el sistema de procedimiento laboral.
 - 7.4. Tacha de falsedad en el sistema de procedimiento de niños y adolescentes.
 - 7.5. Tacha de falsedad en el sistema de procedimiento agrario.
8. Simulación y su prueba. El contradocumento.

CAPITULO VIII. Prueba instrumental privada

1. Instrumento privado. Definición. Características. Requisitos.
 - 1.1. Fuerza probatoria, valoración probatoria, plena fe, fuerza obligatoria, autenticidad y reconocimiento en materia de instrumentos privados.
2. Requisitos de los documentos e instrumentos privados.

- 2.1. Requisitos de existencia.
 - 2.1.1. Que contenga la representación de un hecho jurídico.
 - 2.1.2. Que se encuentre firmado por sus otorgantes.
- 2.2. Requisitos de validez.
 - 2.2.1. Consentimiento de los otorgantes.
 - 2.2.2. Aportación procesal en forma legal.
- 2.3. Requisitos de eficacia.
 - 2.3.1. Que se haya producido su autenticidad.
 - 2.3.2. Que produzca convicción judicial.
 - 2.3.4. Que se encuentre completo, sin alteraciones, raspaduras, tachaduras o mutilaciones, entrerreglonados.
3. Tipología de los documentos e instrumentos privados.
 - 3.1. Según su certeza.
 - 3.2. Según estén o no firmados.
 - 3.3. Según su naturaleza.
4. Eficacia o fuerza probatoria de los documentos e instrumentos privados. La fecha cierta.
5. El desconocimiento de documentos e instrumentos privados. Reconocimiento judicial por vía incidental. Procedimiento.
6. Reconocimiento judicial de documentos e instrumentos privados por vía principal.
7. Tacha de falsedad de instrumentos privados. Procedimiento.
8. Documentos e Instrumentos privados sin firma.
 - 8.1. Cartas misivas.
 - 8.1.1. Cartas misivas entre las partes.
 - 8.1.2. Carta misiva dirigida por una de las partes a un tercero.
 - 8.1.3. Carta dirigida entre terceros.
 - 8.2. Libros de comerciantes.
 - 8.3. Registro y papeles domésticos.
 - 8.4. Notas marginales.
 - 8.5. La fotografía.
 - 8.6. Los medios de captación, almacenamiento y reproducción de palabras, imágenes y sonidos. Las grabaciones visuales, auditivas y audiovisuales. Documentos electrónicos.
 - 8.7. Mensaje de datos y firmas electrónicas.
 - 8.8. El fax o facsímil.

- 8.9. Las tarjetas.
- 8.10. Las contraseñas y las fichas.
- 9. La fotocopia.
- 10. Publicaciones en periódicos o gacetas.
- 11. Documentos privados emanados de terceros.
- 12. Exhibición de documentos.
- 13. Prueba de informes.

CAPÍTULO IX. Prueba de inspección o reconocimiento judicial

- 1. Reseña histórica. Definición. Características. Naturaleza.
 - 1.1. Regulación legal –Código Civil, de Procedimiento Civil, Código Orgánico Procesal Penal, Ley Orgánica Procesal el Trabajo, Ley del Procedimiento Marítimo y Ley de Comercio Marítimo-. Inspección o reconocimiento judicial y la inspección ocular.
- 2. Requisitos de la inspección o reconocimiento judicial.
 - 2.1. Requisitos de existencia.
 - 2.1.1. Debe ser practicado por el judicante.
 - 2.1.2. Que el juez que practique la inspección o reconocimiento judicial actúe en ejercicio de su cargo.
 - 2.1.3. Que recaiga sobre hechos perceptibles por los sentidos del judicante.
 - 2.2. Requisitos de validez.
 - 2.2.1. Que no exista prohibición legal de practicar la prueba.
 - 2.2.2. Que la realización del medio probatorio se haga en forma legal.
 - 2.2.3. Que sea realizada por un funcionario público competente territorialmente.
 - 2.3. Requisitos de eficacia probatoria.
- 3. Objeto de la inspección o reconocimiento judicial.
- 4. Promoción de la prueba de inspección o reconocimiento judicial. Referencia a los diferentes sistemas de procedimiento. Requisitos.
- 5. Materialización de la prueba de inspección o reconocimiento judicial. Los prácticos.
- 6. Valoración probatoria del reconocimiento o inspección judicial.
- 7. Inspección extrajudicial.

CAPÍTULO X. Reproducciones, reconstrucciones y experimentos científicos

- 1. Reproducciones de hechos. Definición. Características. Naturaleza. Promoción. Valoración.

2. Reconstrucciones. Definición. Características. Naturaleza. Promoción. Evacuación. Valoración.
3. Experimentos científicos o pericia científica. Definición. Características. Naturaleza. Diferencia con la experticia tradicional. Promoción, evacuación y valoración. Prueba de heredo-biológico o ADN.

CAPITULO XI. Prueba pericial o de experticia.

1. La prueba de experticia. Introducción.
 - 1.1. Nociones históricas del medio probatorio.
 - 1.2. Definición. Características.
 - 1.3. Naturaleza.
 - 1.4. Objeto.
2. Requisitos de la prueba pericial.
 - 2.1 Requisitos de existencia.
 - 2.1.1. Debe tratarse de un acto procesal y como consecuencia de un encargo judicial.
 - 2.1.2. Debe tratarse de un dictamen personal.
 - 2.1.3. La prueba de experticia debe tener por objeto hecho y no cuestiones de derecho.
 - 2.1.4. Debe tratarse de un dictamen de un tercero.
 - 2.2. Requisitos de validez.
 - 2.2.1. Ordenación de la prueba en forma legal.
 - 2.2.2. Capacidad jurídica del experto para desempeñar el encargo judicial y la debida posesión del mismo.
 - 2.2.3. Presentación del dictamen pericial en forma legal.
 - 2.2.4. Que el acto sea consciente, libre de coacción, violencia o dolo y que no exista prohibición de practicar la prueba.
 - 2.2.5. Que las diligencias y estudios de los hechos objeto de la experticia hayan sido realizados por los expertos personalmente.
 - 2.2.6. Que los peritos hayan utilizado medios lícitos para la realización de la labor.
 - 2.2.7. Que la deliberación sea conjunta, cuando los peritos sean varios.
 - 2.3. Requisitos de eficacia probatoria.
 - 2.3.1. Que el experto tenga conocimientos especiales de la materia sobre la cual verse la experticia.
 - 2.3.2. Que se trate de un perito imparcial.
 - 2.3.3. Que el dictamen se encuentre debidamente fundamentado, sea claro, lógico y que no se encuentre desvirtuado por otros medios de prueba.
 - 2.3.4. Que el dictamen no sea rectificado o retractado por parte de los expertos.
 - 2.3.5. Que no se haya vulnerado el derecho a la defensa de las partes.

- 2.3.6. Que los peritos o expertos no se excedan de los límites de su encargo judicial.
- 3. Procedimiento de la prueba de experticia.
 - 3.1. Promoción o proposición de la prueba.
 - 3.2. Admisión de la prueba y acto de designación de expertos.
 - 3.3. Juramentación de los expertos.
 - 3.4. Recusación de los expertos.
 - 3.5. Actividad de los expertos. Observaciones de las partes.
 - 3.6. Deberes y derechos de los expertos.
 - 3.7. Dictamen pericial.
 - 3.8. Aclaratorias, ampliaciones y objeciones al dictamen pericial.
 - 3.9. Valoración de la pericia o experticia. Casos de pericias contradictorias entre sí y con otros medios probatorios.
 - 3.10. La pericia o experticia en el sistema de procedimiento penal.
 - 3.10.1. La pericia como acto de investigación. Procedimiento. Entrada al proceso.
 - 3.10.2. La pericia como acto de prueba. Promoción. Oportunidad. Evacuación.
 - 3.10.3. Interrogatorio de los peritos en la audiencia pública y oral. Contradicción.
 - 3.10.4. Dictamen pericial y valoración.
 - 3.10.5. Nuevos peritos.
 - 3.10.6. Pericia de opinión apreciativa.

CAPÍTULO XII. Prueba indiciaria.

- 1. Introducción.
- 2. Los indicios. Etimología de la palabra. Breve reseña histórica. Definición y. Características. Naturaleza.
 - 2.1. Etimología.
 - 2.2. Breve reseña histórica.
 - 2.3. Definición y caracterización.
 - 2.4. Naturaleza.
 - 2.5. Diferencia con las presunciones.
 - 2.6. Importancia de la prueba indiciaria.
- 3. Elementos de la prueba indiciaria.
 - 3.1. Hecho indicante.
 - 3.2. Hecho indicado.

3.3. Relación causal o nexo lógico-científico. 4. Tipología de los indicios. 5. Requisitos de la prueba indiciaria.

5.1 Requisitos de existencia.

5.1.1. Que se encuentre plenamente demostrado o verificado en el proceso el hecho indicante, indicador o base.

5.1.2. Que exista relación o conexión entre el hecho indicador demostrado y el hecho indicado o desconocido.

5.2. Requisitos de validez.

5.3. Requisitos de eficacia.

5.3.1. Que la prueba de indicios sea conducente para demostrar los hechos controvertidos.

5.3.2. Que se haya descartado la posibilidad de que la conexión entre el hecho indicador y el indicado sea aparente, por obra del azar o la causalidad.

5.3.3. Que se haya descartado la posibilidad de falsificación del hecho indiciario por obra de terceros o de las partes.

5.3.4. Que aparezca clara y cierta la relación de causalidad o conexión entre el hecho indicador –o el conjunto de ellos si son varios indicios contingentes- y el hecho indicado.

5.3.5. Que de tratarse de indicios contingentes, sean plurales, vale decir, varios, pues de tratarse de un hecho indiciario necesario, la pluralidad no se exige.

5.3.6. Que se tratarse de varios indicios –plurales- contingentes sean graves, concurrentes o concordantes y convergentes.

5.3.7. Que no existan contraindicios.

5.3.8. Que no existan motivos infirmantes del indicio y que no se produzcan otras posibles hipótesis.

5.3.9. Que no existan pruebas de otra clase que infirmen los hechos indiciarios o que demuestren un hecho opuesto al indicado por aquéllos.

5.10. Que las conclusiones sean inmediatas.

6. Valor del medio probatorio indiciario.

7. La conducta de las partes como indicios probatorios.

7.1. Tipología de los indicios provenientes de la conducta de las partes.

7.2. La conducta de las partes como indicios en el sistema de procedimiento penal.

TITULO II
MEDIOS PROBATORIOS EN ESPECÍFICO

CAPITULO I

DECLARACIÓN DE PARTE Y PRUEBA DE CONFESIÓN

.....

SUMARIO: 1. Declaración de partes en el proceso judicial. Definición. Caracterización. Clasificación. Diferenciación con la confesión. a. Declaraciones judiciales o extrajudiciales. b. Declaraciones documentales u orales. c. Declaración de parte por iniciativa propia o espontánea o por interrogatorio. d. Declaraciones formales e informales. e. Declaraciones con fines probatorios o aclaratorios. 2. Interrogatorios de las partes en el proceso judicial conforme a los tipos de procedimiento. 3. Interrogatorios de las partes por el juez. 3.1. Interrogatorios ad clarificandum o de clarificación. 3.2. Interrogatorios probatorios. 4. La confesión. Definición. Características. Naturaleza. a. Tesis que considera la confesión como declaración bilateral de voluntad, de naturaleza sustancial o negocial, de derecho privado. b. Tesis que sostiene que la confesión es una declaración unilateral de voluntad, de naturaleza sustancial y negocial, de derecho privado. c. Tesis que la considera como un acto de voluntad y por lo tanto, como un negocio jurídico, pero de naturaleza procesal y no un medio de prueba. d. Tesis que asigna simultáneamente el doble carácter de negocio procesal y medio de prueba. e. Tesis que considera de naturaleza sustancial, pero no negocial a la confesión, reconociéndole el carácter de medio de prueba. f. Tesis que le reconoce a la confesión naturaleza procesal y de derecho público, no negocial, pero que niega que sea un medio de prueba. g. Tesis que considera la confesión como declaración de verdad, de naturaleza procesal y un medio de prueba. h. Tesis que considera la confesión como una declaración de ciencia o conocimiento, de naturaleza procesal y un medio de prueba. 5. Clasificación de la confesión. 5.1. Confesión judicial o extrajudicial. 5.2. Confesión espontánea o provocada. 5.3. Confesión escrita u oral. 5.4. Confesión preconstituida o constituida. 5.5. Confesión documentada o indocumentada. 5.6. Confesión expresa o tácita. 5.7. Confesión según su contenido. 5.7.1. Confesión pura y simple. 5.7.2. Confesión Calificada o cualificada. 5.7.3. Confesión compuesta. 6. Requisitos de la confesión judicial. 6.1. Requisitos de existencia. 6.1.1. Debe ser una declaración de parte. 6.1.2. Debe tratarse de una declaración personal, salvo que exista autorización legal o convencional para hacerla en nombre de otro. 6.1.3. Debe tener por objeto hechos. 6.1.4. Los hechos sobre los cuales recaiga la confesión deben ser desfavorables al confesante o favorables a su contendor judicial. 6.1.5. Debe versar sobre hechos propios, personales o de los cuales tenga conocimiento el confesante. 6.1.6. Debe tener significación probatoria. 6.1.7. Debe ser consciente. El animus confitendi. 6.1.8. Debe ser seria, expresa y terminante. 6.1.9. Que el confesante tenga capacidad jurídica. 6.1.10. Que no exista violencia o coacción de ninguna naturaleza que afecten la conciencia del confesante. 6.2. Requisitos de validez. 6.2.1. Cumplimiento de las formalidades procesales de lugar, modo y tiempo, cuando se trata de confesión provocada o posiciones juradas. 6.2.2. Que no exista causal de nulidad que vicie la confesión cuando sea judicial. 6.3. Requisitos de eficacia. 6.3.1. Disponibilidad objetiva del derecho u obligación que se deduce del hecho confesado. 6.3.2. Legitimación para el acto si se trata de representante o apoderado. 6.3.3. Conducencia o idoneidad de la prueba de confesión. 6.3.4. Pertinencia del hecho confesado con el proceso donde se aduce. 6.3.5. Que el hecho haya sido traído al proceso, mediante el alegato de las partes. 6.3.6. Que la confesión tenga causa y objeto lícito, no siendo dolosa o fraudulenta. 6.3.7. Que la voluntad del confesante no se encuentre viciada por error de hecho o dolo. 6.3.8. Que la Ley no prohíba investigar el hecho. 6.3.9. Que el hecho sea metafísica o físicamente posible. 6.3.10. Que el hecho confesado no sea contrario a un hecho notorio, a una máxima de experiencia, a hechos presumidos por la ley en forma indeseable o se oponga la cosa juzgada. 6.3.11. Que no exista prueba que infirme la confesión o la contradiga. 6.3.12. Que se cumplan con el requisito de tempestividad de la prueba confesional. 7. Principio que rigen la confesión. 7.1. Indivisibilidad o inescindibilidad de la confesión. 7.2. Irrevocabilidad o ir retractación de la confesión. 8. Valor probatorio de la confesión. 8.1. Confesión judicial. 8.2. Confesión extrajudicial. 9. Confesiones contradictorias entre sí o con las contenidas en instrumentos públicos o privados. 10. La confesión extrajudicial y su prueba en el proceso judicial.

1. DECLARACIÓN DE PARTES EN EL PROCESO JUDICIAL. Definición. Caracterización. Clasificación. Diferenciación con la confesión.

En el proceso judicial pueden surgir diferentes declaraciones que pueden provenir de terceros ajenos a la contienda judicial o de las propias partes litigantes, que eventualmente pueden allegar al proceso fuentes probatorias que sirvan para el acreditamiento de los hechos por comparación para la convicción judicial traducido en certeza respecto a los hechos enunciados en las diversas pretensiones y controvertidos, sin perjuicio de la existencia de falencias, donde tanto los terceros como las partes declarantes se constituyen en “órganos de prueba”, sin perjuicio que dichas declaraciones pueden ser –para el caso de las partes– simplemente informativas o aclarativas de hechos controvertidos. En el primero de los casos expresados estaremos en presencia de los denominados testimonios de terceros -prueba testimonial- y en el segundo de los casos estaremos en presencia de declaraciones de parte que pueden conllevar o no a la existencia de una confesión judicial, pues y como hemos indicado las declaraciones que realicen las partes en el proceso pueden tener fines aclaratorios, clarificativos, de indagación o probatorios, éstos últimos que tienden a demostrar los hechos enunciados y debatidos que son el presupuesto de las normas jurídicas que contienen aquellas consecuencias buscadas por ellos, bien por que son el fundamento de la pretensión-acusación o de la excepción-defensa- y precisamente cuando las declaraciones realizadas en el proceso tienen fines probatorios, es que podemos hablar de la existencia de confesiones judiciales, siempre que las mismas hayan contenido el reconocimiento de un hecho propio o personal del confesante, incluso del cual tenga conocimiento pero que sea contrario a sus intereses, reconociendo en tal sentido un hecho debatido que le trae consecuencias jurídicas perjudiciales especialmente, cuando tal reconocimiento fáctico es el presupuesto de la norma que contiene una consecuencia jurídica contraria a sus intereses. Lo dicho nos permite afirmar desde ya que no toda declaración que realicen las partes en el marco del proceso judicial, pueden ser consideradas como confesiones, pues para ello y como hemos expresado se requiere de la concurrencia de varios requisitos de los que son la mayor expresión el reconocimiento de un hecho del cual tenga conocimiento o que le sea personal y especialmente, que le sea perjudicial, de lo contrario se tratará de una mera declaración favorable apreciable libremente pero que no representa una confesión, todo lo que puede resumirse con la siguiente expresión: *toda confesión es una declaración de parte, pero no toda declaración de parte es una confesión.*

Pero ¿qué debe entenderse por declaraciones o testimonios en general?, ¿qué debe entenderse por declaraciones de parte en el proceso judicial?

Para el estudio de la prueba de confesión resulta fundamental entender y escindir lo que es la misma respecto a la declaración que realizan las partes, insistiendo que no toda declaración de parte se presenta como una confesión, de manera que podríamos comenzar diciendo con AZULA CAMACHO que la declaración en su acepción corriente y general, es la manifestación que una persona hace sobre un

determinado aspecto; desde el punto de vista jurídico es la que tiene trascendencia en el proceso y puede provenir del juez, las partes o los terceros, de manera que en el primero de los casos estaremos ante los “juicios” emitidos en la sentencia; en el segundo escenario y en general, todas las actuaciones que realizan en el proceso, sea la demanda, contestación, acusación, defensa, entre otros; y respecto a los terceros, cuando se rinden declaraciones testimoniales. El mismo autor nos dice que la declaración de parte es [...] *la manifestación que hace quien tiene o puede llegar a tener esa calidad, sin consideración a la forma como la efectúe, siempre que tenga significación jurídica.*”¹

Por su parte el maestro DEVIS ECHANDÍA nos dice que uno de los actos procesales que emanan de las partes en su propia declaración, lo que generalmente suele confundirse con la confesión propiamente dicha, lo que y como hemos anotado anteriormente no resulta correcto, pues se trata de dos nociones diferentes con una relación género especie, siendo la primera la declaración de las partes que cuando se refiere a hechos personales o de los que tiene conocimiento y desfavorables a sus intereses, produce su especie como lo es la confesión.²

Para nosotros tratando de ensayar una **definición** al respecto diremos –y siguiendo al precitado maestro colombiano- que la declaración de partes en el proceso judicial, es *aquella manifestación de ciencia o conocimiento, expresa, terminante y seria, hecha conscientemente, sin coacciones que destruyan la voluntariedad del acto, en forma espontáneo, voluntaria o como consecuencias de interrogatorios que realizan las propias partes o el judicante, por quien es parte en el proceso en que ocurre o es aducida, sobre los hechos pasados, personales o no, simplemente sobre hechos de los cuales tenga conocimiento y que guardan relación con el tema discutido en el proceso según el enunciado de hechos expuestos por las partes como fundamento de sus pretensiones o excepciones, que pueden ser hecho por la propia parte o por su representante judicial con facultad para ello y en los casos permitidos por la ley, que su vez pueden o no perjudicarlos en el proceso o simplemente beneficiar o no a su contendor judicial.* De la definición ensayada encontramos como elementos característicos:

- a. Se trata de una manifestación –declaración- que realizan o viertan las partes en el marco de un proceso judicial, aunque y como veremos las declaraciones pueden ser hechas antes de un proceso por sujetos que luego pueden ser partes, lo que a su vez puede adoptar la forma oral o escritural. Estas partes pueden ser demandante, demandando, imputado, acusado, sucesores procesales, intervinientes en el proceso, litisconsortes, entre otros.
- b. La declaración es de ciencia o conocimiento respecto a la ocurrencia o existencia de hechos que se debaten en el proceso, realizados por la parte y que le son propios o de los cuales tiene conocimiento, bien antes del proceso o dentro del proceso judicial, de manera que no se trata de

¹ Jaime AZULA CAMACHO. Ob. cit. p. 134.

² Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. p. 563.

una declaración de voluntad, al no requerirse que exista la voluntad de la parte para declarar sobre los hechos, exigiéndose simplemente que no existan elementos que afecten su libertad al declarar aquello de lo que tiene conocimiento.

- c. Debe ser “expresa”, de manera que no sea implícita que solo resulten de razonamientos inductivos o deductivos de la interpretación de su contenido; “terminante”, debiendo no existir dudas respecto a lo declarado; y “seria”, de manera que no sea hecha en broma, todo lo que puede resumirse en una declaración que no sea vaga, genérica ni implícita o sobreentendida.
- d. Debe ser hecha en forma conscientemente, libre, sin coacción de ninguna naturaleza que destruyan o afecten el ánimo de la declaración, no estando en estado de inconsciencia producto de elementos naturales o artificiales, transitorios o permanentes que lo afecten sin coacciones que destruyan la voluntariedad del acto.
- e. La declaración puede ser espontáneo o por iniciativa propia, bien en los escritos presentados en autos o en las intervenciones que se hagan en forma verbal; también pueden ser como consecuencias de interrogatorios libres o no, con fines aclarativos o probatorios a petición de las partes o por actividad oficiosa del judicante en los términos que hemos estudiado en otro momento.
- f. La declaración ha de recaer sobre hechos pasados, personales o no y de los cuales tenga o no conocimiento, que guardan relación con el tema discutido en el proceso según el enunciado fáctico expuestos por las partes como fundamento de sus pretensiones o excepciones, al ser el presupuesto de las normas contentivas de las consecuencias jurídicas buscadas.
- g. La declaración puede ser hecha por la propia parte o por su representante judicial con facultad para ello y en los casos permitidos por la ley, como sucede con las personas jurídicas.
- h. La declaración de la parte puede serle o no perjudicial, en el primero de los casos donde estaremos ante la presencia de una mera declaración apreciable libremente por el judicante *—pro se declaratio*- en tanto que en el segundo escenario pudiéramos eventualmente estar en presencia de una confesión producto de una *contra se declaratio*, siempre que se reunan otros requisitos que analizaremos.

Estas declaraciones de las partes pueden asumir una diversidad de formas que nos permiten realizar la siguiente clasificación:

a. Declaraciones judiciales o extrajudiciales.

Las primera son aquellas realizadas por las partes en el decurso de un proceso judicial, sea de manera espontáneo o voluntaria, bien cuando deciden declarar en forma verbal o como consecuencia de los escritos que presenten, que y conforme a nuestro sistema de procedimiento civil, en caso de producirse el reconocimiento de un hecho propio-personal o del cual tenga conocimiento, que ha sido enunciado en el proceso como fundamento de cualquiera de las pretensiones o excepciones y que haya sido controvertido –no eximido de prueba- que le trae consecuencias jurídicas perjudiciales, estaremos en presencia de una “confesión judicial” valorable tarifadamente y produciendo plena convicción judicial respecto al hecho correspondiente, sin perjuicio que en el sistema de los procedimientos orales la misma confesión será apreciable libremente –sana crítica- por el judicante, con la advertencia que en materia penal y como se verá, para la producción de la confesión del acusado se requerirá de un conjunto de garantías que deben revestir al acto, no siendo una plena prueba que por sí sola pueda conducir a la certeza judicial. Pero también la declaración en el proceso puede ser inducida como consecuencia del interrogatorio que hagan las partes o el propio judicante, con fines aclaratorios o confesorios, esto último especialmente a través de la mecánica de posiciones juradas; también destacamos que la declaración y eventual confesión puede ser consecuencia de una anticipación de medios probatorios.

Por su parte la declaración extrajudicial es aquella producida fuera de la contienda judicial, como puede ser aquellas rendidas por el imputado en la fase preparatoria o de investigación –que por demás debe estar revestida de un conjunto de garantías como la información al mismo de los hechos que se le imputan con expresión detallada del lugar, modo y tiempo de la comisión del hecho, de su derecho a no declarar y que tal circunstancia no le acarreará consecuencias jurídicas alguna, el derecho a la asistencia letrada, a la presunción de inocencia, la interdicción a realizar preguntas capciosas o sugestivas, la interdicción de la utilización de todo tipo de coacción manifestación por parte del funcionario, la no toma del juramento, la limitación del tiempo del interrogatorio, entre otras, conforme a lo previsto en los artículos 132 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal- pero también pueden ser aquellas realizadas por los sujetos que luego sean parte en un proceso judicial, en forma oral o escrita, esta última contenida en documentos preconstituidos –preconstitución de fuentes probatorias- que representan hechos con significación jurídica. Esta declaración extrajudicial de las partes puede contener el reconocimiento de hechos propios-personales del declarante y contrarios a sus intereses, que en el marco de un proceso futuro pueden ser afirmados como presupuestos de las diferentes pretensiones, generándose así una declaración confesoria –confesión- a cuyo efecto y en el sistema tarifado que rige el sistema de procedimiento civil, además de tener que demostrarse tal confesión, tiene el mismo valor que la judicial de plena convicción siempre que haya sido hecha por la propia parte o su representado, pues de haber sido hecha a un tercero sólo valdrá como un indicio contingente que requiere de otros medios

de prueba, más en el marco del sistema de procedimiento oral donde no rige la tarifa legal, la apreciación será por la sana crítica del juez.

b. Declaraciones documentales u orales.

Dependiendo de la forma y del contenido de la declaración, la misma podrá ser escritural o verbal, la primera que generalmente es vertida en instrumentos extrajudiciales como instrumentales públicas – negociales o administrativas- o privadas preconstituyendo fuentes que pueden tener significación probatoria en un proceso futuro y que al estar documentadas, adquieren o mutan a tal naturaleza debiendo ser tenidas y apreciadas no como declaraciones o confesiones eventuales sino como documentales – instrumentales- pero también estas declaraciones puede estar vertidas en escritos presentados en el proceso judicial, demanda-acusación, contestación-defensa que por la especialidad del procedimiento y por haberse hecho en sede judicial no mutan a la forma instrumental conservando su carácter de declaración que eventualmente puede ser confesoria; en tanto que se trata de orales aquellas que generalmente se hacen en el marco del proceso judicial, que igualmente y aunque estén vertidas en actas procesales no mutan a la prueba instrumental manteniendo su carácter de declaración que eventualmente y como dijimos puede ser confesoria.

c. Declaración de parte por iniciativa propia o espontánea o por interrogatorio.

Al respecto ya hemos adelantado bastante, en el sentido que la declaración de las partes con o sin vocación confesoria pueden ser vertidas en las actas de un proceso judicial, como consecuencia de la manifestación voluntaria o espontánea de las partes, no solo cuando se trata de escritos presentados en autos o como consecuencia de intervenciones voluntarias en actos procesales orales, como audiencias preliminares o de juicio, especialmente cuando se trata del sistema de procedimiento penal con la declaración del imputado en fase preparatoria, intermedia o de juicio, esta última en condición de acusado y previo el cumplimiento y garantía de los derechos que deben rodear al acto de declaración, sino que también pueden ser propuestas como medio probatorio libre en su oportunidad respectiva según cada tipo procedimental, como si se tratara del procedimiento penal, donde la parte perfectamente podrá exponer su versión sobre los hechos y ser o no interrogada por las partes o por el juez, lo que eventualmente pudiera conducir –conforme a las respuestas que se obtengan- a una confesión judicial. Pero la declaración de las partes también pueden ser inducidas por la parte contraria a través de fórmulas sacramentales como las posiciones juradas, mediante interrogatorios sin formalidades y cruzados, así

como por iniciativa del judicante con o sin fines probatorios, a través de las diligencias probatorias y autos para mejor proveer estudiados en otro momento.

d. Declaraciones formales e informales.

Relacionado con la clasificación anterior, dependiendo si las declaraciones son consecuencia de actos regidos por determinadas formalidades como eventuales juramentos, citaciones o notificaciones previas, fórmula de las preguntas y de respuestas, número de ellas, entre otras circunstancias, estaremos en presencia de declaraciones formales o informales. La primera y como indicamos revestida de un conjunto de formalidades generalmente procesales que determinan su eventual eficacia, como es el caso de las posiciones juradas a que se refiere el sistema de procedimiento civil en sus artículos 403 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; en tanto que serán informales cuando no existe ningún tipo de fórmula previa o de cumplimiento de exigencias-requisitos para el acto, como generalmente sucede en las declaraciones extraprocesales, así como en aquellos interrogatorios libres que se hacen en el proceso por voluntad de la parte o por iniciativa de alguna de ellas, sea en audiencia preliminares, de juicio, en actos procesales o por orden del judicante.

e. Declaraciones con fines probatorios o aclaratorios.

También hemos abordado este tema al tratar la actividad oficiosa del judicante, donde hemos visto que algunas de ellas tienen vocación probatoria para allegar al proceso fuentes probatorias a través de los medios que se ordenan de oficio, que permitan la verificación de los hechos enunciados y controvertidos entre las partes para producir la convicción judicial, en tanto que otros tendrán meros fines de disipación de dudas para el mejor conocimiento del tema debatido y el dictado de la sentencia, esto último con fines aclarativos o aclaratorios. Luego en el marco de las declaraciones de las partes esta situación también se presenta, pues la manifestación que éstos hagan bien en forma voluntaria o por excitación de algunas de las partes o del judicante, pueden tener fines probatorios –confesión- que sirven para la verificación de los hechos debatidos, en tanto que otros pueden tener meros fines de aclaratoria de los hechos debatidos sin servir para la convicción judicial mediante el establecimiento de los hechos.

2. INTERROGATORIOS DE LAS PARTES EN EL PROCESO JUDICIAL CONFORME A LOS TIPOS DE PROCEDIMIENTO.

La declaración de las partes en el marco del proceso judicial, hemos visto puede ser consecuencia de la voluntad espontánea de ellas, bien al pedirlo o promoverlo expresamente –prueba libre- bien con la expresión vertida en sus escritos o como consecuencia de la intervención en diferentes actos del proceso, como audiencia preliminares, de juicio, de apelación, casación, entre otros; pero también la declaración puede ser consecuencia del interrogatorio que se haga por excitación de algunas de las partes o por orden oficiosa del juez, interrogatorios que pueden ser formales o informales según el sistema de procedimiento que corresponda, con fines probatorios o aclaratorios, la primera a través del acto de posiciones juradas a que se refieren los artículos 403 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, la segunda como consecuencia de interrogatorios no sujetos a formalidades y que pueden tener o no fines probatorios.

La declaración que se vierte en el proceso como consecuencia de los interrogatorios es precisamente el tema que no ocupa en este momento, donde -insistimos- los diferentes sistemas de procedimiento regulan el interrogatorio de las partes, sea a petición de las propias partes o por orden del juez, de manera formal o informal, el primero como una reminiscencia fosilizada y anacrónica del sistema de la tarifa legal que hoy en el estado actual constitucional y garantista es insostenible; en tanto que el segundo se presenta como la tendencia moderna hacia donde marchan los interrogatorios en el proceso, conforme a lo que explicaremos de seguidas, con el agregado que en ambos sistemas el interrogatorio puede tener diversos fines a saber: aclaratorios, probatorios, indagatorios. De esta manera la tendencia moderna hacia donde marcha el proceso judicial y el tema de los interrogatorios, gira alrededor de sustituir la tendencia de la formalidad en el mismo por el de la informalidad, donde no exista la necesidad de fórmulas o preguntas redactadas de forma determinada, donde se exija el previo juramento para dar respuesta, donde las preguntas están limitadas y la fórmula de las respuestas igualmente están predeterminadas por el legislador, a lo que se suma el hecho de la tarifa legal como sistema de valoración cuando se está en presencia de una confesión, como ocurre con la precitada mecánica de posiciones juradas, que y como estudiaremos es el erróneo producto de la mezcla entre el juramento y la declaración.

De esta manera nos dice el maestro DEVIS ECHANDA que [...] *Pareciera que los legisladores consideran un atentado contra la libertad y la dignidad individual el libre interrogatorio de las partes para fines civiles, que aceptan como obvio e indispensable para el proceso penal, a pesar de que reconocen como fundamentales para ambos procesos los principios de inmediación, probidad y lealtad en el debate judicial. La prohibición del libre interrogatorio de las partes por el juez en el proceso civiles un rezago del concepto, revaluado desde hace ya casi siglo, del juez como simple árbitro en la contienda procesal y de la tutela del interés individual como fin del proceso. Las limitaciones al interrogatorio de una parte por la otra no tienen justificación lógica ni explicación satisfactoria, ni siquiera dentro de la concepción privatista del proceso*

civil, que puede explicar la inactividad del juez, pero no las restricciones al uso de medios lícitos de pruebas por las partes (a nadie se le ocurrirá decir que sea ilícito interrogar al adversario sobre el conocimiento que tenga de los hechos que configuran el litigio). No puede existir un derecho a callar la verdad ni a ocultarla, cuando el Estado interviene en ejercicio de su función jurisdiccional; en cambio, existe el deber de lealtad, veracidad y probidad para toda persona que concurra a un proceso, cualquiera sean su naturaleza y finalidad.”³

La tendencia hacia donde marchan los interrogatorios y declaraciones de las partes, es precisamente la libertad en cuanto al interrogatorio como tal y a las respuestas, sin formalidades ni fórmulas sacramentales, sin necesidad de juramento previo y donde la valoración sea libre –sana crítica– por parte del judicante, pudiendo o no extraer confesiones según la pregunta y la respuesta del caso; declaración que puede ser el producto de la voluntad de la propia parte que así lo manifieste como sucede en el proceso penal al cual nos referiremos más adelante, como consecuencia de las intervenciones en las audiencias preliminares o de juicio, incluso como medio probatorio que promueva en el lapso correspondiente para que su versión sea oída por el judicante –principio de libertad probatoria– pero también la declaración puede ser la consecuencia de un interrogatorio libre solicitado por las partes a su contendor judicial, así como de la facultad constitucional que tiene el judicante en un sistema garantista para escuchar a las partes sobre los hechos debatidos en el proceso, de manera que en un sistema constitucional y garantista no cabe la limitación probatoria en materia de declaración e interrogatorios, no solo respecto a las partes sino respecto al judicante.

Así por ejemplo en el **sistema de procedimiento laboral** la actual Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en su artículo 103 ha incluido -aunque de una manera no muy correcta- la prueba de **declaración de parte** consistente un interrogatorio informal *sui generis*, que solo puede realizar el judicante, especialmente, el juez de Juicio, en la audiencia de juicio, a las partes, quienes se entienden juramentadas por ley, para responder sobre las preguntas que les haga aquel, sobre la prestación de servicios, con la finalidad, obtener la confesión judicial sobre hechos propios, personales o de los cuales tengan conocimiento al respecto, vale decir, sobre la prestación de servicios, que le sean perjudiciales o benefician a su contendor judicial, hechos que deben ser controvertidos, pertinentes y relevantes para la solución de la contienda judicial, todo lo cual será apreciado mediante la sana crítica del juzgador. Este interrogatorio se caracterizado por:

- a. La declaración de parte es un interrogatorio informal, *sui generis*, dado que en primer término, se encuentra supinamente limitado a la prestación de servicios, lo cual excluye la posibilidad al operador de justicia de interrogar sobre hechos diferentes a la prestación de servicios -que constituye un concepto jurídico indeterminado- sin vulnerar la ley; en segundo término, porque

³ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. p. 567.

la confesión solo se obtendrá, en la medida que las respuestas al interrogatorio sean contentivas del reconocimiento de un hecho propio, personal, o del cual tenga conocimiento la parte y que le sea perjudicial, solo en relación a la prestación de servicios cuando es controvertida, lo que involucra, un cierto grado de complejidad en el interrogatorio, el cual no puede limitarse a la forma investigativa, pues de este tipo de preguntas no podrá extraerse una confesión, cuando la parte guarde silencio o conteste en forma vacilante; en tercer término, se trata de una facultad exclusiva del operador de justicia, que excluye la proposición de la mecánica o prueba por las partes; por último y sin agotar el tema, porque se sigue con el requisito del juramento como elemento coercitivo, garantista o preservador de la verdad.

- b. Se trata de un interrogatorio con fines probatorios, no aclarativos ni mucho menos investigativos, pues lo que se busca es la fijación de los hechos controvertidos, la confesión de hechos propios y perjudiciales relacionados con la prestación de servicios, de manera que la mecánica no esta dirigida a ilustrar el conocimiento del juzgador sino a extraer confesiones de manera provocada, lo cual no descarta que las respuestas sean una *pro se declaratio* apreciable libremente, al constituir un indicio endoprocésal, aún cuando esta no es en esencia su finalidad.
- c. Es facultativo del operador de justicia, especialmente del juez de juicio y en la audiencia de juicio, no pudiendo las partes proponer la mecánica, lo cual es un verdadero absurdo, pues no existe justificación alguna al respecto, de manera que en un sistema constitucional y garantista ante la limitación probatoria que nos llama la atención, nada impide que como medio libre pudiera proponerse el libre interrogatorio de las partes con fines probatorios.
- d. Solo puede ser objeto del interrogatorio o declaración las partes, quienes se entienden juramentadas por ley, para responder al juez de Juicio las preguntas que le formule sobre la prestación de servicios. Obsérvese lo anacrónico del sistema que deja de manifiesto la ignorancia y retraso de nuestro legisladores al insistir con el fósil del juramento, que peor aún, ahora viene dado por ley, lo que representa un verdadero disparate pues se produce una ficción de considerar a las partes bajo juramento por el simple hecho de expresarlo así la ley.
- e. Las preguntas que puede realizar el juez de Juicio, se encuentran limitadas a la prestación de servicios, no pudiendo realizar preguntas que escapen de este concepto jurídico indeterminado, limitativo, ortodoxo y poco feliz, sin vulnerar la ley, limitación que lejos de ampliar el margen del interrogatorio y constituir una verdadera redimensión de la prueba, como lo pregona la exposición de motivos, redujo el margen interrogativo del operador de justicia, y consecuentemente, la búsqueda de confesiones provocadas demostrativas de hechos controvertidos.

- f. La declaración de parte, no es un medio de prueba judicial, por el contrario, es un fórmula o mecánica que puede utilizarse en el proceso judicial por parte del operador de justicia, para obtener una confesión judicial –medio de prueba judicial- mediante el interrogatorio que se le hagan a las partes sobre hechos propios o de los cuales tiene conocimiento y que le perjudican, pero en relación a la prestación de servicios, cuando sean controvertidos.
- g. Las respuestas de las partes serán apreciadas por la sana crítica del juez de Juicio.

De lo señalado y aún cuando existe un avance respecto a la previsión del interrogatorio de las partes por el juez, el retroceso es evidente al no permitírsele a las partes, al insistir con el juramento ahora por ley, al considerar que el interrogatorio siempre tendrá fines probatorios, cuando todo dependerá de las respuestas, lo que obliga al judicante a realizar fórmulas afirmativas y no indagatorias o aclarativas de los hechos, pues de éstas no podrán extraerse confesiones, entre otros irregularidades que hacen del instrumento un verdadero desastre.

Una versión similar la ubicamos en el sistema de procedimientos de niños, niñas y adolescentes, concretamente en el artículo 479 de la Ley Orgánica de Protección del Niño, Niña y Adolescente que indica que en la audiencia de juicio, de apelación, de casación y en la ejecución, las partes igualmente se considerarán juramentadas para contestar al juez las preguntas que les formule, teniéndose sus respuestas como confesión sobre los asuntos del interrogatorio, debiendo ser la preguntas en forma asertivas o afirmativas de un hecho cierto. Se trata de otro lamentable bodrio jurídico limitativo, retrógrado, fosilizado y antigarantista, al cual se le hacen los mismos señalamientos contenidos en el párrafo anterior, sumados al hecho de no solo por no prever la posibilidad de las partes de hacerse libres interrogatorios, sino por tratarse ahora de unas posiciones juradas oficiosas en cabeza del judicante, quien le hará a las partes –juramentadas por ley- las preguntar asertivas o afirmativas sobre los hechos debatidos, con la posibilidad de tener por cierto el contenido de las preguntas ante la negativa de respuestas o evasivas, salvo los casos de sanciones penales, administrativas y disciplinarias, lo que obviamente suple la carga probatoria de las partes colocando al judicante en un averiguador y no en un verificador de los hechos. Esta mecánica absurda peca también del error de considerar la posibilidad probatoria –instrucción- en sede de Casación y de ejecución, que como es conocido no son fases de instrucción para la convicción judicial, pues la primera cumple una función de control de la sentencia de instancia, en tanto que la segunda de materializar lo decidido y que ha pasado en autoridad de cosa juzgada; pero también observamos que siempre se tiene presente al interrogatorio con fines probatorios, para la obtención de confesiones cuando ello dependerá de un conjunto de factores que no necesariamente terminarán en una declaración confesoria, de manera que no se considera la posibilidad de la *pro se declaratio* analizable libremente por el judicante. Ya para terminar la guinda de este pastel se ubica en el artículo 488.B que

permite en segunda instancia utilizar el fósil de las posiciones juradas, vale decir, que el instrumento no regulado en la instancia es previsto para la alzada.

Como podemos observar se trata de sendos instrumentos legales torpes que ignoran que el derecho al sistema probatoria ha sido constitucionalizado, separándose del garantismo y que con pretensiones de modernidad, simplemente son pobres en su regulación remontándonos a los sistemas inquisitivos, ello como consecuencia de los aires de grandeza de sus autores que dejaron en evidencia sus limitados conocimientos sobre el asunto, especialmente quienes regentaran momentáneamente las funciones de magistrados de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, como lo fueron los abogados Omar Alfredo MORA DIAZ y Juan Rafael PERDOMO.

En el **sistema de procedimiento agrario** no se regula la posibilidad de libres interrogatorios de las partes, aún cuando sí se hace respecto al tema de las posiciones juradas como fórmulas de declaración de las partes con fines probatorios, lo que se regirá por el sistema de procedimiento civil que veremos; pero sí hay previsión respecto a la posibilidad del judicante de hacer libres interrogatorios a las partes con fines probatorios o aclaratorios, tal como lo prevén los artículos 188 y 224 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario.

En el **sistema de procedimiento contencioso administrativo**, no fue regulado en forma alguna el tema tratado, aunque en esta materia no operan las posiciones juradas por el hecho que una de las partes es la Administración Pública; lo propio sucede en el **procedimiento contencioso tributario** donde quedan expresamente excluidos el juramento decisorio y las posiciones juradas a los funcionarios públicos que impliquen confesión a la Administración, conforme al artículo 269 del Código Orgánico Tributario.

Destaquemos de lo dicho hasta aquí, la paradoja que se presenta en materia de declaraciones de partes y libre interrogatorios en los sistemas de procedimiento analizados, pues estando en presencia de un sistema probatorio constitucionalizado y en función del sistema garantista, no resulta correcto la falta de previsión generalizada de la posibilidad de libres interrogatorios que puedan hacerse las partes con o sin fines probatorios, así como los que pueda realizar el judicante, que colocan a nuestros sistemas de procedimientos en franco retroceso y desconocimiento de las nuevas tendencias; pero también y en los casos de regulaciones del tema como sucede en material laboral y de niños y adolescentes, también se observa un franco retroceso antigarantista e inconstitucional, primeramente por el hecho de no haberse previsto la declaración por medio de interrogatorios de partes, y luego por el hecho de preverse una especie *sui géneris* de posiciones juradas de oficio lesivas de la carga probatoria, con un juramento incrustado pero ahora en la ley. Solo afirmamos que son lamentables nuestros sistemas de procedimiento y especialmente de quienes hacen las leyes, de sus promotores o autores cuando por el hecho de haber

sido o ser magistrados –cargos que obedecen en nuestro sistema antidemocrático a cuestiones políticas y no de credenciales- pareciera que los enmanta de sapiencia para legislar. Pues las muestras son evidentes y las carencias quedan demostradas.

En el sistema de **procedimiento civil** escrito regulado por un Código de Procedimiento Civil preconstitucional, el tema de la declaración de las partes se rige fundamentalmente por la fórmula de las posiciones juradas con fines confesorios y en cabeza de las partes, así como por los interrogatorios libres y sin juramento que ordene el judicante con fines probatorios o aclaratorios –artículos 401 y 514 del Código Ritual- instrumentos que son aplicables al **procedimiento civil oral, marítimo y aeronáutico**, con la inclusión del libre interrogatorio con fines probatorios o no a que se refiere el artículo 862 del precitado Código.

Puesto en este estado el asunto y sin perjuicio de reservarnos para más adelante el tratamiento de la declaración de las partes en el procedimiento penal, interesa hacernos algunas interrogantes para avanzar en el tema a saber: **¿Pueden las partes hacer declaraciones libres en el proceso aunque no lo prevea la ley?**, **¿Pueden las partes solicitarse libres interrogatorios aunque la ley no lo regule?**, **¿Puede el judicante realizar interrogatorios libres con fines o no probatorios aunque la ley no lo regule expresamente?**

Afirmamos que la respuesta positiva a cada una de las interrogantes tiene un mismo fundamento a saber: estando el derecho de acceso al sistema probatorio constitucionalizado, no existe limitación alguna para que las partes pueden promover como medios probatorios sus propias declaraciones, lo que no solo puede tener una base constitucional y garantista, sino que además conforme al principio de libertad probatoria es perfectamente viable que las partes puedan hacer uso de este instrumento para que el judicante escuche su versión sobre los hechos; también las partes pueden solicitarse libres interrogatorios, interrogatorios cruzados y eventuales careos sin previsión legal apoyados en normas constitucionales y en el principio de libertad probatoria; por último y en base a los mismos argumentos y fundamentos jurídicos el judicante puede echar mano de la herramienta del interrogatorio libre para dirigir preguntas a las partes con fines o no probatorios, pues esto dependerá de las respuestas que se obtengan y del cumplimiento de otras exigencias para extraer una confesión.

Lo importante es entender que la falta de regulación legal tanto en leyes pre como postconstitucionales, no es argumento válido para impedir las declaraciones de las partes y el libre interrogatorio en cabeza del judicante; también que en futuras reformas el tema debe ser entendido de manera de aniquilar de una vez por todas el sistema de posiciones juradas y sustituirlo por libres interrogatorios que procedan a petición de las partes o de oficio, con o sin fines probatorios.

Por último y respecto al **sistema de procedimiento penal**, pueden producirse las declaraciones y el interrogatorio del imputado o acusado, bien en fase de investigación o preparación del proceso oral, en fase preliminar y de haberse presentado el libelo acusatorio y admitido total o parcialmente, en fase de juicio en la audiencia de juicio correspondiente al primer acto que se presenta luego de las exposiciones de las partes en los términos del artículo 330 del Código Orgánico Procesal Penal que indica [...] *Después de las exposiciones de las partes, el Juez o Jueza recibirá declaración al acusado o acusada con las formalidades de este Código. Le explicará con palabras claras y sencillas el hecho que le atribuye, y advertirá que puede abstenerse de declarar sin que su silencio le perjudique, y que el debate continuará aunque no declare. Permitirá que manifieste libremente cuando tenga por conveniente sobre la acusación, pudiendo ser interrogado o interrogada posteriormente. Podrán interrogarlo o interrogarla el Ministerio Público, el o la querellante, el defensor o defensora y el tribunal, en ese orden. El imputado o imputada podrá abstenerse de declarar total o parcialmente.*”, norma que se concatena con la contenida en los artículos 331 y 332 del mismo Código, éste último que permite al acusado hacer las declaraciones que considere pertinente en la audiencia de juicio, incluso si antes de hubiese abstenido de hacerlo.

De esta manera indica el artículo 132 del Código Orgánico Procesal Penal que [...] *El imputado o imputada declarará durante la investigación ante el funcionario o funcionaria del Ministerio Público encargado o encargada de ella, cuando comparezca espontáneamente y así lo pida, o cuando sea citado por el Ministerio Público. Si el imputado o imputada ha sido aprehendido o aprehendida, se notificará inmediatamente al Juez o Jueza de Control para que declare ante el o ella, a más tardar en el plazo de doce horas a contar desde su aprehensión; este plazo se prorrogará por otro tanto, cuando el imputado o imputada lo solicite para nombrar defensor o defensora. Durante la etapa intermedia, el imputado o imputada declarará si lo solicita y la declaración será recibida en la audiencia preliminar por el Juez o Jueza. En el juicio oral, declarará en la oportunidad y formas previstas por este Código. El imputado o imputada tendrá derecho de abstenerse de declarar como también a declarar cuantas veces quiera, siempre que su declaración sea pertinente y no aparezca sólo como una medida dilatoria en el proceso. En todo caso, la declaración del imputado o imputada será nula si no la hace en presencia de su defensor o defensora.*”

En esta materia pueden presentarse declaraciones e interrogatorios con fines indagatorios probatorios o aclaratorios, el primero cuando es llamado el imputado a declarar en fase de preparación o investigación donde se le hagan las advertencias a que se refiere el artículo 133 del Código Orgánico Procesal Penal que indica [...] *Antes de comenzar la declaración se le impondrá al imputado o imputada del precepto constitucional que lo exime de declarar en causa propia y, aun en caso de consentir a prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento y se le comunicará detalladamente cuál es el hecho que se le atribuye, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión, incluyendo aquellas que son de importancia para la calificación jurídica, las disposiciones legales que resulten aplicables y los datos que la investigación arroja en su contra. Se le instruirá también de que la declaración es un medio para su defensa y, por consiguiente, tiene derecho a explicar todo cuanto sirva para desvirtuar las sospechas que sobre*

el o ella recaiga, y a solicitar la práctica de diligencias que considere necesarias.” Nos dice Jorge CLARIÁ OLMEDO citado por Jorge FÁBREGA que la “**declaración indagatoria**” del imputado procede y se impone cuando con respecto a determinada persona surjan elementos de convicción agregados a los autos la sospecha de que ha participado en el hecho delictuoso, constituyendo un medio para la defensa material del imputado, por el cual se le da la oportunidad para que conteste el elemento fáctico de la imputación dirigida en su contra, tanto en el aspecto objetivo como subjetivo,⁴ calificativo –indagatoria- que como explica RAMOS MENDEZ y en virtud del derecho constitucional a no declarar contra sí mismo, se presenta como una reminiscencia del sistema inquisitivo.⁵

Por su parte JAUCHEN expresa que el acto procesal que prevén los códigos de procedimientos para decepcionar las expresiones del imputado se denomina “**declaración indagatoria**”, que por su naturaleza no es un medio de prueba sino un medio de defensa, por la cual se le otorga la oportunidad de ejercitar su defensa material expresando todo lo que considere conveniente en descargo a la atribución delictiva que previamente debe comunicársele, aunque del contenido de sus manifestaciones, pueden surgir eventualmente confesiones sin que sea correcto asociar ambos conceptos.

Como se observa en el actual sistema de procedimiento penal venezolano que a adoptado el modelo acusatorio, ya no se presenta como tal la figurada de la “declaración indagatoria” aunque el imputado luego de individualizado tiene el derecho a declarar cuando así lo manifieste o lo cite el Ministerio Público en los términos que hemos señalado mediante un acto revestido de las garantías constitucionales, que se presenta como un acto de verdadera defensa del imputado, de descargo aunque no de contradictorio, donde eventualmente puede generarse una confesión que para su validez probatoria, ha de ser ratificada en el proceso –pues estamos en fase de preparatoria y ante un acto de investigación– por el mismo imputado convertido en ese momento en acusado.

Sin perjuicio de lo dicho en el proceso penal a diferencia del civil como indica el precitado JAUCHEN, el único que puede ser órgano de confesión como medio de prueba del delito es el imputado como parte pasiva de la persecución penal, ello como consecuencia que las partes que integran la relación jurídica procesal y conforme al objeto del proceso mismo constituido por el hecho delictivo, el único que introduce ese medio de prueba es quien reconoce su intervención en él; las declaraciones de las demás partes como el la víctima que se querelle, el reclamante civil u otros serán en condición de testigos. En este sentido dice JAUCHEN que [...] *la confesión del imputado no puede ser considerada en el proceso penal como un testimonio de parte, pues lo que fundamentalmente caracteriza al testimonio es que puede versar sobre el conocimiento que el órgano de la prueba tenga sobre hechos propios o ajenos y aun cuando ninguno de ellos lo perjudique; mientras que la*

⁴ Jorge FÁBREGA. Ob. cit. p. 492.

⁵ Jorge FÁBREGA. Ob. cit. pp. 492 y 493.

*confesión siempre importa el relato de un hecho propio y perjudicial para el que lo presta.”*⁶, a diferencia del sistema anglosajón, donde el imputado luego de declararse inocente, proseguirá la causa en tal estado y con el carácter de testigo, de manera que será viable su declaración favorable, con las exigencias propias de la prueba testimonial.

En las declaraciones que rinda el imputado o acusado en el proceso penal, puede suceder que éste reconozca su participación en el delito imputado o acusado y su responsabilidad, que en la medida que se haya hecho en forma libre, sin coacción y con el cumplimiento de los derechos constitucionales del caso, constituirá eventualmente una confesión valorable por el juez, pero que como única prueba no es suficiente para destruir la presunción de inocencia, ya que y como lo hemos expuesto en otro momento, por la naturaleza del derecho e intereses en juego, no basta la mera confesión o reconocimiento para la declaratoria de culpabilidad, sino que hace falta comprobar que efectivamente se trata de la misma persona que cometió el delito y que es responsable del mismo, no siendo poco frecuente que las confesiones en procesos penales tiendan a evitar la culpabilidad de otros sujetos que efectivamente cometieron el delito, bien por cuestiones familiares, de fama pública u otros casos.

Para que la confesión como medio de prueba sea válido, además de tener que estar revestida de las formalidades constitucionales, es necesario que se realicen en juicio, en presencia del juez que ha de sentenciar, lo que inmediatamente nos coloca en el tema de la validez de las confesiones en fase de investigación o preparatoria ante el Ministerio Público o ante los órganos de investigación penal. Al respecto JAUCHEN indica que la declaración rendida ante los órganos policiales –y para nosotros ante el Ministerio Público- no puede tener carácter confesorio, pues estos sólo tienen facultad de recibir la declaración del imputado, no así su confesión, aunque de ella pueda obtenerse ésta; que para la eficacia de la confesión necesariamente debe hacerse ante el juez o ser ratificada ante éste. Se trata primeramente que las declaraciones producidas por el imputado en la investigación o preparación del proceso, incluso en fase preliminar sólo tendría eficacia probatoria como confesión, cuando se produzca el reconocimiento del delito imputado, su participación y responsabilidad, cumpliéndose con todas las garantías que envuelven la declaración –como *la indicación del derecho a no estar obligado a declarar y que ello no le produce consecuencia alguna, a la asistencia letrada, al conocimiento de los cargos imputados, a la interdicción de coacción de cualquier naturaleza, no exigir el juramento de decir la verdad*, entre otros- y siempre que sea ratificada por el propio imputado ante el juez de Juicio en la audiencia oral, pues de lo contrario y en caso de retractación viable por el derecho constitucional a la presunción de inocencia, ni siquiera podrá ser considerada como indicio, en otros términos, la declaración ante el Ministerio Público u órganos de investigación debe “**judicializarse**”, de manera que de producirse la ratificación de la confesión ante el juez podrá ser

⁶ Eduardo M. JAUCHEN. Ob. cit. pp. 231 y ss.

considerada como medio probatorio. Si la confesión se produce directamente ante el juez y en cumplimiento de todas las garantías constitucionales, también se estará ante un medio probatorio.

Importa destacar que la confesión del imputado en fase de investigación no puede ser introducido al proceso por medio de la declaración de los funcionarios policiales, pues ello contrariaría el hecho que se trata -la confesión- de un acto personalísimo, lesionándose el derecho a la defensa, a la imparcialidad de los funcionarios policiales, infraccionando la intervención del imputado y en definitiva incumpléndose con las formalidades que envuelven la declaración.

También resulta pertinente referirnos a los casos de los acuerdos reparatorios y suspensión condicional del proceso, que en principio parten de la base de la admisión de los hechos que se presenta como una especie de confesión del imputado respecto a la comisión del delito, su participación y responsabilidad. En el primero de los casos si el acuerdo se realiza luego que se haya presentado la acusación –artículo 41 del Código Orgánico Procesal Penal- y esta haya sido admitida total o parcialmente, será necesario que el imputado admita los hechos en la audiencia preliminar o antes de la apertura del debate, si se trata de un procedimiento abreviado, y de no cumplir con el mismo se pasará al dictado de la sentencia condenatoria conforme al procedimiento por admisión de los hechos; en el segundo caso la suspensión condicional también partirá de la premisa de la admisión de los hechos –artículo 43 *eiusdem*- y en caso de revocatoria reanudará el proceso, procediendo a dictar sentencia condenatoria con fundamento a la precitada admisión.

Resumiendo lo dicho hasta ahora y en cuanto al tema que nos interesa diremos, primero que el imputado o acusado –según la etapa del procedimiento- pueden declarar libremente en el proceso, sin perjuicio que en fase de investigación lo puede hacer cuando es citado por el Ministerio Público. En segundo lugar y dependiendo de la etapa procesal, el Ministerio Público, el querellante si lo hubiere, el defensor y el tribunal podrán dirigir interrogatorios, así el primero y la defensa podrán hacerlo en fase de investigación cuando se tome la declaración del imputado, en tanto que en fase de juicio si el acusado declara, podrán interrogar las señaladas partes en el orden escrito, sin perjuicio del derecho del acusado de abstenerse de declarar total o parcialmente, todo en los términos de los artículos 132, 134, 312 y 330 todos del Código Orgánico Procesal Penal. Por último, la declaración del imputado o acusado podrán tener carácter confesorio o no, dependiendo del cumplimiento de los requisitos que hemos expresado, siempre que haya reconocido el hecho delictivo, su participación y responsabilidad, con la advertencia que si se ha hecho en fase de investigación, requiere ser judicializada mediante la ratificación personal en juicio.

3. INTERROGATORIOS DE LAS PARTES POR EL JUDICANTE.

Sobre este punto ya hemos dicho que los interrogatorios que se realicen en el proceso por orden del juez pueden tener fines diferentes, lo que de por sí marca su tipología al poder ser de carácter clarificatorios o probatorios. Veamos cada uno.

3.1. Interrogatorios *ad clarificandum* o de clarificación.

Son aquellos que ordena el juez de oficio en el marco del proceso judicial, que tiene por finalidad aclarar o despejar dudas sobre el tema controvertido, para tener un mejor conocimiento sobre el tema debatido conforme a la versión de las partes interrogadas y que de por sí, excluye toda finalidad probatoria de acreditamiento de los hechos enunciados y debatidos por comparación con las fuentes y que conducen a la certeza judicial. Estos interrogatorios simplemente buscan el contacto y el diálogo directo entre las partes y el juez, para que éste dirija a los primeros aquellas preguntas que han de responder “sin juramento”, sin fórmulas sacramentales –aunque como hemos visto algunos de nuestros sistemas de procedimiento tratan el tema bajo una formulación de preguntas asertivas o afirmativas- para disipar toda duda, sin perjuicio que de las respuestas pudieran extraerse confesiones, siempre que se hubiera reconocido hechos propios, personales o sobre los que tuviera conocimiento, que le produjeran consecuencias jurídicas adversas, al tratarse de hechos que son presupuesto de las normas contenidas de consecuencias jurídicas desfavorables, lo que no es más que la vocación probatoria indirecta del acto. Este es el caso de los interrogatorios a que se hacen mediante autos para mejor proveer a se refieren el artículo 514 del Código de Procedimiento Civil, el artículo 15 de la Ley del Procedimiento Marítimo, el artículo 156 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, el artículo 190 como 191 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario y el artículo 276 del Código Orgánico Tributario.

Pero no necesariamente este tipo de interrogatorios competen a los jueces, pues por ejemplo en el procedimiento penal, este tipo de interrogatorio se presenta para el imputado en la fase de investigación, cuando lo hace por voluntad propia ante el Ministerio Público o por citación que éste le haga, donde no existe una vocación probatoria aunque pueda eventualmente presentarse la confesión del imputado que para su validez requerirá de la ratificación en juicio por parte de éste. En este tipo de interrogatorios las evasivas, incomparecencias o falta de respuestas de las partes a las preguntas formuladas, le darán al juez la posibilidad de considerar las conductas procesales como indicios desfavorables, salvo el caso del procedimiento penal donde no opera la situación como consecuencia del derecho constitucional a la presunción de inocencia.

Importa destacar –nuevamente- que como consecuencia de la publicización del proceso judicial y por su carácter constitucional, este tipo de interrogatorio es viable en el marco procedimental aunque no esté regulado, lo que tendría una base netamente constitucional y garantista; lo propio pasaría con los indicios que puedan extraerse de las conductas de las partes, esto último como consecuencia de la constitucionalización del derecho de acceso al sistema probatorio.

3.2. Interrogatorios probatorios.

Al lado de los interrogatorios con fines *ad clarificandum*, precisamente encontramos aquellos que tienen un marcado fin probatoria, para la verificación de los hechos debatidos que conduzcan a la convicción judicial, lo que se hará mediante las eventuales confesiones que se produzcan, sin perjuicio de la presencia de indicios procesales producidos por las conductas de las partes que puedan ser consideradas como prueba de los hechos debatidos. Este interrogatorio con fines probatorios como hemos indicado y estudiado en los diversos sistemas de procedimiento, generalmente se realizan a través de la mecánica de posiciones juradas, aunque nada impide desde una noción constitucional y garantista, que sean consecuencia de libres interrogatorios que ordene el judicante con fines de extracción de confesiones – fin probatorio- lo que tendría una fundamentación constitucional ante la falta de previsión legal, valorabe por vía de sana crítica y que en definitiva, es el sustituto indiscutible del fósil de las posiciones juradas en los términos que hemos expuesto en este capítulo.

Para terminar este punto y siguiente a DEVIS ECHANDÍA diremos que las características esenciales de este interrogatorio informal de las partes con fines probatorios, son los siguientes:

- a. Libertad de iniciativa por parte del judicante.
- b. Libertad de formas en el interrogatorio.
- c. Inmediación absoluta del judicante.
- d. Libertad de valoración del resultado probatorio por el juez a través de la sana crítica.
- e. Libre de juramento.

4. LA CONFESIÓN. ETIMOLOGÍA. DEFINICIÓN. CARACTERÍSTICAS. NATURALEZA.

Este punto necesariamente debe comenzar con lo dicho al inicio del capítulo, esto es, que la confesión como medio de prueba judicial es una declaración de parte *-contra se declaratio-* más no toda declaración de parte puede considerarse como una confesión, lo que nos ubica en la noción género –declaración de parte- especie –confesión- y que nos permite introducirnos al tema a través de la siguiente interrogante

¿qué es la confesión?; más comencemos con el origen etimológico del vocablo para lo cual el maestro uruguayo Eduardo J. COUTURE luego de definir la confesión como el acto jurídico consistente en admitir como cierto, expresa o tácitamente, dentro o fuera del juicio, un hecho cuyas consecuencias de derecho son perjudiciales para aquél que formula la declaración, se refiere a su etimología como cultismo, del latín *confessio, nis* de igual significado, derivado del verbo *confiteor, eri, confessus sum* “confesar”, compuesto del proverbio de “aspecto” terminativo con y el verbo *fateor, eri* “confesar”, propiamente “repetir siempre”, frecuentativo de *for fari, fatus sum* “decir, hablar”, cuya traducción en francés: *Aveu*; italiano: *confessione*; portugués: *confessao*; inglés: *Avowal*; y alemán: *Geständnis*.⁷

Siguiendo a la profesora española Consuelo RÍOS MOLINA observamos que para llegar a la etimología de la palabra “confesión” se hace necesario acudir al verbo latino *confiteor (fesses sum)* que significa confesar, revelar, manifestar, hacer conocer, que se formaría posiblemente a partir del verbo *fateor (fassus sum)* y de la partícula *cum*, lo que equivale igualmente a confesar, reconocer, manifestar, declarar, proclamar, mostrar, descubrir, de manera que *confessio (inos)* significa confesión, reconocimiento, declaración, donde se destaca la actividad realizada por quien confiesa, exteriorizando para fuera de sí, algo que le consta personalmente, bien por alguien que se lo solicite o requiera, bien espontáneamente.⁸

La prueba de confesión judicial nos dice MONTERO AROCA, ha sido el resultado de haberse entremezclado por parte del legislador del siglo XIX dos instituciones a saber: *jura* o juramento y *conocencia* o confesión, el primero –*jura o juramento*– que conforme a la Partida III, Título XI, se refería a sus diversas clases y finalidades después de haber dicho que “*jura es averiguamiento que se faze, nombrando a Dios, o a alguna otra cosa santa, sobre lo que alguno afirma que es assi, o lo niega*” o, “*jura es afirmamiento de la verdad*”; que el jura de *juyzio* era el que pendiente el pleito se daban las partes entre sí, de modo que estando ante el juez, una de ellas pedía el juramento de la otra diciendo que estaría a lo que ésta jurara, de manera que el pleito se resolvería de acuerdo con lo que la parte jurara que era la verdad. Se trataba del juramento deferido, donde una de las partes defería la solución del pleito a la otra y si ésta lo rehusaba y se lo devolvía a la primera, el juramento era referido, devuelto y asumiendo también que el proceso se decidiera por él, segundo juramento que no podía rehusarse y si así lo hiciera el juez debía dar a la parte por vencida. Dice el maestro español que la fuerza de este juramento que sólo redundantemente podía considerarse como “decisorio” no se derivaba de que sirviera para la averiguación de los hechos afirmados, sino que servía para revelar toda prueba, debiendo el juez dictar sentencia conforme con el manifiesto del juramento

⁷ Eduardo J. COUTURE. Vocabulario Jurídico. pp. 163 y 164.

⁸ Consuelo RÍOS MOLINA. La Prueba de Confesión en el Proceso Laboral. Editorial J.M. Bosch. Barcelona, 1998. p. 27.

Pero también se reguló el juramento de *premia*, que era aquel que el juez podía pedir de oficio a alguna de las partes, quien no podía rehusarlo ni referirlo al contrario, de modo que si no quería jurar debía darse por vencido en el juicio. Estos juramentos –de *premia* y de *juyzio*- suponían la terminación del pleito entre las partes.

La segunda figura –posiciones y *conocencias*- dice MONTERO AROCA que después de juramentados, la Partida III regulaba, en los Títulos XII y XIII, las preguntas o posiciones y las *conocencias* o respuestas, la primera definida como “*demanda que faze el juez a la parte, para saber la verad delas cosas sobre que es dubda o contienda anteel*” precisándose después que las posiciones las podían hacer las partes, en todo caso el juez y podían hacerse desde la contestación de la demanda y hasta la sentencia, debiendo ser claras, afirmativas y referidas al hecho o cosa sobre la que se contiene; la segunda –*conocencias*- es “*respuesta de otorgamiento que faze la una parte ala otra en juyzio*”, cuyos requisitos eran: hacerse en juicio, delante del juez y de la otra parte, por mayor de veinticinco años. Indica el maestro español citado que la confesión en cuanto referida a hechos perjudiciales al que declaraba, tenía gran fuerza, pues ella podía “*librar la contienda, bien assí como si lo que conocen fuesse prouado por buenos testigos o por verdaderas cartas. E porende el judgador, ante quien es fecha la conocencia dene dar luego juyzio afinado por ella*”.⁹

el acabamiento

Volviendo al comienzo de este punto nuevamente formulamos la interrogante **¿qué es la confesión?**

Comencemos con la doctrina colombiana refiriéndonos al criterio expuesto por el maestro Hernando DEVIS ECHANDÍA, para quien la confesión es un medio de prueba judicial, que consiste en una declaración de ciencia o conocimiento, expresa, terminante y seria, hecha conscientemente, sin coacciones que destruyan la voluntariedad del acto, por quien es parte en el proceso en que ocurre o es aducida, sobre los hechos personales o sobre el conocimiento de otros hechos perjudiciales a quien la hace o a su representado, según el caso, o simplemente favorables a su contraparte en ese proceso.¹⁰

Por su parte ROCHA ALVIRA manifiesta que la confesión ha sido la prueba por excelencia –*regina probationum o probatio probatissima*- pues se piensa que el hombre no miente para perjudicarse y la mentira, la disculpa y el disimulo suelen aducirse en provecho propio, no sintiendo el hombre impulso a reconocer aquellos hechos que puedan ocasionarle consecuencias perjudiciales para su patrimonio material o moral; que confesar una cosa, un hecho, un acto jurídico, es reconocer como verdadero el hecho o el acto de índole suficiente para producir contra el que lo admite consecuencias jurídicas. Se trata

⁹ Juan MONTERO AROCA. La Prueba en el Proceso Civil. pp. 117 y ss.

¹⁰ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. p. 667

de una declaración de voluntad hecha por una persona, declaración que tiene el carácter especial de serle desfavorable o perjudicial.¹¹

PARRA QUIJANO considera que la confesión es la declaración que hace una parte sobre los hechos propios o el conocimiento que tiene de los hechos ajenos, y que le perjudican o favorecen a la contraparte, caracterizado por los siguientes elementos: a. Configura una de las modalidades del testimonio, pero específica, es decir, de quien tiene la calidad de parte en el proceso; b. Debe versar sobre hechos, aunque se pueden hacer afirmaciones jurídicas que significarán narración simplificada de los hechos; c. Debe versar sobre hechos pasados; y d. Puede versar sobre hechos personales del confesante o sobre el conocimiento que tiene de hechos ajenos, pero con la condición de que ellos le causen perjuicio.¹²

La confesión –expresa AZULA CAMACHO- proviene del latín *confessio*, que significa reconocimiento personal de un hecho propio, que alude a una conducta que entraña la aceptación personal de haber sido actor de un acontecimiento o la admisión de saber algo, siendo las consecuencias jurídicas que se desprenden de quien la hace, el requisito esencial se la confesión, la cual se caracteriza por ser personal –cuando lega al juez por conducto de una persona- indirecta –porque el juez se informa de los hechos por el relato que le hace una persona e histórica –por contraerse a la narración de unos hechos acaecidos con antelación a dicha narración.¹³

LÓPEZ BLANCO entiende por confesión la manifestación que voluntariamente hace, bien espontáneamente, ora por ser expresamente requerido, un sujeto de derecho acerca de los hechos que pueden producirle consecuencias jurídicas adversas.¹⁴

BETANCUR JARAMILLO y GARCÍA SIERRA nos ofrecen la siguiente definición de confesión: [...] *la aceptación expresa o tácita, por persona capaz, del hecho por el cual se le interroga, para cuya demostración no exige la ley otro medio de prueba, con consecuencias jurídicas en contra de quien lo acepte.*¹⁵

En la doctrina argentina nos dice el maestro ALSINA luego de aceptar la definición de confesión hecha por MATIRROLLO conforme a la cual, se trata de una prueba de testimonio que una de las partes hace contra sí misma, el reconocimiento que uno de los litigantes hace de la verdad de un hecho susceptible de producir consecuencias jurídicas a su cargo, considera que la confesión se trata de una prueba contra quien la presta y a favor de quien se hace, ello por ser principio de derecho natural que,

¹¹ Antonio ROCHA ALVIRA. Ob. cit. pp. 197 y 198.

¹² Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. p. 421.

¹³ Jaime AZULA CAMACHO. Ob. cit. 136.

¹⁴ Hernán Fabio LÓPEZ BLANCO. Ob. cit. T. III. p. 129

¹⁵ Carlos BETANCUR JARAMILLO y Alfonso GARCÍA SIERRA. Ob. cit. p. 306.

salvo juramento decisorio, nadie puede establecer una prueba en su favor; que como prueba tiende a confirmar la existencia de un hecho, más no una regla de derecho.¹⁶

PALACIO define la confesión como la declaración emitida por cualquiera de las partes respecto de la verdad de hechos pasados, relativos a su actuación personal, desfavorable para ella y favorable para la otra parte, de donde pueden deducirse las siguientes características: a. Debe configurar una declaración proveniente de quien revista la calidad de parte en el proceso, lo que descarta el carácter confesorio de las declaraciones prestadas por los terceros ajenos al proceso, quien lo hacen como testigos; b. Debe versar sobre hechos y no sobre el sentido jurídico de éstos; c. Como especie del testimonio, la confesión solo puede tener por objeto hechos pasados, pues una declaración formulada sobre hechos presentes puede constituir eventualmente, una pericia o el contenido de un documento, pero no comporta confesión; d. Debe recaer sobre hechos acaecidos en la actuación personal de la parte, esto es, hechos realizados u omitidos por el confesante, cuanto tenga conocimiento que, a través de su actuación personal, puede haber adquirido aquél de hechos ajenos o simplemente naturales; y f. Los hechos sobre los que recae la confesión deben ser desfavorables al confesante y favorables a la otra parte –*contra se pronuntiatio*- de manera que no hay confesión cuando el hecho es favorable a la parte que declara.¹⁷

KIELMANOVICH al tratar el tema de la confesión comienza diciéndonos que la *pro se declaratio* o declaración de hechos que resulten favorables para el propio declarante, no reviste carácter de una confesión, más aún pensando que no podría ser reputada prueba dentro del sistema del ordenamiento procesal, donde cabría la aplicación residual del principio del *nemo in propria causa testis esse debet*, que indica que nadie puede ser testigo en su propia causa, aún cuando en algunas legislaciones –indica- es descartado –como ocurre en el sistema anglosajón americano cuando el acusado se declara inocente, que y como hemos visto, declara en calidad de testigo y no de acusado-. Indica que la *pro se declaratio* carece de virtualidad probatoria directa, pues si bien mediante ella se verifican la unilateral fijación y concordancia del hecho representado –a través del testimonio- con el hecho que fuera aducido o alegado como presupuesto de la pretensión, defensa o excepción por el propio declarante, dicha reproducción o reiteración subjetiva no le quita a aquél el carácter de controvertido para la parte contraria y para el mismo juez, al menos en cuanto pretendía derivar esa consecuencia de su impresión mecánica. El profesor argentino define la confesión judicial como [...] *la declaración de parte relativa a hechos personales, o de conocimiento personal del declarante, pasados y contrario a su interés.*¹⁸

¹⁶ Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. p. 309

¹⁷ Lino Enrique PALACIO. Ob. cit. T. IV. pp. 490 y ss.

¹⁸ Jorge KIELMANOVICH. Ob. cit. pp. 373 y ss.

Por último Aldo BACRE se refiere a la confesión como el testimonio o declaración que una de las partes hace contra sí misma, es decir, el reconocimiento por parte de uno de los litigantes de la verdad de los hechos personales o de su conocimiento, susceptibles de producirle consecuencias jurídicas desfavorables, afirmados por la contraria. De esto deduce el citado autor: a. La confesión es una prueba contra quien la presta y a favor de quien se hace; b. La declaración sólo puede ser formulada por quien es parte, por quien es sujeto del proceso como actor, demandado o tercero interviniente; c. Debe versar sobre hechos personales o de conocimiento personal del confesante; c. Constituye una declaración de ciencia o de conocimiento, expresa, hecha conscientemente sin coacción que destriyan la voluntad del acto; e. Debe tener causa y objeto lícitos, no siendo extraída en forma dolosa o fraudulenta, aunque ello no implica que pueda versar sobre hechos ilícitos; f. La voluntad de confesante no puede estar viciada por error de hecho o dolo, cuya prueba autoriza la revocación; y g. El hecho confesado debe ser físicamente posible y su investigación no debe estar prohibida.¹⁹

En Nicaragua el profesor ESCOVAR FORNOS nos da la siguiente definición de confesión. [...] *es reconocer un hecho que le causa perjuicio al que lo reconoce. Esta prueba goza de prestigio. De ahí que haya sido denominada la reina de las pruebas.*²⁰

En la doctrina española comencemos con el maestro GUASP, quien nos indica que los medios de prueba personales son aquellos que, como su nombre lo indica, se utiliza a una persona como elemento probatorio producto de convicción judicial, lo que pueden ser los terceros o las partes, ésta última que generalmente recibe el nombre de “confesión” aunque su nombre sea impropio, pues no se alude a cualquier prueba personal de las partes, sino sólo a ciertos actos y resultados de dicha prueba, cuando una de las partes reconoce un hecho que le es perjudicial, de manera –indica- que la denominación más adecuada sería la de “interrogatorio de partes”. Respecto a la confesión expresa que es ante toda una declaración, una exteriorización voluntaria de una cierta actitud humana que se expresa mediante signos del lenguaje, por lo que confiesa un litigante que anuncia expresamente cierta actitud hacia los datos procesales que constituyen el objeto de la prueba, actitud que constituye una creencia o un conocimiento, y no una voluntad o un querer, por lo cual las declaraciones que emiten las partes en la confesión deben configurarse como declaraciones de ciencia y no como declaraciones de voluntad.²¹

ASENCIO MELLADO nos dice que la confesión es un medio de prueba por el cual una parte solicita a la contraria que se posicione y declara respecto de hechos personales y relevantes al proceso, de manera que se trata de un medio de prueba, referido a un acto de parte y relacionado con hechos

¹⁹ Aldo BACRE. Ob. cit. T. III. pp. 172 y 173.

²⁰ Iván ESCOVAR FORNOS. Ob. cit. p. 192

²¹ Jaime GUASP. Ob. cit. T. I. pp. 319 y ss.

personales del confesante y relevantes al tema debatido en el proceso. Indica que no se trata de un acto de disposición de la parte que la realiza, en tanto en cuanto, la misma no vincula al órgano jurisdiccional que puede valorarla libremente y en conjunto con el resto de las pruebas materializadas; que se trata de una declaración de parte, producida siempre a instancia de la contraria –se refiere el maestro español al interrogatorio formal- siendo por tanto una declaración provocada, no espontánea cual sucede con la admisión de los hechos, lo que descarta –a su decir- que la declaración efectuada por la propia parte en los escritos de alegatos, puedan ser considerados como confesión.²²

MONTERO AROCA define la confesión –refiriéndose al interrogatorio formal o posiciones juradas- como una actividad procesal por la que una parte, bajo juramento o promesa, contesta a las preguntas que la otra le formule, relativas a hechos personales de aquélla, con el fin de conseguir certeza sobre los hechos controvertidos en el proceso. Más recientemente y respecto a la prueba de “interrogatorio de las partes” como lo regula la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil española 1/2000, indica que [...] *es la declaración que efectúan las partes, o los terceros, sobre hechos y circunstancias de los que se tengan noticia y que guarden relación con el objeto del juicio*” –artículo 301.1-.²³

En la doctrina italiana comencemos con el maestro Carlo LESSONA, citado por el profesor Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA, quien define a la confesión en términos generales como [...] *la declaración judicial o extrajudicial (espontánea o provocada por interrogatorio de la parte contraria o por el juez directamente), mediante la cual la parte, capaz de obligarse y con ánimo de proporcionar a la otra una prueba en perjuicio propio, reconoce de manera total o parcial la verdad de una obligación o de un hecho que se refiere a ella y es susceptible de tener ciertos efectos jurídicos.*”²⁴

El maestro CHIOVENDA define la confesión como la declaración que hace una parte de la verdad de los hechos afirmados por la contraria y que perjudican al que confiesa.²⁵

REDENTI se refiere a la confesión como la declaración que una parte hace de la verdad de hechos desfavorables a ella y favorables a la otra, considerada la misma –declaración- en sí y por sí como manifestación de un pensamiento –ciencia, convicción, opinión expuesta narrativamente- cualquiera sea el medio con que materialmente se exteriorice, sea de palabra o escrito.²⁶

ROCCO luego de estudiar el tema del interrogatorio de las partes, especialmente el formal que conduce a una confesión, indica que por ésta ha de entenderse una declaración que una parte hace de la

²² José María ASECIO MELLADO. Ob. cit. T. I. pp. 175 y 176.

²³ Juan MONTERO AROCA. Ob. cit. pp. 119 y yy. Igualmente en Derecho Jurisdiccional II. p. 289.

²⁴ Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA. Ob. cit. p. 364.

²⁵ Guisepe CHIOVENDA. Ob. cit. T. III. pp. 62, 166 y 167.

²⁶ Enrico REDENTI. Ob. cit. T. I. p. 285.

verdad de hechos a ella desfavorables y favorables a la otra parte, teniendo por objeto la existencia o inexistencia de determinados hechos.²⁷

Por último MICHELI se refiere a una declaración que una de las partes hace sobre la verdad de los hechos desfavorables a ella y favorables a la otra, que tiene por objeto exclusivamente hechos relevantes para la causa, cuando su demostración, con razonable probabilidad, pueda concurrir a hacer considerar fundada la pretensión de la parte contraria, de manera que no puede nunca tener como contenido afirmaciones de derecho, aún cuando algunas veces el hecho viene confesado por la parte con referencia a la afirmación de derecho, lo que valdrá como prueba sólo respecto al tema de hecho que forma parte del derecho afirmado.²⁸

Entre nosotros citemos al maestro Humberto BELLO LOZANO quien nos enseña que la confesión viene a ser uno de los medios de prueba aportados por la parte, para diferenciarlos de otros que tienen lo personal como denominador común, ya que es una prueba de parte, en tanto que el testimonio y la pericia lo son de personas no partes, y la inspección es un reconocimiento que sólo compete al órgano jurisdiccional, en tratándose –dice- de una declaración de parte contentiva del reconocimiento de un hecho que origina consecuencias jurídicas desfavorables al confesante, que tomado en sentido netamente judicial en cuando a sus efectos, es el reconocimiento que hace el interesado de un acto propio, en atención a un asunto jurídico que en alguna manera afecta su patrimonio.²⁹

Su hijo –nuestro padre- el maestro Humberto BELLO-LOZANO MÁRQUEZ –el recordado “humbertico”- definiría la confesión como una declaración de parte, contentiva del reconocimiento de un hecho propio que origina consecuencias jurídicas desfavorables al confesante.³⁰

Habiéndonos paseado por la doctrina respecto a lo que debe entenderse por “confesión y ensayando una **definición** al respecto, consideramos que la confesión *es el reconocimiento que hace la parte en el proceso judicial –espontánea o provocadamente mediante interrogatorios informales o formales- o antes del mismo –extrajudicialmente- de la existencia u ocurrencia de un hechos enunciados como fundamento de las diversas pretensiones y controvertidos en el proceso donde se aduzca, pertinentes y relevantes a la causa debatida, que le es propio, personal o del cual tiene conocimiento, que le trae consecuencia jurídicas perjudiciales o simplemente beneficia a su contraparte, mediante una declaración de ciencia o conocimiento, que debe ser libre, sin coacción de ninguna naturaleza, consciente, expresa, seria y terminante.*

Se trata de un medio de prueba judicial que consiste en una declaración que hace la parte, vale decir, quien es parte en el proceso judicial, bien en el proceso o antes que éste se produzca, mediante la

²⁷ Ugo ROCCO. Ob. cit. V. III. p. 126.

²⁸ Gian Antonio MICHELI. Ob. cit. V. II. p. 157.

²⁹ Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. I. p. 175.

³⁰ Humberto BELLO LOZANO MÁRQUEZ. Las Fases del Procedimiento Ordinario, p. 138.

cual reconoce hechos propios o de los cuales tiene conocimiento, que le trae consecuencia jurídicas desfavorables, de allí que se diga que la confesión es una declaración de parte –*contra se declaratio*- mas no toda declaración de parte es una confesión –*pro se declaratio*- siendo el elemento determinante para identificar la existencia de una confesión ante una declaración de parte, que la misma contenga el reconocimiento de un hecho propio, personal o de los cuales tenga conocimiento el confesante, que le sean perjudiciales o sencillamente beneficien a su contendor judicial.

Es el elemento perjudicial lo que califica como confesión a la declaración de parte, pudiendo suceder, que la parte reconozca como cierto u ocurrido el hecho que sirve o es presupuesto de la norma que consagra la consecuencia jurídica que le perjudica o que simplemente beneficie a su contendor judicial, por ser presupuesto de la norma que consagra la consecuencia jurídica que ha solicitado y que le beneficia, de manera que el análisis de la confesión, del reconocimiento de hecho perjudicial o que beneficie al contendor judicial, debe apreciarse desde la óptica de las relación procesal, de los hechos enunciados como fundamento de las pretensiones-acusaciones, contestaciones, defensas, que son el presupuesto de la norma que contiene esa consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva o modificativa que solicitan, pudiendo producirse la confesión en el mismo proceso, una vez trabada la litis o antes que esta se produzca, incluso antes de existir proceso –confesión extrajudicial-.

De la definición ensayada anteriormente se desprende las siguientes características:

- a. Es un medio de prueba judicial, que mediante la declaración de las partes pueden conducir al proceso fuentes probatorias que sirvan para la verificación de los hechos enunciados, controvertidos y no eximidos de prueba, mediante el sistema de comparación y que conducen a la certeza judicial sobre los mismos.
- b. Consiste en una declaración de parte producida en el proceso o antes que éste se produzca –extrajudicialmente- de manera que no puede provenir de terceros, aunque loas declaraciones de éstos puedan considerarse como confesión en procesos futuros o existentes donde estos sean parte.
- c. La declaración en el marco del proceso puede ser consecuencia de una manifestación espontánea de las partes, sea de manera verbal o escrita, la primera como consecuencia de la intervención de actos del proceso como audiencias preliminares o de juicio, salvo que la ley disponga en el primero de los casos –audiencias preliminares- que no se producirá confesión alguna; la segunda –escrita- como consecuencia de lo dicho en escritos de demanda, contestación u otros, aunque y como veremos, esta no es la tendencia de nuestro doctrina de Casación al carecer –a su decir- del *animus confitendi* entendido como voluntad y no plena conciencia. También la confesión puede ser el producto de interrogatorios informales que se hagan las partes u ordene el judicante, así

como de interrogatorios formales que como fósil jurídico se mantiene en nuestro sistema de procedimiento a través de las posiciones juradas o confesión provocada.

- d. Es una declaración de ciencia o conocimiento, de la ocurrencia o existencia de hechos enunciados y que se debaten en el proceso, realizados por el confesante, que le son propios o de los cuales tiene conocimiento, bien antes del proceso o dentro del proceso judicial. Lo dicho conduce inmediatamente a la afirmación que la confesión no se trata de una declaración de voluntad, pues no se requiera que exista la voluntad del confesante de declarar en su contra, sino simplemente que no existan elementos que afecten su libertad al declarar aquello de lo que tiene conocimiento.
- e. Es libre, sin coacción de ninguna naturaleza que destruyan o afecten el ánimo del confesante y consciente, pues el confesante debe saber lo que hace, no estando en estado de inconsciencia producto de elementos naturales o artificiales, transitorios o permanentes que lo afecten.
- f. Debe ser seria, expresa y terminante, que no sea en broma o juego, sin duda y que no sea implícita o sobreentendida.
- g. Solo recae sobre hechos que hayan enunciado la partes como fundamentos de sus diferentes pretensiones, que sean controvertidos, relevantes y no eximidos de prueba; en caso de declaraciones antes del proceso, estas serán confesiones en la medida que sean debatidas futuramente en el proceso judicial donde se aduzcan.
- h. Debe contener el reconocimiento de un hecho propio, personal o del cual tenga conocimiento el confesante, lo que puede ser un acto, omisión incluso hecho natural.
- i. Debe serle perjudicial al confesante o simplemente beneficioso a su contendor judicial, de lo cual se desprende, que si la declaración de la parte es beneficiosa para este *-pro se declaratio-* no existirá confesión y se tratará de una simple declaración de parte, no así de una confesión judicial. Habrá confesión en la medida que la parte reconozca como cierto u ocurrido el hecho que sirve o es presupuesto de la norma que consagra la consecuencia jurídica que le perjudica o que simplemente beneficie a su contendor judicial.

Resumiendo tenemos que la confesión es un medio de prueba judicial que consiste en una declaración de ciencia o conocimiento que es hecha por quien es parte en el proceso, durante el mismo o antes que éste se produzca –confesión extrajudicial- en forma libre, consciente, sin coacción, expresa, terminante y seria, que recae sobre hechos propios, personales o de los cuales tiene conocimiento el confesante, donde reconoce hechos que le son perjudiciales o simplemente benefician a su contendor judicial.

Sin perjuicio de lo dicho y entendiendo que la prueba judicial, más aún, el derecho probatorio como ciencia jurídicas ubicado en el derecho procesal “no tiene sexo”, importa referirnos a la **confesión**

en materia penal, pues aquí existen ciertas características que por la naturaleza del derecho e interés en juego y de los derechos constitucionales que tiene el imputado o acusado –según la etapa del procedimiento- marcan alguna diferencia con el régimen de la confesión en otros sistema de procedimiento.

Para JUACHEN la confesión es un medio de prueba que consiste en las expresiones de voluntarias y conscientes de una persona, por la cual reconoce en forma expresa, ante el juez de la causa, haber participado en un hecho delictivo, medio cuya eficacia no configura un elemento conceptual desde que no se hace a la existencia misma de la confesión, ni su validez, sino probatorio.³¹

El autor colombiano Jiménez Walters POMARE refiriéndose indica que se tiene como confesión el reconocimiento del sindicado o acusado de ser autor o partícipe de los hechos en investigación, la cual debe reunir ciertas características a saber: a. Debe realizarse ante un funcionario judicial; b. Que la persona esté asistida de abogado; c. Que la persona haya sido informada del derecho a no declarar contra sí mismo; y d. Que se haga en forma consciente y libre. Agrega que el cuerpo del delito debe estar plenamente comprobado y que no exista en él prueba alguna que la contradiga, el primero pues no basta la confesión del inculcado para condenarlo, pues este puede mentir para favorecer a terceras personas, por fama, publicidad, por fraude, de manera que ante la presencia de la confesión, igualmente se hace necesario todos los elementos que determinen y demuestren el delito, la participación, culpabilidad y responsabilidad del acusado, que permitan al judicante obtener convicción judicial más allá de toda duda razonable que permita dictar una sentencia condenatoria.³²

AZULA CAMACHO afirma que la confesión en el campo del derecho penal es el reconocimiento que una persona hace frente al funcionario competente y acompañado de su defensor de haber participado en el hecho delictivo que se le sindicada. Agrega el maestro colombiano respecto al valor probatorio que la confesión en materia penal no tiene, por regla general, cualquiera que sea su modalidad –judicial o extrajudicial, pura y simple, cualificada o calificada, corriente o privilegiada- que le lleven al juez el convencimiento de los hechos ilícitos y su autoridad, de manera que no importa si existen varias confesiones de cualquier naturaleza, concordantes o contradictorias, pues su grado de credibilidad dependerá del respaldo que encuentra en otros medios probatorios practicados en el proceso, salvo cuando se trata de la “privilegiada” que consiste en la admisión del hecho para la reducción de la pena, sujeta a determinados requisitos, entre los que se ubica precisamente la necesidad que se produzca en la primera versión rendida por el procesado, que no haya situación de flagrancia y que se haya constituido en el fundamento esencial de la sentencia condenatoria, por tratarse de una prueba de cargo en contra

³¹ Eduardo M. JAUCHEN. Ob. cit. p. 244.

³² Jiménez Walters POMARE. Pruebas Judiciales, Editorial Gustavo Ibáñez. Medellín, 2003. pp. 113 y ss.

del acusado y no de un medio de persuasión demostrativo de circunstancias excluyentes de culpabilidad o de justificación del hecho punible, de manera que esta modalidad de confesión tiene la virtud –indica el maestro colombiano- de establecer el cuerpo del delito.³³

Por su parte el maestro PARRA QUIJANO indica que la confesión en materia penal se trata de la declaración del acusado –en sentido genérico- donde narra o reconoce ser el autor o partícipe de los hechos que la ley penal describe como delito. Que se trata de una especie de declaración del sindicado, inculpado o acusado, donde no se requiere reconocer la responsabilidad, lo que se debatirá en el proceso, bastando que simplemente acepte o narre ser autor o partícipe de unos hechos que la ley penal describe como delito y que son precisamente los que han motivado la investigación. La Corte Suprema de Justicia colombiana, cita el maestro colombiano, define la confesión en materia penal como [...] *el reconocimiento que el acusado hace de su propia culpa por haber participado en el hecho de que se le sindicó. La confesión en materia penal no viene a ser otra cosa que el reconocimiento de una determinada responsabilidad de quien la hace, aceptando ser el autor del delito. La confesión no es otra cosa que la declaración del sindicado en que reconoce explícitamente su participación en el hecho criminoso, es decir, el reconocimiento de su autoría y por tanto de su responsabilidad penal.*”

Por último indica respecto a la indivisibilidad de la confesión en materia penal, que en el actual sistema procesal penal colombiano no se incluyen conceptos de confesión simple o calificada, como tampoco hace referencia a la indivisibilidad de la misma, ni a su divisibilidad, lo que significa que el tema queda a la doctrina y a la apreciación del juez; que la confesión con mayor razón por la materia a que se refiere, debe ser indivisible; que no parece equilibrado que el juez condene al sindicado con sustento a su confesión y que al mismo tiempo no le crea en la parte que ofrece disculpas, arguyendo la obligación del Estado de castigarlo; que si aparecen pruebas que demuestren que las disculpas del confesante no son ciertas, sí es equilibrado que el juez condene porque en base a aquellas pruebas las dispensas quedan desvirtuadas; que hay necesidad de hablar de confesión indivisible en casos donde es la única prueba de la responsabilidad, cuando a pesar de existir otras pruebas, estas son confusas, cuando lo dicho en la confesión aparece corroborado por otros medios probatorios y finalmente cuando las explicaciones o circunstancias agregadas a la confesión sean inverosímiles.³⁴

En nuestro sistema de procedimiento penal podemos decir que la confesión se trata de un medio de prueba judicial que consiste en una declaración de ciencia o conocimiento del imputado, acusado o sindicado, hecha en forma libre, consciente, sin coacción, expresa, terminante y seria, donde reconoce su participación o autoría respecto al hecho punitivo que es investigado y que se le imputado o del cual es acusado. Pero como hemos indicado esta confesión generalmente será el producto de una declaración

³³ Jaime AZULA CAMACHO. Ob. cit. pp. 137 y ss.

³⁴ Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. pp. 407 y ss.

que puede hacer el imputado en fase de investigación o preliminar, que debe necesariamente estar revestido de un conjunto de garantías entre las que se ubica la indicación del derecho a no estar obligado a declarar y que ello no le produce consecuencia alguna, a la asistencia letrada, al conocimiento de los cargos imputados, a la interdicción de coacción de cualquier naturaleza, no exigir el juramento de decir la verdad, entre otros, especialmente a que sea ratificada ante el juez –judicializada- pues de lo contrario y por su carácter retractable –en esta materia- no producirá validez alguna ni siquiera como indicio; en tanto que si la declaración se hace ante el juez de Juicio en la audiencia correspondiente con el cumplimiento de las garantías señaladas, valdrá como medio probatorio. Pero en ambos casos como medio de prueba no será suficiente para la condenatoria del acusado, será necesaria su corroboración con otros medios de prueba que demuestren la participación, autoría, responsabilidad, culpabilidad y demás elementos objetivos y subjetivos del delito.

Respecto a su indivisibilidad, si en el proceso solo cursa como prueba la precitada confesión que no puede ser corroborada con otros medios probatorios, hemos dicho que la sentencia debe absolver; pero igualmente y de haber confesión respecto al delito pero siendo esta calificada al exponerse un hecho en descargo, el juez no podrá escindir la confesión asumiendo solo el reconocimiento de la participación, de manera que si en el proceso no existen otros medios de prueba que corroboren la confesión inculpativa y desvirtúen exculpación, también habrá que absolver, en otros términos ante la confesión de participación o autoría del delito y la aducción de hechos eximentes de responsabilidad, el judicante no puede dividir la confesión para condenar, tendrá en este caso que analizar los demás elementos probatorios –pruebas de cargo- para determinar la responsabilidad penal, y si no hay más elementos probatorios, deberá absolver en función de la presunción de inocencia.

Como indica JAUCHEN en el supuesto de confesión cualificada o calificada, sobre el imputado no pesa carga procesal alguna que le imponga el imperativo de probar los extremos con los cuales justifica su exculpación, de modo que sin perjuicio del derecho que tiene de hacerlo, lo que redundará en su beneficio, la omisión de hacerlo no importa ninguna presunción en su contra, ni releva al juez del deber funcional insoslayable de coleccionar pruebas que resulten necesarias para descubrir la verdad.³⁵ El estado de inocencia del que goza constitucionalmente el imputado trae como consecuencia, que en tratándose de una confesión calificada donde se aduce un hecho inculpativo y otro exculpatorio, la misma no puede dividirse en perjuicio del confesante –sindicado- y el Estado a través del Ministerio Público que mantiene el monopolio de la acusación en los delitos dependiente de acción pública, tiene la carga de buscar la prueba del hecho exculpatorio, lo que incluso en fase de investigación forma parte de lo que se denomina “principio de investigación integral”, siendo a éste –acusador- a quien compete realizar la

³⁵ Eduardo M. JAUCHEN. Ob. cit. pp. 247 y ss.

prueba de cargo que lleve a la convicción judicial del juez sobre la participación o autoría del acusado respecto al hecho incriminado, así como su responsabilidad y culpabilidad, mas allá de toda duda razonable.

Para terminar este apartado nos referiremos a la naturaleza jurídica de la confesión en general, lo cual obedece a la interrogante **¿cuál es la naturaleza jurídica de la confesión?**

Para responder debemos comenzar recordando que la prueba de confesión fue considerada en su momento como el medio más importante, la *regina probationum* o *probatio probatissima*, en función de aquella máxima social que el hombre no miente para perjudicarse; más para la determinación de su naturaleza jurídica se han edificado diferentes tesis que han tendido a justificar la confesión, partiendo fundamentalmente como indica DEVIS ECHANDÍA,³⁶ de la noción de *animus confitendi*, a saber:

a. Tesis que considera la confesión como declaración bilateral de voluntad, de naturaleza sustancial o negocial, de derecho privado.

Como indica el maestro BELLO LOZANO se trata de la “teoría contractual”, que parte de la existencia de una convención entre el actor que ha expresado su voluntad en la presentación de la demanda y el demandado que dispone de sus derechos, obligando con su declaración al órgano jurisdiccional quien deberá tomar la confesión como fundamento de la decisión.³⁷

Por su parte DEVIS ECHANDÍA nos indica que para la existencia de la confesión en esta tesis, se exige que se tenga el *animus confitendi*, entendido como renuncia al derecho sustancial. Indica que si la confesión fuera un contrato, sería indispensable para su eficacia la aceptación –consentimiento- de ella por el adversario, lo que no es exigido por las legislaciones y la doctrina, a lo que se suma el hecho que los contratos constituyen, modifican o extinguen el derecho, lo que no sucede con la confesión que se refiere a un medio de prueba, de aportación de fuentes para la verificación de los hechos y convicción judicial.³⁸ La confesión no puede considerarse en sentido contractual por el simple hecho de su regulación en la ley como medio probatorio, que regido por normas procesales de orden público, no pueden ser objeto de disposición por las partes, absolutamente incompatible con la pretendida naturaleza sustancial, negocial, contractual o de derecho privado que le asigna esta teoría.

³⁶ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. Cit. T. I. pp. 649 y ss.

³⁷ Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. I. p. 179.

³⁸ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Compendio de Pruebas Judiciales. Editorial Temis. Bogotá, 1969. pp 249 y ss.

b. Tesis que sostiene que la confesión es una declaración unilateral de voluntad, de naturaleza sustancial y negocial, de derecho privado.

A diferencia de la anterior, se elimina el elemento convencional o contractual, al considerarla como una declaración unilateral, pero con el inconveniente de conservar de aquella los demás conceptos, como el carácter de acto de voluntad y de negocio jurídico sustancial de derecho privado, que desconoce el carácter procesal y público de las normas probatorias.

c. Tesis que la considera como un acto de voluntad y por lo tanto, como un negocio jurídico, pero de naturaleza procesal y no un medio de prueba.

En esta a diferencia de la anterior, la naturaleza deja de ser contractual y de derecho sustancial, para pasar a las filas procesales, pero el yerro fundamental se ubica en no considerarlo como medio de prueba, regido por normas procesales de orden público, tratándolo como un negocio jurídico procesal disponible por las partes, así como por el hecho de tenerlo como un acto de voluntad de manera que para su existencia se requeriría el *animus confitendi* entendido como voluntad del confesante.

d. Tesis que asigna simultáneamente el doble carácter de negocio procesal y medio de prueba.

Se trata de una contradicción pues las normas que rigen los negocios jurídicos son libres, flexibles y disponibles, lo que no ocurre con las normas probatorias, de manera que al mismo tiempo la confesión no puede ser una manifestación de voluntad libre de las partes y un medio de prueba regido por normas procesales indisponibles; aquí el *animus confitendi* se traduce en la intención de suministrarle la prueba a la parte contraria.

e. Tesis que considera de naturaleza sustancial, pero no negocial a la confesión, reconociéndole el carácter de medio de prueba.

Dice el citado maestro colombiano, que la eliminación del concepto de negocio jurídico en el acto confesorio y el reconocerle simultáneamente el carácter de medio de prueba, un notable progreso en el camino de estructurar la noción jurídica de la confesión, pero al asignarle el carácter sustancial y no procesal se sigue incurriendo en los errores señalados en las tesis anteriores, pues la confesión no puede quedar a la voluntad de las partes, como declaración de voluntad y no de ciencia o conocimiento.

f. Tesis que le reconoce a la confesión naturaleza procesal y de derecho público, no negocial, pero que niega que sea un medio de prueba.

Otro avance interesante a la que se le hace el reparo que precisamente el sujeto –parte- cuando declara y la misma contiene el reconocimiento de un hecho personal y perjudicial, además de constituirse en sujeto de prueba, es órgano de prueba, donde su persona es el medio y su versión la fuente probatoria.

g. Tesis que considera la confesión como declaración de verdad, de naturaleza procesal y un medio de prueba.

Esta tesis rechaza el carácter negocial y sustancial de la confesión, elimina la contradicción de considerarla un medio de prueba pero de naturaleza sustancial, o un acto procesal de carácter negocial, se le asigna el carácter de declaración de verdad, lo que hace negar que sea un acto de voluntad que persiga necesariamente producir determinados efectos jurídicos y que sea negocio jurídico sustancial o procesal, así como que la única función sea la de comunicarle al juez la verdad de los hechos, como un acto puramente procesal, declarativo y no dispositivo, pues entre la declaración de voluntad y declaración de verdad existe una marcada diferencia, la primera que persigue determinado efecto jurídico o resultado tutelado por el derecho; la segunda que no persigue un efecto jurídico determinado, sino que se limita al reconocimiento de la verdad del hecho, siendo un acto puramente declarativo. Esta tesis no resulta correcta por el hecho que al otorgarle a la confesión el carácter de declaración de verdad, deja sin explicar los numerosos casos en que puede no corresponder a la verdad, lo que en el fondo equivale a darle el efecto de una presunción de verdad, que muy lejos está de corresponder a su genuina naturaleza

h. Tesis que considera la confesión como una declaración de ciencia o conocimiento, de naturaleza procesal y un medio de prueba.

Se refiere a la tesis que goza de mayor aceptación al considerar que el *animus confitendi* para confesar no se identifica con la voluntad o no de producir determinados efectos jurídicos, tampoco sobre el hecho de la intención de decir o no la verdad, sino simplemente con la plena conciencia del confesante, libre de cualquier elemento que lo perturbe para declarar sobre los hechos que se debatan en el proceso y que le pueden traer consecuencias desfavorables. Se trata de un medio de prueba judicial, al suministrar una fuente proveniente de la parte que servirá al judicante para la verificación de los hechos enunciados y

debatidos, mediante la comparación para la convicción judicial, regulado por normas procesales de orden público indisponible por los sujetos procesales.

La confesión se trata de un acto procesal de parte, un medio de prueba judicial por medio del cual pueden demostrarse hechos debatidos o controvertidos y que han sido enunciados por las partes como fundamento de sus diversas pretensiones al ser presupuesto de las normas contentivas de las consecuencias jurídicas pedidas y buscadas. En este sentido se trata de un acto procesal y un medio de prueba judicial que consiste en una declaración de parte de ciencia o conocimiento, ausente de elementos que puedan influenciar el ánimo del confesante, trátase de elementos materiales o psicológicos, lo cual descarta que la confesión se refiera a una “declaración de voluntad”, pues no se requiere de la voluntad del confesante para reconocer la existencia u ocurrencia de un hecho que le es propio, personal o del cual tiene conocimiento, ya que en materia de confesión es indiferente si el confesante tenía o no conocimiento que su declaración le iba a producir efectos perjudiciales o si simplemente tenía la intención o voluntad de perjudicarse, por el contrario, lo que se requiere a la plena “conciencia” de declarar sobre hechos personales o de los cuales tenga conocimiento, circunstancia ésta que caracteriza su naturaleza de ser un medio de prueba judicial consistente en una declaración de ciencia o conocimiento y no de voluntad.

Consecuencia de lo anterior, es que no se trata de una declaración de “naturaleza sustancial” pues no constituye, modifica o extingue el derecho, limitándose únicamente a establecer o verificar –por su carácter de fuente- los hechos enunciados y controvertidos en el proceso judicial; tampoco se trata de una “declaración de verdad”, ya que no siempre mediante ésta se descubre la verdad de los hechos que se debaten especialmente cuando en teoría entendemos que en el proceso existen dos verdades, la procesal y la real y ésta última no siempre concuerda con la demostrada en el proceso. A lo dicho incorporemos que y como hemos expresado en la primera parte de este trabajo –teoría general del derecho probatorio- de la noción y definición de prueba judicial, especialmente de su finalidad, debe erradicarse la palabra y noción de “verdad”, para sustituirlo por el entendimiento que la actividad probatoria en el proceso lo que busca es la aportación de aquellas fuentes que sirvan para verificar o confirmar los hechos enunciados, debatidos y no eximidos de prueba, por comparación con las precitadas fuentes, para producir en el ánimo del judicante convicción judicial respecto a los hechos debatidos, traducido en certeza no exento de falencias o errores.

Sobre este punto y respecto a las teorías señaladas el maestro español Jaime GUASP nos dice, que resulta errónea la explicación hoy anticuada que ve en la confesión un acto de disposición del derecho material, un negocio jurídico privado, que por engendrar la vinculación de los litigantes al resultado de las concordes declaraciones emitidas, las hace semejantes a un contrato de derecho material, afín, si acaso,

al negocio de renuncia, al allanamiento o de transacción –teoría del contrato- donde no existe el elemento del consentimiento; que también resulta errónea aquella tesis que pretende explicar la naturaleza de la confesión como un relevación o exención a la carga de la prueba, constituyéndola en un negocio jurídico procesal, bien de tipo constitutivo o positivo, emanado de la voluntad de fijar procesalmente los hechos confesados, bien de tipo abdicativo o negativo, emanante de la voluntad de renunciar a la oposición procesal, pues para considerar a la confesión como un negocio jurídico procesal se requeriría que ella fuera una declaración de voluntad y no de ciencia; por lo tanto –señala- la confesión, por su naturaleza, es un verdadero medio de prueba demostrativo de hechos debatidos en el proceso y que tienden a formar la convicción del juez, es una entidad procesal.³⁹

Resumiendo diremos que la confesión reviste naturaleza de medio de probatorio, como acto procesal regulado por normas de orden público, que tiene por objeto demostrar hechos controvertidos en el proceso, mediante la declaración que en forma consciente –declaración de ciencia o conocimiento- realiza la parte donde reconoce como ciertos u ocurridos, hechos propios, personales o de los cuales tiene conocimiento, que le son perjudiciales.

5. CLASIFICACIÓN DE LA CONFESIÓN.

Para analizar este punto nos resulta fundamental previamente referirnos a su diferencia con la “**admisión**” y el “**reconocimiento**”, pues mientras la “**confesión**” es un medio de prueba judicial que consiste en una declaración que hace la parte sobre hechos propios, personales o de los que tiene conocimiento, que son controvertidos y que le producen consecuencias jurídicas desfavorables o simplemente beneficiosas a su contendor judicial, la “**admisión**”, también es el reconocimiento de hechos pero a diferencia de la confesión, puede recaer sobre hechos favorables, nunca puede ser provocada, como sí sucede en materia de confesión con el interrogatorio formal o fórmula de las posiciones juradas, el hecho debe haber sido previamente alegado por las partes y por último, la admisión siempre es judicial, vale decir, en el marco de un proceso jurisdiccional, en tanto que la confesión puede ser extraprocesal.

En cuanto al “**reconocimiento**”, el mismo se diferencia de la confesión, ya que se refiere al allanamiento total o parcial de las pretensiones o excepciones que aduzcan las partes en el proceso judicial, vale decir, que se trata de un convenio total o parcial con relación a las pretensiones o excepciones de las partes, de manera que no puede ser extrajudicial, como sucede en la confesión y no resulta como tal un medio de prueba, sino una forma de autocomposición procesal.

³⁹ Jaime GUASP. Ob. cit. T.I. pp. 323 y 324. Igualmente ver KIELMANOVICH. Ob. cit. pp. 379 y 380.

Aclarado lo anterior y en cuanto a la clasificación de la confesión encontramos:

5.1. Confesión judicial o extrajudicial.

En la primera la confesión puede ser rendida dentro del marco de un proceso jurisdiccional, bien se trate del caso concreto, bien se trata de la declaración que hace un tercero, en condición de testigo o experto en un proceso que no es parte, pero que posteriormente es llevada a un proceso donde sí resulta parte éste tercero. Este reconocimiento de hechos propios, personales o de los cuales tiene conocimiento un sujeto que es parte en el proceso judicial, realizada en forma espontánea o provocada en el mismo proceso donde es parte o en otro donde no lo es, pero que es trasladada a otro donde sí es parte, que le son perjudiciales o simplemente benefician a su contendor judicial, constituye una confesión judicial, siendo importante destacar, que para calificar a la confesión como judicial, conforme a lo previsto en el artículo 1.401 del Código Civil, nada importa que fuera realizada ante un juez incompetente, lo que califica de judicial a la confesión, es que se realice en presencia de un juez de la República, bien sea competente o no, en sede de jurisdicción voluntaria o contencioso, bien sea el sujeto parte en dicho proceso o tercero, caso éste último donde la declaración puede trasladarse al proceso donde ese tercero ahora sea parte.

Por argumento en contrario, la **confesión extrajudicial**, conforme a lo previsto en el artículo 1.402 del Código Civil, es aquella que se hace a la propia parte, a su representante o a un tercero, fuera del proceso jurisdiccional, vale decir, en cualquier acto extraproceso o en procedimientos administrativos, teniendo el mismo valor probatorio que la judicial, siempre que sea hecha a la misma parte o su representante, pues de haberse hecho a un tercero valdrá solo como un indicio, que por su carácter contingente requiere ser acreditado y concordado con otros indicios.

5.2. Confesión espontánea o provocada.

La confesión también puede realizarse en forma “**espontánea**” o “**voluntaria**” por la parte o por quien pueda ser futuramente parte en un proceso judicial, esto es, fuera de un proceso judicial conforme a lo visto en el punto anterior, pero también puede ser vertida por la parte dentro del proceso judicial, como consecuencia de su intervención en actos procesales orales o escritos, los primeros como audiencia preliminares –salvo que la ley disponga otra cosa respecto a la posibilidad de confesiones- de juicio, apelación u otros, así como en escritos presentados directamente o por conducto de apoderados con facultad para ello, como demanda, contestación, promoción de pruebas, informes, observaciones, entre otros, esto último que no ha sido considerado por la doctrina de Casación como confesión cuando se

reconoce un hecho propio, personal o del cual tiene conocimiento desfavorable o favorable a la otra parte, al haber comprendido erradamente que se carece de *animus confitendi* entendido como mera voluntad de confesar y producir efectos adversas respecto a lo confesado, cuando verdaderamente se trata de plena conciencia o conocimiento –recordemos que la confesión es una declaración de ciencia y no de voluntad.- Pero la confesión también puede ser “**provocada**”, como consecuencia de un interrogatorio libre que proceda a petición de parte o por orden del judicante, así como de un interrogatorio formal como sucede en materia de posiciones juradas, donde las partes en el proceso con fines probatorios y a instancia de éstos –principio dispositivo- formulan preguntas asertivas que tienen por objeto obtener la confesión judicial sobre hechos propios, personales o de los cuales tiene conocimiento el confesante –absolvente- que son relevantes y pertinentes en la causa, mas aún, que son controvertidos en el proceso judicial, insistimos, mediante el reconocimiento afirmativo que se haga en las respuestas que dé el absolvente, a la formulación de preguntas realizadas en forma asertiva, que contienen la afirmación de la existencia u ocurrencia de un hecho que le es perjudicial o que beneficia al preguntante –proponente- previo el juramento de ley y cuyo valor o grado de convicción se encuentra tarifado en la ley.

5.3. Confesión escrita u oral.

Esta clasificación tiene como premisa la forma como se hace la confesión y como puede aportarse al proceso, de manera que la declaración confesoria puede ser hecha en forma “**verbal u oral**” bien dentro del marco de un proceso judicial, como ocurre con las respuestas de tipo confesoria que realice alguna de las partes con ocasión a interrogatorios realizados por la contraparte o por el judicante de oficio, bien fuera del proceso, mediante la declaración o conversación que se sostenga con la otra parte o con un tercero. Pero la confesión también puede estar contenida de manera “**escrita**”, vertida bien en documentos extrajudiciales o judiciales, estos últimos como la demanda, la contestación o cualquier otro escrito presentado en autos.

En este punto nuevamente resulta fundamental destacar que las confesiones documentadas que consten en instrumentos públicos o privados, hacen mutar el medio probatorio para colocarnos en el mundo de los instrumentos cuyo valor probatorio se calificará conforme a las reglas de la precitada prueba y no de la confesión; lo que no ocurre cuando la declaración confesoria es vertida en un acta escrita del proceso, que no le hace perder el carácter de confesión y de declaración de parte, no mutando a la instrumental.

5.4. Confesión preconstituida o constituida.

Según se la confesión se haya obtenido antes o durante el proceso judicial, la misma puede ser “**preconstituida**” cuando ha sido obtenida antes del proceso judicial donde se aducen, donde las partes pretenden asegurar o constituir una fuente probatoria para el futuro, como sucede en interrogatorios antes del proceso; también puede hablarse de confesiones “**constituidas**” cuando ellas se han formado o realizado en el marco del propio proceso donde se aduce. constituida, si la confesión se origina en el mismo proceso donde se apreciará.

5.5. Confesión documentada e indocumentada.

Atendiendo si constan en instrumento o no, puede decirse que se trata de confesiones documentales o indocumentales, pero en el caso de confesiones documentadas y como hemos visto, el valor probatorio no será precisamente el de la prueba confesional, sino el de la prueba instrumental pública o privada, según la forma como se hayan documentado, dado que han perdido –al ser documentadas- la naturaleza de prueba de confesión.

5.6. Confesión expresa o tácita.

Si el reconocimiento se hace en forma clara, precisa y terminante, sin lugar a ningún tipo de dudas estaremos en presencia de una confesión “expresa”, mas si en materia de posiciones juradas o interrogatorio formal el absolvente no comparece al acto de posiciones juradas y se le estampan las mismas, o se niega a dar respuesta sobre lo que se le pregunta sin razón alguna, incluso, cuando sus respuestas son ambiguas, imprecisas, se produce una confesión “tácita” que admite prueba en contrario –confesión en la confesión- no así la confesión expresa, salvo el caso del error de hecho, todo conforme a lo previsto en el artículo 412 del Código de Procedimiento Civil.

5.7. Confesión según su contenido.

Según el contenido de la declaración confesoria o simplemente de la confesión, sea judicial o extrajudicial, puede dividirse en pura y simple, calificada o cualificada y compuesta, conforme lo veremos de seguidas.

5.7.1. Confesión pura y simple.

Cuando la parte reconoce un hecho propio, personal o del cual tiene conocimiento, que es controvertido en un proceso o que puede ser controvertido en un proceso futuro, que le es desfavorable -perjudicial-o simplemente beneficia a su contendor judicial o futuro contendor judicial, vale decir, cuando la parte confiesa judicial o extrajudicialmente la existencia u ocurrencia de un hecho, sin reserva alguna, en forma llana, sin aducir ningún hecho en su favor que aclare, modifique o amplíe el hecho confesado, estaremos en presencia de una confesión pura y simple, como sucede cuando la parte reconoce la existencia de la obligación, que adeuda una cantidad de dinero, que no dio cumplimiento al contrato, que cometió o participó en la comisión de un delito, que es autor o responsable del mismo, entre otras ejemplos.

5.7.2. Confesión calificada o cualificada.

Es aquella que se produce cuando la parte reconoce un hecho propio, personal o del cual tiene conocimiento, que es controvertido en un proceso o que puede ser controvertido en un proceso futuro, que le es desfavorable o perjudicial o simplemente beneficia a su contendor judicial o futuro contendor judicial, vale decir, cuando la parte confiesa judicial o extrajudicialmente la existencia u ocurrencia de un hecho, pero aduciendo a su vez otro hecho que le beneficia, bien que aclare, modifique o amplíe el hecho confesado, estaremos en presencia de una confesión calificada. En la confesión calificada, se reconoce la existencia u ocurrencia de un hecho perjudicial, pero agregándose características distintas a la señalada por la parte contraria, o bien modificándolas, suprimiéndole o aclarándole otras características, de manera que en esta clase de confesión, existen dos hechos, uno perjudicial al confesante y otro que le beneficia, éste último que puede ser modificando, aclarando, suprimiendo o agregando circunstancia que hacen cambiar el hecho originalmente aducido por la parte contraria y que es objeto de confesión, siendo el elemento característico de este tipo de confesión, que entre el hecho perjudicial y el hecho beneficioso, existe una relación jurídica umbilical, conexión o unidad jurídica que las hace inseparables o indivisible, de manera que aquel que quiera hacer valer el hecho confesado, también debe soportar los efectos del hecho que beneficia al confesante, como sucede en los siguientes casos: a. Cuando se reconoce que se debe una cantidad de dinero, pero no la reclamada sino una menor; b. Cuando se reconoce que se adeuda una cantidad de dinero reclamada, pero que existe una condición o plazo que hace inexigible la obligación; c. Cuando se reconoce que se adeuda la cantidad de dinero reclamada, mas no sus intereses; d. Cuando se reconoce que se recibió la cantidad de dinero reclamada, pero se señala que no fue por concepto de préstamo sino por donación; e. Cuando se reconoce que se recibió la cantidad de dinero en préstamo, pero se aduce el pago –debía pero pagué-; en materia penal, cuando se reconoce que se dio muerte a una

persona, pero se aduce que fue en defensa personal, que se agredió a una persona pero fue como consecuencia de una primera agresión, entre otros casos.

En todos éstos supuestos existe una confesión calificada, pues se reconoce un hecho perjudicial, pero se aduce un hecho que favorece o beneficia, modifica, aclara o amplía el hecho anterior reconocido, existiendo entre el hecho reconocido y el beneficioso que se adujo, una relación jurídica de conexión que la hace indivisible, en otras palabras, en la confesión existen dos hechos, uno perjudicial y otro que beneficia al confesante, que resultan jurídicamente inseparables por ser conexos, de manera que el judicante no podrá tomar solo la parte perjudicial de la confesión haciendo caso omiso a la parte favorable, en cuyo caso deberá darle un valor integral –unidad- a la declaración dando por demostrado el hecho con sus agregados y sin poder separarlos. En este sentido nos dice el maestro DEVIS ECHANDÍA refiriéndose a los supuestos de los ejemplos dados que [...] *En todos estos casos, existe confesión únicamente del hecho con sus modificaciones, adiciones y aclaraciones, o de un hecho de distinta naturaleza jurídica, debido a la unidad jurídica de la declaración. El declarante no confiesa el hecho preguntado o alegado en la demanda o la excepción de su adversario, sino ese hecho así calificado. Lo contrario sería tener por confeso lo que en realidad no se declaró. El conjunto de circunstancias y modalidades que se declaran, forman el hecho confesado, fijan sus características, delimitan su contenido y naturaleza. Como antes dijimos, no se trata de otorgarle valor probatorio de confesión a la favorable de la declaración, sino que la confesión queda determinada y limitada por esas aclaraciones o modificaciones, que, por consiguiente, no es posible separar, Por estas razones la confesión es indivisible.*⁴⁰

5.7.3. Confesión compleja.

Cuando la parte reconoce un hecho propio, personal o del cual tiene conocimiento, que es controvertido en un proceso o que puede ser controvertido en un proceso futuro, que le es desfavorable o perjudicial o simplemente beneficia a su contendor judicial o futuro contendor judicial, vale decir, cuando la parte confiesa judicial o extrajudicialmente la existencia u ocurrencia de un hecho, pero aduciendo a su vez otro hecho que le beneficia o favorece, distinto y separado del hecho confesado, donde no existe conexión jurídica –hecho inconexo- estaremos en presencia de una confesión compleja. Se trata de una confesión donde existen dos hechos, uno perjudicial al confesante y otro que le favorece, donde ambos hechos no tienen conexión –inconexos- son separados o divorciados jurídicamente, siendo perfectamente divisibles y correspondiendo al confesante, la carga de aportar al proceso la prueba que demuestre el hecho inconexo aducido y que le favorece, tal como sucede en los siguientes casos: a. Cuando se reconoce la existencia de la obligación pero se alega a favor la prescripción; b. Cuando se reconoce la existencia de

⁴⁰ Hernando DEWISE ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. p. 703.

la obligación pero se alega a favor la novación; c. Cuando se reconoce la existencia de la obligación pero se alega a favor la remisión de la deuda; y d. Cuando se reconoce la existencia de la obligación pero se alega a favor la transacción.

En estos casos señalados se reconoce la existencia de la obligación –hecho perjudicial- pero se aduce a favor o beneficio del confesante cualquier causa de extinción de la obligación, lo que se traduce en la existencia de dos hechos, uno perjudicial y otro totalmente separado o inconexo como lo es la extinción de la misma, que produce ante la falta de conexión entre los hechos –perjudicial y beneficioso- que sea divisible la confesión, correspondiendo al confesante la carga de demostrar el hecho inconexo que le favorece. Destacamos también como excepción a los casos señalados, se encuentra el “pago” o “cumplimiento” de la obligación aducida por el confesante como hecho que le favorece, pues en estos casos, existe una relación de conexión que hace inseparable o indivisible los hechos y consecuentemente la confesión –confesión calificada o calificada indivisible- como es el caso: debo pero pagué, donde si bien es una confesión calificada o calificada indivisible, no releva al confesante de la prueba del hecho de descargo, esto es, del cumplimiento de la obligación, de manera que si no se toma en consideración la confesión por estar neutralizada la misma con la aducción de dos hechos contradictorios –la existencia de la obligación y su extinción- aplicando la noción subjetiva de la carga probatoria será a la parte demandada a quien corresponda aportar la prueba del hecho que es presupuesto de la norma que contiene la consecuencia jurídica extintiva que le beneficia, no tiendo al efecto carga alguna el demandante, por el reconocimiento de la existencia de la obligación demandada

El maestro BELLO LOZANO al referirse a la clasificación de la confesión señala, que la misma puede ser pura y simple, cuando el confesante admite sin reserva alguna; calificada, cuando el reconocimiento del hecho ocurre bajo ciertas modalidades que alteran las condiciones mismas del nacimiento del derecho; y compleja, cuando la reserva aportada por el deudor al reconocimiento del derecho se apoya sobre hechos posteriores al nacimiento éste, vale decir, que la confesión sería para nuestro antecesor calificada o compleja, según el hecho en descarga o favorable aducido por el confesante, sea contemporáneo -calificada- o posterior –compleja- al nacimiento de la obligación invocada y sobre la cual recae la confesión –hecho perjudicial-. Agrega que la confesión calificada no puede dividirse, admitiéndose por el contrario la división de la confesión compleja si una de sus partes es manifiestamente falsa, contradictoria o inverosímil, o cuando entre el hecho confesado y el que beneficia o favorece al declarante, solo existe una relación remota u ocasional, de manera que si no se trata de hechos conexos, existirá pluralidad de confesiones y en el caso de confesiones complejas, el confesante admite un hecho, pero aduce otro posterior al nacimiento del derecho u obligación reconocida que

modifica o destruye sus efectos, confesión que a su vez puede ser conexa –compleja-conexa- que se produce cuando se admite un hecho pero se aduce otro que supera la existencia del primero, como sería la existencia de la obligación pero se aduce el pago, la cual resulta indivisible; y no conexa –compleja no conexa o inconexa- donde se admite un hecho pero se aduce otro que no supone la existencia del primero, como sucede cuando se admite la deuda pero se aduce la prescripción o, la novación.⁴¹

Por su parte DEVIS ECHANDÍA señala que la confesión puede asumir varias modalidades a saber: a. **Confesión simple**, que se produce cuando la parte se limita a declarar el hecho que le perjudica, como sucede cuando se confiesa que se adeuda la cantidad de dinero reclamada; b. **Confesión cualificada**, cuando se confiesa el hecho pero se le asigna una calificación o naturaleza jurídica diferente, como sucede cuando se reconoce que recibió la cantidad de dinero reclamada, pero no en préstamo sino en donación; c. **Confesión compleja**, que se produce cuando se confiesa o reconoce el hecho perjudicial, pero con modalidades diferentes y que le benefician, como sucede cuando se reconoce que se adeuda la cantidad de dinero pero existe el beneficio del plazo o condición pendiente; d. **Confesión compuesta**, que se produce cuando se confiesa o reconoce el hecho perjudicial, pero se alega otro favorable distinto y separado, como sucede cuando se reconoce que se adeuda la cantidad demandada, pero se aduce que a su vez el reclamante adeuda otra cantidad de dinero mayor.⁴²

6. REQUISITOS DE LA CONFESIÓN JUDICIAL.

En general el estudio de los requisitos de los diferentes medios de prueba, se realizan partiendo de aquellos referidos a su “existencia”, “validez” y “eficacia”, los primeros para que el medio puede tenerse como existente y eventualmente producir efectos jurídicos, los segundos para que el medio no sea nulo y pueda servir para la convicción judicial, finalmente el tercero que se refiere al grado de convicción que puede generar cada medio. En este apartado analizaremos cada uno de ello respecto al medio de prueba de la confesión en general, sea judicial o extrajudicial, siguiendo fundamentalmente los estudios del maestro colombiano Hernando DEVIS ECHANDÍA, quien al respecto nos dice que una cosa es saber cuando existe la confesión, otra cuando tiene valor y eficacia, así como el grado de ésta.⁴³

6.1 Requisitos de existencia.

6.1.1. Debe ser una declaración de parte.

⁴¹ Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. I. pp. 187 y 188. En iguales términos puede verse Humberto BELLO-LOZANO MÁRQUEZ en “Las Fases del Procedimiento Ordinario”. p. 141 y 142.

⁴² Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. p. 691.

⁴³ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. pp. 580 y ss.

El primero de los requisitos de existencia de la confesión, sea judicial o extrajudicial, es que sea realizado por quien sea parte en el proceso judicial donde se aduce o que eventualmente pueda ser parte en un proceso futuro, que por argumento en contrario se traduce en que quien no sea parte en el proceso judicial donde se aduzca o futuramente se produzca la declaración de parte perjudicial, no puede legalmente confesar, no puede producir una confesión en dicho proceso, aún cuando puede que la declaración que haga un tercero en un proceso determinado, donde se insiste no es parte, puede convertirse futuramente en una confesión en otro proceso donde sea parte y al cual se traslade la prueba, siempre que haya reconocido un hecho propio, personal o del cual tenga conocimiento y que le sea perjudicial. Para que pueda hablarse de confesión, necesariamente debe ser una declaración de quien sea parte en el proceso judicial, donde reconozca un hecho propio, personal o del cual tenga conocimiento, que sea debatido o controvertido y que le sea perjudicial o simplemente beneficie a su contendor judicial, bien se trate de actor, de demandado o de terceros legalmente constituido en el proceso, que en definitiva pasan a formar la relación procesal en condición de partes en el mismo, pues las declaraciones de los terceros en el proceso concreto, se tratan de testimonios –prueba de testigos- o de dictámenes periciales –prueba de experticia-. Lo propio puede decirse del proceso penal, pues quien no es imputado o acusado no puede considerarse como parte y producir eventualmente una confesión en los términos que hemos estudiado.

De esta manera, si la declaración mediante la cual se reconocen hechos perjudiciales, propios, personales o de los cuales tenga conocimiento, no provienen de quienes sean parte en el proceso, no estaremos frente a una confesión sino ante un testimonio de terceros, que de ser presentes puede ser una experticia, sin perjuicio de la actividad del juez mediante la inspección, pero dichos testimonios pueden pasar a ser confesiones, si se trasladan a otro proceso donde esos terceros sean parte.

Cuando las declaraciones son hechas antes del proceso judicial- extrajudicialmente- donde se reconocen hechos propios, personales o de los cuales tengan conocimiento, futura y eventualmente pueden convertirse en confesiones, en la medida que quienes las haya realizado –la declaración- sea parte en ese proceso donde se aduzcan y que contenga el reconocimiento de un hecho perjudicial o que beneficie a su contendor judicial.

6.3.2. Debe tratarse de una declaración personal, salvo que exista autorización legal o convencional para hacerla en nombre de otro.

Para la existencia de la confesión, se requiere que la misma sea realizada por el propio sujeto a quien perjudica el reconocimiento de existencia u ocurrencia del hecho propio, personal o del cual tiene conocimiento, pero cuando la confesión o el reconocimiento del hecho perjudicial no es realizado por el propio sujeto o parte sino por su **apoderado o mandatario**, es menester la existencia de instrumento poder que lo faculte expresamente para tal acto, vale decir, para que en nombre de su patrocinado confiese, reconozca la existencia de hechos realizados por su mandante o de los cuales tiene conocimiento, que le sean perjudiciales al mismo, por lo que se trata de confesión de hechos no propios y personales del apoderado o mandatario sino de hechos realizados o conocidos por su mandante, pues en materia de posiciones juradas o confesión provocada como se verá en el capítulo siguiente, el apoderado puede ser sujeto de las mismas, siempre que se trate de hechos realizados por éste en nombre de su mandante o de los cuales tenga conocimiento.

De esta manera el apoderado o mandatario para confesar hechos propios de su mandante, requiere estar previamente autorizado para ello, debiendo tener un instrumento poder que lo faculte para ello, sin lo cual no solo estará impedido de confesar o reconocer hechos perjudiciales en nombre de su mandante, cuando se trate de hechos propios, personales o de los cuales tenga conocimiento su mandante, sino que cualquier confesión en que pudiera incurrir, resulta irrita y consecuentemente inexistente.

En cuanto a los **representantes legales de las personas jurídicas**, éstos pueden confesar no solo sobre hechos de su representante, siempre que tenga facultad expresa para ello, sino sobre hechos personales ejecutados en ejercicio de la representación de la persona jurídica.

En cuanto a los **incapaces**, sus declaraciones perjudiciales o confesiones no son válidas, pues deben estar representados por sus tutores o curadores según el caso, quienes a todo evento pueden confesar en nombre de sus representados, siempre que estén autorizados para ello. En este sentido se expresa PALACIO para quien los dementes y sordomudos que no saben darse a entender por escrito, no pueden confesar, debiendo ser reemplazados por sus tutores o curadores.⁴⁴

Los **litisconsortes**, perfectamente pueden confesar en el proceso, pero tratándose de litisconsortes facultativos, el reconocimiento que de hechos perjudiciales realice alguno de ellos no perjudica a los demás; en tanto que si se trata de litis-consorcios necesarios, se requiere, para que exista confesión, que todos hayan reconocido el hecho perjudicial; en este sentido el maestro MONTERO AROCA al referirse al caso de los litisconsortes necesarios, explica que la única manera de que la confesión tenga valor consiste en que todos los litisconsortes contesten afirmativamente a la misma

⁴⁴ Lino Enrique PALACIO. Ob. cit. T. IV. p. 500.

posición, pero que en otro caso no quedaría mas remedio que estimar que han de apreciarse libremente por el juez y de modo conjunto, todas las confesiones, pues la de uno no puede perjudicar a los otros.⁴⁵

El **cedente** sea en calidad de declaración o como testigo, sus manifestaciones tendrán fundamental importancia en el proceso, pues su confesión –cuando se trata del actor que ha cedido sus derechos- aún prestada con posterioridad a la cesión, obliga al cesionario, tal como lo indica ALSINA.⁴⁶

Los **sustitutos procesales** pueden confesar en sus propios nombres, pero no en nombre del sustituido, quienes no se ven en consecuencia obligados por la confesión.

En cuanto al **defensor judicial** éste no puede válidamente confesar en el proceso judicial, pues aunado al hecho que no tiene conocimiento de los hechos debatidos, realizados o no por su defendido, no se encuentra facultado expresamente para ello, pues su mandato proviene de la ley no de la voluntad de las partes.

Respecto a los **adolescentes** debe señalarse que con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica Para la Protección del Niño, Niña y Adolescente, a éstos últimos se les ha dado un gran poder y capacidad, incluso hasta el punto de poder acudir al proceso, instaurar una demanda sin asistencia de sus representantes y sin asistencia letrada –mayor disparate- pudiendo crear sindicatos, suscribir contratos colectivos, realizar huelgas, además de un conjunto de actividades que pueden realizar que son propias de los mayores, de ahí que consideremos que resulta viable, ante esas grandes facultades y capacidades previstas en la legislación especial, que sea viable que éstos puedan válidamente confesar en el proceso judicial, incluso, en materia mercantil –artículo 12 del Código de Comercio- los menores autorizados para comerciar, se reputan mayores en el uso que hagan de la autorización, pudiendo comparecer en el proceso judicial por sí, lo que se traduce en que pueden perfectamente –teniendo capacidad o legitimación procesal- reconocer hechos perjudiciales.

En cuanto al **fallido** en materia concursal, específicamente en materia de quiebra o falencia, encontramos que conforme a la ley mercantil –Código de Comercio- producida o declarada la quiebra, el comerciante pierde, no solo la administración de sus bienes –salvo los personales- sino el poder de disposición y de contraer sobre ellos nuevas obligaciones, tal como lo dispone el artículo 939 del Código de Comercio, siendo incapaz –inhabilitado- para realizar actos de comercio y de ejercer la administración y representación de sus bienes, de sus derechos e intereses en procesos judiciales, pues al declararse la falencia, la administración de sus bienes pasa a la masa de acreedores, en la persona de los síndicos. Todas las acciones –salvo las personales del fallido- se seguirán por los síndicos o eventualmente con los acreedores que sean designados liquidadores, quienes representan a la masa de acreedores y se suplantán

⁴⁵ Juan MONTERO AROCA. Ob. cit. p. 137.

⁴⁶ Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. pp. 316 y 317.

en la administración de los bienes del fallido, tal como lo regula el artículo 940 *ejusdem*, de manera que al no tener el fallido la administración y disposición sobre sus bienes, siendo inhabilitado, no puede confesar válidamente en procesos donde se vean involucrados sus bienes –salvo que sean personales- incluso en el mismo proceso concursal; pero cuando se trata de bienes no concursados, vale decir, personales del fallido, perfectamente puede reconocer hechos perjudiciales o confesar. KIELMANOVICH, al respecto expresa que el concursado o fallido no pueden confesar sobre hechos relativos a los bienes de los cuales ha sido desposeído;⁴⁷ también ALSINA quien dice respecto al fallido que no pueden realizar actos o formular reconocimientos que impliquen disposición de los bienes objeto de desposeimiento, de modo que su confesión en juicio resultará ineficaz, aunque considera que sería válida en los casos en que beneficie a los acreedores,⁴⁸ lo que no compartimos pues esto pudiera conducir a fraudes para el favorecimiento de algún acreedor respecto a otro o el establecimiento de privilegios que igualmente pueden ser destruidos por efectos de la retroacción del momento de la quiebra, tal como lo explica PALACIO.⁴⁹

Pero ¿podrán los **síndicos o los acreedores** que se constituyan en liquidadores reconocer hechos perjudiciales al fallido –confesar- cuando se trata de cuestiones relacionadas con la falencia? Al respecto nos inclinamos por la respuesta negativa, pues la confesión como medio de prueba, debe indefectiblemente recaer sobre hechos propios, personales o de los que tenga conocimiento el confesante, situación esta que se traduce, en que ni los síndicos ni los acreedores designados liquidadores, pueden confesar en nombre o representación del fallido, pues no se tratará nunca de hechos propios, personales o de los que tenga conocimiento.

6.3.3. Debe tener por objeto hechos.

El objeto o tema de la prueba judicial son los hechos, tal como lo hemos explicado en su oportunidad, pues el derecho y conforme al principio *iura novit curia*, no es objeto o tema de la prueba judicial, salvo los casos especiales explicados en su oportunidad, pero no todos los hechos enunciados por las partes en el proceso como fundamento de sus diferentes pretensiones –hemos visto- serán tema de la prueba, sólo aquellos hechos que una vez producida la contestación de la demanda mantengan el carácter de controvertidos o discutidos, serán tema de la prueba judicial en la medida que no estén eximidos de prueba, al ser el presupuesto de aquellas normas contentivas de las consecuencias jurídicas pretendidas

⁴⁷ Jorge KIELMANOVICH, ob. cit. p. 376.

⁴⁸ Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. p. 316.

⁴⁹ Lino Enrique PALACIO. Ob. cit. T. IV. p. 500.

por las partes. De esta manera los hechos expresamente admitidos o reconocidos, los hechos irrelevantes, los hechos notorios, las notoriedades de hecho, los hechos presumidos por la ley, los hechos impertinentes, las máximas de experiencia, los hechos evidentes, las negaciones o afirmaciones indefinidas o absolutas entre otras, escapan del tema de la prueba judicial.

En materia de confesión, bien sea judicial o extrajudicial, voluntaria o provocada, la misma debe referirse a hechos, a cuestiones de hechos que en el proceso judicial sean debatidas o controvertidos y no eximidos de prueba, pues precisamente la confesión es un medio de prueba judicial que tiene por objeto demostrar hechos controvertidos para que se tengan por fijados o establecidos y constituyan la premisa menor del silogismo judicial, no pudiendo recaer sobre cuestiones jurídicas o de derecho que en definitiva son conocidas por el operador de justicia, en otras palabras, a través de la confesión se lleva al proceso la declaración perjudicial de la parte sobre hechos enunciados y debatidos, que constituye una fuente que permitirá la verificación o confirmación de los hechos enunciados a través de la comparación, para crear la convicción judicial traducido en certeza respecto a determinados hechos enunciados y debatidos que son el presupuesto de esas normas que contienen las consecuencias jurídicas aplicables al caso.

6.3.4. Los hechos sobre los cuales recaiga la confesión deben ser desfavorables al confesante o favorables a su contendor judicial.

Como lo hemos venido explicando la confesión un medio de prueba judicial, que consiste en el reconocimiento que hace la parte en el proceso judicial, de la existencia u ocurrencia de un hecho controvertido, pertinente y relevante a la causa debatida, que le es propio, personal o del cual tiene conocimiento, que le trae consecuencia jurídicas perjudiciales o simplemente beneficia a su contraparte, mediante una declaración de ciencia o conocimiento, que debe ser libre, sin coacción de ninguna naturaleza, consciente, expresa, seria y terminante. La confesión judicial es un medio de prueba judicial que consiste en una declaración que de parte, de quien es parte en el proceso judicial, mediante la cual reconoce hechos propios o de los cuales tiene conocimiento, que le trae consecuencia jurídicas desfavorables, de allí que se diga que la confesión es una declaración de parte –*contra se declaratio*– mas no toda declaración de parte es una confesión –*pro se declaratio*– siendo el elemento determinante para identificar la existencia de una confesión ante una declaración de parte, que la misma contenga el reconocimiento de un hecho propio, personal o de los cuales tenga conocimiento el confesante, que le sean perjudiciales o sencillamente beneficien a su contendor judicial.

Partiendo de la anterior definición, afirmamos que una de las características fundamentales de la confesión como medio de prueba judicial, es que esa declaración de parte sea perjudicial a quien la hace o simplemente beneficioso a con contendor judicial, de lo cual se desprende que si la declaración de la

parte es beneficiosa para este *pro se declaratio*, no existirá confesión y se tratará de una simple declaración de parte, no así de una confesión judicial, aún cuando esa declaración favorable pudiera tomarse por el operador de justicia como un indicio endoprocesal apreciable libremente, pero se insiste, no se tratará de una confesión; igualmente, en cuanto a la confesión extrajudicial, la cual puede ser realizada antes del proceso judicial, antes que exista como tal una controversia y consecuentemente la existencia de hechos controvertidos, igualmente debe tratarse de reconocimiento de hechos desfavorables a quien la realiza, hechos que pudieran no perjudicar a quien declara extrajudicialmente, en el momento que se hace, pero que pudieran perjudicarlo o beneficiar a su contendor judicial en el futuro, por lo que en todo caso, lo que se requiere es que esa declaración antes del proceso o en el proceso, sea perjudicial a quien la hace o beneficiosa a su contendor judicial.

La declaración *contra se* también puede originarse en una prueba testimonial, donde el testigo – que no es parte en el proceso- reconoce un hecho propio, personal o del cual tiene conocimiento que le perjudica, convirtiéndose dicha declaración simple en una confesión, en la medida que sea trasladada a un proceso donde ese testigo ahora sea parte y donde la declaración anterior contenga el reconocimiento de un hecho perjudicial que es debatido en este nuevo proceso judicial.

En conclusión para hablar de la existencia de una confesión, trátase judicial o extrajudicial, provocada o voluntaria, se requiere que exista el reconocimiento de un hecho controvertido en el proceso judicial donde se aduzca, propio, personal o del cual tenga conocimiento el confesante, que le sea perjudicial a sus intereses discutidos judicialmente o que simplemente le favorezca a su contendor judicial, por lo que puede perfectamente suceder, que el hecho no afecte al confesante pero sí sea beneficioso a la contraparte, caso en el cual igualmente estaremos en presencia de una confesión, de manera que puede acontecer que el hecho confesado que sirva de presupuesto de la norma que consagra la consecuencia jurídica que resolverá el conflicto judicial y que aplicará el operador de justicia, sea perjudicial a quien declaró o reconoció el hecho que era presupuesto de la norma o que simplemente sirva de presupuesto de la norma que beneficia a su contendor judicial, vale decir, de la norma que contiene la consecuencia jurídica que beneficia a la parte contraria a la que reconoció el hecho que activó la norma jurídica.

Dicho en otras palabras, habrá confesión en la medida que la parte reconozca como cierto u ocurrido el hecho que sirve o es presupuesto de la norma que consagra la consecuencia jurídica que le perjudica o que simplemente beneficie a su contendor judicial, por ser presupuesto de la norma que consagra la consecuencia jurídica que a solicitado y que le beneficia, de manera que el análisis de la confesión, del reconocimiento de hecho perjudicial o que beneficie al contendor judicial, debe apreciarse desde la óptica de las relación procesal, de los hechos enunciados en los escritos contentivos de las diferentes pretensiones como presupuesto de las normas contentivas de aquellas consecuencias jurídicas

constitutivas, extintivas, impeditivas o modificativas que se buscan, pudiendo producirse la confesión en el mismo proceso, una vez trabada la litis o antes que esta se produzca, incluso antes de existir proceso – confesión extrajudicial-.

6.3.5. Debe versar sobre hechos propios, personales o de los cuales tenga conocimiento el confesante.

Para la existencia de la confesión, trátase judicial, extrajudicial, provocada o voluntaria, es necesario que se trate del reconocimiento de hechos perjudiciales o que beneficien al contendor judicial, que sean enunciados y debatidos en el proceso donde se aduzca y principalmente que sean hechos propios o personales del confesante, que la ocurrencia o realización de hechos sea por el propio confesante o de los cuales tiene conocimiento personal de que han ocurrido, aún cuando no los hubiera hecho personalmente, conocimiento que tiene o es percibido por sus sentidos en relación a la existencia u ocurrencia de hechos que se debaten en el conflicto judicial. En definitiva, se trata de hechos personales o propios, de hechos realizados o percibidos directamente por éste o simplemente, de hechos de los cuales tiene conocimiento, de la existencia u ocurrencia de hechos que no ha realizado o percibido directamente pero de los cuales tiene conocimiento y que le son perjudiciales.

6.3.6. Debe tener significación probatoria.

La declaración que realice la parte en el proceso judicial, en otro proceso donde puede o no ser parte que no lo perjudica en aquel, pero que puede perjudicarle en procesos futuros donde sea parte, o la que realiza extrajudicialmente, para que pueda tenerse como confesión en el proceso judicial donde se aduzca, debe tener significación probatoria, esto significa que se trate del reconocimiento de un hecho propio, personal o del cual tenga conocimiento, que le sea perjudicial o que beneficie a su contendor judicial, que sirve como fuente para demostrar o verificar un hecho enunciado como fundamento de la pretensión o excepción, al ser el presupuesto de la norma contentiva de la consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva o invalidativa cuyo reconocimiento de busca con la sentencia del judicante.

Lo dicho nos permite decir que si la confesión se refiere a un hecho que no guarda relación jurídica con el tema discutido, es irrelevante o impertinente, simplemente, que no genera una consecuencia jurídica conforme a la norma aplicable al caso al subsumirse el hecho enunciado y demostrado con la confesión, no tendría significación probatoria y consecuentemente no existiría tal confesión, como sucede cuando la declaración confesoria no tiende a calificar la pretensión del actor o la excepción del demandado, sino

solo aclarar o clarificar cuestiones en el proceso que y como vimos, no tiene fines y significación probatoria.

6.3.7. Debe ser consciente. El *animus confitendi*.

Como señaláramos al momento de analizar las características del concepto de confesión que ensayáramos, la misma debe ser “consciente”, vale decir, que la parte que confiesa debe saber lo que hace, no debiendo existir elementos internos o externos, naturales o artificiales, permanentes o transitorios que afecten la conciencia del confesante, pues la confesión es un acto consciente, una declaración de ciencia o conocimiento y no de voluntad. La confesión obtenida de una persona inconsciente, bajo los efectos de drogas o farmacodependientes, alcohol, hipnosis o cualquier otro elemento que afecten su pleno conocimiento de la realización del acto o declaración que realiza, como sería en estado agudo depresivo producto de un accidente, de la pérdida de un familiar, amigo, un estado de alarma o calamidad, miedo, terror o cualquier otro, no resulta válida, por lo que si bien la confesión puede existir, el reconocimiento del hecho propio, personal perjudicial, el mismo no puede ser válido por haberse obtenido de una persona que no estaba en sus plenos sentidos, en pleno conocimiento de lo que realizaba, indistintamente que supiera o no de las consecuencias jurídicas favorables o desfavorables del acto, pues la conciencia que se exige para la confesión no se refiere a la voluntad de declarar o reconocer hechos perjudiciales, ni al conocimiento que lo declarado podría traerle consecuencia adversas, sino que está consciente del acto que realiza y de la declaración que da, ausente de elementos permanentes o transitorios, externos o internos que afecten el ánimo del confesante, circunstancia ésta que nos coloca ante el denominado requisito del *animus confitendi*.

Pero ¿qué es el *ánimus confitendi*?

Para adentrarnos al tema del *animus confitendi* como requisito de la confesión judicial o extrajudicial, se hace necesario previamente referirnos a las diversas teorías que al respecto se han construido y así tenemos:

a. Teoría que entiende el *animus confitendi* como la intención a renunciar al derecho material que se deduce del hecho sobre el cual versa.

Conforme a esta primera teoría o tesis, el *animus confitendi* se entiende como la intención del confesante o declarante de renunciar al derecho que pudiera tener en el proceso, pues al reconocer un hecho propio, personal o del cual tiene conocimiento, que le es perjudicial o que simplemente beneficia a su contendor

judicial, prácticamente renuncia al derecho que el ordenamiento jurídico le otorga, al suministrar la prueba del hecho que sirve de presupuesto o supuesto de la norma que consagra la consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva o modificativa que le perjudica o que es el fundamento de la pretensión o excepción de su contraparte.

Esta tesis seguida resulta criticada basada en el hecho, de considerarse que no puede renunciarse mediante la confesión al derecho que no tiene la parte, pues si reconoce como cierto un hecho propio, personal o del cual tiene conocimiento que le perjudica y que es el presupuesto de la norma que consagra la consecuencia jurídica que igualmente le perjudica o beneficia a su contendor judicial, que será aplicada por el operador de justicia para resolver el conflicto judicial, mal puede renunciarse a un derecho que la ley no le otorga; por otro lado, el renunciar o no al derecho material que la ley le otorga al confesante, en nada influye en la existencia de la confesión, sea judicial o extrajudicial, pues ésta es un medio de prueba judicial que se refiere al reconocimiento de hechos propios, personales o de los cuales tenga conocimiento el confesante, que son contrarios a sus intereses o beneficiosos a su contendor judicial y que demuestran simplemente hechos que se debaten en el proceso, que como se ha señalado, son el presupuesto o supuesto de la norma que consagra la consecuencia jurídica que resolverá el conflicto judicial, por lo que la renuncia o no del derecho, en nada afecta al reconocimiento de un hecho que servirá para fijar o establecer la cuestión de hecho que en definitiva constituirá la premisa menor del silogismo judicial, todo a propósito que resulta imposible adentrarse en el fuero interior o interno subjetivo del confesante para conocer si existía la voluntad de este de renunciar efectivamente al derecho material que le otorga –si a caso- la ley.

Por tales motivos, debe descartarse que el *animus confitendi* se refiera a la renuncia del derecho material que se deduce del hecho confesado.

b. Teoría que entiende el *animus confitendi* como la intención de renunciar al derecho procesal –carga procesal- de probar en contra del hecho confesado.

Esta teoría o tesis parte de la premisa que la parte que confiesa o reconoce un hecho personal, propio o del cual tiene conocimiento, debatido en el proceso judicial y que le perjudica o beneficia a su contendor judicial, simplemente renuncia a la carga de la prueba de aportar aquel medio probatorio que contenga la prueba de los hechos que desvirtúen la prueba obtenida con la confesión judicial, que desvirtúe el hecho que ha sido confesado o reconocido. La crítica esencial que se le hace a esta tendencia es que en primer término se refiere a una cuestión totalmente subjetiva de imposible demostración, como lo es la intención interna o intrínseca que tuvo el confesante de efectivamente renunciar a producir la prueba

infirmante de la confesión producida; por otro lado, el hecho que se reconozca como cierto, existente u ocurrido un hecho, en nada afecta al derecho del confesante de producir la prueba que infirme la confesión, pues la misma puede haber sido producto de un error de hecho que provoca su retractabilidad o revocación.

Lo expresado conduce en la doctrina a descartar por subjetiva y abstracta esta tesis, así como por el hecho de existir la viabilidad de la revocación de la confesión, que hace inentendible el *animus confitendi* como la intención de renunciar a realizar la prueba de la infirmación o en contrario.

c. Teoría que entiende el *animus confitendi* como la intención de suministrar la prueba de los hechos al contendor judicial.

Esta tesis o teoría descansa en la creencia que cuando la parte reconoce un hecho que le es perjudicial, es porque a tenido el ánimo de suministrarle a su contendor judicial, la prueba de los hechos que sirven de presupuesto de la norma que consagra la consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva o modificativa que le favorece o beneficia y perjudica al confesante, esto es, la prueba de los hechos en que basa la pretensión o excepción su contendor judicial.

La crítica a esta tendencia se basa en que no puede pretenderse que el *animus confitendi* se refiera a la intención de suministrar la prueba a su contraparte, lo cual constituye un elemento totalmente subjetivo y abstracto de imposible demostración, pues no puede hacerse la prueba del ánimo interno subjetivo que para el momento de confesar tuvo la parte, de suministrarle o no la prueba a su contrincante judicial, todo a propósito que según esta tesis, se requiere de la voluntad del confesante, lo cual no se encuentra en materia de posiciones juradas o confesión provocada y aunado al hecho que resulta inverosímil que en el proceso judicial, las partes tengan la intención de suministrarle la prueba de los hechos a su contendor judicial, pues el proceso es el campo jurídico y constitucional de batalla, donde las partes se constituyen en enemigos judiciales. También se indica que entender el *animus confitendi* como la intención de suministrar la prueba de los hechos al contendor judicial, es un elemento que no puede existir en materia de confesión extrajudicial, pues para ese momento todavía no existe proceso y consecuentemente resultaría incongruente e imposible que cuando se declarara reconociendo un hecho propio o personal perjudicial, se hiciera con la intención de suministrar a futuro la prueba de los hechos que se pudieran controvertir, hechos que ni siquiera se saben si serán o no contradictorios y traídos al proceso futuro, todo lo cual hace descartar la teoría en comento.

d. Teoría que entiende que el *animus confitendi* es la intención de reconocer la verdad de los hechos o de darlos por ciertos en procesos futuros.

Según esta teoría el *animus confitendi*, es la intención de reconocer como verdaderos o ciertos los hechos que se reconocen y que son perjudiciales o los hechos que futuramente pudieran controvertirse, cuando se trata de confesiones extrajudiciales, la cual es criticada con los argumentos que la confesión no versa sobre la verdad de los hechos, sino sobre su existencia u ocurrencia a lo que agregamos –como lo hemos venido comentando- que de la noción de prueba judicial debe erradicar la noción filosófica de “verdad” como fin de la actividad probatoria, que no es otra que la verificación de los hechos por comparación con las fuentes aportadas por los medios, que conducen a la convicción judicial traducida en certeza no exenta de equivocación o error.

Esta tesis resulta subjetiva y abstracta, imposible de demostrar que el confesante efectivamente tuvo en el proceso –a través de su confesión- el ánimo de decir la verdad, pues en el proceso pueden discutirse simplemente mentiras para que sean declaradas judicialmente mediante un fallo jurisdiccional, pues en el proceso más que la noción filosófica de “verdad”, lo que mueve a las partes es una noción de interés expuesta mediante el envoltorio de los alegados plasmatorio de los hechos institucionales que son el fundamento de las pretensiones y presupuesto de las normas jurídicas que contienen consecuencias favorables y buscadas, en palabras del maestro uruguayo Eduardo J. COUTURE quien al referirse al juramento explique, que se declara con la verdad o con el interés y realmente –como hemos explicado- el proceso y la prueba no tiene cabida la noción filosófica de “verdad”, especialmente cuando a las partes lo que les interesa es si esa supuesta verdad está en sintonía con su interés, pues de lo contrario, siempre el interés triunfará ante la verdad.

La verdad como elemento a discutirse en el proceso, la verdad real en contraposición a la procesal, es una retórica discursiva barata, alejada de la realidad y que solo tiene cabida en los textos románticos de derecho procesal y en quienes todavía románticamente enseñan el proceso y las pruebas judiciales; la verdad para llegar a la justicia y ésta misma, en realidad son temas jurídicos de los textos y que se enseñan en la universidades, pero son falsos en la práctica, de allí que hemos afirmado que no podemos seguir manteniendo el romanticismo en estos tiempos de crisis moral e institucional.

En definitiva y en base a la tesis que nos ocupa, se afirma que no puede pensarse que el *animus confitendi* es la intención de reconocer la verdad de los hechos confesados, pues la verdad de los mismos no se relaciona con la existencia u ocurrencia de los hechos, ni sobre el efecto perjudicial que produce la declaración, por lo que se descarta la misma.

e. Teoría que entiende el *animus confitendi* no como voluntad de obtener un fin especial sino como la plena consciencia o conocimiento del carácter desfavorable del hecho confesado.

Para la teoría en comento ya el *animus confitendi* no involucra o se concibe como la intención renunciar al derecho material, o de renunciar a producir la prueba en contrario a lo confesado, tampoco como la voluntad de suministrar la prueba a la parte contraria ni como la intención de reconocer la verdad de lo confesado, sino como la plena consciencia que se está reconociendo como cierto, existente u ocurrido un hecho propio, personal o del cual tiene conocimiento el confesante, que le es perjudicial o desfavorable; el *animus confitendi* es entendido como el conocimiento que tiene el confesante de estar reconociendo un hecho perjudicial o desfavorable a sus intereses en el proceso.

Esta teoría o tesis es criticada en función al argumento de resultar difícil por no decir imposible, demostrar que el confesante en su fuero interno y subjetivo efectivamente al confesar o reconocer un hecho propio o personal, tenía la intención de perjudicarse, de reconocer un hecho que lo perjudica o desfavorece; igualmente, en materia de confesión poco importa si el confesante tenía o no intención de perjudicarse al declarar el hecho, lo que importa realmente es que se trate de un hecho propio, personal o del cual tenga conocimiento que haya realizado u ocurrido, que el elemento de perjudicial como requisito de la confesión, no es exigido en el ánimo del confesante, en otros términos, no puede considerarse que el *animus confitendi* es la intención de reconocer que el hecho confesado era perjudicial, lo perjudicial no afecta al *animus* de confesar, pues poco o nada importa si el declarante tenía o no conocimiento que su declaración le produciría perjuicio.

En definitiva no puede identificarse la consciencia o conocimiento con la voluntad de reconocer o tener conocimiento que la declarado será perjudicial, pues la plena consciencia o conocimiento debe referirse a que se tiene conocimiento del acto que se realiza, ausente de elementos que puedan llegar a decir que la declaración fue inconsciente por existir elementos externos o internos, permanente o transitorios que afectaron el animo del confesante, poco importando si el confesante tiene conocimiento del efecto jurídico y procesal de su declaración, al reconocer un hecho en su contra o en beneficio de su contraparte.

f. Teoría que exige la voluntad genérica del todo acto jurídico, sin intención específica alguna, prescindiendo del *animus confitendi*.

Esta tesis prescinde del *animus confitendi* como voluntad o conocimiento de reconocerse un hecho perjudicial, por el contrario, bastará que el confesante se encuentre consciente, obre con plena voluntad y conocimiento del acto que realiza, que está declarando sobre hechos ocurridos o de los cuales tenga conocimiento, que declaró sobre hechos propios, personales o de los que tenga conocimiento, indistintamente que entienda o conozca que los mismos le producirán consecuencia jurídicas perjudiciales o beneficiaran a su contendor judicial.

Lo que interesa es que el confesante esté en pleno conocimiento y consciencia de lo que dice, de lo que reconoce, indistintamente que sepa que le es perjudicial o que beneficia a su contraparte, vale decir, que no se toma en cuenta la intención desfavorable como *animus confitendi*, siendo esta la tesis correcta que debe seguirse.

Analizadas las teorías que han pretendido interpretar el *animus confitendi* en materia de confesión, nuevamente retomamos la pregunta inicial ¿qué es el *animus confitendi*?

Para el maestro DEVIS ECHANDÍA la confesión debe ser consciente, mediante un animo consciente, por encontrarse el declarante en condiciones de saber lo que hace y no en situación inconsciente producidas por causas naturales o artificiales, permanentes o transitorias, tal como se exige en todo acto jurídico procesal o extraprosesal, no importando que se conozca o no los efectos jurídicos procesales o extraprosesales de la declaración, ni el carácter desfavorable del hecho declarado o de tales efectos, mucho menos que se deseen los mismos o que se tenga intención de producirlos, exigiéndose además que sea libre y que el confesante tenga capacidad.⁵⁰

PARRA QUIJANO al referirse al *animus confitendi* expresa que el mismo resulta inútil, pues solo debe exigirse que la persona tenga conciencia, que se encuentre en el pleno uso de sus facultades mentales, por lo que no puede admitirse al *animus confitendi* como requisito de la confesión, pues tendría que indagarse en el ánimo subjetivo e interno del sujeto que confiesa, el cual resulta sin importancia para el medio probatorio.⁵¹

El *animus confitendi* –si se quiere mantener como institución de la confesión– simplemente debe ser entendido como mera consciencia o conocimiento del confesante respecto al acto que realiza, donde declara o reconoce hechos propios, personales o de los que tenga conocimiento, enunciados y debatidos en un proceso y que sirven de fuente para la verificación de los hechos que son presupuesto de las normas

⁵⁰ Hernado DEVIS ECHANDÍA, ob. cit. p. 600.

⁵¹ Jairo PARRA QUIJANO. Tratado de la Prueba Judicial. La Confesión. p. 183.

que contienen las consecuencias jurídicas aplicables al caso concreto, que le sean perjudiciales o simplemente favorable a su contendor. Se trata de la plena facultad mental y consciente para declarar.

No obstante a lo dicho sobre el tema del *animus confitendi*, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado:

Sobre estos particulares la Sala estima, que no toda declaración implica una confesión, pues para que ella exista se requiere que la misma verse sobre un hecho capaz de tener la suficiente juricidad como para determinar el reconocimiento de un derecho a favor de quien se hace la confesión y la existencia de una obligación en quien confiesa. **En consecuencia, para que exista prueba de confesión de una parte en determinado juicio, es absolutamente indispensable que la manifestación de la parte esté acompañada del ánimo correspondiente, es decir, del propósito de confesar algún hecho o circunstancia en beneficio de la otra parte.**⁵² (Resaltado nuestro).

De la decisión parcialmente transcrita observamos que erradamente la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, exige como requisito para la existencia de la confesión, el hecho que exista el *animus confitendi*, entendido como la intención de reconocer un hecho perjudicial o que beneficie a la parte contraria, lo cual no resulta correcto, pues como hemos explicado el *animus confitendi* tiende a desaparecer y a ser sustituido por la plena consciencia o conocimiento del acto que se está realizando, indistintamente que el declarante tenga o no conocimiento que lo que reconozca le traerá consecuencia jurídicas perjudiciales o simplemente beneficiará a su contraparte, ya que exigir el animo de reconocer un hecho perjudicial o que beneficie al contendor judicial, es exigir la prueba de un hecho subjetivo, abstracto e interno del confesante de imposible prueba.

De esta manera nos preguntamos ¿cómo podría demostrarse que efectivamente el confesante tuvo el ánimo de reconocer un hecho que le es perjudicial o que beneficia a su contendor judicial? El ortodoxo, limitado y poco feliz criterio del Tribunal de Casación que deja en evidencia su retraso jurídico, no se encuentra en sintonía con la tesis sobre la eliminación del *animus confitendi*, incluso, ni siquiera considera el *animus confitendi* como plena consciencia o conocimiento de lo que se realiza. Pero en otra oportunidad el mismo Tribunal de Casación diría:

Ahora bien, en relación a los alegatos y defensas hechos por las partes en el libelo de demanda, contestación y excepcionalmente en los informes, los mismos no pueden ser considerados como confesiones espontáneas, pues solamente delimitan

⁵² Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, N° RC-0347, de fecha 2 de Noviembre de 2001, con ponencia del magistrado Antonio RAMÍREZ JIMNEZ, expediente N° 00801.

la controversia y quedan relevados de prueba, si alguno de ellos supone una admisión de los hechos de la contraparte.

En efecto, la confesión considerada como prueba es el testimonio que una de las partes hace contra sí mismo, es decir, el reconocimiento que uno de los litigantes hace de la verdad de un hecho susceptible de producir consecuencias jurídicas en su contra.

En una sentencia de vieja data (21 de junio de 1984, caso: Inversora Barrialito C.A. c/ F. Giudice) pero apropiada al caso que se estudia, la Sala expresó que en muchas oportunidades las exposiciones de las partes en el transcurso del proceso, y especialmente, las exposiciones que emiten para apoyar sus defensas, no constituyen una “confesión como medio de prueba”, pues en estos casos lo que se trata es de fijar el alcance y límite de la relación procesal.

Así, pues, el demandado en un juicio, el opositor en una querrela interdictal o el ejecutado en el procedimiento de ejecución de hipoteca, no comparecen como “confesantes” sino para defenderse de las pretensiones de sus contrapartes y tratar de enervarlas.

Dicho de otra manera, cuando las partes concurren al proceso y alegan ciertos hechos, no lo hacen con “*animus confitendi*”.

La ausencia del “*animus confitendi*” en los alegatos rendidos por el demandado en su escrito de contestación fue expresada en la doctrina de esta Sala de fecha 17 de noviembre de 1954, reseñada en la sentencia antes aludida, en el sentido de que no toda declaración envuelve una confesión. Para que ella exista, se requiere que verse sobre un hecho capaz de tener la juridicidad suficiente para determinar el reconocimiento de un derecho a favor de quien se hace la confesión y la existencia de una obligación en quien confiesa.

Esta posición la confirma el distinguido procesalista colombiano Hernando Devis Echandía, cuando señala al respecto, lo siguiente:

“Tampoco existe confesión en las peticiones subsidiarias de la demanda, ni en las excepciones propuestas como subsidiarias por el demandado, porque no se formulan con el propósito de declarar, sino de perseguir el beneficio menor, en el supuesto de que sea negado el principal; quién así demanda o excepciona no declara, sino que pide una declaración favorable, luego es imposible admitir que en ellas exista una confesión expresa y terminante de hecho o del derecho pretendido o de la excepción

propuesta subsidiariamente. Igual opinión expresan LESSONA, ALSINA y ROCHA...”. (Hernando Devis Echandía, Compendio de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales, Tomo II, Décimaprimer Edición, Editorial ABC, Bogotá - Colombia, 1998.)...⁵³

Esta sentencia de la Sala de Casación Civil sigue la misma línea argumentativa que la anterior, aún cuando se refiere a la viabilidad de la confesión en los alegatos hechos en la demanda y en la contestación al cual nos referiremos posteriormente, pero en relación al *animus confitendi*, sigue exigiéndolo como requisito de la confesión, entendido como intención de reconocer un hecho perjudicial o beneficioso al contendor judicial, todo a propósito que como argumento de mayor fuerza o de autoridad cita a los maestros colombianos Hernando DEVIS ECHANDÍA y a Antonio ROCHA ALVIRA para justificar que los alegatos de las partes, bien de pretensión o de excepción no pueden considerarse como confesión, al carecer del *animus confitendi*. Lo insólito de la sentencia es la visión miope o parcializada de la Sala de Casación Civil, quien toma para sí el criterio de los profesores colombianos en cuanto a la no viabilidad de confesión cuando se trata de alegatos de las partes, cuando éstos han analizado y desarrollado las tesis sobre el *animus confitendi* llegando a inclinarse por la conveniencia de eliminarlo y sustituirlo por la plena conciencia del declarante, de manera que la sentencia en comento solo se hace eco de las partes de la doctrina colombiana que le interesa, haciendo caso omiso del análisis del *animus confitendi*, lo cual resulta lamentable e incongruente, incluso ilógico –no así sorprendente, pues la Sala en la última década ha dejado de manifiesto desconocimiento de las instituciones procesales, especialmente por la poca preparación de sus magistrados designados por simples méritos políticos-. Lo cierto es que el criterio que se mantiene gira alrededor de considerar necesario para que exista en el proceso confesión, la presencia del *animus confitendi* entendido como intención o voluntad para reconocer un hecho que es perjudicial o beneficioso al contendor judicial, de manera que en la medida que exista el ánimo de perjudicarse o beneficiar a la contraparte, habrá confesión.

Insistimos que el criterio sostenido por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, resulta errático o incorrecto, pues el *animus confitendi* no puede considerarse como el pleno conocimiento, voluntad, intención o conciencia de producir efectos jurídicos determinados, ya que el efecto perjudicial al confesante o beneficioso al contendor judicial, no es exigido en materia de confesión, ni judicial ni extrajudicial, siendo imposible entrar o penetrar en el fuero interior y subjetivo del confesante para

⁵³ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, N° RC-00794, de fecha 03 de Agosto de 2004, con ponencia del magistrado Tulio ALVAREZ, expediente N° 03-668. En iguales términos que niega la posibilidad que puedan extraerse del escrito de contestación de la demanda confesiones espontáneas, por carecer del *animus confitendi*, puede apreciarse en sentencia N°RC-00100, de fecha 12 de Abril de 2.005, con ponencia de la magistrado Isbelia PÉREZ DE CABALLERO, expediente N° 03290.

determinar si éste tenía o no la voluntad de perjudicarse o de beneficiar a su contraparte, incluso es absurdo que éste tenga la voluntad o intención de perjudicarse o beneficiar a su contraparte, de manera que la prueba de este elemento es imposible. En materia de confesión como hemos expresado, poco o nada importa que el confesante tenga la voluntad o intención de perjudicarse o beneficiar a su contendor judicial con el reconocimiento de hechos propios, personales o de los cuales tenga conocimiento, poco importa si el declarante conoce las consecuencias jurídicas de su declaración, circunstancia esta que por demás es imposible determinar cuando se trata de confesiones extrajudiciales, donde todavía no hay contención y donde no se saben si lo declarado será controvertido en el proceso futuro, ello aunado al hecho que en materia de declaraciones extrajudiciales, el reconocimiento o confesión no puede pretenderse que se hace para perjudicarse o beneficiar al futuro contendor judicial como lo sostiene la Sala Civil.

La confesión, sea judicial o extrajudicial, es una declaración de quien es parte o puede ser parte en un proceso judicial futuro, de ciencia o conocimiento, que constituye un medio de prueba judicial donde se reconocerán determinados hechos propios, personales o de los que tenga conocimiento el confesante, que le son perjudiciales o simplemente benefician al contendor judicial, de manera que no se trata la confesión de una declaración de voluntad, de renunciar a un derecho material, ni al derecho procesal de producir pruebas en contra de lo reconocido, ni de hacerle la prueba a la otra parte, la confesión se insiste, se refiere a una declaración de ciencia o conocimiento donde debe eliminarse el *animus confitendi* y sustituirse por la plena consciencia del declarante o bien, equiparar o concebir el *animus confitendi* como la plena consciencia de lo que se hace, todo lo cual nos lleva a afirmar que pueden adoptarse dos criterios a saber:

- a. Eliminar el *animus confitendi* y sustituirlo por el plena conocimiento o consciencia del confesante, entendido como el pleno conocimiento y uso de las facultades mentales del declarante, ausente de todo elemento interno o externo, permanente o transitorio, físico o moral que afecte la consciencia y el conocimiento del confesante, vale decir, que el confesante tenga pleno conocimiento de lo que hace y dice.
- b. Exigir el *animus confitendi*, pero entendido como el pleno conocimiento o consciencia del confesante, en los términos señalados anteriormente.

6.3.8. Debe ser seria, expresa y terminante.

Este requisito se refiere a que la confesión no puede ser sobreentendida, implícita o tácita, obtenida mediante razonamiento de inducción o deducción de lo que dijeron o declararon las partes en el proceso o antes de éste, de manera que las declaraciones vagas, oscuras o genéricas no pueden producir confesiones. Pero nos preguntamos **¿las declaraciones que hagan las partes o los apoderados judiciales que sirvan de fundamento de la pretensión o excepción, contenidas en la demanda o en la contestación pueden considerarse como confesiones?**

Al respecto y como señaláramos en el punto anterior, la jurisprudencia vernácula citada de la Sala de Casación Civil,⁵⁴ se inclina por la tesis de considerar que no existe confesión en materia de alegatos de pretensión o de excepción que realicen las partes, bajo el erróneo argumento de no existir *animus confitendi*, criterio que no compartimos al considerar que en materia de enunciados fácticos contenidas en los escritos de pretensiones o excepciones que son su fundamento al presentarse como el presupuesto de las normas que contienen consecuencias jurídicas perseguidas, en la medida que se hagan en forma consciente, libre, sin coacción de ninguna naturaleza, indistintamente que entienda o no que reconoce un hecho propio, personal o del cual tiene conocimiento, que le es perjudicial o que simplemente beneficia a su contendor judicial, siempre que sea expresa, terminante y seria, estaremos en presencia de una confesión judicial, lo que incluso puede ocurrir en cualquier escrito presentado en autos o como consecuencia de cualquier intervención en los actos que se realicen, salvo el caso de las audiencias preliminares donde el legislador establece que los argumentos de hecho que se enuncien no tendrán carácter confesorio, ello con el fin de ayudar a una discusión y tratamiento del asunto con libertad y sin la presión de poder generar un medio de prueba –confesión-. Consecuencia de lo dicho es que el reconocimiento de un hecho perjudicial es hecho por la parte en cualquier momento del proceso, en forma seria, expresa y terminante, también deberá ser entendido como una confesión judicial.

En cuanto al apoderado judicial –sea del demandante o del demandado- también podrá hacer incurrir a su representado en una confesión judicial en los términos señalados, como consecuencia de los alegatos de pretensión o excepción que aporte al proceso, sin importar si tiene o no facultad expresa para ello, pues debe entenderse que esto es implícito en su mandato judicial, sin que se le exija el *animus confitendi*, bastando que el reconocimiento se refiera a hechos de los cuales tiene conocimiento y que sea seria, expresa y terminante, pues tanto en el caso del apoderado como se la propia parte, no puede decirse que el hecho fue alegado o excepcionado con fundamento de la pretensión o excepción, solo para ilustrar, aclarar o clarificar el conocimiento del órgano jurisdiccional, pero que no resulta cierto, conducta esta que evidencia una falta de probidad procesal, incluso una disconducta procesal de la cual pudiera extraerse

⁵⁴ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, N° RC-00794, de fecha 03 de Agosto de 2004, con ponencia del magistrado Tulio ALVAREZ, expediente N° 03-668.

indicios procesales generadores de consecuencias contrarias a la propia parte, de manera que lo requerido en estos casos simplemente será que la confesión sea seria, no en broma, en juego, por disculpa, para quedar bien o simular que conducirá a una declaración sin significación probatoria; igualmente debe ser expresa y terminante, no sobreentendida, implícita, deducida o inferida.

6.3.9. Que el confesante tenga capacidad jurídica.

Con relación a este aspecto ya hemos expresado que en materia de confesión, es necesario que se haga por persona capaz, que no sea legal ni judicialmente incapaz de reconocer hechos perjudiciales, como lo expresa el artículo 1.405 del Código Civil, a señalar [...] *Para que la confesión produzca efecto debe hacerse por persona capaz de obligarse en el asunto sobre que recae.*” Respecto a la confesión del incapaz, entredicho, inhabilitado, sordo, mudo, sordomudo, niño o niña, adolescente, apoderado, cedente, sustituto procesal, defensor judicial, fallido, síndicos o acreedores liquidadores, ya nos hemos referido anteriormente, remitiendo al lector al punto 6.3.2.

6.3.10. Que no exista violencia o coacción de ninguna naturaleza que afecten la consciencia del confesante.

Como consecuencia que la declaración de parte perjudicial –confesión- debe ser conciente, elemento éste que sustituye al *animus confitendi*, para la existencia de la confesión, sea judicial o extrajudicial, debe haber la inexistencia de violencia o coacción, de manera que en la medida que la confesión sea arrancada con violencia física, psicológico o de cualquier otra naturaleza, utilizando la fuerza, mediante amenazas, tortura, hipnosis, drogas, fármacos o cualquier elemento temporal o transitorio que afecte la consciencia del confesante, la confesión será inexistente, pues y conforme al texto constitucional –artículo 49.5 constitucional- nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, ni contra cualquiera de los sujetos señalados en la norma, lo que implica la utilización ilícita de métodos violentos físicos o psicológicos, no así el derecho a declarar con sí mismo, insistiendo, lo interdictado es “ser” obligado a declarar, no el “deber” de declarar en los casos regulados en la ley como consecuencia del interrogatorio formal a través de las posiciones juradas que estudiaremos posteriormente. En consecuencia, la confesión no puede ser el producto de métodos ilícitos.

6.2. Requisitos de Validez.

Sin perjuicio que dentro de la enumeración de estos requisitos también se ubican los referidos a la plena capacidad del confesante y su libre voluntad o la ausencia de coacción, analizados como requisitos de validez y cuyos comentarios se reproducen para este apartado, los requisitos de validez pueden agruparse de la siguiente manera:

6.2.1. Cumplimiento de las formalidades procesales de lugar, modo y tiempo, cuando se trata de confesión provocada o posiciones juradas.

Para la validez de la confesión cuando esta es judicial y provocada, lo que es consecuencia del interrogatorio formal de partes por conducto de las posiciones juradas, deben conjugarse los elementos de modo, tiempo y lugar para la celebración del acto de absolución de posiciones juradas, sin lo cual el medio probatorio no resulta válida, so pena de incurrir en infracción de normas jurídicas expresas referidas al establecimiento de las pruebas, entendidas como tales aquellas referidas a la mecánica del medio probatorio, promoción, oposición, admisión, evacuación, que resulta delatante vía recursiva, especialmente en Casación por la vía del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, que de haber generado una infracción indirecta de la norma jurídica aplicable al caso y ser la misma determinante o influyente en las resultas del proceso, de manera que de no haberse producido las consecuencias o el resultado del juicio jurisdiccional hubiese sido otro, conducirá a la demolición del acto sentencial recurrido.

Un punto importante al cual haremos referencia pero que profundizaremos en el capítulo siguiente, precisamente es el tema del “**juramento**” previo que debe existir para la validez de las posiciones juradas que materializan el interrogatorio formal de las partes. Al respecto la doctrina no ha sido conteste así como tampoco la jurisprudencia de Casación, respecto a la validez o nulidad del medio probatorio ante la ausencia del juramento, discusión que incluso se ha hecho extensible al tema de la prueba testimonial, pues para algunos se trata de una mera formalidad sin relevancia alguna y que no vicia al medio probatorio; en tanto que otros por el contrario ven necesario la existencia del juramento, no solo en cumplimiento de las exigencias procedimentales, sino como garantía de la verdad de las declaraciones de la parte.

Como lo analizaremos en detalle al tratar la mecánica de las posiciones juradas y el medio probatorio testimonial, comencemos diciendo nuevamente que el tema de la verdad debe erradicarse tanto del concepto del proceso y especialmente de su fin, como de la prueba en su noción procesal, también respecto a su fin, lo que nos conducirá a la afirmación que el juramento sea hace innecesario cuando comprendemos que ello no garantiza la verdad; también observemos que es un derecho constitucional –artículo 49.5- que nadie podrá ser obligado a declarar en su contra y mucho menos con coacción, siendo el juramento precisamente un elemento de presión psicológica sobre la parte –también

respecto al testigo-; digamos además que el juramento en materia de interrogatorio formal mediante posiciones juradas y como lo explica MONTERO AROCA se trata de un confusionismo al fusionar dos instituciones probatorias como el “*jura*” y la “*conocencia*” que existieron en las Partidas, a partir de las cuales se exigió en la confesión la presencia del juramento, pero que hoy se presenta como un verdadero fósil jurídico anacrónico, donde incluso el juramento como medio probatorio en la actualidad es prácticamente inexistente, lo que ha conducido a los legisladores a su eliminación como sucede en materia laboral – artículo 69 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo-.

El juramento no puede ser considerado como la garantía que la parte al declarar dirá la verdad, la que y como indicamos, no es buscada en el proceso ni es el fin de la prueba, simplemente la idea del derecho probatorio y de la prueba judicial descansa en el hecho de aportar al proceso la fuente que sirva para la verificación de los hechos por comparación con los hechos enunciados y controvertidos, que permitirán la convicción judicial y la certeza no exenta de error, respecto al hecho o hechos que deberá tener como ciertos u ocurridos en la sentencia –nada más-. El juramento en una sociedad sin valores, sin Instituciones y donde la palabra no tiene valor –como es el caso de Venezuela- es un mero formalismo inútil contrario a los postulados constitucionales –artículos 26 y 257 constitucionales- que no garantiza la verdad y cuya ausencia no conduce a la nulidad del medio probatorio, de ahí que hemos afirmados que aquellos casos donde el tema ahora –juramento- viene dado por la ley, como sucede en materia laboral y de niños y adolescentes, es un verdadero disparate que nos coloca como un sistema jurídico procesal retasado e ignorante de las tendencias que ya no son tan modernas.

El maestro DEVIS ECHANDIA al tratar el tema nos dice que [...] *La falta de juramento de la parte, por ejemplo, no priva de validez y eficacia a la confesión, porque tiene por única finalidad imponer la sanción penal por perjurio, en el caso de comprobarse la falsedad en la declaración. Si tiene valor la confesión espontánea sin juramento, hecha en memorial o verbalmente cuando el proceso es oral, resulta absurdo negarla cuando es provocada por interrogatorio sin juramento, aun cuando la ley lo exija.*⁵⁵ Decimos que la falta de juramento incluso no afecta al perjurio, pues es un deber de las partes colaborar con la justicia y no exponer hechos falsos, que de ser comprobado con otros medios probatorios, puede conducir a la imposición de las sanciones correspondiente por el precitado delito de perjurio. Para ofrecer alguna solución a quienes aplican la ley y que generalmente son muy limitados en el pensamiento garantista, diremos que la exigencia del juramento es contrario al contenido del artículo 49.5 constitucional, de manera que su ausencia no elimina la validez de la confesión, lo que podrá sostenerse mediante la desaplicación por control difuso de la norma que exige el juramento o mediante la reinterpretación constitucional y garantista de las normas procesales y probatorias que permitan inferir la no necesidad del juramento en el medio de prueba tratado.

⁵⁵ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. p. 620.

Respecto al interrogatorio informal que pueden terminar en una declaración confesoria, realmente no existe una técnica de procedimiento al respecto, sin perjuicio que a instancia de parte y como medio probatorio libre tendría que promoverse en el lapso probatorio de cada sistema de procedimiento, señalando su legalidad, relevancia, pertinencia, idoneidad o conducencia y finalmente el objeto de la prueba, para garantizar el derecho de la defensa del no proponente y permitir al judicante analizar los requisitos de admisión. Su evacuación deberá ser determinada por el judicante, salvo que por ejemplo y aplicando la analogía, se utilicen las normas del procedimiento de la prueba testimonial o de las propias posiciones juradas, lógicamente sin el formalismo del juramento, la forma el interrogatorio y de las respuestas, entre otros, pues insistimos se trata de un interrogatorio informal. Por su parte y respecto al interrogatorio informal oficioso, tampoco existen fórmulas, ni siquiera en cuanto a los lapsos, pues en un sistema constitucional y garantista debe reverse toda limitación de esta actividad al judicante, existiendo como única premisa el respeto a la dignidad, a los derechos constitucionales y humanos, la defensa y otros relacionados con el tema. Lo dicho nos permite indicar que y considerando que en materia de interrogatorios informales, no existe realmente un procedimiento, sí pudieran eventualmente infraccionarse normas constitucionales por la forma como se habría obtenido la declaración, especialmente en el primero de los casos señalados –interrogatorio informal a instancia de parte- donde pudieran aplicarse la analogía citada o diseñar un procedimiento al respecto al tratarse de una prueba libre, que como tal, también puede generar infracciones procesales y constitucionales.

6.2.2. Que no exista causal de nulidad que vicie la confesión cuando sea judicial.

Este requisito se refiere a que la confesión judicial se haya producido en un proceso limpio o inmaculado, incluso, que la prueba sea limpia o inmaculada, pues de producirse la nulidad procesal que afecte la prueba de confesión, lógicamente que ésta será nula, mas si existe la nulidad de las actas del proceso y la consecuente reposición de la causa, puede que la prueba de confesión no se afecte por haberse garantizado en la misma los derechos constitucionales de control y contradicción. La nulidad del proceso por subversión del mismo, si la confesión se ha producido cumpliéndose las garantías constitucionales procesales, la prueba no debe afectarse por la nulidad de los demás actos del proceso, de manera que no requiera que se repita la misma, pero si se ha obtenido la confesión en un proceso plagado de vicios, donde no se haya repastado el derecho a la defensa de las partes, especialmente el derecho a controlar y contradecir la prueba de confesión, la misma será nula, estará viciada y deberá repetirse.

También indiquemos que si la prueba se obtiene con desconocimiento de los procedimientos correspondientes –por ejemplo cuando se trata de una declaración formal mediante posiciones juradas-

cuando se lesionan o resienten los derechos constitucionales de aplicación procesal, el medio probatorio estará contaminado del germen de la nulidad y consecuentemente será inválido e incapaz para servir como fuente para la verificación de los hechos y convicción judicial.

Destacamos aquí que respecto a la incompetencia del órgano jurisdiccional, esta no produce la nulidad de la prueba de confesión, conforme a lo previsto en el artículo 1.401 del Código Civil, que señala [...] *La confesión hecha por la parte o por su apoderado dentro de los límites del mandato, ante un Juez aunque éste sea incompetente, hace contra ella plena prueba.*”

6.3. Requisitos de Eficacia.

6.3.1. Disponibilidad objetiva del derecho u obligación que se deduce del hecho confesado.

Se trata este requisito de la libertad que debe tener el confesante de disponer del derecho que se desprenda de la consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva o modificativa, contenido en la norma que contiene el supuesto abstracto en el cual se subsumirá el hecho concreto que se confiesa en el proceso. Si el confesante no tiene la facultad y libre disponibilidad del derecho que se desprende de subsumir el hecho confesado en la norma jurídica, la confesión existe, es válida pero no puede producir efectos jurídicos, no es eficaz, como sería el caso de indisponibilidad del derecho de filiación que no depende de la voluntad o no del padre o del hijo, resultando ineficaz la confesión en contra de éstos; tampoco puede ser disponible a través de la confesión la existencia o no del matrimonio o el nacimiento, las capitulaciones matrimoniales, la existencia de una garantía hipotecaria sin instrumento registrado.

6.3.2. Legitimación para el acto si se trata de representante o apoderado.

Como lo hemos venido explicando para la existencia de la confesión, se requiere que la misma sea realizada por el propio sujeto a quien perjudica el reconocimiento de existencia u ocurrencia del hecho propio, personal o del cual tiene conocimiento, pero cuando la confesión o el reconocimiento del hecho perjudicial no es realizado por el propio sujeto o parte sino por su **apoderado** o **mandatario**, es menester la existencia de instrumento poder que lo faculte expresamente para tal acto, vale decir, para que en nombre de su patrocinado confiese, reconozca la existencia de hechos realizados por su mandante o de los cuales tiene conocimiento, que le sean perjudiciales al mismo, que se trate de confesión de hechos no propios y personales del apoderado o mandatario sino de hechos realizados o conocidos por su mandante, pues en materia de posiciones juradas o confesión provocada como se verá en el capítulo siguiente, el

apoderado puede ser sujeto de las mismas, siempre que se trate de hechos realizados por éste en nombre de su mandante o de los cuales tenga conocimiento.

En materia de eficacia de la confesión, igualmente cuando se trata del apoderado o mandatario, éste requiere estar legitimado para el acto, que se encuentre facultado para confesar, pues éste solo puede reconocer hechos perjudiciales realizados por su mandante o de los cuales tenga conocimiento, en la medida que se encuentre expresamente facultado o autorizado para ello; igualmente, cuando se trata de facultades del mandatario o apoderado, si éste se extralimita de los mismos, realizando actos para los cuales no estaba autorizado, no podrá haber confesión sobre tales hechos por falta de legitimación, lo que se traduce en que la confesión puede referirse a hechos realizados por el mandante, para lo cual se requiere legitimación, autorización para confesar o bien, cuando se trata de hechos realizados por el mandatario o apoderado fuera de los límites -extralimitación- del mandato, donde no podrá confesar sobre tales hechos por falta de legitimación para el acto.

De esta manera el apoderado o mandatario para confesar hechos propios de su mandante, requiere estar previamente autorizado para ello, debiendo tener un instrumento poder que lo faculte para ello, sin lo cual, no solo estará impedido de confesar o reconocer hechos perjudiciales en nombre de su mandante, cuando se trate de hechos propios, personales o de los cuales tenga conocimiento su mandante, sino que cualquier confesión en que pudiera incurrir, resulta irrita y consecuentemente inexistente. En este sentido el artículo 1.401 del Código Civil expresa [...] *La confesión hecha por la parte o su apoderado dentro de los límites del mandato, ante un Juez aunque éste sea incompetente, hace contra ella plena prueba.*” (Resaltado nuestro).

En materia de confesión –insistimos- el mandatario o apoderado debe tener facultad para confesar hechos de su mandante, sin lo cual no habrá eficacia de la prueba; mas si se trata de hechos propios o personales del mandatario o apoderado realizados dentro de los límites del mandato, no se requerirá facultad expresa para confesar, dado que se trata de la confesión del apoderado y no del mandante, entendiéndose que existe facultad tácita o implícita; pero cuando la confesión es del apoderado por hechos propios, vale decir, por hechos realizados por éste en nombre o representación de su mandante, fuera de las facultades concedidas –extralimitación- la confesión sobre los mismos resulta ineficaz por falta de legitimación para el acto.

En cuanto a los **incapaces**, sus declaraciones perjudiciales o confesiones no son válidas, pues deben estar representados por sus tutores o curadores según el caso, y a todo evento, estos pueden confesar en nombre de sus representados, siempre que estén autorizados para ello, sin lo cual, no tendrán legitimación para el acto y la confesión será ineficaz.

Los **litisconsortes**, perfectamente pueden confesar en el proceso, pero tratándose de litisconsortes facultativos, el reconocimiento que de hechos perjudiciales realice alguno de ellos no perjudica a los demás; en tanto que si se trata de litis-consorcios necesarios, se requiere, para que exista confesión, que todos hayan reconocido el hecho perjudicial.

En cuanto al **defensor judicial**, éste no puede válidamente confesar en el proceso judicial, pues aunado al hecho que no tiene conocimiento de los hechos debatidos, realizados o no por su defendido, no se encuentra facultado expresamente para ello, pues su mandato proviene de la ley no de la voluntad de las partes.

En relación a los **adolescentes**, debe señalarse que con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica Para la Protección del Niño, Niña y Adolescente, a éstos últimos se les ha dado un gran poder y capacidad, incluso hasta el punto de poder acudir al proceso, instaurar una demanda sin asistencia de sus representantes y sin asistencia letrada –mayor disparate- pudiendo crear sindicatos, suscribir contratos colectivos, realizar huelgas, además de un conjunto de actividades que pueden realizar que son propias de los mayores, de ahí que consideremos que resulta viable, ante esas grandes facultades y capacidades previstas en la legislación especial, que sea viable que éstos puedan válidamente confesar en el proceso judicial, incluso, en materia mercantil –artículo 12 del Código de Comercio- los menores autorizados para comerciar, se reputan mayores en el uso que hagan de la autorización, pudiendo comparecer en el proceso judicial por sí, lo que se traduce en que pueden perfectamente –teniendo capacidad o legitimación procesal- reconocer hechos perjudiciales.

En cuanto al **fallido** en materia concursal, específicamente en materia de quiebra o falencia, encontramos que conforme a la ley mercantil –Código de Comercio- producida o declarada la quiebra, el comerciante pierde, no solo la administración de sus bienes –salvo los personales- sino el poder de disposición y de contraer sobre ellos nuevas obligaciones, tal como lo dispone el artículo 939 del Código de Comercio, siendo incapaz –inhabilitado- para realizar actos de comercio y de ejercer la administración y representación de sus bienes, de sus derechos e intereses en procesos judiciales, pues al declararse la falencia, la administración de sus bienes pasa a la masa de acreedores, en la persona de los síndicos. Todas las acciones –salvo las personales del fallido- se seguirán por los síndicos o eventualmente con los acreedores que sean designados liquidadores, quienes representan a la masa de acreedores y se suplantán en la administración de los bienes del fallido, tal como lo regula el artículo 940 *ejusdem*, de manera que al no tener el fallido la administración y disposición sobre sus bienes, siendo inhabilitado, no puede confesar válidamente en procesos donde se vean involucrados sus bienes –salvo que sean personales- incluso en el mismo proceso concursal; pero cuando se trata de bienes no concursados, vale decir, personales del fallido, perfectamente puede reconocer hechos perjudiciales o confesar.

En cuanto a los **síndicos o los acreedores** estos no pueden confesar cuando se trata de cuestiones relacionados con la falencia, pues la confesión como medio de prueba, debe indefectiblemente recaer sobre hechos propios, personales o de los que tenga conocimiento el confesante, situación esta que se traduce, en que ni los síndicos ni los acreedores designados liquidadores, pueden confesar en nombre o representación del fallido, pues no se tratará nunca de hechos propios, personales o de los que tenga conocimiento.

Los **representantes de personas jurídicas** podrán confesar en nombre de su representado, en la medida que estén legitimados o facultados para obligarlo, de lo contrario, la confesión será ineficaz; por otro lado, la confesión de gerentes o administradores de actos para los cuales no estaban legitimados o facultados, o que escapan de sus funciones o atribuciones, también resulta ineficaz.

6.3.3. Conducencia o idoneidad de la prueba de confesión.

Como todo los medios de prueba judicial, es necesario para que la misma sea eficaz, que cumpla con el requisito de conducencia o idoneidad del medio, que la prueba sea viable para demostrar el hecho concreto de que se trate, pues como expusieramos en otro momento no puede mediante la prueba de confesión demostrarse la existencia de un matrimonio, de una garantía hipotecaria, de capitulaciones matrimoniales por ejemplo, pues el ordenamiento legal exige un medio de prueba determinado como lo es la instrumental *ad solemnitatem*, no siendo en consecuencia la confesión idónea para la demostración de dichos hechos, lo cual vuelve la prueba ineficaz. En definitiva se trata de un requisito general exigido a todo medio probatorio en los términos que hemos estudiado.

6.3.4. Pertinencia del hecho confesado con el proceso donde se aduce.

Resulta otro de los elementos esenciales de toda prueba judicial también analizado en otro momento, que tiene su base en el argumento que en el proceso el tema de la prueba judicial son los hechos de carácter controvertidos no eximidos de prueba, esto es, discutidos y no aceptados expresa ni tácitamente, que son el fundamento de las diferentes pretensiones o excepciones al ser el presupuesto de la norma que consagra la consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva modificativa que aplicará el judicante para resolver el conflicto judicial, de manera que solo los hechos discutidos serán tema de la prueba judicial y siendo la confesión un medio de prueba judicial, no escapa de la pertinencia que debe recaer sobre los hechos que se reconocen, sin lo cual la prueba no será eficaz.

6.3.5. Que el hecho haya sido traído al proceso, mediante el alegato de las partes.

Este requisito también se refiere a los elementos esenciales de todo medio de prueba judicial, pues solo aquellos hechos que han sido enunciados o afirmados por las partes en el proceso judicial, a través del envoltorio del alegato de pretensión o exceptivo, es que podrá ser tema de la prueba judicial, de manera que si el hecho no ha sido enunciado, afirmado o negado por las partes como fundamento de sus pretensiones, el judicante no puede oficiosamente traerlo al proceso –el juez es un verificador no un averiguador- como consecuencia de la prohibición que le impone el principio dispositivo, lo que se traduce en que para que el hecho confesado pueda ser eficaz, para que la confesión pueda ser eficaz por reconocerse un hecho debatido en el proceso, debe indefectiblemente tratarse de un hecho institucional enunciado por las partes en sus escritos de alegatos, bien como fundamento de la pretensión o de la excepción, de lo contrario si se ha confesado un hecho no traído a los autos, la confesión es ineficaz. La prueba sólo puede recaer sobre los argumentos de hecho enunciados por las partes en el proceso que sean controvertidos, relevantes e idóneos para la aplicación de la ley en cada caso concreto.

6.3.6. Que la confesión tenga causa y objeto lícito, no siendo dolosa o fraudulenta.

Este requisito también se ubica en todas las pruebas judiciales, con contenido y basamento constitucional que prohíbe la prueba ilícita –artículo 49.5 constitucional- lo que por lógica es exigible en materia de confesión, debiendo ser la misma lícita, tanto en su causa como en su objeto, no pudiendo ser consecuencia de procedimiento dolosos o fraudulentos para arrancar de los sujetos el reconocimiento de hechos que le son perjudiciales, punto éste ampliamente analizado en el en la primera parte de nuestro trabajo al cual remitimos al lector para no ser repetitivos. Pero también la confesión resulta ineficaz, cuando se reconocen hechos que son falsos, cuando se ha mentido al momento de confesar, lo cual puede ser demostrado por cualquier prueba en contrario, pues se trata de casos de revocación o retractación de la confesión, producto de su carácter fraudulento, que analizaremos más adelante.

6.3.7. Que la voluntad del confesante no se encuentre viciada por error de hecho o dolo.

Como se verá en los siguientes puntos una de las causales previstas en el artículo 1.404 del Código Civil, que permite la revocación o retractabilidad de la confesión, es que haya sido el producto de un error de hecho del confesante, error que puede ser demostrado en el proceso con cualquier medio de prueba y

que produce la ineficacia de la confesión, en la medida que efectivamente se demuestre el error en que incurrió el confesante al momento de declarar.

6.3.8. Que la Ley no prohíba investigar el hecho.

Este punto fue abordado en los primeros capítulos de la primera parte de nuestro trabajo, especialmente al referirnos al tema de la prueba judicial, que aplicado al caso que nos ocupa permite afirmar que la confesión no puede recaer sobre hechos que la ley prohíbe investigar, por lo que si existe un prohibición general que no puede ser objeto de prueba los hechos que prohíbe la ley investigar, lógicamente que siendo la confesión un medio de prueba judicial, no puede recaer sobre dichos hechos prohibidos, como en los casos que se relacionen con la moral, la familia, intereses de la República que ponga en riesgo la seguridad de la nación, entre otros.

6.3.9. Que el hecho sea metafísica o físicamente posible.

Si el hecho que el confesante reconoce en su declaración resulta contrario a las leyes naturales o aparece como imposible de haber ocurrido, lógicamente que la prueba resulta ineficaz, como sería el caso de viajar de Caracas a Maracaibo a pié en un día; que tirado un cuerpo sólido al vacío, este no cayó. Los hechos imposibles o inverosímiles, metafísica, física, natural, ordinaria o comúnmente imposibles, no pueden ser objeto y mucho menos tema de la prueba judicial, siendo un hecho “metafísicamente imposible”, cuando el hecho se oponga al principio de contradicción, bien porque sus elementos constitutivos se excluyan o porque la causa que se le imputa lo excluya radicalmente, como sucede en el caso que un sujeto reconozca que el mismo día a la misma hora se encontraba viajando a dos destinos diferentes; en tanto que son hechos “físicamente imposibles” los que se oponen a las leyes naturales. En estos casos si la confesión versa sobre hechos metafísica o físicamente imposibles, la prueba resulta ineficaz.

6.3.10. Que el hecho confesado no sea contrario a un hecho notorio, a una máxima de experiencia, a hechos presumidos por la ley en forma indesvirtuable o se oponga la cosa juzgada.

Cuando el hecho sobre el cual recae la confesión resulta contrario a un hecho notorio, presumido por la ley en forma indesvirtuable o *iure et de iure*, contrario a una máxima de experiencia, incluso contrario a un hecho declarado en una sentencia judicial con autoridad de cosa juzgada, el judicante debe inclinarse por

el hecho notorio, la máxima de experiencia, la presunción o la cosa juzgada y desechar la confesión por resultar ineficaz, ya que en todos éstos casos los hechos no son tema de la prueba judicial y no pueden ser objeto de la confesión como medio de prueba judicial.

6.3.11. Que no exista prueba que infirme la confesión o la contradiga.

Este requisito se refiere a que no exista en el proceso prueba en contrario de lo confesado, en los casos que se permite la aportación de medios probatorios que la desvirtúen, como sucede en el caso del error de hecho previsto en el artículo 1.404 del Código Civil, en los casos de confesión en materia de posiciones juradas por la no comparecencia del absolvente, que produce una presunción desvirtuable, tal como se verá en el siguiente capítulo, o en los casos de confesiones extrajudiciales hechas a un tercero, donde solo se produce un indicio conforme a lo previsto en el artículo 1403 del Código Civil, que pueda infirmarla o simplemente contradecirla, caso en el cual la confesión pierda fuerza probatoria o eficacia jurídica.

6.3.12. Que se cumplan con el requisito de tempestividad de la prueba confesional.

Este requisito se refiere a que la prueba de confesión debe producirse en los tiempos legales pertinentes para ello, resultando ineficaz cualquier confesión producida u obtenida fuera de los lapsos procesales legales, resultando en consecuencia ineficaz por extemporánea.

7. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA CONFESIÓN.

7.1. Indivisibilidad o inescindibilidad de la confesión.

La confesión entendida como una declaración de ciencia o conocimiento, que hace la parte en el proceso o antes de éste, donde reconoce en forma consciente, libre y sin coacción, de manera seria, expresa y terminante un hecho propio, personal o del cual tiene conocimiento, que le perjudica o simplemente beneficia a su contendor judicial o futuro contendor judicial, se encuentra regida por el principio de indivisibilidad o inescindibilidad, que consiste en que el medio de prueba –confesión- no puede ser dividida en perjuicio del confesante y en favor de quien se beneficie de ella, quien debe asumir tanto lo beneficio como lo perjudicial.

Entre nosotros este principio, se encuentra recogido en el artículo 1.404 del Código Civil, conforme al cual [...] **La confesión judicial o extrajudicial no puede dividirse en perjuicio del**

confesante. *Este no puede revocarla si no prueba que ella ha sido resultado de un error de hecho. No puede revocarse so pretexto de error de derecho.*” (Resaltado nuestro).

La indivisibilidad o inescindibilidad de la confesión judicial o extrajudicial, se traduce en que aquella parte que aduzca en un proceso judicial una confesión en su favor, si la misma a su vez contiene la exposición de un hecho que favorece al confesante, bien porque aclare, modifique o amplíe el hecho confesado, existiendo entre los dos hechos una relación o conexión jurídica, no puede ser dividida la confesión en perjuicio del confesante –confesión calificada o cualificada- de manera que la parte que haga valer la confesión, debe asumir tanto lo que le favorece –hecho confesado- como lo que le perjudica –hecho conexo que amplíe, modifique o aclare el hecho confesado-. Como expresa el maestro DEVIS ECHANDÍA, se entiende por divisibilidad o escindibilidad de la confesión, la idea de que la misma –confesión- debe probar contra el confesante, en lo que es desfavorable y éste –confesante- debe probar lo favorable que adiciona; en tanto que por indivisibilidad o inescindibilidad de la confesión debe entenderse, que la confesión debe aceptarse en su conjunto, tanto en lo favorable como en lo desfavorable y agrega, que lo que puede dividirse no es la confesión, sino la declaración de la parte.⁵⁶

ALSINA al tratar el tema nos enseña que la confesión será divisible cuando pueden separarse en ellas las circunstancias desfavorables para el confesante de las que son favorables; que la confesión simple es por naturaleza indivisible, al no contener ningún elemento que modifique le hecho confesado ni restrinja sus efectos; que la confesión calificada es igualmente indivisible, al estar condicionado por una circunstancia vinculada a la naturaleza del hecho confesado; y que la confesión compleja en cambio, resulta divisible porque el hecho alegado por el confesante importa un elemento nuevo que no altera la naturaleza jurídica del hecho confesado y por consiguiente, importa una excepción cuya prueba corre por su cuenta.⁵⁷

Para determinar la viabilidad o no de la divisibilidad o disección de la confesión judicial o extrajudicial, debe atenderse al contenido de la misma, si se trata de una confesión pura y simple, calificada o cualificada o compleja, de manera que en el primero de los casos –**confesión pura y simple**- solo existe un hecho en la declaración de la parte, el hecho perjudicial confesado, sin que se haya aducido ningún otro hecho que favorezca al confesante, siendo en consecuencia que la confesión inevitablemente se hace indivisible; cuando se trata de una confesión **calificada o cualificada**, donde el confesante reconoce un hecho perjudicial pero inmediatamente aduce en su favor un hecho que amplía, modifica o aclara el hecho confesado, de manera que se producen dos hechos, uno perjudicial y otro favorable al confesante, existiendo entre los dos una relación de conexión jurídica, no es viable la divisibilidad de la

⁵⁶ Hernando DEVIS ECHANDÍA, ob. cit. p. 691.

⁵⁷ Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. p. 326.

confesión; si se trata de una **confesión compuesta**, donde existen dos hechos, una perjudicial o confesado y otro aducido que favorece al confesante, que no guarda relación de conexión jurídica, por ser un hecho totalmente distinto o separado del confesado o perjudicial, excepcionalmente puede producirse la división de la confesión, de manera que el judicante al momento de analizar la prueba judicial, debe indefectiblemente tener por cierto y establecido o fijado el hecho confesado –hecho perjudicial- en tanto que el hecho aducido en beneficio o favor del confesante, para poderse tener con verificado deberá ser demostrado por el confesante mediante la promoción de los medios que conduzcan la fuente que sirva para comprobarlo por comparación y generar convicción judicial al respecto, quedando en su cabeza –carga- el demostrar dicho hecho y en caso de falta de prueba o de prueba insuficiente del hecho separado inconexo que favorece al confesante, el juzgador al momento de valorar la confesión debe dividir la misma, no tomando en consideración el hecho favorable no demostrado.

De lo dicho podemos apreciar que solo por vía excepcional, la confesión compleja puede dividirse en perjuicio del confesante, cuando éste no logre demostrar en el proceso el hecho inconexo jurídicamente que adujo al momento de confesar y que le favorece; en todos los demás casos, trátase de confesión pura y simple y la calificada o cualificada, ésta última donde existe el alegato por parte del confesante, de un hecho que le favorece pero que es conexo jurídicamente con el hecho perjudicial confesado, no puede el operador de justicia dividir la confesión en perjuicio del confesante y a tal efecto, deberá al momento de valorar el medio probatorio tomar tanto el hecho perjudicial como el que favorece al confesante, sin perjuicio que y cuando se trata del alegato del pago o cumplimiento de la obligación – confesión calificada- es al confesante a quien corresponde la prueba de tal cumplimiento.

También debe señalarse que cuando se reconoce o confiesa un hecho perjudicial y se aduce un hecho conexo o no, que sea **falso, inverosímil, contradictorio**, o cuando entre el hecho confesado y el que beneficia o favorece al declarante, solo existe una relación remota u ocasional, la confesión excepcionalmente puede dividirse; también puede dividirse la confesión, indistintamente del grado de conexión o relación entre el hecho perjudicial y el favorable, cuando éste último sea contrario a una **máxima de experiencia**, a un **hecho notorio**, a un **hecho presumido por la ley** en forma indivisible, o que aparezca que sea **metafísica o físicamente imposible** de realizar, incluso cuando en contrario a la **cosa juzgada**, casos todos éstos donde el juez debe apreciar la declaración del confesante, solo en lo que le perjudica y debe prescindir de la parte favorable.

Tratándose de una confesión indivisible, el problema que se presenta a la parte que pretende beneficiarse de ella es precisamente la de aceptar el hecho que favorece al confesante, con el mismo valor probatorio –en principio tarifa legal, aunque ya hemos expuesto nuestro parecer respecto al inconveniente de seguir sosteniendo este sistema de valoración para ser sustituido constitucionalmente por la sana

crítica- que el hecho confesado o reconocido, pues el operador de justicia –se insiste- no puede dividir la confesión en perjuicio del confesante, atribuyéndole pleno valor probatorio solo a la parte que le perjudica y haciendo caso omiso de la parte que le favorece, salvo los casos donde se permite dividir la confesión y cuando no se ha producido prueba del hecho favorable, que toca en cabeza –carga probatoria- del confesante. En estos casos la confesión debe ser apreciada de manera global o integral, tanto en lo favorable como en lo no favorable, esto último que incluso puede desvirtuarse por prueba demostrativa de lo contrario a cargo del interesado, pero de no producirse, la valoración debe ser –respecto a los dos hechos de la confesión- igualitarios, que de tratarse de hechos contradictorios sobre un mismo aspecto se neutralizan, debiendo acudir a otros medios probatorios y eventualmente al sucedáneo de la carga probatoria de no existir otros medios o de ser insuficientes para la convicción judicial.

Concluyendo este punto diremos que el principio general es que la confesión no puede dividirse en perjuicio del confesante, debiendo la parte que quiera beneficiarse de la confesión asumir igualmente lo que favorece al declarante, circunstancia esta que se traslada al operador de justicia, quien tendrá que darle igual valor probatorio a lo perjudicial y a lo favorable; excepcionalmente y en los casos comentados la confesión puede dividirse, caso en el cual el judicante solo tendrá por demostrado el hecho perjudicial, no así el favorable, salvo que se haya aportado la prueba que lo demuestre, lo que nos colocará en el mismo escenario del párrafo anterior, de manera que en estos casos de escindibilidad el confesante tiene la carga de probar el hecho favorable no conexo y relacionado con el hecho confesado o perjudicial.

En materia penal la confesión siempre será indivisible, salvo los casos excepcionales que hemos señalado en este mismo capítulo y a los que remitimos al lector.

7.2. Irrevocabilidad o irrectracción de la confesión.

El otro principio que rige la confesión judicial o extrajudicial, es que producida la misma no puede revocarse o retractarse, salvo que se aduzca y demuestre la existencia de un error de “hecho” en que haya incurrido el declarante al confesar o reconocer el hecho que le es perjudicial, tal como lo regula el artículo 1.404 del Código Civil, al señalar [...] *La confesión judicial o extrajudicial no puede dividirse en perjuicio del confesante. **Este no puede revocarla si no prueba que ella ha sido resultado de un error de hecho. No puede revocarse so pretexto de error de derecho.***” (Resaltado nuestro).

Aquella parte que ha confesado, que ha reconocido un hecho propio, personal o del cual tiene conocimiento, controvertido y que le perjudica o beneficia a su contendor judicial, no puede retirarla, resultando irreversible, salvo que existe un error de hecho que se demuestre en el proceso, pero **¿qué debe entenderse por error de hecho?**

El “**error de hecho**” expresa el maestro Hernando DEVIS ECHANDÍA, es aquel que se produce cuando se reconoce un hecho que es falso, que no ocurrió, se le asigna naturaleza o especie jurídica distinta a la real, que lo narrado resulta diferente a lo que realmente ocurrió o como ocurrieron las cosas, donde se otorga una calidad distintas a las cosas o cantidades diferentes a las reales, casos en los cuales quien reconoció o confesó, debe en el proceso aducir –alegar- la existencia de dicho error y demostrarlo, para que a tal efecto pueda quedar infirmada la confesión y se producirá su retractación.⁵⁸

El citado artículo 1.404 del Código Civil, hace referencia a que la retractación o revocación de la confesión no puede realizarse, cuando se trata de “**error de derecho**”, entendido como el no conocimiento de las consecuencias jurídicas perjudiciales que le produjo el reconocimiento o confesión al declarante, lo que y como hemos visto, tiene su base en el hecho que en materia de confesión, sea judicial o extrajudicial, se elimina el *animus confitendi* o se sustituye por la simple consciencia del confesante, por lo que nada o poco importará a los efectos de la confesión, que el declarante conozca o no las consecuencias de carácter jurídica que producirá el reconocimiento de un hecho perjudicial. Lo dicho nos permite afirmar que en nuestro sistema legal, la única posibilidad de retractabilidad o revocación de la confesión, es cuando se produzca un “error de hecho”, más no cuando se trate de error de derecho, el primero -error de hecho- que debe indefectiblemente –como lo hemos señalado- ser alegado o denunciado por el confesante y que requiere ser probado por cualquier medio probatorio, cuya carga corresponde al propio confesante, prueba que solo debe recaer sobre el “aspecto objetivo” del error y no sobre su aspecto subjetivo, vale decir, sobre el error como tal –aspecto objetivo- y no sobre los motivos internos y subjetivos que motivaron al confesante a incurrir en el error de hecho –aspecto subjetivo- de manera que basta la prueba de que lo declarado no es correcto, cierto o real.

Importa destacar también que en caso de dolo o violencia utilizado para arrancar una confesión, no estamos en presencia de un caso que genere la posibilidad de retractabilidad de la confesión, sino ante un vicio que afecta su nulidad y que genera su ineficacia probatoria, para lo cual habrá que alegar la existencia de tales motivos y lógicamente producir los medios de prueba que permitan acreditarlos para generar su nulidad.

Por último y en cuando a la materia penal la confesión siempre será retractable en la forma que hemos visto y a la que remitimos al lector.

8. VALOR PROBATORIO DE LA CONFESIÓN.

8.1. Confesión judicial.

⁵⁸ Hernando DEVIS ECHANDIA, ob. cit. p. 718.

El sistema de valoración de la prueba de confesión adoptado por nuestro legislador patrio, ha sido el tarifado, a cuyo efecto el artículo 1.401 del Código Civil atribuye pleno valor probatorio o pleno grado de convicción a la confesión judicial, cuando es realizado por la propia parte o por el apoderado dentro de los límites del mandato, aún cuando se realice ante un juez incompetente. Esta norma expresa [...] *La confesión hecha por la parte o por su apoderado dentro de los límites del mandato, ante un Juez aunque éste sea incompetente, hace contra ella plena prueba.*” Conforme a la precitada norma cuando se produzca una confesión judicial sobre algún hecho enunciado por las partes, controvertido y no eximido de prueba, bien como consecuencia de un interrogatorio libre o formal –posiciones juradas- el judicante deberá tener como verificado el hecho sobre el cual versa la confesión, generándole convicción judicial traducido en certeza, siempre partiendo de la premisa de reunirse o cumplirse con todos los requisitos legales del medio probatorio, tanto de existencia como de validez y eficacia.

El problema y como lo veremos se presenta, cuando el hecho verificado tarifadamente a través de la confesión, se contraría con el confirmado con otro medio probatorio, bien valorable tarifadamente o por la sana crítica.

Al respecto y partiendo del hecho que en el actual sistema constitucional y garantista, donde el constituyente nos ha empujado hacia la oralidad, resulta inconstitucional seguir sosteniendo una tarifa legal que le indique el judicante el grado de convicción o certeza que un medio de prueba o fuente debe crear en su mente respecto a los hechos debatidos; por el contrario, el judicante debe ser libre en el marco de la sana crítica, en crearse la convicción judicial y darle la grado probatorio que merezca cada medio y fuente, partiendo de las reglas de la lógica, la lógica y los conocimientos científicos, lo que es aplicable tanto a las declaraciones confesorias o no obtenidas mediante interrogatorios informales o formales. Lo dicho nos permite afirmar que la tarifa legal regulada en el artículo 1.401 y 1.402 del Código Civil, debe ser reversada mediante la desaplicación por control difuso por contrariar el derecho constitucional de acceso al sistema probatorio, sin perjuicio de su reinterpretación constitucional y garantista.

Puesto en este estado el asunto, no resulta descabellado que un medio de prueba como la confesión que produzca la convicción respecto a un hecho enunciado y controvertido, pueda estar a su vez en contradicción con otro medio probatorio que acredita lo contrario al hecho confesado, caso en el cual el judicante deberá acudir a la sana crítica haciendo un análisis conjunto, global o integral de los medios probatorios, pudiendo desechar ambos medios probatorios si se trata de contradicciones incompatibles e insalvables, incluso pudiera darle valor a un medio y desechar el otro, cuando pueda constatare, verificarse, concordarse o relacionarse con otro medio probatorio que sostenga la credibilidad de alguno de los medios probatorios; en caso de no existir otros medios probatorios que permite establecer la preeminencia de algún medio probatorio sobre el otro, que permitan corroborar por

ejemplo el contenido de la declaración confesoria, lo más sana es aplicar el sucedáneo de la carga probatoria o cláusula de cierre.

Lo dicho nos permite afirmar que en el estado actual del sistema procesal probatorio, el medio de prueba de la confesión no es una prueba privilegiada que está por encima de otras, por el contrario, su valoración conjunta dependerá de la sana crítica del judicante según cada caso concreto.

Destaquemos también y como se ha expresado en otro momento, que y en cuando a las máximas de experiencia que debe aplicar el judicante para la valoración vía sana crítica de la prueba de confesión, ubicamos la contextualización del medio o fuente probatoria, referida a: a. *Coherencia* de la declaración referido en general a la estructura lógica y no contradictoria de la misma; b. *Contextualización* de la fuente probatoria, representado por el lugar, modo y tiempo de la ocurrencia de los hechos declarados y la forma como fueron percibidos, lo que se representa a través de la exigencia de la razón del dicho; c. *Corroboración* de la fuente probatoria con otras cursantes en las actas procesales, de manera que la confesión como fuente probatoria debe ser corroborado con otros medios probatorios curantes en las actas del proceso y en caso de contradicción, hay que analizarla misma, de manera que deberá desecharse aquel o aquellos medios probatorios que se contradigan y valorar los que se corroboren, con la aclaratoria que de contradecirse todos, deben desecharse y aplicar la cláusula de cierre o carga probatoria, que en el marco del proceso penal, de sólo existir la confesión como fuente probatoria que no pueda corroborarse con otros medios, resultará una actividad probatoria que no puede considerarse como mínima para destruir el estado de inocencia; y d. *Imparcialidad* de la fuente probatoria, referido a la inexistencia de comentarios oportunistas que pongan en tela de juicio la imparcialidad del órgano de prueba, que y en materia de confesión debe ser analizado con cuidado y además con un poco de ligereza en éste aspecto, por el hecho de la presencia evidente de parcialidad en la declaración que hace la propia parte, lo que obliga a acentuar la tarea valorativa en los otros extremos.

Respecto a la confesión en materia penal y como lo hemos analizado, la sola prueba de confesión no es prueba suficiente de cargo para conducir a una sentencia condenatoria, debiendo en todo caso existir otros elementos probatorios que permitan corroborar la confesión y destruir la presunción o estado de inocencia para que generar una sentencia condenatoria.

8.2. Confesión extrajudicial.

En cuanto al valor probatorio de la confesión extrajudicial, nuestro sistema tarifado le otorga el mismo valor probatorio que la judicial, vale decir, plena prueba o grado de convicción cuando es hecha a la misma parte o quien la representa, pero si es hecha a un tercero ajeno al proceso, solo se produce una

prueba circunstancial, de un indicio que deberá ser adminiculado con otros elementos probatorios para determinar si el hecho a que se refiere la confesión, ha quedado o no demostrado en el proceso respectivo, todo en los términos del artículo 1.402 del Código Civil, que expresa [...] *La confesión extrajudicial produce el mismo efecto, si se hace a la parte misma o a quien la representa. Si se hace a un tercero produce solo un indicio.*”

Como puede apreciarse tanto en materia de confesión judicial como extrajudicial, el sistema venezolano civil establece una tarifa legal, otorgándole a la prueba de confesión donde se reconoce un hecho perjudicial, pleno valor probatorio o grado de convicción, pero y como vimos en el punto anterior, esto se resiente con el actual sistema constitucional y garantista, que permite afirmar –en los términos señalados- que cualquiera sea la especie de la confesión su valoración debe obedecer a las reglas de la sana crítica, mediante una valoración integral, concordada y contrapuesta con todos los medios probatorios producidos en el proceso, que permitirán en definitiva que el judicante se haga un juicio respecto a los hechos que podrá tener como verificados al haberse producido respecto a los mismo una convicción judicial traducida en certeza no ausente de error.

9. CONFESIONES CONTRADICTORIAS ENTRE SÍ O CON LAS CONTENIDAS EN INSTRUMENTOS PÚBLICOS O PRIVADOS.

Un tema interesante en materia de confesión precisamente se presenta cuando existen en el proceso varias confesiones judiciales o extrajudiciales de las partes que se contradicen entre sí, sean se manera espontánea o mediante interrogatorio informal o formal –para las judiciales- incluso cuando se han producido en otro proceso y se trasladan, en cuyos casos el problema se centra en determinar cual debe prevalecer y cual será su valor probatorio.

Primeramente cuando se trata de confesiones “extrajudiciales” orales nos dice el maestro DEVIS ECHANDÍA, que el tema se centra en la prueba que de ellas se produzcan en el proceso, debiendo prevalecer la que aparezca suficientemente demostrada; pero si ambas aparecen suficientemente demostradas, cumpliendo con los requisitos de existencia, validez y eficacia, deberá aplicar las reglas de la sana crítica, haciendo una análisis conjunto y con los demás medios probatorios que puedan cursar en autos, para determinar cual de ellas es mas creíble o verosímil, prefiriendo la más desfavorable al confesante –por la naturaleza propia del medio probatorio- que de ser la menos verosímil y conforme al análisis conjunto de los medios probatorios, el juez deberá apreciar la menos desfavorable; si las

confesiones extrajudiciales en igualdad de circunstancias son verosímiles conforme al análisis comparativo con otros medios probatorios y cumplen con los requisitos que hemos señalado, ante su contradicción y por el hecho de neutralizarse, deberán desecharse ambas y acudir a los demás medios probatorios para el acreditamiento de los hechos, que de no existir o de ser insuficientes para la convicción judicial, se tendrá que acudir a la carga probatoria como sucedáneo de pruebas.

Si la contradicción se produce en confesiones judiciales, el tema no es diferente, pues tendrán que analizarse el cumplimiento de los requisitos de cada una, desechándose la que no llene los mismos; si llenan ambas los requisitos de existencia, validez y eficacia, deberán corroborarse con otros medios probatorios acogiéndose la más verosímil, prefiriéndose la más perjudicial, que de ser la menos verosímil, conducirá a apreciar la menos favorable; si ambas son igualmente verosímiles conforme al análisis comparativo con otros medios probatorios y cumplen con los requisitos que hemos señalado, ante su contradicción y por el hecho de neutralizarse, deberán desecharse ambas y acudir a los demás medios probatorios para el acreditamiento de los hechos, que de no existir o de ser insuficientes para la convicción judicial, se tendrá que acudir a la carga probatoria como sucedáneo de pruebas.

Sin perjuicio de lo anotado también debe echarse mano al tema de la coherencia, contextualización, corroboración e imparcialidad en la prueba de confesión, de manera que ante confesiones contradictorias y considerando el tema de la que sea más perjudicial y verosímil, importa analizar su coherencia, contextualización y corroboración con otros medios probatorios, debiéndose desechar aquella que no pueda corroborarse y de no ser ninguna corroborable también deben desecharse ambas, lo propio que sucederá si ambas son corroborables, donde o bien podríamos desechar ambas o acogerla que sea más perjudicial.

Otro tema interesante y respecto por ejemplo a la confesión en materia penal obtenida en la fase de investigación como consecuencia de la declaración del imputado, debe advertirse que en este momento procesal dicha declaración no tiene fines probatorios sino de defensa, careciendo en principio de animus confitendi; pero en todo caso y de considerarse como válida y de carácter extrajudicial, su valor probatorio solo podrá alcanzarse al producirse su judicialización a través de la ratificación en juicio, en la audiencia pública y oral de juicio; la ausencia de ratificación invalida la confesión extrajudicial por tratarse de un acto de investigación que sólo genera una preconstitución de fuente probatoria y en caso de producirse su ratificación pero de manera contradictoria con la realizada en fase de investigación, la declaración que debe acogerse es la de juicio; finalmente y no menos importante si la declaración confesoria se hace ante el juez de Control en fase preliminar y se contradice con la que pueda hacerse ante el juez de Juicio, siendo las dos de carácter judicial y en la medida que cumplan con todas las exigencias legales, debemos

echar mano a lo dicho en párrafos anteriores en cuanto a la más desfavorable, a la coherencia, contextualización, corroboración e imparcialidad.

El problema también puede presentarse cuando se trata de una confesión “**documentada**” que y como hemos vistos generan la mutación de la prueba a la instrumental que y por lo menos en nuestro sistema de procedimiento, también encuentra una tarifa legal para su valoración, tanto en materia de instrumentos públicos como privados, sistema al cual se le hacen los mismos reparos de inconstitucional y antigarantista que deben dar paso a la sana crítica como regla de valoración constitucional. En estos casos nos inclinamos por la tesis que hemos expuesto, dejando al judicante la libre apreciación razonada de los medios probatorios, que en caso de instrumentos públicos si no son tachados deben conducir a la convicción judicial respecto a los hechos jurídicos que el funcionario declara haber visto, oído, presenciado, efectuado, de la verdad de las declaraciones vertidas por las partes ante el funcionario, no así respecto a la verdad acto que se trate –que deben atacarse vía simulación- y en caso de instrumentos privados luego de producirse su reconocimiento –expreso o tácito- tendrán el mismo valor probatorio respecto al hecho material de las declaraciones, no así de su contenido –que puede atacarse por cualquier medio probatorio que destruya la presunción de buena fe- permitirán producir convicción judicial respecto al hecho que se trate.

Cuando en los casos indicados los instrumentos públicos o los privados –reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos- demuestran un hecho debatido en el proceso que es contrario al contenido en una confesión judicial –incluso extrajudicial- el análisis de las pruebas igualmente debe ser en conjunto y mediante la sana crítica, debiéndose valorar aquella que resulte más creíble o verosímil, que pueda corroborarse con otros medios probatorios, a propósito de la contextualización, coherencia e imparcialidad, de lo contrario y partiendo de la premisa de la igualdad de valoración de todos los medios, ante contradicciones insalvables y no corroborables con otros medios probatorios, lo más lógico resulta desechar los medios probatorios contradictorios y analizar otros medios de prueba, que de no existir o de ser insuficientes, conducirá a la aplicación de la carga probatoria. Si el medio instrumental puede ser corroborado con otros medios probatorios y no así la confesión y viceversa, tomando en consideración la coherencia y contextualización, así como el tema de la imparcialidad, deberá tenerse como valorable el corroborable.

Estas mismas reglas perfectamente pueden sostenerse con otros medios probatorios como la testimonial, experticia, inspección, indicios, reproducciones, reconstrucciones, pericias científicas, pruebas libres, entre otras.

10. LA CONFESIÓN EXTRAJUDICIAL Y SU PRUEBA EN EL PROCESO JUDICIAL.

Hemos dicho que la confesión extrajudicial conforme a lo previsto en el artículo 1.402 del Código Civil, es aquella que se hace a la propia parte, a su representante o a un tercero, fuera del proceso jurisdiccional, en cualquier acto extraproceso o en procesos administrativos, que para producir efecto en el proceso judicial donde se aduce, indefectiblemente tiene que existir la prueba de ello, de la declaración rendida en un tiempo anterior al proceso, por quien es parte en el mismo, donde reconozca un hecho propio, personal o del cual tiene conocimiento, que es controvertido y que le perjudica o beneficia a su contendor judicial, de manera que quien aduzca en el proceso la existencia de una confesión extrajudicial, debe aportar la prueba de la misma mediante la utilización de cualquier medio probatorio permitido por la legislación vigente, salvo la prueba testimonial en los casos previstos en el 1.403 *eiusdem*, que señala [...] *La confesión extrajudicial no puede probarse por testigos, sino en los casos en que la Ley admita la prueba de testigos.*”

Como se aprecia la confesión extrajudicial requiere ser demostrada en el proceso donde se aduzca, prueba que debe recaer mas que sobre el hecho o hechos confesados o reconocidos, sobre la propia existencia de la confesión extrajudicial, de la ocurrencia del acto donde se reconoció el hecho que se trata de probar en el proceso mediante la confesión, tratándose en consecuencia, no de la prueba de los hechos controvertidos en forma directa, sino de la prueba de la prueba que a su vez demuestra los hechos controvertidos –prueba indirecta- de ahí que se diga que la confesión judicial se prueba por sí misma –*probatio probata*- y la extrajudicial requiere ser probada –*probatio probanda*-; pero en materia de prueba de confesión extrajudicial, nuestro tarifado sistema no permite –prohíbe- la demostración de la misma mediante la prueba testimonial, sino en el los solos casos que ésta última es permitida, circunstancia esta que nos obliga a remitirnos al contenido de los artículos 1.387 del Código Civil, donde la prueba testimonial no resulta admisible para demostrar o probar la existencia de una convención celebrada con el fin de establecer una obligación o de extinguirla cuando su valor excede de dos mil bolívares o cuando pretende probarse lo contrario a una convención contenida en instrumentos públicos o privados, o lo que la modifique, ni para justificar lo que se hubiera dicho antes, al tiempo o después de su otorgamiento, aunque su valor fuere menor a dos mil bolívares, salvo que, conforme a lo previsto en el artículo 1.392 *eiusdem*, existiera un principio de prueba por escrito o de indicios demostrados en el proceso con medios de prueba distinto a la testimonial, incluso en los casos de imposibilidad material o moral para el acreedor de obtener la prueba escrita, cuando el título que servía de prueba se hubiese perdido como consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, o cuando se atacare el acto por ilicitud de causa, últimos tres casos previstos en el artículo 1393 *ibidem*.

Como vemos la prueba de testigos resulta admisible en materia de demostración de confesiones extrajudiciales, cuando igualmente la misma –prueba de testigos- resulta admisible en el proceso, tarifa

legal que en los mismos términos argumentativos que hemos sostenido, resulta inconstitucional y antigarantista, insustentable en el actual sistema donde está positivado el derecho constitucional de acceso al sistema probatorio. Pero a ello agreguemos el error legislativo de hacer depender la prueba testimonial en materia de confesión, de la admisión de la prueba testimonial en el proceso mismo, pues realmente con la prueba testimonial –sin perjuicio de su limitación también inconstitucional- no se trata de demostrar la existencia o no de la obligación, el contenido de un instrumento público o privado, por el contrario, la declaración de terceros ajenos al proceso –testimonio- solo pretende demostrar que una de las partes antes del proceso produjo una confesión, reconoció como ciertos hechos debatidos que le son desfavorables, de manera que la prueba testimonial realmente solo pretende demostrar que efectivamente hubo el acto de confesión extrajudicial, no así el hecho confesado sobre lo cual precisamente recae la tarifa legal de nuestro legislador.

DEVIS ECHANDÍA al referirse a este punto, señala que la limitación o prohibición de demostrar con testigos la confesión extrajudicial cuando aquella no es permitida en el proceso, proviene de la confusión existente entre la prueba de la existencia de la confesión y su valor probatorio, pues la confesión puede ser demostrada con cualquier medio probatorio y la testimonial resulta perfectamente viable para demostrar su existencia u ocurrencia –confesión extrajudicial- cualquier sea su objeto, lo que no es igual cuando se refiere a su valor probatorio, pues aquí sí tiene que analizarse si el hecho o acto confesado puede ser demostrado mediante testigos, de manera que si el hecho sobre el cual recayó la confesión no puede ser demostrado por testigo, por tratarse de la existencia o extinción de una convención cuando su valor exceda de dos mil bolívares por ejemplo, no tendrá valor probatorio la confesión así demostrada, pero como tal, sí se produjo la prueba de la existencia de la confesión, solo que se insiste, no puede apreciarse como plena prueba o pleno grado de convicción, siendo que en todo caso podría producir un indicio procesal.⁵⁹

En nuestro sistema ortodoxo, vetusto pero vigente sin perjuicio que igualmente se ha producido la confusión, pudieran ser aplicados los criterios del maestro colombiano, pues la prueba testimonial como tal solo tiende a demostrar la ocurrencia de la confesión extrajudicial, no existiendo impedimento alguno, el cual solo se ubica en la valoración de la confesión demostrada por medio de testigos, ya que si la ley no permite ésta prueba –testimonial- para demostrar determinados hechos debatidos en el proceso, la confesión extrajudicial recaída sobre hechos propios, personales o de los cuales tiene conocimiento el confesante, que le son perjudicial o benefician a su contendor judicial, que sea demostrada por testigos, no producirá plena prueba o pleno grado de convicción, en otras palabras, la confesión extrajudicial puede ser demostrada con testigos, pero en cuando a su valor probatorio, dependerá si los hechos

⁵⁹ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. pp. 684 y 685.

debatidos y que son objeto de la confesión, puede o no ser demostrados con testimoniales, ya que en caso de existir prohibición de demostrarlos con dichas testimoniales, los hechos confesados no tendrán el carácter de plena prueba, sino eventualmente pudiera el operador de justicia atribuirle el carácter de indicios.

No obstante a lo dicho en el párrafo precedente, en el estado actual y constitucional del sistema probatorio y conforme al criterio garantista, resulta necesario remover la tarifa legal la limitación probatoria a la prueba de confesión extrajudicial, permitiéndose incluso su demostración a través de la prueba testimonial sin limitación alguna, quedando a cargo del judicante el análisis y valoración de dicha testimonial mediante la sana crítica, que le permitirá en definitiva plasmar en la sentencia si se produjo la prueba de la confesión y si la misma le crea convicción judicial respecto a los hechos debatidos en autos; esta y otra debe ser la tendencia que tarde o temprano debe asumir nuestro legislador y nuestro Tribunal de Casación para estar en sintonía con las nuevas tendencias procesales y probatorias en el ámbito constitucional y garantista hasta que lleguemos a la deconstrucción.

Para terminar éste punto nos interesa referirnos al tema de la declaración confesoria en materia penal y concretamente cuando puede considerarse como extrajudicial, para lo cual comenzaremos diciendo que en el sistema de procedimiento penal la declaración puede realizarse bien en fase de investigación como preliminar y de juicio, ello en los términos de los artículos 132, 312 y 330 del Código Orgánico Procesal Penal, la primera y durante la investigación o fase preparatoria cuando comparezca espontáneamente ante el Ministerio Público o fuera citado por el mismo, así como en los casos de ser aprehendido en flagrancia donde la declaración se realizará ante el juez de Control, la segunda –durante la fase preliminar o intermedia- en la audiencia preliminar y ante el juez de Control y finalmente en a fase de juicio en la audiencia pública y oral y ante el juez de Juicio.

La declaración del imputado en fase de investigación, así como las que realice en fase de juicio, sea como imputado –caso de flagrancia- como de acusado –audiencia preliminar o de juicio- deben estar revestida del cumplimiento de un conjunto de requisitos constitucionales como son el expreso señalamiento de no estar obligado a declarar y que tratándose de un derecho de decidir no hacerlo no le acarreará consecuencia alguna, presencia del abogado o asistencia jurídica, pleno conocimiento de los hechos imputados o acusados con indicación de lugar, modo y tiempo de la comisión del hecho punible que se le atribuye, no juramentación, libre voluntad en declarar, así como la interdicción de realización de preguntas sugerentes o sugestivas y de ser sometido a interrogatorios extensos, entre otros. Luego y respecto a la declaración en fase de investigación, sea ante el Ministerio Público y ante el juez de Control en caso de flagrancia, lo que anteriormente se conocía como indagatoria, se trata de un acto de defensa que no tiene fines probatorios, aunque y de reconocer un hecho propio, personal o del cual tenga

conocimiento el imputado y que le acarree consecuencia jurídicas desfavorables, estaremos en presencia de una confesión extrajudicial –para el caso de la declaración ante el Ministerio Público- y judicial para el caso de flagrancia.

Esto resulta importante para establecer que en fase de investigación y con relación a la indagatoria o declaración del imputado de naturaleza defensiva, aunque no es prueba tiene vocación probatoria y puede ser utilizada en el proceso como prueba de cargo, sólo en los casos que se produzca su judicialización, a través de la ratificación en audiencia de juicio, por lo que de no producirse o de contrariarse con la rendida en juicio, debe considerarse ésta última y no pueda apreciarse la realiza en fase de investigación.

Lopropio se presenta cuando estamos ante la declaración realizada ante el juez de Control en caso de flagrancia, donde como acto de defensa y de obtenerse una confesión judicial en los términos indicados, estará sometido a su ratificación ante el juez de Juicio de verificarse que ésta dados los supuestos para la admisión de la flagrancia y pase a juicio.

Cuando se trata de la declaración del acusado en fase intermedia en la audiencia preliminar, que puede contener una confesión judicial, el tema no es diferente, pues perfectamente puede presentarse una contradicción con la que se realice en la audiencia de juicio, caso en el cual y entendiendo que la prueba es aquella forma en audiencia pública y oral, la confesión que debe tenerse como existente y válida a los efectos de la sentencia y ante la precitada contradicción, es la presetada en juicio. En todo caso cabe advertir que si se producen algunos de los casos de fórmulas alternativas de prosecución del proceso penal, trátese de acuerdos reparatorios, suspensión condicional del proceso o admisión de los hechos, que parten de la premisa común del reconocimiento por parte del imputado y/o acusado de su participación y responsabilidad en el hecho punible -salvo el caso de acuerdos reparatorios en fase preparatoria y antes de la presentación de la acusación- estaremos en casos de confesión siempre que reúna los requisitos legales, que puede ser judicial o extrajudicial.

La confesión judicial puede darse primeramente en casos de **acuerdos reparatorios**, ya en fase preparatoria y antes de producirse lógicamente la acusación, así como luego de presentada ésta y siempre que haya sido admitida, donde se requiere la previa admisión de los hechos, lo que puede ser en fase intermedia en la audiencia preliminar o antes de la apertura del debate, cuando se trate del procedimiento abreviado en caso de flagrancia. En el primero de los casos –durante la fase preparatoria- esa confesión judicial que produjo efectos para los acuerdos reparatorios, de ser incumplidos los precitados acuerdos y proseguirse el proceso, no estará sometida al régimen de ratificación y valdrá como medio probatorio utilizable en juicio –véase artículos 41, 42 y 313 del Código Orgánico Procesal Penal-; pero en caso de incumplimiento de acuerdos reparatorios luego de admitida la acusación y que dará paso a la sentencia

condenatoria que deberá dictar el juez conforme al procedimiento por admisión de los hechos, lo que corresponderá a Control o Juicio, según el momento del acuerdo luego de la admisión de la acusación, la confesión como único medio probatorio para la condena reviste caracteres de inconstitucionalidad, especialmente cuando en materia penal la confesión como único medio de prueba no es considerada como mínima actividad probatoria de cargo capaz de destruir el estado de inocencia, lo que sugeriría que y estando admitida la acusación, que por demás es un acto procesal posterior al momento de promoción de pruebas, ante el incumplimiento del acuerdo reparatorio debería pasarse el proceso a Juicio –de ser el caso- para que se evacuaran los medios probatorios admitidos y donde la confesión pudiera ser considerada como un medio probatorio adicional que no requeriría de ratificación.

En casos de **suspensión condicional del proceso** que parte de la premisa de la previa presentación y admisión de la acusación, estamos en presencia igualmente de una confesión judicial, que pueda tener lugar en fase intermedia luego de la precitada admisión, como en fase de Juicio antes de la apertura del juicio oral y público, así como antes de la apertura a juicio en casos de procedimiento abreviado por flagrancia –artículos 44 y 313 del Código Orgánico Procesal Penal-. En caso incumplimiento de las condiciones impuestas o que de la investigación que continuara el Ministerio Público onde surgieren nuevos elementos de convicción que relacionaran al acusado con otros delitos, podrá revocarse la medida de suspensión ordenándose la reanudación del proceso y procediéndose a dictar sentencia condenatoria en base al procedimiento por admisión de los hechos, circunstancia ésta que también se presenta como inconstitucional al procederse en éstos casos a una condena con el sólo medio probatorio de la confesión que y como hemos expresado no es una mínima actividad probatoria de cargo capaz de destruir el estado de inocencia, lo que nuevamente nos permite sugerir que y ante esta circunstancia, estando en presencia de una admisión de la acusación precedida por actos de promoción de medios probatorios, que se ordene la realización de la audiencia de juicio donde se puede tener y considerar sin necesidad de ratificación, la confesión que condujo a la suspensión condicional del proceso.

Finalmente y respecto a la **admisión de los hechos**, el procedimiento especial resulta aplicable luego de admitida la acusación, desde el momento de la audiencia preliminar, hasta antes de la recepción de pruebas que y como se conoce corresponde a Juicio, todo lo que parte de la premisa de la confesión y que dará lugar a la imposición de la pena correspondiente –artículos 311, 313 y 375 del Código Orgánico Procesal Penal-lo que se presenta como inconstitucional al procederse a una sentencia de condena sin celebrar audiencia pública y oral, donde pudiera tenerse como presente la confesión como otro medio probatorio adicional, partiendo de la confesión como único medio probatorio que insistimos no es prueba de cargo suficiente capaz de destruir el estado de inocencia.

CAPITULO II

INTERROGATORIO FORMAL DE LAS PARTES A TRAVÉS DE LAS POSICIONES JURADAS

.....

SUMARIO. 1. *Confesión provocada o posiciones juradas. Definición. Características. Naturaleza.* 2. *Constitucionalidad de las posiciones juradas o confesión provocada en el marco de los derechos constitucionales y del sistema garantista.* 3. *Las posiciones juradas en el sistema procesal civil venezolano. Oportunidad de proposición y evacuación. Requisitos de promoción. La reciprocidad. Admisión.* 4. *Sujetos que pueden proponer las posiciones juradas. Sujetos que están obligados a absolver las posiciones juradas.* 5. *Absolución de posiciones juradas por personas jurídicas. La delegación.* 6. *Absolución de posiciones juradas por apoderados judiciales y representantes de incapaces.* 7. *Absolución de posiciones juradas por adolescentes y por el fallido en materia concursal.* 8. *Personas que no están obligadas a absolver posiciones juradas.* 9. *Personas que no están obligadas a comparecer al proceso para absolver posiciones juradas.* 10. *Citación personal para el acto de posiciones juradas.* 11. *Hechos sobre los cuales ha de recaer las posiciones juradas.* 12. *fórmula de las posiciones juradas.* 13. *Limitación en el número de preguntas que pueden formularse en el acto de posiciones juradas.* 14. *Fórmula de las respuestas a las posiciones juradas.* 15. *El juramento previo para la absolución de las posiciones juradas.* 16. *Mecánica de las posiciones juradas. Supuestos. Hora de espera. Confesión en materia de posiciones juradas.* 16.1 *Comparecencia de ambas partes –proponente y absolvente- al acto de posiciones juradas.* 16.2. *No comparecencia de las partes –proponente y absolvente- al acto de posiciones juradas.* 16.3. *Comparecencia del absolvente pero no del proponente al acto de posiciones juradas.* 16.4. *Comparecencia del proponente pero no del absolvente al acto de posiciones juradas.* 17. *Comisión judicial en materia de posiciones juradas. Rogatoria para los casos que el absolvente se encuentre en el extranjero.* 18. *Valoración judicial de las posiciones juradas.* 19. *¿Quién afirma la existencia u ocurrencia de un hecho al formular las posiciones juradas, esta reconociendo o confesando dicho hecho?*

1. CONFESIÓN PROVOCADA O POSICIONES JURADAS. Definición. Características. Naturaleza.

Como se señalara en el capítulo anterior la confesión es un medio de prueba judicial, que consiste en una declaración de ciencia o de conocimiento, expresa, seria y terminante, hechas en forma consciente, sin coacción que destruya la voluntad del acto, por quien es parte en el proceso judicial, la cual recae sobre hechos propios, pertinentes, relevantes y personales del confesante o sobre los cuales tiene conocimiento, que le son perjudiciales o simplemente favorecen al otro sujeto procesal –contraparte- en palabras de nuestro padre el maestro Humberto BELLO-LOZANO MÁRQUEZ, es un medio de prueba judicial que consiste en una declaración que de parte, de quien es parte en el proceso judicial, mediante la cual reconoce hechos propios o de los cuales tiene conocimiento, que le trae consecuencia jurídicas desfavorables. También hemos dicho que toda confesión es una declaración de parte –*contra se declaratio*- mas no toda declaración de parte es una confesión –*pro se declaratio*- siendo el elemento determinante para identificar la existencia de una confesión ante una declaración de parte, que la misma contenga el reconocimiento de un hecho propio, personal o de los cuales tenga conocimiento el confesante, que le sean perjudiciales o sencillamente beneficien a su contendor judicial, confesión que puede de espontánea

o provocada, ésta última a través de interrogatorios informales o formales a los que nos hemos ya referido, aún cuando este capítulo lo dedicaremos a la mecánica de posiciones juradas que precisamente es la tipología de interrogatorio formal que regula nuestro legislador y que opera en los sistemas de procedimiento civil –oral y escrito- marítimo, aeronáutico y agrario, aunque también pero agazapadamente en materia laboral y de niños y adolescentes, a través de la pretendida declaración de parte oficiosa.

De esta manera se ha visto que las posiciones juradas obedecen al interrogatorio formal regulado en nuestro sistema de procedimiento, que tiene fines probatorios, para extraer confesiones de las respuestas de las partes, cuando contengan el reconocimiento de un hecho perjudicial propio, personal o de los cuales tengan conocimiento, caracterizado por la rigidez o formalismos sacramentales en la forma del mismo –interrogatorio- previo juramento de ley y valorable por el sistema de tarifado. Las características de este tipo de interrogatorio podemos resumirlas de la siguiente manera:

- a. La existencia de riguroso formalismos o formulas sacramentales en la técnica del interrogatorio, mediante la afirmación de existencia de hechos o preguntas asertivas –afirmativas- tales como “diga como es verdad”, “diga si es verdad”, “diga si es cierto” o “diga como es cierto”.
- b. La apreciación de la prueba queda a prudencia del operador de justicia, pero su valor probatorio o grado de convicción se encuentra regulado o tarifado en la Ley.
- c. El interrogatorio solo puede ser utilizado por las partes –principio dispositivo- y el operador de justicia no cuenta con esta herramienta en su actividad probatoria oficiosa, sin perjuicio de esa nueva tendencia errónea contenida en los procedimientos laborales y de niños y adolescentes, donde el interrogatorio formal de partes a petición de éstas se ha eliminado y peor aún, se ha creado un interrogatorio formal oficioso del judicante, a especie de posiciones juradas pero de oficio donde el juramento viene dado por la ley.
- d. Constituye requisito de validez de la prueba el previo juramento de las partes.
- e. Las preguntas o el interrogatorio deben versar solo sobre hechos propios, personales o de los cuales tenga conocimiento la parte.
- f. Existe una limitación en cuanto al número de preguntas que pueden formular las partes.

El interrogatorio formal constituye un instrumento para obtener una confesión judicial de las partes en el proceso judicial, bien por petición de éstas, bien por la actividad probatoria oficiosa del juzgador, para obtener el reconocimiento de un hecho perjudicial, como lo expresa el maestro DEVIS ECHANDÍA,⁶⁰ un instrumento para llevar al proceso el conocimiento que las partes tienen sobre los hechos que se litigan, bien sean favorables o perjudiciales a las partes, pues la confesión judicial mediante

⁶⁰Hernando DEVIS ECHANDÍA, ob. cit. p. 577.

el interrogatorio, se obtendrá en la medida que se reconozca un hecho desfavorable, lo cual no siempre se obtendrá, pues en muchas ocasiones las declaraciones de las partes son *pro se declaratio*, que constituirán argumentos probatorios de los cuales podrá extraerse indicios endoprosesales.

En nuestro sistema de procedimiento donde se regula el interrogatorio formal de las partes, tiene evidentemente fines probatorios, realizado a solicitud de parte, previo juramento y que pretende conseguir el reconocimiento de hechos perjudiciales, lo que generalmente se denomina “posiciones juradas” o más recientemente –cuando se trata de la modalidad oficiosa del judicante recogido en materia laboral y de niños y adolescentes- “declaración de partes”. Pero **¿qué son las posiciones juradas?**

Antes de pasearnos por la doctrina y exponer nuestro criterio respecto a la interrogante que hemos planteado, desde ya debemos comenzar indicando que el estudio de esta mecánica de las posiciones juradas como forma de interrogatorio formal de las partes, se presenta como un verdadero fósil jurídico, un mecanismo anacrónico, inconveniente, inconstitucional y antigarantista, consecuencia de la mezcla de institutos como el juramento de la confesión –como hemos visto- que modernamente tiende a desaparecer de los ordenamientos jurídicos y procesales, para ser sustituido por un libre interrogatorio que puedan realizarse las partes y que pueda ordenar el judicante de oficio, de los cuales podría o no obtenerse una confesión judicial, sin limitación en cuanto a las preguntas, sin tipología respecto a la modalidad de las mismas, sin juramento y valorable por la sana crítica.

Las posiciones juradas es prácticamente un monumento procesal arcaico e histórico, que en la práctica y por diversos motivos no tiene aplicación, que está sentenciado a su exterminio tan pronto cuando se produzcan reformas procesales de altura y dentro del sistema constitucional y garantista. En este orden de ideas el profesor CABRERA IBARRA atinadamente expresa los motivos que han conducido a la inaplicación práctica del mecanismo que comentamos, señalándonos al efecto [...] *Ciertamente las posiciones juradas como medio probatorio es poco utilizado en la práctica forense venezolana a partir de la promulgación del Código de Procedimiento Civil de 1987. Con el Código adjetivo de 1916 su utilización era bastante más frecuente, pero con el actual, casi nunca se utiliza este medio probatorio; hay, en mi opinión, dos razones fundamentales para ello: en primer lugar, el actual Código adjetivo estableció como requisito de admisión de las posiciones juradas la reciprocidad de las mismas, de manera tal que, quien la promueve, debe comprometerse también a contestar las preguntas que su contraparte tenga a bien formularle, bajo la misma modalidad y bajo juramento. Podemos encontrar este requisito establecido en el encabezado del artículo 406 del Código de Procedimiento Civil. Si no se compromete, entonces la promoción de la prueba no será admitida. Como quiera que quien promueve las posiciones juradas también queda expuesto a sufrir el mismo interrogatorio, del cual podría surgir una confesión en su contra, resulta claro que el requisito de la reciprocidad ha servido como un freno o un fuerte factor disuasorio para quien piensa en promover dicho medio probatorio. La segunda razón es que, como quiera que un apoderado puede confesar en nombre de mandante siempre que se sobre hechos de los cuales tiene*

conocimiento por encontrarse dentro de los límites de su mandato, la parte promovente podría no ver provocada en forma alguna la confesión si en lugar de afrontar e interrogatorio directamente la contraparte, lo enfrenta su apoderado con conocimiento acerca de los hechos objeto del litigio. Y si a eso se añade que la parte promovente podría tener que afrontar ella misma el interrogatorio en virtud de la reciprocidad, pues esto ha servido como un segundo factor disuasorio para su utilización en la práctica. Y precisamente por la poca utilización práctica de este medio probatorio, y dado el carácter didáctico de esta obra, me limitaré aquí a esbozar los principales aspectos acerca de la misma.”⁶¹

Pero las reformas a las que nos hemos referido no son precisamente el adfesio de las leyes de procedimientos de esta última década, como es el caso de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y la Ley Orgánica de Niños, Niñas y Adolescentes, las cuales si bien han eliminada la práctica de posiciones juradas como instrumento de interrogatorio formal de las partes, ahora lo han previsto como instrumento de interrogatorio oficioso del judicante con la insistencia del juramento, que ahora viene dado por ley, desconociendo complemente el contenido del artículo 49.5 constitucional, presentándose en consecuencia como un interrogatorio formal a través de posiciones juradas realizadas por el judicante a las partes, pero con la denominación de simples interrogatorios de parte que pretenden esconder la realidad: que se trata de posiciones juradas oficiosas. Sin perjuicio de lo dicho comencemos con el análisis que nos corresponde.

El origen de la mecánica de posiciones juradas o confesión provocada, escribe el maestro DEVIS ECHANDÍA se ubica en el proceso romano-canónico donde fue introducido el juramento de la parte contraria, mas como un medio de prueba, que como una manera de solucionar el proceso judicial, haciendo depender su suerte de la declaración de quien lo prestaba, en forma absolutamente indivisible y con el valor pleno, tanto en lo desfavorable como en lo favorable al confesante, sistema que fuera adaptado por el Derecho Común de varios países europeos, no obstante a que por su inconveniencia se introdujera el interrogatorio en posiciones, con la salvedad de estarse el preguntante solamente a aquello que de las respuestas pudiera favorecerlo, convirtiéndose las posiciones en un modo de provocar la confesión del adversario o para investigar la verdad, de donde se determina que del interrogatorio del Derecho Romano se llegó a las posiciones, aún cuando estas últimas fueron desconocidas en el Derecho Romano, pues fue en el periodo intermedio del Derecho Canónico que se recogieron algunas prácticas procesales del Derecho Común medieval, primitivamente germánico, llegándose a lo que hoy se conoce como posiciones juradas o juramento indeferido de la parte contraria.

Indica el maestro que en los códigos aparecidos con posterioridad a la revolución francesa, como el francés de 1.806 y el italiano de 1.865, consagraron como instituciones separadas, las posiciones juradas o confesión provocada y el juramento, tal como apareció en el proceso civil, conforme a la Ley de

⁶¹ Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA. Ob. cit. pp. 393 y ss.

Enjuiciamiento Civil española de 1.881, del que pasaron a América, donde la única forma de interrogar a las partes era mediante las posiciones.⁶²

Por su parte el maestro español Juan MONTERO AROCA al escribir sobre la confesión en juicio, manifiesta que la doctrina española viene refiriéndose a que la denominada legalmente prueba de confesión en juicio o confesión judicial, es el resultado de haber mezclado el legislador del siglo XIX dos instituciones, el juramento y las posiciones; que la actual prueba de posiciones juradas es una mezcla de pruebas como lo son: el juramento -decisorio o estimatorio- y las posiciones o preguntas con fines probatorios, instituciones que tienen sus grandes diferencias a saber:

- a. El valor del juramento radica en su fundamento religioso; en tanto que la confesión tenía su base en la máxima de experiencia de que quien declara en su contra lo hace sujetándose a la realidad.
- b. El juramento podía pedirse una única vez en cada proceso, que bien fuera deferido o referido, ponía fin al proceso; en tanto que la confesión podía pedirse por las dos partes y más de una vez en el proceso.
- c. El juramento podía ser referido, de manera que a quien se le defiriera podía devolverlo al deferente –referirlo-; la confesión no podía ni negarse ni rehusarse.
- d. El juramento no podía cuestionarse ni su divisibilidad o indivisibilidad; en la confesión podía producirse su divisibilidad.
- e. En el juramento no se podía distinguir lo beneficioso y perjudicial; en la confesión el juez solo consideraba lo perjudicial.
- f. La confesión podía impugnarse mediante la demostración del error de hecho en que se había incurrido; en el juramento no cabía la impugnación.

Concluye el precitado maestro indicando en su legislación –antes de la reforma de 2000- la prueba de confesión en juicio fue el producto de una mezcla de cosas heterogéneas, tales como el juramento y la confesión o posiciones, mezcla que cataloga como incompresible, pues en la legislación española antes de la mencionada reforma, la confesión en juicio debía pedirse con especificación si el juramento que debía tomar el confesante era decisorio o indecisorio, este último que solo tenía fines probatorios, de donde se observa que efectivamente en ese sistema procesal anterior, hubo una mezcla de institutos procesales, lo cual no se produce en nuestro sistema procesal –venezolano- pues la posiciones juradas o confesión provocada, aún cuando se realizan previo juramento de ley, no tiene finalidad decisoria, que de las respuestas del deferido o referido dependa la solución de la contienda judicial, por el contrario, en nuestro sistema la mecánica solo tiene por objeto extraer confesiones como medios probatorios de los hechos debatidos en el proceso que sirven de presupuesto de la norma contentiva de la consecuencia

⁶² Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. pp. 740 y ss.

jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva o modificativa que es fundamento de la pretensión o excepción de las partes, de manera que aún cuando en las posiciones juradas hay la presencia del juramento, no existe una mezcla de las instituciones como de antiguo sucedió en el sistema español.⁶³

Dicho esto volvemos a la pregunta inicial **¿qué son las posiciones juradas?**

Para el maestro Antonio ROCHA ALVIRA las posiciones juradas son una especie de diálogo civil que el supuesto acreedor traba con el supuesto deudor por intermedio del juez y siempre por escrito, que deben reflejar, tanto las preguntas como las respuestas, datos históricos del asunto controvertido en el juicio; citando a Demetrio PORRAS, señala que las posiciones no son sino un medio o recurso para ver de conseguir una confesión judicial, son ciertas proposiciones o aserciones breves de hechos propios pertenecientes a la causa, sobre los cuales pide un litigante que el otro declare, para relevarse de la prueba, expresándose las proposiciones o aserciones diciendo que el contrario declare cómo tal hecho es cierto o incierto, a diferencia de un interrogatorio presentado para prueba. Que como medio provocador de una confesión civil –sigue expresando ROCHA ALVIRA- las posiciones se realizan en forma asertiva, precedidas por el juramento de no faltar a la verdad y como dando a entender por su redacción, que realmente el que las absuelve ha hecho o no hecho, dado o dejado de dar aquello por lo cual se le pregunta, siendo en consecuencia un medio tendiente a obtener la confesión judicial.⁶⁴

Por su parte el maestro Hernando DEVIS ECHANDÍA al referirse a la prueba de posiciones juradas o interrogatorio de parte manifiesta, que en el proceso moderno resulta anacrónico, inconveniente o antijurídico, el sistema formal de las posiciones juradas como medio para interrogar a las partes, siendo verdadero fósil jurídico, y no constituyendo un medio de prueba sino un instrumento para obtener la declaración de parte, en general, y su confesión, en particular.⁶⁵

PARRA QUIJANO considera que el interrogatorio de las partes en el proceso no constituye un medio de prueba judicial, sino más bien un método o instrumento para provocar la confesión de la otra parte, vale decir, la declaración sobre hechos propios o el conocimiento que sobre hechos ajenos tiene la parte, que le perjudica o simplemente favorecen a la contraparte.⁶⁶

AZULA CLAMACHO se refiere al interrogatorio formal de las partes como aquel que se presenta cuando una parte o presunta parte es llamada para que en una actuación judicial responda las preguntas formuladas por su contraparte y mediante las cuales pretende obtener una confesión.⁶⁷

⁶³ Juan MONTERO AROCA, ob. cit. pp. 117, 118, 119 y 120.

⁶⁴ Antonio ROCHA ALVIRA. Ob. cit. pp. 283 y 284.

⁶⁵ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. pp. 740, 741 y 742.

⁶⁶ Jairo PARRA QUIJANO. Tratado de la Prueba Judicial. Tomo II. La Confesión, pp. 152 y 210.

⁶⁷ Jaime AZULA CAMACHO. Ob. cit. p. 158.

LÓPEZ BLANCO refiriéndose más que a las posiciones juradas como interrogatorio formal a éste como tal –interrogatorio- indica que en general este medio de prueba tiene como finalidad permitir que las partes –demandante y demandado, excepcionalmente otros sujetos procesales- den su versión acerca de los hechos que interesan al proceso con la posibilidad de que si se dan los requisitos que la ley prescribe, de su versión se estructure una confesión, de manera que el interrogatorio de parte puede dar lugar a una confesión, pero no fatalmente pues puede suceder que no se señale o reconozca un hecho desfavorable.⁶⁸

En la doctrina argentina el maestro ALSINA comienza definiendo la absolución de posiciones juradas como aquella confesión provocada en juicio bajo juramento por disposición del juez o requerimiento de la parte contraria; por su parte se refiere a las “posiciones” como la afirmación de un hecho por parte del ponente, pues de lo contrario el absolvente no estaría en la obligación de contestarla y no podría aplicársele ninguna sanción si se negase a ello o lo hiciera en forma evasiva.⁶⁹

Lo propio hace el maestro PALACIO quien se refiere a la absolución de posiciones juradas como la declaración prestada en juicio por cualquiera de las partes, a requerimiento de la contraria, mediante contestación, con previo juramento o promesa de decir la verdad, a un interrogatorio formulado por escrito –llamado pliego de posiciones-; respecto a las “posiciones” indica que se refiere a cada una de las proposiciones afirmativas que debe formular la parte interesada en obtener la confesión de su contraria, y acerca de las cuales ésta última debe expedirse en oportunidad de concurrir a prestar declaración, diferenciándose de las proposiciones interrogativas que se dirigen a los testigos y que incluso pueden formularse recíprocamente las partes o dirigir el juez a cualquiera de éstas en la audiencia fijada para la absolución de posiciones.⁷⁰

BACRE indica que la absolución de posiciones juradas es el medio técnico dado por la ley procesal a las partes, con el fin de obtener la confesión judicial y provocada de la contraria sobre hechos que la permiten; que las posiciones juradas son afirmaciones de hecho realizadas por parte del ponente, configurándose para él un reconocimiento del mismo, pues afirma la existencia de un hecho, aunque luego el absolvente lo negare.⁷¹

Jorge KIELMANOVICH al referirse a la clasificación de la confesión manifiesta, que esta puede ser espontánea o provocada, ésta última cuando se realiza a instancia de la parte contraria, sea a través de la absolución de posiciones juradas o del libre interrogatorio de y entre las partes y a través de éste mecanismo a instancia del juez; que las posiciones juradas son las proposiciones afirmativas juradas que

⁶⁸ Hernán Fabio LÓPEZ BLANCO. Ob. cit. T. III. p. 100.

⁶⁹ Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. pp. 326, 346 y 347.

⁷⁰ Lino Enrique PALACIO. Ob. cit. T. IV. pp. 506 y 522.

⁷¹ Aldo BACRE. Ob. cit. T. III. pp. 183 y 192.

dirige una parte –proponente- a su contrario –absolvente- a fin que esta expida en forma afirmativa o negativa en cuanto a la existencia o inexistencia de los hechos desfavorables contenidos en aquella, y se refieren a la actuación personal de la segunda o al conocimiento que ella pudiera eventualmente tener acerca de los mismos, siendo en consecuencia uno de los medios previstos para obtener la confesión de la parte contraria, que no puede ser empleado por el juez, como sucede con el simple interrogatorio, ya que no puede realizar posiciones. Indica que la absolución de posiciones es un medio de producción de la prueba confesional que dependa de la instancia o requerimiento de parte, pues el juez –en el sistema procesal argentino escribe- no puede poner posiciones a las partes, denominándose absolución posiciones a la declaración prestada en juicio por cualquiera de las partes, a requerimiento de la contraria, mediante contestación, con previo juramento o promesa de decir la verdad, a un interrogatorio formulado por escrito, llamado pliego de posiciones, siendo inconveniente –escribe- referirse a pliego escrito, pues la absolución puede ser a viva voz, siendo mas conveniente definir la absolución de posiciones como un medio para provocar que el absolvente reconozca, bajo juramento o promesa de verdad, un hecho pasado, previamente afirmado por el proponente, personal o de conocimiento personal de aquel, y contrario al interés que sostienen en la concreta causa.⁷²

En la doctrina española el maestro ASECIO MELLADO refiriéndose a la vieja legislación civil española, define las posiciones como las preguntas que contiene el interrogatorio y que en todo caso han de proponerse por aquel que solicita la prueba de confesión, formulándose por escrito, con claridad y precisión al efecto de su correcto entendimiento, expresándose en sentido positivo.⁷³

MONTERO AROCA al abordar el tema expresa que el medio de prueba que es la confesión en juicio o judicial, consiste en la actividad procesal por la que una parte, bajo juramento o promesa, contesta a las preguntas que otra le formula, relativas a hechos personales de aquella, con el fin de conseguir certeza sobre los hechos controvertidos en el proceso; que cuando se hace con juramento indecisorio manifiesta, que en ésta solo se perjudica el confesante, haciendo prueba legal en su contra de lo que le sea perjudicial, no así en lo que lo beneficia, lo cual será libremente apreciable por el juez, de manera que constituye un medio de prueba, en cuanto sirve para establecer los hechos controvertidos.⁷⁴

En nuestro país comencemos como es lógico con nuestros antecesores, primero el maestro de maestros Humberto BELLO LOZANO, quien define las posiciones juradas como una modalidad de preguntas que se hace a la parte en juicio, bajo apercibimiento de juramento, a fin de que de respuestas a los hechos que da como ciertos el formulante al requerir una contestación sobre ellos.⁷⁵

⁷² Jorge KIELMANOVICH. Ob. cit. pp. 382, 384, 385 y 387.

⁷³ José María ASECIO MELLADO. Ob. cit. Parte Primera. pp. 180 y 181.

⁷⁴ Juan MONTERO AROCA. La Prueba en el Proceso Civil. pp. 117 y 120.

⁷⁵ Humberto BELLO LOZANO. Derecho Probatorio. Tomo I, p. 207.

Nuestro padre el maestro Humberto BELLO-LOZANO MÁRQUEZ, definiría las posiciones juradas como fórmulas autorizadas por la Ley, en virtud de las cuales el promovente de la prueba, afirma la existencia de un hecho y constriñe a la otra a aceptar su verdad como tal, vale decir, donde el proponen de la prueba afirma la existencia de un hecho, del cual tiene conocimiento y busca la corroboración del mismo por parte del absolvente.⁷⁶

Por su parte el distinguido profesor CABRERA IBARRA al tratar el tema conforme a los estudios del maestro Carlo LESSONA nos enseña que [...] *La denominación de posiciones juradas deriva directamente del antiguo derecho canónico, en el cual la positio o las posiciones eran las preguntas que el ponens debía jurar y juradas eran las respuestas que se ofrecían, siendo que esta característica se ha conservado en términos generales, en muchos códigos modernos. La positio correspondía al actor y se refería al mérito de la causa, teniendo que formularse de manera afirmativa.. Por tanto la denominación obedece, entonces, a que el término posiciones se refiere a las preguntas a formularse, mientras que el calificativo de juradas se refiere al requisito legal del juramento para proceder a contestarlas. Dicha denominación, acogida por la doctrina, no es, sin embargo la acogida directamente por el legislador venezolano, por cuanto el Código de Procedimiento Civil, en sus artículos 403 al 419, ambos inclusive, se refiere a la prueba de confesión cuando regula la confesión provocada o posiciones juradas, mientras que en otras normas el mismo Código se refiere a dicha prueba como posiciones, como ocurre, por ejemplo en el artículo 520.*⁷⁷

Para el profesor José Vicente SANTANA ROMERO las posiciones juradas son el mecanismo diseñado por el legislador para provocar la confesión dentro del proceso, mecanismo mediante la cual una parte solicita a la otra, conteste bajo juramento, preguntas afirmativas sobre hechos pertinentes en términos claros y precisos, las cuales deberán ser contestadas por el absolvente en forma directa y categórica.⁷⁸

En la doctrina del Tribunal Constitucional venezolano, las posiciones juradas constituyen el mecanismo procesal, creado por la ley adjetiva, para que una parte pida a la otra que conteste bajo juramento de decir verdad, preguntas asertivas, afirmando la verdad de lo que se le pregunta, sobre hechos pertinentes, en términos claros y precisos, como así lo exigen los artículos 409 y 410 del Código de Procedimiento Civil, que serán contestadas por el absolvente en forma directa y categórica -artículo 414 *eiusdem* .⁷⁹

Puesto en este estado el asunto y ensayando nuestra **definición** ubicada en el contexto del sistema de procedimiento civil, donde se regula y todavía subsiste este mecanismo, diremos que las

⁷⁶ Humberto BELLO LOZANO MÁRQUEZ. Las Fases del Procedimiento Ordinario, p. 145.

⁷⁷ Gabriel Alfredo CABREA IBARRA. Ob. cit. p. 392.

⁷⁸ José Vicente SANTANA ROMERO. La Confesión y las Posiciones Juradas en materia Laboral. Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Ensayos. Volumen II. Tribunal Supremo de Justicia. Serie Normativa N° 4. p. 853.

⁷⁹ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 2942, de fecha 14 de diciembre de 2004, con ponencia de Jesús Eduardo CABRERA ROMERO, expediente N° 04-0478.

posiciones juradas o confesión provocada, constituye un interrogatorio formal de las partes en el proceso con fines probatorios, que se produce a instancia de éstos –principio dispositivo- el cual tiene por objeto obtener la confesión judicial sobre hechos propios, personales o de los cuales tiene conocimiento el confesante –absolvente- que son relevantes y pertinentes en la causa, mas aún, que son controvertidos en el proceso judicial, mediante el reconocimiento afirmativo que se haga en las respuestas que dé el absolvente, a la formulación de preguntas realizadas en forma asertiva, que contienen la afirmación de la existencia u ocurrencia de un hecho que le es perjudicial o que beneficia al preguntante –proponente- previo el juramento de ley y cuyo valor o grado de convicción se encuentra tarifado en la ley. De la definición se destacan las siguientes **características**:

- a. Las posiciones juradas o confesión provocada, no son un medio de prueba judicial, por el contrario, es un fórmula o mecánica que puede utilizarse en el proceso judicial, para obtener una confesión judicial –medio de prueba judicial- mediante el interrogatorio que se le hace al absolvente sobre hechos propios o de los cuales tiene conocimiento y que le perjudican.
- b. Siendo las posiciones juradas o confesión provocada un interrogatorio tendiente a extraer una confesión judicial, el mismo –interrogatorio- tiene fines probatorios y no de clarificación, vale decir, para producir fuentes emanadas de la propia parte que permitan verificar los hechos enunciados, debatidos y no eximidos de prueba, a través de un sistema de la comparación y que permitirán la convicción judicial traducida en certeza no eximida de error. Esa verificación de los hechos permitirá la convicción respecto a los mismos, que sirven de presupuesto de la norma contentiva de la consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva o modificativa que beneficia y ha solicitado el proponente como fundamento de su pretensión o excepción, según sobre quien recaiga la confesión obtenida por conducto de las posiciones juradas.
- c. La mecánica consiste en un interrogatorio formal que hace el proponente o preguntante al absolvente.
- d. Solo las partes pueden provocar y proponer la mecánica o fórmula de las posiciones juradas, lo que se traduce que el juzgador no puede oficiosamente proponer ésta forma de obtener una confesión judicial, en otros términos, solo las partes puede provocar la confesión judicial con fines probatorios, salvo los casos de posiciones disfrazadas de interrogatorios de parte en materia laboral y de niños y adolescentes.
- e. La mecánica de las posiciones juradas o confesión provocada tiene por objeto extraer del absolvente el reconocimiento de un hecho propio o del cual puede tener conocimiento, aunque no sea propio o personal, que le perjudica o que simplemente beneficia a la contraparte, de manera que cuando las contestaciones de absolvente al interrogatorio no contenga un hecho

perjudicial sino que le beneficie –*pro se declaratio*- estaremos frente a una simple declaración de parte –no confesoria- que pudiera ser apreciada libremente –sana crítica- por el operador de justicia, como indicios endoprocesales. La confesión se obtiene a través de la formulación de una serie de proposiciones afirmativas y juradas, respecto de las cuales se exige a la parte contraria una contestación afirmativa o negativa, pero no una descripción, sin perjuicio de agregar en sus respuestas explicaciones que considere pertinente.

- f. Las posiciones consisten en preguntas afirmativas o asertivas que realiza el proponente al absolvente, vale decir, que el proponente afirma la existencia u ocurrencia de algún hecho propio, personal o del cual tiene conocimiento el absolvente, que le perjudica o que le beneficia al preguntante, con la finalidad que aquella –absolvente- reconozca como cierto, existente u ocurrido dicho hecho. La posición supone la certeza del proponente, que no duda de lo afirmado y solo pretende que lo confirme el absolvente, de manera que el hecho sobre el cual recae la posición, aparece reconocido por el proponente y tiende a que el absolvente lo reconozca como cierto o existente, hecho perjudicial que será supuesto o presupuesto de la norma que consagra la consecuencia jurídica que persigue el proponente.
- g. Las preguntas o posiciones deben versar sobre hechos propios, personales o de los cuales tenga conocimiento el confesante, que sean enunciados en el proceso, relevantes, pertinentes o controvertidos en el proceso judicial, y esencialmente, que le sean perjudiciales o beneficiosos al proponente.
- h. En el estado actual de nuestro sistema civil y especialmente de nuestra jurisprudencia vernácula, la absolución de las posiciones juradas o confesión provocada debe estar presidida por juramento, como requisito de validez de la prueba, lo que en materia de interrogatorio de parte en los procesos laborales y de niños y adolescentes, en el disparate de sus leyes de procedimiento respectiva ahora viene dado por ley.
- i. El grado de convicción de la prueba se encuentra tarifado en la Ley, por lo que no se aplica el sistema de sana crítica para su valoración.

En cuanto a la **naturaleza jurídica de las posiciones juradas o confesión provocada**, como hemos venido expresando y siguiendo el criterio de la doctrina que hemos citado, diremos que no se trata de un verdadero medio de prueba judicial, pues solo constituyen una mecánica, fórmula, instrumento, herramienta o vía para inducir -previo el juramento- a una de las partes a reconocer la existencia u ocurrencia de un hecho propio, personal o del cual tiene conocimiento, que le es perjudicial o que beneficia a su contraparte, por medio de las preguntas afirmativas o asertivas que se le hagan, de manera que consiste en un interrogatorio formal que tiene por finalidad obtener una confesión judicial –medio

para obtener una confesión judicial- que efectivamente constituye un medio de prueba judicial que servirá para demostrar los hechos debatidos y que son el presupuesto de la norma jurídica invocada o no por las partes, que le beneficia, pero cuya consecuencia deben haber solicitada.

En definitiva, las posiciones juradas, confesión provocada o interrogatorio formal de partes, no constituye un medio de prueba judicial, por el contrario resulta un instrumento para obtener eventualmente una confesión judicial, para obtener el reconocimiento de un hecho controvertido que es propio, personal o del cual tiene conocimiento el confesante, mediante la respuesta que confirme la pregunta que contenga la afirmación de existencia u ocurrencia de un hecho, previo el juramento de decir la verdad.

2. POSICIONES JURADAS O CONFESIÓN PROVOCADA EN EL MARCO DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y DEL SISTEMA GARANISTA.

Hemos explicado en otros de nuestros trabajos, que el “derecho a no declarar contra sí mismo” es una emanación del debido proceso contenido en el artículo 49.5 constitucional conforme a la cual, ninguna persona puede ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí mismo, su cónyuge, concubino o concubina o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, siendo nula e ineficaz la confesión obtenida mediante coacción.⁸⁰ Este derecho constitucional de aplicación procesal que tiene como premisa el derecho que nadie puede ser obligado a declarar en su contra –contra sí mismo- o contra los sujetos antes señalados, no implica que pueda declarar libre o voluntariamente en su contra –contra sí mismo- declararse culpable de la comisión de un hecho que le acarreará responsabilidad penal o administrativa, el reconocimiento de un hecho controvertido que le traerá consecuencia jurídicas desfavorables, pues la declaratoria de culpabilidad y la confesión del sujeto, es perfectamente válida en la medida que sea libre, voluntaria, consciente, sin coacción y en los casos penales revestida del cumplimiento requisitos propios del acto, de manera que la garantía en cuestión lo que prohíbe es obligar al sujeto a declararse culpable o a confesar hechos que le sean desfavorables, mas cuando esta declaración de culpabilidad o reconocimiento de hechos desfavorables es libre –en los términos que hemos estudiado en el capítulo anterior- no se recien en forma alguna el derecho contenido en la norma citada.

Este derecho que se ubica dentro del debido proceso hace surgir la siguiente interrogante: **¿Son entonces las posiciones juradas o confesión provocada inconstitucional?**

⁸⁰ Humberto Enrique Tercero BELLO TABARES. Tutela Judicial Efectiva y Otras Garantías Constitucionales Procesales. Editorial Paredes. Caracas, 2008. p. 228.

Para responder esta interrogante debemos comenzar señalando que con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, ha venido surgiendo en el foro judicial una tendencia a considerar inconstitucional la mecánica de confesión provocada o posiciones juradas, ello como consecuencia que dicho instrumento consiste en fórmulas autorizadas por la ley, en virtud de las cuales el proponente o promovente de la prueba afirma la existencia de un hecho y constriñe a la otra a aceptar su verdad como tal, lo cual conlleva a que existiendo constreñimiento o coacción, la prueba se torna inconstitucional; igualmente y por el hecho que mecánica consiste en una declaración que hace el confesante donde reconoce hechos propios o de los cuales tiene conocimiento y que le son desfavorables o favorables a los intereses de la otra parte, hace que la misma se torne inconstitucional, pues nadie está obligado a declarar en su contra; por último, el hecho que la mecánica de las posiciones juradas o confesión provocada al realizarse previo juramento del absolvente, el cual consiste en un constreñimiento de carácter moral, hace que la misma sea inconstitucional. Son éstos los aspectos que fundamentan la tesis de la inconstitucionalidad de la prueba de posiciones juradas o confesión provocada que debemos analizar.

En el elenco de medios probatorios judiciales permitidos en nuestro sistema procesal, se encuentra la confesión judicial, la cual puede ser obtenida –como se expusiera en el punto anterior– mediante el instrumento o mecánica de las posiciones juradas, confesión provocada o interrogatorio formal de partes, que consiste en una de las vías para obtener la confesión de la contraparte en el proceso, mediante fórmulas o modalidades de preguntas autorizadas por la Ley, en virtud de los cuales el proponente del medio probatorio afirma y da por cierto y verdadero la existencia u ocurrencia de un hecho controvertido en el proceso, personal del confesante o del cual tiene conocimiento, y constriñe a la otra parte –confesante o absolvente– a aceptar la existencia y verdad de dicho hecho. Las posiciones juradas es una vía o instrumento para obtener una confesión judicial.

Afirmamos –siguiendo la doctrina y la jurisprudencia que se analizará mas adelante– que la mecánica de las posiciones juradas o confesión provocada, no solo es legal sino también constitucional, no resintiendo, menoscabando o lesionando el derecho constitucional de aplicación procesal contenido en el artículo 49.5 constitucional, que sólo prohíbe la declaración que haga la parte sobre hechos que puedan involucrar responsabilidad penal, materia ésta que no es precisamente el objeto de los debates judiciales de carácter civil –en general– diferentes al tema punitivo penal o administrativo, lo que conlleva a que la formulación de posiciones juradas sobre hechos controvertidos en el proceso y que no involucren responsabilidad penal o administrativa, no desemboca en inconstitucional. La declaración sobre hechos diferentes a los punitivos que podrán ser perjudiciales al confesante de inconstitucional nada tienen, todo ello a propósito que aún formulándose posiciones juradas que involucren eventuales responsabilidades penales o punitivas, que activa el derecho constitucional procesal en comento, el absolvente es libre en

dar contestación o respuesta a la misma, pudiendo perfectamente declarar y reconocer un hecho que le produzca responsabilidad penal o punitiva, pues el derecho constitucional consiste en que nadie puede “ser” obligado a declarar en su contra o a declararse culpable de un hecho, lo que no quiere decir que pueda voluntariamente hacerlo, especialmente cuando la declaratoria de culpabilidad o el declarar en su contra –contra sí mismo- o contra su cónyuge, concubino o concubina o parientes consanguíneos o afines, es viable, legal, eficaz y constitucional, en la medida que sea libre y sin coacción, lo que en el proceso penal también es válido en la medida que la declaración esté revestida del cumplimiento de requisitos constitucionales y legales en los términos que hemos estudiado.

Las posiciones juradas o confesión provocada cuando recaigan sobre hechos que no involucren responsabilidad penal o punitiva, son totalmente constitucionales; pero cuando la posición formulada verse sobre hechos que pudieran establecer responsabilidad penal o administrativa, se activa el derecho en estudio que permite al absolvente negarse a contestar la pregunta o posición, basándose en el precitado artículo 49.5 constitucional, situación esta que será analizada por el operador de justicia al momento de dictar la sentencia, quien de considerar que la pregunta o posición formulada efectivamente pudiera contener o activar eventuales responsabilidades penales o punitivas, no tomará en cuenta dicha posición ni podrá dar por cierto el hecho contenido en la pregunta no respondida, ello en función al precepto constitucional; pero esto no quiere decir, que el absolvente no pueda declarar sobre hechos que le acarreen responsabilidad penal –o administrativa- o sobre hechos contra su cónyuge, concubino o concubina, consanguíneo o afín, pues si la misma fue voluntaria, sin coacción, debe ser apreciada y calorada, lo que tiene su fundamento en el hecho que el derecho constitucional consiste –repetimos- en que nadie puede “ser” obligado a declararse culpable ni a declarar contra sí mismo o contra alguno de los sujetos señaladas en la norma constitucional.

El artículo 49.5 constitucional se refiere a que nadie podrá “**ser**” obligado a declararse culpable o declarar contra sí mismo, sin hacer distinción si dicha confesión o declaración se refiere al ámbito penal o a cualquier clase de proceso, situación esta que sí fuera prevista en el artículo 60.4 de la Constitución de la República de Venezuela de 1961, que señalaba [...] *Nadie podrá ser obligado a prestar juramento ni constreñido a rendir declaración o reconocer culpabilidad en causa penal contra sí mismo...*”. La no manifestación o incorporación expresa de si se trata de material penal o no, tiene un fundamento deliberado o *ex profeso* en el nuevo texto constitucional, pues aún cuando no se señale el derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo, debe referirse exclusivamente al caso penal –eventualmente administrativo sancionatorio- por lo que fuera de ello no tiene aplicación el derecho constitucional. El constreñimiento que se produce en materia de posiciones juradas o confesión provocada, que ha permitido catalogar de inconstitucional la mecánica, como tal no existe, ya que en esta materia correctamente el artículo 403 del

Código de Procedimiento Civil, señala que quien sea parte en juicio “**estará**” obligado a contestar bajo juramento, las posiciones que le haga la parte contraria sobre hechos pertinentes de que tenga conocimiento personal, término que no es sinónimo de “**ser**” obligado a declarar, fórmula ésta última que conlleva una violencia o coacción que hace inconstitucional la declaración.

Consecuencia de lo dicho es que no es lo mismo “**ser obligado a declarar**” que “**estar obligado a declarar**”, pues en la primera de las fórmulas existe el elemento de la violencia o coacción para arrebatar una confesión, mediante la utilización de medios persuasivos que conllevan a una inconstitucionalidad, pues mediante violencia física o moral o coacción, tortura o amenaza, no puede obligársele a las personas declararse culpable o declararse contra sí mismo, bien en sede civil o penal; en tanto que la segunda fórmula, la cual es acogida por nuestro sistema procesal, no involucra coacción o violencia, pues el absolvente como sujeto obligado a colaborar con la justicia, se encuentra –estar- obligado a declarar sobre hechos controvertidos en el proceso, pues esta mecánica tiende a obtener una confesión que como todo medio de prueba tiene como fin la verificación de los hechos debatidos en la contienda judicial para crear la certeza judicial. La confesión o declaración obtenida bajo la fórmula “ser obligado” constituye una prueba ilícita.

Por último y respecto al juramento como medio de coacción psicológico para constreñir al absolvente a confesar, lo cual ha llevado a sostener la inconstitucionalidad de la prueba, sostenemos que tal inconstitucionalidad no es cierta, pues en primer término, en éstos tiempos el juramento ha perdido su fuerza y poco vale la palabras de los hombres y de las mujeres; por otro lado, cuando se toma el juramento, no es para constreñir, coacción u obligar al confesante a declarar, es para que si decide declarar, lo haga en función de la verdad de los hechos, siendo éste el verdadero sentido del juramento, de donde deducimos, que no existe la inconstitucionalidad pregonada por abogados o operadores de justicia faltos de estudio y conocimiento probatorio. Sin perjuicio de lo dicho y como hemos comentado en otro momento, el juramento se presenta como un instituto anacrónico que debe removerse de la mecánica del interrogatorio formal a través de las posiciones juradas, bien a través del control difuso o de la reinterpretación constitucional y garantista, lo que permitiría en todo caso dejar a un lado la necia discusión sobre la constitucionalidad de la mecánica como consecuencia de la presencia del mentado juramento.

Sin perjuicio de lo dicho y respecto al tema del juramento y a la constitucionalidad de la mecánica de las posiciones juradas, se ha pronunciado Casación en forma positiva señalando:

...Para resolver, la Sala observa:

A efectos de corroborar lo dicho por el formalizante, se estima procedente transcribir la parte pertinente de la sentencia recurrida y que es del tenor siguiente:

“...3.3.- De las posiciones juradas.-

Ambas partes comparecieron al Tribunal a rendir sus respectivas posiciones juradas, las cuales no aportan gran cosa que la determinación de la propiedad ambas resultan confusas y contradictorias, pero con los documentos públicos acompañados no se puede en ningún caso cambiar o modificar en ninguna forma los linderos y las medidas. Además este Tribunal de conformidad con el artículo 49 ordinal 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no las aprecia por ser las mismas invalorable, por cuanto al imponérsele el juramento a la parte absolvente ya se le esta coaccionando en la declaración lo que hace que sus declaraciones se encuentren bajo la coacción del juramento que hace que la prueba sea nula por inconstitucional, entendida la coacción como: *“fuerza o violencia que se hace a una persona para obligarla a que diga o ejecute alguna cosa...”*

En este orden de ideas considera la Sala, oportuno a fines ilustrativos y de mejor entendimiento de la decisión a tomar sobre el criterio expresado por la recurrida, reproducir el significado que sobre la palabra “coacción” informa el Diccionario de la Real Academia Española: *“Fuerza o violencia que se hace a una persona para obligarla a que diga o ejecute alguna cosa”* (Diccionario de la Real Academia Española, 21 edición, año 1992, pág. 347).

Así mismo, considera la Sala pertinente transcribir la acepción que del vocablo “juramento”, enseña el diccionario de Derecho Procesal Civil Venezolano, a saber: *“...3 Por último el JURAMENTO, que es la invocación que se hace poniendo a Dios como testigo en caso de que profese religión alguna, caso contrario por su honor o su conciencia, para afirmar o negar un hecho, o para asegurar que se cumplirá una promesa. Al mismo tiempo se le constituye en Juez vengador para el caso de faltar a la verdad o ser infiel a lo prometido. La Ley establece una formula para el juramento...”*. (Diccionario de Derecho Procesal Civil Venezolano. Emilio Calvo Baca, pág. 199).

Del significado de las palabras antes señaladas, resulta perfectamente apreciable que el juramento es una solemnidad de carácter formal, que le impone al acto procesal de que se trate, el carácter de compromiso para el que lo presta de hacer o decir fielmente la verdad. Ahora bien, este se asume voluntariamente, de esta forma lo ha entendido la doctrina autoral patria y así observamos que entre las condiciones, que llama esenciales de la confesión, el Dr. Emilio Calvo Baca, menciona expresamente: *“...2. **Espontaneidad.** Esta condición de la confesión supone que el confesante la preste sin ninguna sugerencia ajena, aún sin valerse de apuntes o escritos, sólo es permitido consultar, cuando se trate de cantidades u otros asuntos complicados, a juicio del Tribunal...”* (Calvo Baca, Emilio. Código de Procedimiento Civil de Venezuela, Ediciones Libra Tomo IV, pág. 222). En este orden de ideas, vale citar la opinión del

eminente procesalista Eduardo Couture, quien afirmó: “...*Toda declaración decisiva supone en el espíritu un cálculo de valores. Por una parte las premisas del interés; por otra, las premisas de la responsabilidad. La declaración engañosa significa un triunfo de las premisas del interés, porque han sido mas fuertes los valores derivados de una esperanza de ventaja. La declaración cierta, contraria al interés, significa un triunfo de las premisas de responsabilidad, porque ha sido mas poderoso el sentido de esta última. En la confesión se coloca a la parte, “libremente”, frente al conflicto, para que decida. No es necesaria ninguna presión externa, porque la declaración no admite mas de dos supuestos: o se declara de acuerdo con el interés, y entonces se afronta la responsabilidad; o se declara en contra del interés, y en este caso toda la coacción es innecesaria...*” (Couture, “El juramento previo a la absolución de las posiciones. Estudios de Derecho Procesal Civil, Tomo II, pp. 288 y ss.)(Subrayado de la Sala).

De las opiniones invocadas y transcritas, es evidente que el juramento, como formalidad intrínseca de algunos actos procesales, no puede considerarse sinónimo de coacción, ya que como se explicara a través de las citas doctrinarias aludidas, ello no es mas una solemnidad que compromete mas bien la moral del absolvente, en consecuencia, la veracidad o no de lo declarado dependerá en grado de la calidad ética de quien declara, que del hecho de haber prestado el juramento.

De lo expresado se colige que resulta a todas luces arbitrario, por parte del juzgador superior, invocar la norma Constitucional contenida el ordinal 5° del artículo 49, para evadir su deber de analizar una prueba producida durante el proceso. Su ineludible obligación es estudiarla, pudiendo ciertamente, no apreciarla, dando para ello fundamentos legales; mas no puede considerarse que en el sub-judice, esta condición se encuentre cumplida con los pretendidos argumentos dados por la recurrida, supra reproducidos.

Con base a las consideraciones expuestas, debe la Sala concluir que efectivamente como lo denuncia el formalizante, el ad-quem interpretó erróneamente, los artículos 403 del Código de Procedimiento Civil y 49, ordinal 5° de la Constitución Nacional, lo que por vía de consecuencia, conlleva la declaratoria de procedencia de la denuncia analizada. Así se decide...⁸¹

⁸¹ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, N° 0285, de fecha 6 de junio de 2002, con ponencia del magistrado Carlos OBERTO VÉLEZ, expediente N° 00957. Igualmente, sentencia N° RC-00381, de fecha 14 de Junio de 2.005, con ponencia de la magistrado Isbelia PEREZ DE CABALLERO, expediente N° 03552.

El Tribunal Constitucional por su parte también ha afirmado la constitucionalidad de la mecánica señalando al efecto:

Ejercido el recurso de apelación, el Juzgado Primera de Primera Instancia del Tránsito y del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico conoció en alzada el caso bajo estudio, y al analizar las posiciones juradas promovidas, consideró que: *“...Respecto de este medio probatorio, cabe destacar que el mismo es contrario a lo preceptuado en el numeral 5 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el entendido de que esta modalidad del acervo de pruebas, toda persona que en calidad de absolvente comparece, lo hace bajo coacción, puesto que de no comparecer podría correr el riesgo de quedar confesa, no acudiendo en todos los casos por espontánea voluntad, sino para evitar el efecto antes citado...”*.

En el caso **sub iúdice**, estamos en presencia de un juicio por cobro de prestaciones sociales, en el cual se promovió entre otras la prueba de posiciones juradas que es de las pruebas legales previstas en el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil, cuyas reglas para la promoción y evacuación se encuentran previstas en este último texto legal en el artículo 403 y siguientes. Por su parte, el numeral 5 del artículo 49 de la Constitución establece lo siguiente:

...omississ...

La confesión, según se ha señalado en la doctrina, es un medio probatorio que consiste en el reconocimiento de un hecho que hace el interesado de un acto propio, en atención a un asunto jurídico que en alguna manera resulta desfavorable al confesante. En este sentido, las posiciones juradas son un mecanismo para obtener la confesión en el proceso civil, con el compromiso manifestado a través del juramento, del interrogado de decir la verdad, es una prueba válida, ya que a pesar de la carga de absolver posiciones juradas para quien sea parte en el juicio, cuya inasistencia al acto, luego de citada, puede traerle consecuencias negativas, dicho medio de prueba se encuentra exento de coacción física o de violencia, que es lo que en definitiva constituye la prohibición contenida en el citado artículo 49.5 de la Constitución.

Además, obligar a confesarse culpable, o a declarar contra si mismo, implica el uso de la violencia física o psíquica, lo que difiere del deber de lealtad procesal y de la colaboración con la justicia que corresponde a las partes, quienes además tienen el deber de declarar conforme a la verdad (ordinal 1º del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil); por lo que mal puede considerarse una acción violenta, el que

las partes cumplan con su deber procesal de exponer los hechos de acuerdo a la verdad, si al exigírseles declaraciones de conocimiento, se le pide lo hagan bajo juramento, como ratificación del deber que le impone la ley, mediante un acto recubierto de la solemnidad del juramento.⁸²

Y con motivo al recurso de nulidad por inconstitucionalidad de los artículos 403 al 419 del Código de Procedimiento Civil, específicamente por ser contrario al debido proceso legal –artículo 49.5 constitucional- el Tribunal Constitucional ha dicho:

Al respecto se observa:

En un proceso siempre hay una parte –la demandante- que exige de otra –la demandada- una determinada prestación. Para ello la demandante formula unos alegatos que, por lo general, serán rebatidos por la demandada, correspondiendo al juez –en el caso de los procesos jurisdiccionales, como los regulados por el Código impugnado en esta causa- decidir sobre un asunto que hasta ese momento ignoraba. Las partes, así, son las que mejor pueden proporcionar al sentenciador la información necesaria para decidir, lo que convierte a la prueba de posiciones juradas –preguntas respondidas bajo juramento- en elemento fundamental en el juicio. No siempre basta la demanda ni su contestación, sino que se hace imprescindible aportar a los autos unos datos que debe conocer la contraparte y sobre los que se preguntará en el curso del proceso.

Debe recordarse que el proceso es el medio para que, determinándose la verdad del caso, pueda el órgano decisor inclinarse por una u otra parte. El proceso sirve para alcanzar la verdad y la respuesta a ciertas preguntas relacionadas con el caso es sin duda esencial. Por ello, el Código de Procedimiento Civil regula las posiciones juradas como una prueba que es ya tradicional, tanto entre nosotros como en los ordenamientos extranjeros. Lo hace de una manera detallada, buscando la manera de garantizar la obtención de la verdad, mediante la declaración contraria a sus intereses que hace el absolvente, pero a la vez el respeto a los derechos de las partes. De esta forma, como bien lo ha destacado la representación de la Asamblea Nacional, la legislación procesal venezolana ha establecido el principio de alteridad, a fin de procurar la igualdad, por lo que si una parte pretende formular preguntas que deben

⁸² Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 2785, de fecha 24 de Octubre de 2003, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo CABRERA ROMERO, expediente N° 02-2959.

ser respondidas de forma obligatoria y bajo juramento, la promovente debe también obligarse a hacerlo.

Estima la Sala que de poco valdría la prueba de posiciones juradas si la contraparte pudiera sencillamente desatender al llamado u obviar las respuestas. Es lo que justifica el carácter obligatorio que prevé el artículo 403 del Código de Procedimiento Civil, destinado a asegurar la contestación, así sea para rechazar las afirmaciones de quien interroga.

Por supuesto, esa obligación debe ser interpretada a la luz de la Constitución, pues es cierto que el artículo 49, numeral 5, del Texto Fundamental prohíbe, con razón, la coacción como medio para obtener confesiones o, en general, declaraciones perjudiciales para quien las hace o para sus cónyuges, concubinos o familiares más cercanos. En eso comparte la Sala la preocupación de los demandantes, quienes aceptan en su escrito recursorio que la confesión es un medio válido de prueba, pero rechazan su obtención mediante apremio. En lo que no coincide la Sala es en la consideración de que la obligación de responder sea en sí misma una forma de coacción.

En efecto, nada impide que cualquier persona confiese en su contra o haga cualquier declaración que le cause un perjuicio, como lo sería reconocer los hechos constitutivos de la obligación por la que se inició el proceso, por ejemplo. Lo que prohíbe la Constitución es obligarle a hacerlo, es decir, a declarar en su contra. Las declaraciones voluntarias son válidas, en consecuencia.

Ahora bien, esa voluntariedad puede alcanzarse de cierta manera, sin llegar a ser una forma de coacción. Se hace precisamente a través de la absolución de posiciones bajo juramento. No hay tal vez espontaneidad, en el sentido de que no ha sido iniciativa propia del declarante formular sus afirmaciones, pero sí hay la voluntariedad necesaria al responder. En caso de no haberla, claro está, la prueba obtenida será irregular, y por tanto nula, pero de no mediar coacción será totalmente aceptable.

Ahora bien, no debe confundirse –y es lo que hacen los demandantes- la obligatoriedad de la respuesta con la coacción para que se haga una declaración contraria al absolvente de las posiciones. La obligación, como destacan los

apoderados de la Asamblea Nacional, es sólo formal: de responder, sin que nada impida que quien conteste lo haga negando cuánto se le pregunta.

Obviamente, la buena fe que debe guiar a las partes exige que el interrogado responda conforme a la verdad (artículo 170 del Código de Procedimiento Civil), pero el principio constitucional que invoca la parte impugnante impide obligarle a hacerlo. El absolvente tiene el deber de decir la verdad, y este deber se potencia, mediante la solemnidad del juramento, el cual es una forma y no una coacción, ni siquiera moral, ya que en el absolvente priva el deber de decir la verdad.

La misma razón expuesta hace que carezca de sentido la denuncia contra la confesión ficta que prevé el Código de Procedimiento Civil para quien no asista al acto fijado para absolver las posiciones o para quien, compareciendo, no conteste las preguntas. La ley deja libertad al absolvente para responder de manera de no proporcionar elementos en su contra. Si no asiste o no contesta, debe haber una consecuencia: la aceptación -salvo prueba en contrario- de lo que constituya el objeto de las posiciones. Lo contrario sería, como lo señalaron también los opositores al recurso, premiar a quien incumple con los deberes y las cargas procesales. De no tener esa consecuencia sólo se daría fin a la utilidad del acto de posiciones, al cual bastaría con desatender. En cambio, con la carga de asistir y responder se consigue, sin apremio, información que al juez será fundamental, una vez unida al resto de las pruebas aportadas en el juicio.

En criterio de esta Sala, pues, no existe inconstitucionalidad alguna en la obligación de responder las posiciones juradas que establece el artículo 403 del Código de Procedimiento Civil, siempre que se entienda que el deber sólo se extiende a proporcionar contestación concisa -como lo señala el artículo 414 del Código de Procedimiento Civil- y no a hacerlo de manera tal que se convierta en una forma de coacción para obtener declaraciones contrarias al absolvente, su cónyuge, concubino y parientes dentro de los grados de consanguinidad y afinidad señalados en el numeral 5 del artículo 49 de la Constitución. De esta manera, el juramento de decir la verdad únicamente puede ser concebido como una solemnidad formal en virtud del deber de veracidad que establece el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil.⁸³

⁸³ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 3553, de fecha 18 de Diciembre de 2003, con ponencia del magistrado Antonio GARCÍA GARCÍA, expediente N° 02-0656.

De lo anterior se desprende el criterio del máximo Tribunal de la República que apuesta a la constitucionalidad de las posiciones juradas, mas como sabiamente lo refirió hace mas de treinta años el maestro colombiano Hernando DEVIS ECHANDÍA, la confesión vía posiciones juradas como un interrogatorio formal precedido por el juramento, constituye un fósil jurídico por demás anacrónico, que debe desaparecer, para abrir paso al libre interrogatorio de las partes, donde éstas puedan realizarse preguntas –sobre hechos controvertidos- sin fórmulas sacramentales –posiciones o preguntas asertivas- para que el juez de las repuestas pueda extraer confesiones e igualmente, donde el operador de justicia pueda formular libremente preguntas a las partes sobre hechos controvertidos para extraer de sus respuestas confesiones, sin limitaciones, cortapisas, formulas o formalidades, todo lo cual puede ser libremente apreciado por el operador de justicia –sana crítica-.

Ya hemos afirmado que confesión provocada o interrogatorio formal de partes, resulta anacrónico, antijurídico, arcaico y aberrante, mucho más cuando todavía se mantiene en estos tiempos de nuevo siglo –del milenio- lo que debe ser sustituido por un interrogatorio libre de las partes, donde éstas puedan realizarse en la etapa probatoria –especialmente en la audiencia probatoria- las preguntas pertinentes y relevantes que consideren adecuadas, bien con fines aclarativos o probatorio, mediante preguntas interrogativas, aclarativas, asertivas o afirmativas, donde el operador de justicia pueda extraer confesiones judiciales de las respuestas dadas, cuando se refieran a hechos propios, personales o de los cuales tenga conocimiento las partes, que le sean perjudiciales y beneficien a su contraparte, sin perjuicio que esta actividad también pueda realizarse de oficio. Las preguntas deben ser libres, sin limitaciones ni cortapisas, sobre hechos propios, personales o de los cuales tenga conocimiento las partes, pertinentes y relevantes a la solución de la causa, las cuales serán respondidas sin la necesidad del previo juramento y apreciables libremente por el juez a través de la sana crítica, tanto en los casos de declaraciones a favor como en contra, lo que en definitiva sustituirá ese también fósil de la tarifa legal. El acogimiento de las nuevas tendencias constitucionales, garantistas y procesales, eliminará en forma definitiva toda discusión estéril y absurda sobre la constitucionalidad de la mecánica de las posiciones juradas

Esta problemática no es nueva, por el contrario el impecadero maestro Humberto BELLO LOZANO desde el año de 1.979, antes de la reforma del Código de Procedimiento Civil vigente, escribía que en su moderna concepción que la mecánica se aparta del desarrollo de la forma tal como se había concebido en el ordenamiento procesal de 1.916, sustituyéndose por un libre interrogatorio como lo afirmaría CAPPELLETTI, que en el proceso civil serviría para utilizar mas el conocimiento del juez, llegando con su innegable autoridad a calificar la institución del interrogatorio como la mas importante conquista lograda en la evolución del proceso; que a esta misma conclusión habría llegado SILVA MELERO, estableciendo que en el derecho de sus tiempos, la confesión formal se había tornado en el

libre interrogatorio de las partes apreciable por la sana crítica del juez, argumentos éstos que sostendría BELLO LOZANO para concluir que en el estado actual de la evolución de la ciencia del proceso y del desarrollo de los medios probatorios, resulta anacrónico, inconveniente y antijurídico el sistema de formal de las posiciones usadas para el interrogatorio de las partes, debiéndose sustituir por el libre interrogatorio hecho por el juez en forma oficiosa o aportado por la parte, incluso por ambas partes.⁸⁴

Pero y respecto a la constitucionalidad de la mecánica de posiciones juradas, la discusión tampoco es novedosa, pues por ejemplo el maestro argentino Hugo ALSINA, desde el año de 1.961 había tratado el tema, diciéndonos que [...] *La garantía constitucional de que nadie puede ser constreñido a declarar contra sí mismo, es de aplicación en el juicio criminal, pero no de estricta aplicación en el proceso civil, como resulta de lo siguiente: la ley impone la obligación de confesar o negar categóricamente los hechos al contestar la demanda; la de absolver posiciones bajo juramento; la de declarar si es o no propia la firma de un documento privado, estatuye la autorización para que el juez pueda exigir confesión judicial de oficio a las partes sobre todas las circunstancias que sean conducentes a la averiguación de la verdad.*"⁸⁵

Entre nosotros se han pronunciado sobre la constitucionalidad de las posiciones juradas el profesor Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA.⁸⁶

3. LAS POSICIONES JURADAS EN EL SISTEMA PROCESAL CIVIL VENEZOLANO. OPORTUNIDAD DE PROPOSICIÓN Y EVACUACIÓN. REQUISITOS DE PROMOCIÓN. LA RECIPROCIDAD. ADMISIÓN.

En el recorrido del sistema de procedimiento ordinario civil venezolano, encontramos que el mismo comienza por previa demanda de parte, presentada ante el tribunal distribuidor competente respectivo y una vez atribuido el tribunal que debe conocer de la causa, consignados como sean los recaudos, deberá producirse la admisión de la demandada en el lapso de tres días de despacho siguientes –artículo 10 del Código de Procedimiento Civil- ordenándose la citación de la parte demandada, quien deberá comparecer a ensayar sus defensas en el lapso de veinte días de despacho siguientes a la constancia en autos de la citación. Vencido el lapso de emplazamiento, *ope legis*, comienza a computarse el lapso para la proposición o promoción de pruebas, de quince días de despacho luego de los cuales las partes podrán ejercer el derecho de contradicción de la prueba, oponiéndose a la admisión de los medios propuestos por su contraparte y vencido dicho lapso, el tribunal deberá providenciarlas dentro de los tres días de despacho

⁸⁴ Humberto BELLO LOZAN, ob.cit. p. 208.

⁸⁵ Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. p. 327.

⁸⁶ Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA. Ob. cit. pp. 394 y ss.

siguientes. Admitidos los medios de prueba promovidos, inmediatamente comienza computarse el lapso treinta días de evacuación, donde deberán materializarse los medios probatorios propuestos y admitido, lo que dará paso al décimo quinto día de despacho siguiente, a los informes, acto seguido del cual, en caso de haber informes de alguna o ambas partes, se computará un lapso de ocho días para las observaciones pertinentes, pues de no haber informes de las partes, éste lapso no se computa y directamente se pasa al estado de sentencia. Concluido el lapso de observaciones –si hubo informes- o culminado el término de informes -si no los hubo- comienza computarse un lapso de sesenta días continuos para producir la decisión final, lapso que podrá diferirse hasta por treinta días –continuos- máximo.

Es éste el recorrido de la primera instancia o primer grado de jurisdicción en el procedimiento civil ordinario y escrito, pero producida la sentencia dirimitoria del conflicto judicial en primer grado de jurisdicción, la misma podrá ser recurrida libremente –efecto suspensivo y devolutivo- dentro del lapso de cinco días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de sentencia, del único diferimiento o siguientes a la constancia en autos de la notificación de las partes, si saliera fuera de los lapsos señalados, recurso que deberá ser oído al día de despacho siguiente al vencimiento del lapso para recurrir. En segunda instancia o grado de jurisdicción, luego de recibida las actas procesales –expediente- por auto expreso, comienza a computarse el término de los informes, que deberán presentarse al vigésimo día de despacho siguiente, y en caso de haber sido presentados, comenzará a computarse el lapso de ocho días de despacho para la presentación de las observaciones, de lo contrario, si no hubo informes, no habrá observaciones y directamente se pasará al estado de sentencia; vencido el lapso de observaciones si lo hubo, se computará el lapso de sesenta días continuos para producir la decisión final, lapso que podrá diferirse hasta por treinta días –continuos- máximo.

Hecho un recorrido por los momentos del procedimiento civil ordinario y escrito, nos preguntamos, **¿en qué oportunidad puede producirse en el proceso la mecánica de posiciones juradas?**

Para responder la pregunta comencemos diciendo que la norma que en apariencia marca la pauta del tiempo procesal dentro del cual puede solicitarse la mecánica de las posiciones juradas es la contenida en el artículo 405 del Código de Procedimiento Civil, que expresa [...] *Las posiciones sólo podrán efectuarse sobre los hechos pertinentes al mérito de la causa, desde el día de la contestación de la demanda, después de ésta, hasta el momento de comenzar los informes de las partes para sentencia.*”, y decimos en apariencia, pues realmente la norma transcrita no prevé lapso u oportunidad para producir o proponer en el proceso la mecánica de posiciones juradas o confesión provocada, lo que sí está previsto respecto a la segunda instancia conforme al contenido del artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, al señalar [...] *En segunda instancia*

no se admitirán otras pruebas sino la de instrumentos públicos, la de posiciones y el juramento decisorio. Los primeros podrán producirse hasta los informes, si no fueren de los que deban acompañarse con la demanda; las posiciones y el juramento podrán evacuarse hasta los informes, siempre que se solicite dentro de los cinco días siguientes a la llegada de los autos al Tribunal. Podrá el Tribunal dictar auto para mejor proveer, dentro de los límites expresados en el artículo 514.’’

Pero volvemos a la interrogante inicial, ¿en qué oportunidad puede proponerse la mecánica de posiciones juradas en el marco del procedimiento ordinario? Para responder debemos analizar el contenido del artículo 405 del Código de Procedimiento Civil, el cual si bien no prevé en forma expresa la oportunidad para proponer la mecánica, sí regula el momento de la evacuación de la misma, pues establece el tiempo en que puede materializarse que va **desde** el día de la contestación de la demanda, **después** de ésta y **hasta** el momento de comenzar los informes de las partes para sentencia, todo lo cual involucra y regula en forma indirecta o tácita la oportunidad procesal para promover las posiciones juradas, conforme a las siguientes reglas:

a. Desde el día de la contestación de la demanda.

Si la norma contenida en el mencionado 405 del Código de Procedimiento Civil, primeramente permite la evacuación de las posiciones juradas **desde** el día de la contestación de la demanda, quiere ello significar que antes que ésta se produzca, lógicamente tuvo que haber una proposición o promoción de las posiciones juradas, ya que ellas de oficio no pueden realizarse. Tratándose de la **parte demandante**, ésta puede proponer o promover la confesión provocada en el propio libelo de la demanda, caso en el cual, si la misma ha sido propuesta en forma regular, deberá ser admitida por el operador de justicia en el auto de admisión de la demanda; por su parte, la **parte demandado** también puede producir o proponer la confesión provocada de la parte accionante, en la oportunidad de dar contestación, caso en el cual, ante la ausencia legislativa, afirmamos que el judicante debe pronunciarse sobre su admisibilidad en el lapso de tres días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de emplazamiento, conforme al principio de preclusión de los lapsos procesales.

Lo anteriormente dicho es una inferencia lógica del contenido del artículo 405 del Código de Procedimiento Civil, pues si bien la norma no regula o prevé oportunidad de promoción de la confesión provocada, al regular en una primera oportunidad su posible evacuación **desde** la contestada la demanda, al no constituir las posiciones juradas un mecanismo que pueda ser propuesta oficiosamente por el operador de justicia, deviene en vía de consecuencia que las posiciones juradas para ser evacuadas luego de contestada la demanda, deban ser propuestas en una oportunidad anterior a dicho acto procesal, siendo

que los únicos momento del procedimiento ordinario que tienen las partes para exponer sus hechos de pretensión o defensa y para producir o proponer la confesión provocada, es en la demanda –libelo– cuando se trate del actor o en la contestación, cuando se trate del demandado, pero debemos advertir, que en puridad de verdad, el legislador no reguló en forma expresa la oportunidad de promoción de la mecánica de posiciones juradas, motivo por el cual, la confesión provocada constituye una excepción a la promoción de pruebas fuera del lapso legal para ello.

Siguiendo con esta línea argumentativa, de proponerse la confesión provocada en la oportunidad del libelo de la demanda, incluso de su reforma, la oportunidad que tendrá el operador de justicia para pronunciarse sobre su admisión, será en el auto de admisión de la demanda primitiva o de su reforma; en tanto que si la producción o promoción se produce en la contestación de la demanda, ante la ausencia de un momento procesal determinado para pronunciar su admisión, debe aplicarse el contenido del artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, teniendo el juez tres días para proveer.

Pero ¿fuera de estas oportunidades –libelo de la demanda, reforma y contestación- y antes de la contestación de la demanda podrá proponerse la confesión provocada?

Sobre esta interrogante, ante la ausencia de regulación legal expresa y conforme al derechos constitucionales de aplicación procesal, especialmente el referido al acceso al sistema probatorio que hemos estudiado ampliamente en otro momento, que involucra el derecho de proposición o promoción de medios probatorios y conforme al principio de informalidad ubicado en el derecho a la tutela judicial efectiva, afirmamos que resulta perfectamente viable que el demandante, en cualquier momento procesal antes de producirse la contestación de la demanda, incluso de vencerse el lapso de emplazamiento, en actuaciones procesales diferentes a la demanda o su reforma, puede proponer la confesión provocada; en tanto que el demandado, antes de producir su contestación a la demanda, luego de citado e incluso luego de producida la contestación, pero antes del vencimiento del lapso de emplazamiento, perfectamente puede proponer las posiciones juradas, criterio éste que lo sustentamos en los precitados derechos constitucionales, en el principio de *favor probationis* y en la ausencia de previsión legal expresa que nos conduce a expresar que no existe limitación al respecto en la cual pueda basarse el operador de justicia para declarar su inadmisibilidad por extemporánea. Respecto a la admisión de la confesión provocada en éstos supuestos, igualmente debe aplicarse el contenido del artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, siendo interesante destacar, que las posiciones juradas incluso pueden ser propuestas en el último de los veinte días para la contestación de la demanda, caso donde también puede producirse la contestación de la demanda.

Las posiciones juradas o confesión provocada propuestas en las oportunidades señaladas, son las que serán evacuadas desde el día de la contestación de la demanda, tal como lo regula en forma expresa

el artículo 405 del Código de Procedimiento Civil, con la advertencia que el legislador incurrió en el error de señalar que las posiciones juradas podían evacuarse desde el día de la contestación de la demanda, como si el acto de contestación fuera en un término procesal, en un día predeterminado y fijo como sucedía en el código de 1.916, para la litiscontestación, cuando lo correcto es que puedan evacuarse –de ser propuestas- desde el día del vencimiento del lapso de emplazamiento, pues lo contrario crearía inseguridad jurídica para el accionante quien tendría que acudir todos los días al tribunal, luego de producida la citación del demandado, por un tiempo de veinte días de despacho, con la finalidad de verificar si se produjo o no la contestación de la demanda, de manera que aplicando el principio de preclusión de los lapsos procesales y para garantizar la seguridad jurídica y no fomentar el tan usual juego sucio tribunalicio, que la oportunidad para evacuar las posiciones juradas comenzaría luego de vencimiento dicho lapso de emplazamiento.

Lo dicho deja de manifiesto el error del legislador de 1.987 que copiaría en idéntica forma el contenido del Código de 1.916, sin percatarse que respecto al tema de la contestación de la demanda se habría sustituido el “término” para la contestación de la demanda por un lapso, ahora de veinte días de despacho luego de la citación del demandado, pues luego de producida ésta, si las posiciones juradas son propuestas por el demandante, deben ser admitidas, fijando el día para su evacuación, **previa citación del demandado** para tal acto, ya que solo se encuentra a derecho para la contestación de la demanda, lo que se traduce en que no hay que dejar vencer el lapso de emplazamiento para su providenciación, siendo que en todo caso su evacuación tendrá lugar luego de vencido el lapso de emplazamiento, pues si tomamos la letra de la norma del 405 del Código de Procedimiento Civil, referida al caso donde se prevé “*desde el día de la contestación de la demanda*”, el demandante igualmente tendría que acudir todos los días, luego de citado el demandado para las posiciones juradas y antes que éste diera contestación –caso poco probable para no decir imposible- para verificar cuando se conteste la demanda, pues a partir de ese momento es que se sabrá cuando tendrá lugar el acto de posiciones juradas.

Si se trata de una promoción de posiciones juradas por parte del demandado, luego de citado y antes de contestar la demanda, bien en la contestación de la demanda o luego de producida ésta pero antes del vencimiento del lapso de emplazamiento, no es necesario dejar correr íntegramente el lapso de emplazamiento para providenciar o admitir las posiciones juradas, pues en todo caso, en la admisión de la confesión provocada deberá fijarse previamente el día y hora para el acto de absolución, **previa citación del demandante**, correspondiendo la evacuación para luego de vencido el lapso de emplazamiento o según la letra del artículo 405 del Código de Procedimiento Civil, “*desde el día de la contestación de la demanda*” caso en el cual tendría que excluirse el supuesto de posiciones juradas propuestas luego de contestada la demanda pero antes de vencerse el lapso de emplazamiento. De esta manera, el

último de los casos en comento dependerá del significado que se le dé a la expresión “*desde el día de la contestación de la demanda*”, ya que si no se considera el supuesto del vencimiento del lapso de emplazamiento, no cabrá el caso de posiciones juradas propuestas luego de contestada la demanda y antes que venza el lapso de emplazamiento, todo no obstante a que conforme a lo previsto en el artículo 358 y 359 del Código de Procedimiento Civil, el lapso de contestación de la demanda hay que dejarlo transcurrir íntegramente para los actos posteriores, como ocurre con las posiciones juradas, criterio éste que resulta el correcto y menos inseguro, más aún constitucional y garantista, en resguardo de la seguridad jurídica, del debido proceso, del derecho a la defensa y la tutela judicial efectiva, aún cuando no es el expresado en la norma.

El motivo por el cual el acto de posiciones juradas en los casos señaladas tendrá lugar luego de producida la contestación de la demanda, que en sintonía con los criterios constitucionales y garantistas debe ser entendido luego de vencido el lapso de emplazamiento, pues incluso puede suceder que no se haya producido la contestación de la demanda luego de citado el demandado, es que dicho acto contestación- produce uno de los efectos procesales de mayor importancia en el tema probatorio, como lo es la traba de la litis que determinará no solo la forma como quedará distribuida la carga probatoria, sino también precisará cuales son los hechos enunciados por las partes que al tener carácter controvertido y no estar eximidos de prueba, son tema de la misma, criterio éste que es sostenido por ejemplo por el maestro argentino Hugo ALSINA.⁸⁷

Son en estos casos –a nuestro entender- cuando puede evacuarse las posiciones juradas “*desde el día de la contestación de la demanda*” o de desde el día del vencimiento del lapso de emplazamiento, según lo explicado, pues si la promoción de la confesión provocada no se produce antes del vencimiento del lapso de emplazamiento, la próxima oportunidad procesal que tendrán las partes para su producción o proposición, será en lapso ordinario de promoción de pruebas, en el lapso de quince días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de emplazamiento, por lo que debemos fijar o establecer la oportunidad cierta en la cual tendrá lugar la **evacuación** de las posiciones juradas propuestas antes del vencimiento del lapso de emplazamiento o “*desde el día de la contestación de la demanda*”.

Al respecto si la confesión provocada es propuesta en el **libelo de la demanda, en su reforma, o en un momento posterior antes de la citación del demandado**, el operador de justicia en el momento de producir su admisión, bien en el auto de admisión de la demanda, de su reforma o en auto posterior, deberá fijar la oportunidad para que tenga lugar el acto inicial de evacuación de posiciones juradas, para un día y hora determinada luego de vencido del lapso de emplazamiento, siempre que se haya producido la citación personal del demandado –artículo 416 del Código de Procedimiento Civil-

⁸⁷ Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. p. 333.

siendo que el acto recíproco a que se refiere el artículo 406 *ejusdem*, tendría lugar a la hora que fije el juez del día de despacho siguiente a absueltas las posiciones originales o primitivas.

De tratarse de la proposición de las posiciones juradas por el **demandante luego de producida la citación del demandado y antes del vencimiento del lapso de emplazamiento**, el operador de justicia deberá admitirlas dentro de los tres días de despacho siguientes –artículo 10 del Código de Procedimiento Civil- fijando la oportunidad para que tenga lugar el acto inicial de evacuación de posiciones juradas, para un día y hora determinado siguiente al vencimiento del lapso de emplazamiento, previa la citación personal del demandado –artículo 416 del Código de Procedimiento Civil- ya que éste solo se encuentra a derecho para la contestación de la demanda, siendo que el acto recíproco a que se refiere el artículo 406 *ejusdem*, tendría lugar a la hora que fije el juez del día de despacho siguiente a absueltas las posiciones originales o primitivas.

Si las posiciones juradas son **propuestas por el demandado, bien antes de la contestación de la demanda, pero luego de citado, en la contestación de la demanda o en cualquier otro momento anterior al vencimiento del lapso de emplazamiento, incluso el último de los veinte días de contestación, que pudieran o no coincidir con la contestación**, el operador de justicia en el momento de producir su admisión, deberá fijar la oportunidad para que tenga lugar el acto inicial de evacuación de posiciones juradas, luego de vencido el lapso de emplazamiento, para un día y hora determinado después de producida la citación personal del accionante –artículo 416 del Código de Procedimiento Civil- siendo que el acto recíproco a que se refiere el artículo 406 *ejusdem*, tendría lugar a la hora que fije el juez del día de despacho siguiente a absueltas las posiciones originales o primitivas.

Debemos advertir que si la promoción de las posiciones juradas se produce antes del vencimiento del lapso de emplazamiento, específicamente luego de contestada la demanda pero antes del vencimiento del lapso de emplazamiento, o el último de los días del lapso de emplazamiento, coincida o no con la contestación de la demanda, y su admisión se produce luego de vencido el lapso de emplazamiento, podría evacuarse las mismas luego de producida la citación del demandado hasta los últimos informes, pues en estos casos el operador de justicia fijará un día y hora determinada para el acto, luego de producida la citación, sin tomar en consideración el vencimiento del lapso de emplazamiento, pues el mismo feneció, de manera que en cualquier caso que la confesión provocada fuera propuesta antes del vencimiento del lapso de emplazamiento, pero su admisión se produjera luego de vencido dicho lapso, deberá fijarse el acto para un día y hora determinada luego de producida la citación personal del absolvente, sin tomar en cuenta que venza el lapso de emplazamiento, dado que se insiste, el mismo feneció, criterio este permisible ante la ausencia de prohibición legal y con fundamento al mismo artículo 405 del Código de

Procedimiento Civil, que permite su evacuación **desde** el día de la contestación de la demanda **hasta** el momento de comenzarse los informes para sentencia.

En caso de **incomparecencia del demandado a la contestación a la demanda**, si las posiciones juradas fueron propuesta por el actor o demandado según los casos señalados, antes del vencimiento del lapso de emplazamiento, la misma –incomparecencia- no afectará en forma alguna su evacuación.

Lo dicho nos permite afirmar que de no lograrse la citación personal en los casos señalados, no tendrá lugar la evacuación de las posiciones juradas y como en todo caso la oportunidad que se había fijado para su evacuación en éstos supuestos, era para una hora y día determinado luego de vencido el lapso de emplazamiento, si las partes quieren evacuar la confesión provocada propuesta antes del vencimiento del lapso de emplazamiento, deberán proponerla o promoverla nuevamente en el lapso de quince días de despacho de promoción de pruebas, posiciones juradas éstas que serán las que puedan evacuarse hasta los informes para la sentencia, todo lo cual se conduce a las siguientes conclusiones:

- a. La confesión provocada propuesta antes del vencimiento del lapso de emplazamiento, se evacuarán en la medida que se haya producido la citación personal del absolvente, en un día y hora determinado luego de vencido el lapso de emplazamiento, cuando se trate de posiciones juradas pedidas por el actor en el libelo de la demanda, en la reforma o en cualquier otro momento antes de la citación del demandado, pues si se trata de los casos de posiciones pedidas luego de citado el demandado y antes del vencimiento del lapso de emplazamiento para el caso del actor, antes de contestar la demanda pero luego de producida la citación del demandado, en la contestación o luego de producida ésta antes del vencimiento del lapso de emplazamiento, incluso en el último de los veinte días de contestación de la demanda, coincida o no con la contestación, su evacuación tendrá lugar en un día y hora siguiente a producida la citación del absolvente, luego de vencido el lapso de emplazamiento.
- b. El acto recíproco tendrá lugar a la hora determinada por el juez luego de absuelta las posiciones juradas iniciales.
- c. De no lograrse la citación personal del absolvente antes del vencimiento del lapso de emplazamiento, las partes si quieran evacuar la prueba, deberán proponerla nuevamente en el lapso de promoción de pruebas.
- d. Las posiciones juradas que pueden evacuarse hasta los últimos informes, no son las propuestas antes del vencimiento del lapso de emplazamiento, sino las propuestas en el lapso probatorio, aún cuando creemos que si la admisión de éstas se produce luego de vencido el lapso de emplazamiento, siempre que fueran propuestas antes de dicha finalización, podrían evacuarse

- hasta los últimos informes, pues el acto se fijaría para un día y hora determinada siguiente a la citación personal del absolvente, sin tomar en cuenta el vencimiento del lapso de emplazamiento.
- e. Afirmamos que nada impide que aquellas posiciones juradas propuestas por el demandante luego de citada la parte demandada y antes de vencerse el lapso de emplazamiento, o las propuestas por la parte demandada antes de contestar la demanda luego de citado, en la contestación o luego de ésta pero antes del vencimiento del lapso de emplazamiento, como su evacuación sería al día y hora siguiente a la constancia en autos de la citación del absolvente, pudieran evacuarse hasta los informes de la instancia para sentencia.
 - f. Las posiciones juradas propuestas y admitidas antes del vencimiento del lapso de emplazamiento, no pueden evacuarse antes del vencimiento del referido vencimiento, so pena de vulnerarse una norma jurídica expresa de establecimiento de pruebas –artículo 405 del Código de Procedimiento Civil- y el debido proceso legal conforme a lo previsto en los artículos 358 y 359 *ejusdem*.

b. Después de esta hasta el momento de comenzar los informes de las partes para sentencia.

La mecánica de posiciones juradas o confesión provocada, también puede ser propuesta o promovida en el lapso ordinario de promoción de pruebas, dentro de los quince días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de emplazamiento, caso en el cual las mismas deberán ser providenciadas en la oportunidad admisión de pruebas, ordenándose la citación personal del absolvente para que comparezca a un día y hora determinado fijado por el tribunal, luego de su citación personal –artículo 416 del Código de Procedimiento Civil- pudiéndose evacuar hasta los informes de las partes en la instancia para sentencia, si no se hubiera pedido la constitución del tribunal con asociados, conforme a lo previsto en el artículo 511 *ejusdem*, hasta el décimo quinto día siguiente al vencimiento del lapso de evacuación de pruebas.

El tribunal es libre en fijar el día y hora luego de la citación personal, para que tenga lugar el acto de posiciones juradas, circunstancia esta de suma importancia en cuanto a su evacuación, pues siendo el lapso preclusivo en primera instancia los informes, si el acto se fijó para el segundo o tercer día siguiente a la constancia en autos de la citación personal del absolvente, y ésta se produce en día catorce del término de los informes, la prueba no podrá realizarse ya que su evacuación sería extemporánea, pero si la citación se produce en tiempo oportuno y hay posibilidad de evacuar la posiciones dentro del tiempo legal, resulta viable su materialización, siendo importante destacar que en el caso que el acto de posiciones juradas inicial se produzca el último día de los informes –décimo quinto día- esto no afectará al acto recíproco,

pues el mismo es una consecuencia del acto original, lo que se traduce en que lo importante es que el acto original de las posiciones juradas se celebre en tiempo útil.

c. Posiciones juradas pedidas luego de vencido el lapso de promoción de pruebas.

No regula nuestra legislación salvo el caso de común acuerdo entre las partes a que se refiere el artículo 396 del Código de Procedimiento Civil, que puedan proponerse posiciones juradas luego de vencido el lapso de promoción de pruebas, pero lo cierto es que el artículo 405 *ejusdem*, prevé su evacuación hasta los últimos informes sin determinar la oportunidad de proposición. Luego, el artículo 396 *ibidem* señala que las pruebas deben producirse en el lapso de promoción, salvo disposiciones especiales de ley, lo que nos coloca frente a la interrogante si el artículo 405 constituye una disposición especial de ley. Al respecto y en forma no expresa, al permitirse la evacuación de posiciones juradas **desde** el día de la contestación de la demanda **hasta** el momento de comenzar los informes de las partes para la sentencia, nos enfrentamos ante una excepción a la regla, que se traduce en que la confesión provocada puede proponerse fuera del lapso de promoción de pruebas, circunstancia esta que nos permite señalar que si las partes no promovieron las posiciones juradas en el lapso de promoción de pruebas, pudiéndose evacuar hasta los informes de la instancia, resulta viable que se proponga en otra oportunidad posterior a la promoción de las pruebas, en cuyo caso su admisión deberá producirse dentro de los tres días – artículo 10 del Código de Procedimiento Civil- y podría evacuarse, previa citación personal del absolvente, hasta los informes de la instancia.

Advertimos que las posiciones juradas en este supuesto, las propuestas en el lapso de promoción de pruebas, solo pueden evacuarse hasta los informes de la primera instancia, pues si bien el artículo 405 del Código de Procedimiento Civil señala que las mismas pueden ser evacuadas *“hasta el momento de comenzar los informes de las partes para sentencia”* no haciendo distinción si se refiere a los informes de primera o segunda instancia de conocimiento, interpretando la norma y concordándola con la prevista en el artículo 520, debe considerarse que la norma que regula la proposición y evacuación de las posiciones juradas en la instancia, es la primera de las señaladas, en tanto que para el segundo grado de jurisdicción se aplica el artículo 520, de donde afirmamos que los informes a que se refiere el artículo 405, son los de primer grado de jurisdicción, en otros términos, resulta errado pensar que las posiciones juradas promovidas en el lapso de promoción de pruebas, puedan ser evacuadas hasta los informes de segunda instancia.

d. Posiciones juradas en segunda instancia o segundo grado de jurisdicción.

Conforme a lo previsto en el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, en segunda instancia o grado de jurisdicción, es permisible la proposición de las posiciones juradas, dentro los cinco días de despacho siguientes a recibido el expediente por parte del juzgado superior jerárquico en forma vertical, por auto expreso, pudiéndose evacuar hasta la oportunidad de los informes, el vigésimo día de despacho siguiente de tratarse de sentencia definitiva o décimo día de despacho siguiente de tratarse de sentencia interlocutoria. Propuesta las posiciones juradas en el tiempo útil, la misma debe ser admitida en el lapso a que se refiere el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, tres días para proveer, ello en virtud de la falta de regulación expresa, caso en el cual se ordenará la citación del absolvente para un día y hora determinada luego que conste en autos la práctica de la misma, resaltándose que si el acto se fijó para el segundo o tercer día siguiente a la constancia en autos de la citación personal del absolvente, y ésta se produce en día décimo noveno del término de los informes –de tratarse de sentencia definitiva- o al noveno día del término de los informes –de tratarse de sentencia interlocutoria- la prueba no podrá realizarse ya que su evacuación sería extemporánea, pero si la citación se produce en tiempo oportuno y hay posibilidad de evacuar la posiciones dentro del tiempo legal, resulta viable su materialización, en el entendido que en el caso que el acto de posiciones juradas inicial se produzca el último día de los informes –décimo quinto día- esto no afectará al acto recíproco, pues el mismo es una consecuencia del acto original, lo que se traduce, que lo importante es que el acto original de las posiciones juradas se celebre en tiempo útil.

e. Posiciones juradas en cualquier otra oportunidad.

Aunado a las posibilidad de producirse o proponerse y evacuarse las posiciones juradas en los momentos señalados, conforme a lo previsto en el artículo 396 del Código de Procedimiento Civil, las partes de común acuerdo pueden proponerlas y evacuarlas en cualquier estado y grado del proceso, caso por demás poco probable en el estado de la situación actual de nuestro Sistema de Justicia.

f. Posiciones juradas cuando el absolvente se encuentra en el extranjero.

Dispone el artículo 418 del Código de Procedimiento Civil [...] *Si el absolvente se hallare en el extranjero, se librará rogatoria al Juez respectivo. La absolución de posiciones de una persona que se halle en el extranjero, sólo puede pedirse en el lapso de promoción de pruebas indicado en el artículo 396.*” Cuando se trate de personas que deban absolver posiciones juradas que se encuentren en el extranjero, el propio legislador limita su proposición

a la oportunidad preclusiva del lapso probatorio, de manera que no puede solicitarse antes del vencimiento del lapso de emplazamiento, ni en segunda instancia, mas en cuanto a su evacuación, debe regirse por el contenido de la prueba ultramarina a que se refiere el artículo 393 del Código de Procedimiento Civil, que no podrá exceder de seis meses.

g. Posiciones juradas luego de evacuadas las primeras propuestas.

El artículo 419 del Código de Procedimiento Civil -al cual nos referiremos mas adelante- permite la promoción de las posiciones juradas, luego que evacuadas o absueltas las primeras propuestas, bien en primera o segunda instancia, cuando se aleguen en su contra hechos o instrumentos nuevos, caso en el cual se permite la nueva proposición de la prueba. La precitada disposición legal expresa [...] *No se permitirá promover la prueba de posiciones más de una vez en la primera instancia y una en la segunda, a no ser que, después de absueltas las primeras posiciones, se aleguen en contra hechos o instrumentos nuevos, caso en el cual se podrán promover otra vez con referencia a los hechos o instrumentos nuevamente aducidos.*”

La norma trascrita permite la posibilidad de producir las posiciones juradas nuevamente, luego que fueran absueltas las primeras, sin especificar el tiempo –momento- en que puede proponerse nuevamente y el momento para su evacuación, de manera que ante la falta de previsión legal, deben analizarse varios supuestos a saber:

El primero cuando las posiciones juradas fueran propuestas antes del vencimiento del lapso de emplazamiento y evacuada posteriormente al fenecimiento de dicho lapso. En este caso creemos que de presentarse los supuestos excepcionales del artículo 419 del Código de Procedimiento Civil –hechos o instrumentos nuevos en contra de las posiciones absueltas- las posiciones pudieran proponerse nuevamente en el lapso de promoción de pruebas o en cualquier momento posterior, pudiendo evacuarse hasta los informes de la instancia, ello conforme a lo previsto en la citada norma, en concordancia con lo preceptuado en el artículo 405 *ejusdem*, eno obstante a poderse proponer y evacuar las posiciones juradas en segunda instancia, en caso de imposibilidad de materializarse la misma en primer grado de jurisdicción, en los tiempos previstos en el artículo 520 *ibidem*, siempre en el entendido que debe referirse a los nuevos hechos o instrumentos producidos, pues la ley no permite promover y evacuar las posiciones en primera instancia y posteriormente en segundo grado de jurisdicción, cuando no se refiere a los mencionados casos excepcionales.

El segundo supuesto se refiere a que las posiciones juradas se promuevan en el lapso de pruebas y se evacuen en el tiempo previsto en el artículo 405 del Código de Procedimiento Civil, caso en el cual de alegarse nuevos hechos o instrumentos en su contra, puede proponerse nuevamente la mecánica en el

resto del lapso de evacuación de pruebas o de informes, siempre que no haya fenecido el término para su presentación, décimo quinto día, evacuándose en el mismo tiempo; en todo caso, si el tiempo ha fenecido en primer grado de jurisdicción, puede proponerse y evacuarse las posiciones juradas referidas a nuevos hechos o instrumentos en segundo grado de jurisdicción, dentro de los límites del artículo 520 *ejusdem*.

En éstos casos el tiempo que tendrá el operador de justicia para providenciar las posiciones juradas propuestas, será de tres días de despacho, conforme a lo previsto en el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, debiendo fijar el día y hora para que tenga lugar el acto de posiciones juradas y el acto recíproco, previa citación del absolvente.

El tercer supuesto se presenta en segundo grado de jurisdicción, cuando evacuadas las primeras posiciones juradas, surjan nuevos hechos o instrumentos, caso en el cual puede proponerse y evacuarse nuevamente las posiciones juradas, las cuales deben ser admitidas dentro de los tres días de despacho siguientes –artículo 10 del Código de Procedimiento Civil- fijándose el día y hora para su evacuación, previa la citación personal del absolvente, y teniendo como límite máximo para la materialización los informes de esa segunda instancia.

Por último y en cuanto a la **forma y requisitos de proposición de las posiciones juradas**, debemos señalar que conforme a lo previsto en el artículo 406 del Código de Procedimiento Civil, la parte proponente o que solicite las posiciones juradas, se encuentra obligado a manifestar su voluntad de absolver **recíprocamente** las posiciones que le formule la parte contraria, circunstancia ésta que se traduce que al promovente de las posiciones juradas se le exige como requisito de admisión la denominada voluntad de reciprocidad o principio de reciprocidad. La precita norma expresa [...] *La parte que solicite las posiciones deberá manifestar estar dispuesta a comparecer al Tribunal a absolverlas recíprocamente a la contraria, sin lo cual aquellas no serán admitidas. Acordadas las posiciones solicitadas por una de las partes, el Tribunal fijará en el mismo auto la oportunidad en que la solicitante debe absolverlas a la otra, considerándosele a derecho para el acto por la petición de la prueba.*”

Conforme a la norma en cuestión es requisito de admisibilidad que debe revisar el órgano jurisdiccional al momento de providenciar la mecánica que se proponga, si la parte que la solicite –proponente- manifestó estar dispuesta a absolver recíprocamente las posiciones que le formule su contrario, vale decir, existe el requisito de la reciprocidad.

La **reciprocidad** constituye un requisito de admisión de la promoción de las posiciones juradas, que consiste en la voluntad de absolver, por parte del proponente de la mecánica, aquellas posiciones juradas que en su oportunidad respectiva y en el acto de evacuación de posiciones juradas en reciprocidad, formule el absolvente original; este requisito del principio de reciprocidad contenido en la legislación

venezolano, tuvo su origen en el fraude procesal que consistía en que luego de producida la citación del absolvente para el acto de posiciones juradas, éste se escondía para burlar e impedir su citación para el acto recíproco, produciendo así un fraude a la ley y al proceso mismo, fragmentando el principio de igualdad y equilibrio procesal, tal como lo expresaría la exposición de motivos del Código de Procedimiento Civil en los siguientes términos [...] *Merece destacar igualmente, la innovación introducida en el artículo 406 del proyecto, según el cual, la parte que solicite las posiciones deberá manifestar estar dispuesta a comparecer al Tribunal a absolverlas recíprocamente a la contraria, sin lo cual aquellas no serán admitidas...omissis...En esta forma, se desea dar forma al principio de la igualdad en esta materia y terminar con la práctica desleal, tan frecuente hoy, de que la parte solicita posiciones y como se requiere citación personal para este acto, luego elude ser citada recíprocamente para absolver posiciones a la contraria, lo cual muy frecuente impide la recta administración de justicia y el conocimiento de los hechos importantes de la causa, que solo mediante esta prueba pueden salir a la luz...*”

La reciprocidad fue ideada por el legislador vernáculo, con la “supuesta” finalidad de dar forma al principio de igualdad procesal, desterrando la falta de probidad, lealtad procesal y en definitiva la práctica tribunalcia chicanera de esconderse para burlar la citación para la absolución de posiciones juradas en forma recíproca, lo cual deja de manifiesto que el mencionado principio de reciprocidad, realmente no tiene un origen netamente jurídico y procesal sino de conveniencia en pro de la buena fe procesal. Como requisito de admisibilidad de las posiciones juradas, el legislador obliga al proponente a manifestar su voluntad de reciprocidad, de absolver recíprocamente las posiciones juradas que se le formulen, sin lo cual no le serán admitidas, de manera que el proponente de las posiciones juradas al promoverlas, tácita o implícitamente promueve la prueba a su contendor, quien tendrá el derecho de realizar las posiciones pertinentes al solicitante, en la oportunidad del acto de reciprocidad, o en otras palabras, la reciprocidad equivale a una promoción tácita de la prueba a favor de que la parte contraria, en virtud de que la misma, sin realizarse diligencia procesal alguna, logra que el promovente le absuelva las posiciones juradas, tal como lo expresaría nuestro padre el maestro Humberto BELLO-LOZANO MÁRQUEZ.⁸⁸

Esta proposición o promoción tácita que tienen su origen en el “supuesto” resguardo del principio de igualdad y probidad procesal, es criticado bajo el argumento que si son las partes quienes tienen que utilizar y proponer los medios necesarios para demostrar sus afirmaciones o negaciones de hecho controvertidas, no existe razón para que la parte que no ejercido diligenciamiento alguno para la actividad probatoria, se beneficie de la actividad procesal de su contendor quien sí ha realizado actividad procesal para demostrar sus extremos de hecho, todo ello a propósito de la ventaja que representa para el no proponente de las posiciones juradas, el hecho de no tener que citar al absolvente, pues se encontrará

⁸⁸ Humberto BELLO LOZANO MÁRQUEZ. Ob. cit. p. 148.

a derecho para el acto recíproco, en tanto que el proponente de las posiciones, tiene la tortuosa carga procesal de lograr la citación del absolvente, lo que en definitiva reciente el principio de igualdad procesal.

Pero ¿es la reciprocidad el único elemento o requisito de admisibilidad de las posiciones juradas?

Para responder la interrogante digamos que si bien el legislador solo prevé en forma expresa y como requisito de admisibilidad la reciprocidad a que se refiere el artículo 406 del Código de Procedimiento Civil, igualmente deben concurrir los siguientes requisitos:

- a. Que las posiciones juradas hayan sido solicitadas en forma tempestiva, en el tiempo procesal a que se refieren los artículos 405, 419 y 520 del Código de Procedimiento Civil.
- b. Que sea solicitada por quien sea parte en el proceso judicial o su apoderado.
- c. Que sea solicitada para que sea absuelta por quienes sean parte en el proceso judicial, salvo los casos excepcionales que se analizarán en el próximo punto, para los apoderados o representantes de incapaces.
- d. Que no exista prohibición de ley para admitir la prueba, que no se trate de una prueba ilegal, como sucede en los casos que se pretenda que las autoridades y representantes de la República absuelvan posiciones juradas –Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República- en los casos que se pretenda las autoridades o representantes de los entes agrarios absuelva posiciones juradas –Ley de Tierras y Desarrollo Agrario- en los casos tributarios donde la prueba es prohibida en el artículo 269 del Código Orgánico Tributario o en los casos de los institutos autónomos conforme a la ley que regula la materia, quienes gozan de la misma prerrogativa y privilegios de la República, entre otros.
- e. Que se trate de una prueba idónea o conducente para la demostración de los hechos debatidos.
- f. Que se identifique el objeto de la prueba a través de la debida apostillada.

Con relación a éste último requisito de admisibilidad de identificación del objeto de la prueba o su apostillamiento, como expusiéramos en otro momento, el mismo constituye un requisito que se exige al proponente de la prueba de identificar los hechos –afirmaciones o negaciones- controvertidos que pretende demostrar con las pruebas que promueve, ya que mediante el cumplimiento de este requisito es que podrán las partes convenir con alguno o algunos de los hechos que se tratan de probar, conforme a lo previsto en el artículo 397 del Código de Procedimiento Civil, que permitirá al judicante en aplicación del artículo 398 *eiusdem*, ordenar que se omita toda declaración o prueba sobre aquellos hechos en que aparezca claramente convenidas las partes, todo ello a propósito de ser la única forma de garantizar el cumplimiento de los deberes de lealtad y probidad procesal, evitando que se utilicen las pruebas para demostrar hechos verificados, no articulados ni debatidos en el proceso, en definitiva hechos diferentes

a los que se pretendían demostrar cuando se promovió la prueba. Las partes al momento de proponer sus pruebas, deben indicar en forma expresa cual es el objeto de las mismas, cuales son los hechos que pretenden demostrar las pruebas propuestas, sin lo cual la prueba será inadmisibile por haber sido irregularmente promovida o por defecto u omisión en su promoción.

En cuanto a la identificación del objeto de la prueba en materia de posiciones juradas, Casación ha doctrinado lo siguiente:

Esta circunstancia ha sido recogida por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, cuando en sentencia de fecha 8 de junio del año en curso sostuvo lo siguiente:

“...La Sala Plena Accidental advierte que el querellante indicó los hechos que a su juicio constituyen los delitos de malversación específica o sobregiro presupuestario y tráfico de influencias. Sin embargo, se limitó a enunciar las pruebas que a su juicio evidencian la comisión de tales hechos punibles, sin indicar el contenido de ellas y lo que demuestran. Al respecto, el Magistrado de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Doctor JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO, ha expresado lo siguiente:

“Sólo expresando con precisión lo que se quiere probar con el medio que se ofrece, puede el Juez decidir si dicho objeto es o no manifiestamente impertinente, y por ello (sic) el Código de Procedimiento Civil (sic) de manera puntual requirió la mención del objeto del medio en varias normas particulares (arts. 502, 503, 505, 451, 433 y 472) y en forma general en el artículo 397, quedando exceptuados de dicha carga al promoverse la prueba: las posiciones juradas y los testigos, donde el objeto se señalará al momento de la evacuación. Todas estas normas buscan una mejor marcha del proceso, tratan de precisar lo pertinente, tratan de evitar que el Juez tenga que realizar la labor de valoración que le impone el art. 509 del CPC, sobre medios que por inadmisibles no se les ha debido dar entrada.

Pero la realidad ha resultado distinta a la que previno el CPC. A diario vemos en los Tribunales como se promueven medios sin señalarles que se quiere probar con ellos, (sic) y los Jueces los admiten. Es corriente leer escritos donde se dice ‘Promuevo documentos (públicos o privados) marcados A, B y C’, sin señalar que se va a probar con ellos (sic); o promuevo foto, inspección judicial, etc., sin indicar que se pretende aportar fácticamente al juicio, y que a pesar de que contrarían al art. 397 en la forma de ofrecerlos, a tales medios se les da curso”... (XXII JORNADAS “J.M. DOMÍNGUEZ ESCOVAR”. Derecho Procesal Civil [EL C.P.C. DIEZ AÑOS DESPUÉS], Pág. 247).

Igualmente, ha sostenido el Magistrado Cabrera Romero en su obra “Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre” Tomo I, lo siguiente:

“...En la mayoría de los medios de prueba, el promovente, al momento de anunciarlos, debe indicar que hechos trata de probar con ellos, por lo que resulta fácil comparar lo que se pretende probar, con los hechos alegados controvertidos y por tanto, calificar o no la pertinencia o la impertinencia manifiesta. Por tratar el objeto de la prueba de afirmaciones sobre cuestiones fácticas que cursan en autos (hechos alegados en la demanda y la contestación), al juez le es atribuida la calificación oficiosa de la pertinencia, medie o no oposición formal, lo que decidirá en el auto de admisión o negativa de prueba, que se dicta como consecuencia de la promoción.

Existen medios que pueden ser propuestos sin necesidad de señalar su objeto, tales como la confesión judicial, que se trata de provocar mediante posiciones juradas, y en el CPC de 1987, la prueba de testigos. Con ambos medios y otros semejantes, la oposición por impertinencia no funciona a priori y debe interponerse con motivo de la evacuación de la prueba, para que no se reciba toda ella o sectores de la misma. La oposición por esta causa queda diferida al instante de su evacuación...”

Esta Sala comparte los criterios expuestos por el citado autor, acogidos por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, **pero con el añadido que también en los casos de prueba de testigos y de confesión debe indicarse el objeto de ellas; es decir, los hechos que se tratan de probar con tales medios.**

En efecto, sólo de esa manera se puede explicar el texto del artículo 398 del Código de Procedimiento Civil, cuando señala que en el auto de admisión de las pruebas el Juez “...ordenará que se omita toda declaración o prueba sobre aquéllos hechos en que aparezcan claramente convenientes las partes” (Subrayado de la Sala).

Lo anterior no significa que al momento de promover la prueba, el interesado deba dejar constancia detallada de las preguntas que formulará al testigo o a la contraparte sino que debe exponer la materia u objeto sobre la cual versará la declaración, permitiendo de esa manera saber si lo que trata de probar, con la prueba de testigos, es una obligación superior a dos mil bolívares o lo contrario a lo que contiene un documento público, o si la confesión versará sobre hechos pertinentes de los cuales la parte tenga conocimiento personal o si se trata de hechos realizados por el apoderado en nombre de su poderdante.

Si no se cumple con este requisito no existirá prueba válidamente promovida, hecho que se equipara al defecto u omisión de promoción de prueba.

Lógicamente, para que pueda existir el vicio de silencio de pruebas es menester que existan pruebas válidamente promovidas desde luego que, de lo contrario, cada vez que un juez valore las resultas de una prueba promovida sin señalar su objeto específico estará quebrantando su deber de decidir conforme a lo alegado y violando el principio de igualdad procesal por sacar elementos de convicción de fuera del proceso, ya que, como se dijo en el punto previo III de este fallo, la actuación procesal inválida equivale a actuación inexistente y por ende ningún efecto puede producir.⁸⁹

Como se observa de la precitada sentencia en materia de posiciones juradas, Casación también exige el requisito de la identificación del objeto de la prueba, criterio contrario al sostenido por ese personaje tan nefasto que destruyó el Derecho en nuestro país mediante sentencias acomodaticias a favor de los intereses de la tiranía de turno, nos referimos al ilustre Jesús Eduardo CABRERA ROMERO. El criterio a que nos referimos del primero de los próceres señalados tendría su basamento en el hecho que por vía de excepción, para la promoción de las posiciones juradas se requería el señalamiento expreso del objeto de las mismas, pues al ser formuladas las posiciones o preguntas respectivamente, al momento de la materialización o evacuación de las pruebas, era hasta ese momento cuando podría verificarse la pertinencia, relevancia, conducencia, legalidad o licitud de la prueba, quedando de esta manera “diferida” la oposición para el momento de la evacuación de la prueba -oposición diferida- donde podía la parte oponerse “diferidamente” a la prueba, por ser ilegal, impertinente, irrelevante, inconducente o ilícita, haciendo uso al efecto de la vía de la reclamación o reclamo contenida en el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil, quedando obligado el operador de justicia a pronunciarse sobre esta circunstancia en el mismo acto. Pero el nuevo criterio sostenido por la Sala Civil extiende el requisito de la identificación del objeto de la prueba a la confesión provocada o posiciones juradas, exigiéndose al promovente señalar en forma expresa, no las posiciones que se formularán, sino la materia u objeto sobre la cual versará la declaración, todo lo cual permite precisar si la prueba promovida es legal, pertinente, irrelevante, conducente o lícita.⁹⁰

⁸⁹ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Ex -magistrado Franklin ARRIECHE GUTIERREZ, en el juicio de Cedel Mercado de Capitales C.A., contra Microsoft Corporation, de fecha 16 de Noviembre de 2.001, N° 363, expediente N° 00-132. Igualmente Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 3406 de fecha 04 de Diciembre de 2.003, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo CABRERA ROMERO, expediente N° 03-1336.

⁹⁰ Sin perjuicio de lo expresado remitimos al lector al Capítulo referido a los medios probatorios, donde hemos analizado el tema del apostillamiento, especialmente el disparate de sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, N° RC-00606, de fecha 12 de agosto de 2005, con ponencia de la ilustre magistrado Isbelia Josefina PÉREZ DE CABALLERO, expediente N° 03233.

En cuanto a la **admisión de las posiciones juradas** por parte del operador de justicia, encontramos que éste debe analizar la concurrencia de todos los requisitos señalados, caso en el cual de admitirlas, fijará el día y hora determinado para la absolución de las posiciones juradas, así como el día y hora para que tenga lugar el acto recíproco de absolución, previa la citación del absolvente original, pues el absolvente recíproco luego de producida la citación del primer absolvente, se entiende a derecho para el acto recíproco; la citación del absolvente debe hacerse en forma personal, tal como lo prevé el artículo 416 del Código de Procedimiento Civil.

Por otra parte el acto recíproco de absolución de posiciones juradas, tendrá lugar luego de evacuada las posiciones juradas del absolvente original, tal como se analizará posteriormente, de manera que el operador de justicia al producir la admisión de las posiciones juradas, debe fijar primeramente la realización del acto original de absolución de posiciones juradas, para un día y hora determinado previa la citación del absolvente, y seguidamente el día y hora en que se realizará el acto recíproco, sin necesidad de la citación del absolvente recíproco, quien se encuentra a derecho, de manera que no pueden invertirse los actos, ya que el recíproco –como se verá- siempre tendrá lugar en la medida que el acto inicial u original de posiciones juradas, haya tenido lugar, en otras palabras, el acto recíproco depende de la ocurrencia del acto inicial.

4. SUJETOS QUE PUEDEN PROPONER LAS POSICIONES JURADAS. SUJETOS QUE ESTAN OBLIGADOS A ABSOLVER LAS POSICIONES JURADAS.

Las posiciones juradas o confesión provocada son instrumentos que pueden utilizar las partes en el proceso judicial, para dirigirse preguntas de carácter afirmativas o asertivas sobre hechos controvertidos de carácter personal o de los cuales tenga conocimiento el absolvente, para extraerle de esta manera una confesión, en la medida que las respuestas reconozcan la existencia u ocurrencia de hechos perjudiciales, lo que se traduce que la posiciones juradas es la forma como pueden las partes interrogarse en el proceso, en procura de obtener confesiones judiciales, circunstancia ésta que nos coloca frente a la situación que toda confesión judicial es una declaración de parte, mas no toda declaración de parte puede constituir una confesión, siendo el perjuicio el elemento diferenciador o mas bien calificador de la confesión o de la declaración de parte, de manera que en la medida que la parte reconozca como cierto un hecho que le perjudique, habrá confesión, mas cuando se limita a declarar un hecho que le beneficia, estaremos frente a una simple o mera declaración de parte que pudiera ser apreciada por el operador de justicia libremente –sana crítica- como un indicio emanado de la conducta de las partes.

Pero ¿quiénes pueden pedir en el proceso judicial las posiciones juradas?

Lógicamente que siendo las posiciones juradas instrumentos para inducir a una confesión judicial como medio probatorio, son las “**partes**” quienes pueden en el proceso solicitar la mecánica de la confesión provocada, bien con asistencia letrada o mediante su apoderado judicial. Pero **¿el apoderado judicial requiere facultad expresa para proponer las posiciones juradas?**

Sobre este aspecto hemos afirmado que el **apoderado judicial** que actúa en el proceso como consecuencia de un mandato otorgado al efecto por su cliente, no requiere que el instrumento poder lo faculte en forma expresa para proponer posiciones juradas, al no constituir uno de los actos para los cuales se requiera de facultad expresa a que se refiere el artículo 156 del Código de Procedimiento Civil, ya que se trata de un simple mecanismo o instrumento de carácter procesal que tiene por finalidad obtener confesiones judiciales de las partes. En consideración a la reciprocidad que indica que el abogado cuando propone las posiciones juradas indirectamente propone la confesión provocada para su cliente, quien tendrá que acudir en la oportunidad señalada por el órgano jurisdiccional a absolver posiciones juradas de manera recíproca, no representa un obstáculo para impedir o limitar la posibilidad de solicitar posiciones juradas con un instrumento poder que no contenga la facultad expresa para tal , ya que en definitiva se trata de una actividad procesal típica que tiene por objeto proponer medios para conducir al proceso fuentes que permitan demostrar los extremos de hecho afirmados o negados que son el fundamento de la pretensión o excepción, de manera que afirmamos que el apoderado judicial perfectamente puede proponer las posiciones juradas sin requerir o necesitar de instrumento poder con facultad expresa para tal fin, al tratarse de una facultad implícita o tácita, típica del proceso judicial.

En caso de **litisconsorcios** sean activos o pasivos hay que diferenciar si son necesarios o facultativos. Así en el caso de **litisconsorcio facultativo** cualquier de los litisconsortes puede solicitar posiciones juradas, donde el formulante de las posiciones será el litisconsorte solicitante, quien se obliga recíprocamente, no así los demás litisconsortes, pues éstos se entienden que actúan en sus relaciones con la parte contraria y mientras no resulte otra cosa de disposiciones de ley, como litigantes distintos, de manera que los actos de cada uno de ellos no aprovechan ni perjudican a los demás, tal como lo regula el artículo 147 del Código de Procedimiento Civil; si las posiciones son pedidas para que sean absueltas por un litisconsorcio facultativo, debe señalarse o especificarse cual de los sujetos es el que absolverá las posiciones juradas, y en el caso del acto recíproco, solo éste litisconsorte facultativo será quien tenga el derecho a formular posiciones, no así los demás litisconsortes, quienes si pretendían formular posiciones, debieron proponer la confesión provocada.

En caso de **litisconsorcios necesarios** a que se refiere el artículo 148 del Código de Procedimiento Civil, al proponerse por cualquiera de ellos quedan obligados todos a absolver recíprocamente, pudiendo preguntar cualquiera de ellos, incluso, todos tendrían derecho a preguntar

debiéndose poder de acuerdo al efecto, pues y como veremos las posiciones no pueden pasar de veinte; en tanto que si se solicitan posiciones juradas a un litisconsorcio necesario, todos están obligados a absolver y en el acto recíproco, todos tienen derecho a formular posiciones juradas en la forma indicada.

Destaquemos que en caso de litisconsorcios, sean necesarios o facultativos, activos o pasivos, estos no pueden solicitarse posiciones juradas entre ellos, dado que conforme a lo previsto en el artículo 406 del Código de Procedimiento Civil, las posiciones juradas deben ser solicitadas a la parte contraria, no siendo los litisconsortes entre sí partes contrarias, circunstancia esta que igualmente se presenta en caso del tercero adhesivo o litisconsorcial, quien forman una sola parte –litisconsorcio- que no pueden considerarse como contrapartes; mas en cuanto a los terceros excluyentes, pueden perfectamente solicitar posiciones juradas a cualquiera de las partes originales, actor o demandado, o a ambas.

ALSINA al tratar este tema nos dice que en litisconsorcio existe una unidad de relaciones procesales y pluralidad de sujetos, cada uno de los cuales actúa como parte autónoma, por lo que cualquiera de ellos puede exigir que cualquiera de sus adversarios absuelva posiciones; pero un litigante no puede poner posiciones –dice- a un litisconsorte por no tratarse de un contrario en la *litis*, aunque podría ofrecerlo en calidad de testigo.⁹¹

Por su parte MONTERO AROCA al referirse al caso de los litisconsortes necesarios, explica que la única manera de que la confesión tenga valor consiste en que todos los litisconsortes contesten afirmativamente a la misma posición, pero que en otro caso no quedaría mas remedio que estimar que han de apreciarse libremente por el juez y de modo conjunto, todas las confesiones, pues la de uno no puede perjudicar a los otros.⁹²

El **sustituto procesal** y los **terceros** que ingresen al proceso conforme a lo previsto en el artículo 370 del Código de Procedimiento Civil para el último de los señalados, bien en forma voluntaria o forzada, perfectamente pueden proponer posiciones juradas, pues al presentarse en el proceso por las vías o canales regulares y legales de la norma en comento, pasan a formar parte de la relación procesal, vale decir, se constituyen en partes.⁹³

Por otro lado el **judicante** no puede oficiosamente en el proceso –civil- solicitar o proponer posiciones juradas, pues la ley no se lo permite, pero no obstante goza de las facultades oficiosas de interrogar a las partes en el marco de diligencias probatorias a que se refiere el artículo 401.1 del Código de Procedimiento Civil y en el marco de los denominados autos para mejor proveer a que se refiere el artículo 514.1 *ejusdem*; incluso en los sistemas de procedimiento laboral y de niños y adolescentes como

⁹¹ Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. p. 335.

⁹² Juan MONTERO AROCA. Ob. cit. p. 137.

⁹³ Véase Lino Enrique PALACIO. Ob. cit. T. IV. p. 513.

hemos señalado en otro momento, donde el tema de las posiciones juradas es reconducido ahora a la declaración de parte oficiosa, la mecánica queda ahora en cabeza del judicante, presentándose como una mera actividad oficiosa.

En cuanto al **defensor judicial** no puede proponer las posiciones juradas, pues aún cuando no existe norma que se lo prohíba ni norma que le indique que requiere facultad expresa para tal solicitud, el problema se presenta en la reciprocidad, pues si bien puede proponer la pruebas, no podrá absolver las posiciones juradas en forma recíproca, lo que se traduce en que el defensor judicial, quien precisamente es quien garantiza el derecho constitucional del ausente en el proceso judicial, no puede proponer posiciones juradas.

Entendiendo que son las partes –actor o demandado- o sus apoderados quienes pueden proponer las posiciones juradas en el proceso judicial, nos preguntamos ahora **¿quiénes pueden ser llamados a absolver posiciones juradas?**

Primeramente están obligados a contestar bajo juramento las posiciones que se le formulen, las “partes” en el proceso judicial, tal como lo regula el artículo 403 del Código de Procedimiento Civil, al señalar [...] *Quien sea **parte** en el juicio estará obligado a contestar bajo juramento las posiciones que le haga la parte contraria sobre hechos pertinentes de que tenga conocimiento personal.*” Estas partes a que se refiere la norma en comento pueden ser no solo personas naturales sino también personas jurídicas, se trate o no de litisconsorcios activos o pasivos necesarios o facultativos, de terceros que se hacen parte en el proceso mediante la vía de la tercería voluntaria o forzada a que se refiere el artículo 370 del Código de Procedimiento Civil, pero además de las partes a que se refiere el artículo transcrito, conforme a lo preceptuado en el artículo 407 *eiusdem*, pueden ser llamadas a absolver posiciones juradas el apoderado judicial por los hechos realizados en nombre de su mandante y los representantes de los incapaces sobre hechos en que hayan intervenido personalmente con ese carácter, sujetos éstos que se analizarán en el siguiente punto.

5. ABSOLUCIÓN DE POSICIONES JURADAS POR PERSONAS JURÍDICAS. LA DELAGACIÓN.

Como se viene señalando en el proceso judicial pueden solicitarse posiciones juradas a las partes, sean éstas personas naturales o jurídicas, siendo que en éste último caso el artículo 404 del Código de Procedimiento Civil, dispone [...] **Si la parte fuere una persona jurídica absolverá las posiciones el representante de la misma según la ley o el Estatuto Social.** Sin embargo, **el representante de la persona jurídica o el apoderado de ésta, mediante diligencia o escrito, pueden designar a otra persona para que absuelva en**

*su lugar las posiciones, **por tener ésta conocimiento directo y personal de los hechos de la causa**, quien se entenderá citada para la prueba y quedará obligada a contestar las posiciones.”* De la norma trascrita se observa que es viable solicitar posiciones juradas a personas jurídicas cuando estas son parte en el proceso, caso en el cual el sujeto –persona natural- que deberá absolver las posiciones será el representante legal de estas personas jurídicas según la ley o lo que dispongan los estatutos de la empresa.

En materia de personas jurídicas privadas, sus representantes conforme a los estatutos de las mismas, son quienes deben absolver las posiciones juradas, sus administradores y en caso de ausencia de establecimiento en los estatutos de los representantes, absolverán posiciones juradas los representantes conforme a la ley; pero en este tema la ley permite la denominada figura de la **delegación en materia de posiciones juradas**, conforme a la cual el representante de la persona jurídica –bien por ley o por los estatutos sociales- llamada a absolver posiciones juradas, puede delegar la absolución a otra persona que designará al efecto, por tener esta conocimiento directo y personal de los hechos debatidos, lo que descansa en el hecho no solamente de la satisfacción de una exigencia de justicia, pues no siempre el representante legítimo de la persona jurídica tiene conocimientos personales sobre los hechos que se debaten, sino que se agrega que con ello se elimina la resistencia que ofrecen los representantes a someterse a la prueba de posiciones juradas, agregándose una pronta evacuación de la prueba y mayor certeza en sus resultados. Son éstos los supuestos motivos que originaron la creación de la figura de delegación en materia de posiciones juradas, que ha sido criticado por la doctrina vernácula con el argumento de crearse una desigualdad frente a las personas naturales que no pueden delegar la absolución de posiciones juradas, argumentación ésta a todas luces ridícula e incorrecta, pues precisamente habrá mayor efectividad, seguridad y precisión en la evacuación de la mecánica cuando se delega la absolución a las personas que efectivamente tienen conocimiento personal sobre los hechos que se debaten y sobre los cuales recae las posiciones juradas, como sucede en la delegación que se hace a los gerentes de sucursales, como lo expresa BELLO LOZANO-MÁRQUEZ.⁹⁴ Este banal criterio por ejemplo fue el sostenido para eliminar las posiciones juradas del elenco de medios probatorios utilizables en materia laboral, a lo que se sumaría el también ridículo argumento nada jurídico ni académico, referido a la desigualdad existente entre la preparación o formación de la persona del patrono –quien se dice generalmente proviene de las clases pudientes y explotadores de la clase obrera- y del trabajador –quien se dice generalmente proviene de las clases humildes y sin estudios- en tratándose en realidad de un argumento de propaganda política sin base sostenible, que peor aún fuera defendido por ilustres magistrados de la Sala de Casación Social, como lo fueron Omar Alfredo MORA DÍAZ y Juan Rafael PERDOMO, durante el tiempo del oscurantismo de la Sala.

⁹⁴ Humberto BELLO LOZANO MARQUEZ. Ob. cit. p. 155.

Pero ¿cómo debe hacerse la delegación y en qué momento procesal?

La misma norma –artículo 404 del Código de Procedimiento Civil- señala que la delegación debe realizarse mediante diligencia o escrito que presente el representante legal de la persona jurídica o su apoderado en el tribunal de la causa, actos procesales de partes que pueden realizar sin necesidad de facultad expresa para ello, pues no lo exige la norma. La delegación se hace mediante la designación de la otra persona –identificación- que absolverá las posiciones juradas de la persona jurídica en nombre del representante legal, que tiene su origen o motivo en el hecho que precisamente éste –el designado- tiene conocimiento directo y personal sobre los hechos debatidos que se preguntarán por conducto de las posiciones juradas, circunstancia ésta que nos permite afirmar que el delegado no podría excusarse de contestar las posiciones juradas con el argumento de no tener conocimiento de los hechos sobre los cuales se pregunta en las posiciones juradas, caso en el cual el operador de justicia al momento de sentenciar, deberá tener por confesa a la parte –delegado o designado- sobre aquellas respuestas ambiguas o no terminantes, cuando haya manifestado no tener conocimiento de los hechos que se le preguntan.

En cuanto al momento procesal cuando puede hacerse la delegación mediante la designación de otra persona que absuelva las posiciones juradas por tener conocimiento directo y personal de los hechos debatidos, encontramos que debe hacerse en cualquier momento –luego de citado el absolvente- hasta antes que se anuncie el acto de posiciones juradas, pues ya anunciado, quien debe absolver posiciones es el representante legal de la persona jurídica, lo cual conlleva a que abierto el acto luego de anunciado, el representante legal no puede acto seguido designar un delegado que absolverá posiciones juradas; pero otra posición contraria a la anterior, que pudiera asumirse al respecto, es que si bien el legislador no señala oportunidad preclusiva para presentar la diligencia o escrito mediante la cual se haga la delegación, sería un formalismo contrario a la Constitución que no se le permitiera al representante legal de la empresa o a su apoderado, luego de anunciado el acto, que manifestara que la absolución de las posiciones juradas será por un delegado. Este criterio no es correcto, pues primeramente el legislador indica que la delegación debe realizarse mediante diligencia o escrito, el cual conforme a lo previsto en los artículos 106 y 107 del Código de Procedimiento Civil, se presentan ante la secretaría del tribunal, de manera que no fue previsto que en el propio acto de absolución se realizara la delegación, aún cuando podría suceder –caso poco probable pero no imposible- que en el mismo momento que se esté anunciando el acto, se presente en secretaría la diligencia o el escrito contentivo de la delegación, pero en todo caso y anunciado el acto, ya no puede permitirse la delegación, ni siquiera mediante diligencia o escrito presentado en secretaría, aún incluso cuando todavía no se haya comenzado a levantar el acta respectiva. Destacamos que lo señalado resulta dificultoso especialmente con el cáncer que se nos ha impuesto desde el Tribunal Supremo de Justicia con el famoso sistema “*invis*” o computarizado, conforme al cual ya no se presentan

las diligencias –ni escritos- directamente ante la secretaría del tribunal sino ante funcionarios administrativos encargados de recibir la misma, que desde la noción del sistema de procedimiento regulada en el Código de Procedimiento Civil, no existen, no son nadie, pues y conforme al Código el tribunal se compone por el juez, secretario y el alguacil, composición que no puede ser modificada por un acto administrativo emanado de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia cuando creó circuitos judiciales y sistemas computarizados que a todas luces son contrarios al contenido del Código, que por lógica jurídica y conforme a la ley, no se encuentra jerárquicamente por encima de una ley –Código de Procedimiento Civil- regla o principio constitucional del Derecho que ha sido absolutamente desconocida y burlada por los científicos que desde hace un década se han encargado sistemáticamente de destruir el sistema constitucional.

En todo caso hecha la delegación y designada la persona que absolverá las posiciones juradas en sustitución del representante legal de la persona jurídica por tener conocimiento personales de los hechos debatidos, no se requerirá citación, pues la citación personal exigida es para el representante legal de la persona jurídica, de manera que hecha ésta, en caso de producirse la delegación, el delegado se entiende citado quedando obligado a contestar las posiciones.

Advertimos que la figura de la delegación en materia de posiciones juradas, es solo permitido en casos de personas jurídicas, las personas naturales obligadas a absolver posiciones juradas no pueden realizar tal delegación, ni a sus apoderado judiciales ni en ninguna otra persona, circunstancia esta que no resulta inconstitucional ni ilegal, al no vulnerar el equilibrio procesal ya que precisamente la delegación en casos de personas jurídicas, tiene su motivación en la existencia de una persona natural que tiene conocimiento de los hechos debatidos en el proceso judicial, diferente a los representantes de las personas jurídicas, lo cual en definitiva facilita y abona para la verificación de los hechos debatidos.

Si es la persona jurídica quien solicita las posiciones juradas, para el acto recíproco es también viable la utilización de la delegación, en cuyo caso la misma podría anunciarse, mas aún designar al delegado en el propio escrito de promoción de las posiciones juradas o en diligencia o escrito posterior, siempre que sea presentado antes del anuncio del acto recíproco.

6. ABSOLUCIÓN DE POSICIONES JURADAS POR APODERADOS JUDICIALES Y REPRESENTANTES DE INCAPACES.

Por vía excepcional también pueden ser llamados a absolver posiciones juradas los apoderados judiciales de las partes litigantes o los representantes de los incapaces, tal como lo prevé el artículo 407 del Código de Procedimiento Civil, que señala [...] *Además de las partes, pueden ser llamados a absolver posiciones en juicio:*

el apoderado por los hechos realizados en nombre de su mandante, siempre que subsista mandato en el momento de la promoción de las posiciones y los representantes de los incapaces sobre los hechos en que hayan intervenido personalmente con ese carácter.”

Los **apoderados**, sean judiciales o legales, pueden perfectamente ser llamados al proceso para absolver posiciones juradas, lo que no significa que en el caso del apoderado judicial, éste pueda absolver las posiciones juradas en nombre de su patrocinado, por el contrario, las posiciones juradas no se encuentran dirigidas a la parte sino directamente al apoderado, quien puede ser llamado para absolver posiciones juradas, las cuales deberán recaer sobre aquellos hechos que haya realizado en nombre de su mandante, que sean debatidos en el proceso judicial. Estas posiciones juradas recaerán sobre esos hechos personales o de los cuales tenga conocimiento el apoderado, por haberlos realizado en nombre del mandante que es parte en el proceso, estableciéndose como otro requisito adicional a los analizados para la admisión de las posiciones juradas, que el mandato subsista, que no haya sido revocado por cualquier motivo al momento de la promoción.

Este elemento o requisito de subsistencia del mandato al momento de promoverse las posiciones juradas, a primera vista resulta lógico, pues tiende a evitar que la parte, ante la proposición de las posiciones a su apoderado, para evitar perjuicios y frustrar la mecánica –conducta chicanera- revoque el mandato; creemos que lo que debió establecerse era que haya sido revocado o no el mandato para el momento de la promoción de las posiciones juradas, lo importante es que se tratara de hechos pasados realizados o de los cuales tuviera conocimiento personal el apoderado, por haberlos hecho en nombre de su mandante y que se debaten en el proceso, circunstancia esta mas lógica que lo previsto en la legislación civil. En todo caso para la procedencia de las posiciones juradas del apoderado, además de los requisitos antes analizados se requiere:

- a. Que las posiciones juradas recaigan sobre hechos controvertidos, realizados por el apoderado o de los cuales tiene conocimiento, en nombre de su mandante.
- b. Que para el momento de proponerse o promoverse las posiciones juradas el mandato subsista.

En relación al primer requisito resulta interesante precisar, que si al momento de la evacuación de las posiciones juradas se formulan preguntas asertivas relacionadas con hechos no realizados por el apoderado judicial o de los cuales tenga conocimiento, incluso sobre hechos que deba guardar el secreto profesional conforme al Código de Ética Profesional del Abogado Venezolano, el juez debe calificarlas y ante una eventual oposición declararla procedente y eximir al apoderado de responder, salvo que se reserve la oportunidad de la sentencia definitiva, donde deberá desechar todas la posiciones juradas no referidas a hechos que haya realizado el apoderado en nombre de su mandante.

Pero otro requisito que se ha discutido en la doctrina, se refiere a si el apoderado para poder absolver posiciones juradas sobre hechos realizados en nombre de su mandante o de los cuales tenga conocimiento, requiere de facultad expresa en el mandato para absolver posiciones juradas. Al respecto, una parte de la doctrina de la jurisprudencia vernácula se inclina por lo afirmativo, que se requiere facultad expresa sin lo cual no podrán absolver posiciones juradas el apoderado, ello fundamentado en el hecho que se trata de un acto que escapa de la simple administración; en tanto que otra parte de la doctrina e incluso de la jurisprudencia de vieja data se inclina por lo negativo, pues considera que se trata de una facultad implícita o tácita; nosotros creemos que no se requiere de facultad expresa en el mandato para que el apoderado pueda absolver posiciones juradas, pues no se trata de comprometer o no a su mandante o ex –mandante, sino de averiguar la forma cómo ocurrieron los hechos pasados ocurridos y debatidos en el proceso presente, se trata de demostrar la ocurrencia o existencia de hechos que se debaten, que pudieran haber sido realizados personalmente por el apoderado o que tiene conocimiento de los mismos, lo cual nos motiva a expresar que no se requiere de una facultad expresa para que el apoderado pueda absolver posiciones juradas, incluso, el criterio contrario podría fomentar un fraude a la ley y al proceso, contrario a la buena fe procesal y a los fines del proceso, como lo es la justicia mediante la verificación de los hechos con los medios de prueba, todo aunado a que se trata de un acto personalísimo del apoderado que no puede frustrarse con la artimaña de no existir facultad expresa, pues el legislador no la exigió en forma alguna.

Es posible que el mandatario o apoderado no comparezca al acto de posiciones juradas luego de citado personalmente, caso en el cual se procederá a estampar las mismas, sin perjuicio que la parte –mandante- pueda exigir las responsabilidades pertinentes –civiles y disciplinarias- al apoderado que con su conducta omisiva le perjudicó procesalmente.

En cuanto al acto recíproco, quien formulará las preguntas será el apoderado judicial del absolvente original, no el apoderado que absolvió posiciones juradas, salvo que se trate del apoderado judicial que esté actuando o representando en el mismo proceso.

En cuanto a las personas jurídicas de carácter mercantil, debe aplicarse el contenido del artículo 1115 del Código de Comercio, que expresa [...] *Están obligados a absolver posiciones juradas, en los juicios mercantiles, aunque su mandato no les dé facultad para ello, los factores y representantes legítimos de las compañías, sobre hechos de que tengan conocimiento personal.*” El factor mercantil conforme a lo previsto en el artículo 94 *ejusdem*, es el gerente de una empresa o establecimiento mercantil o fabril, que administra por cuenta del dueño, el cual debe estar constituido por instrumento anotado en el Registro Mercantil, tal como lo regula el artículo 95 *ibidem*.

Los otros sujetos diferentes a las partes que pueden absolver posiciones juradas, son los **representantes de los incapaces** –entredichos o inhabilitados- siempre que se trate de hechos en que hayan intervenido personalmente con tal carácter, de manera que las posiciones juradas deben versar sobre hechos realizados por ellos en forma personal en su carácter de representantes de los incapaces y toda pregunta que verse sobre hechos diferentes, debe ser calificada por el juez, eximiendo de responder al representante o desechándola en la sentencia definitiva las respuestas que sobre hechos diferentes se hagan, tal como sucede con el apoderado, quien solo puede dar respuesta sobre hechos que haya realizado en nombre de su mandante o de los cuales tenga conocimiento.

7. ABSOLUCIÓN DE POSICIONES JURADAS POR ADOLESCENTES Y POR EL FALLIDO EN MATERIA CONCURSAL.

El artículo 407 del Código de Procedimiento Civil antes analizado, pareciera que no permite que los adolescentes pudieran en el proceso absolver posiciones juradas, pues en todo caso serían sus representantes quienes absolverían en su nombre, pero esto no es así, pues los representantes se encuentran limitados a los hechos en que hayan intervenido personalmente con ese carácter, circunstancia esta que nos coloca nuevamente frente a la interrogante **¿los adolescentes pueden absolver posiciones juradas?**

Con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica Para la Protección del Niño, Niña y Adolescente, a éstos últimos se les ha dado un gran poder y capacidad, incluso hasta el punto de poder acudir al proceso, instaurar una demanda sin asistencia de sus representantes y sin asistencia letrada –mayor disparate- pudiendo crear sindicatos, suscribir contratos colectivos, realizar huelgas, además de un conjunto de actividades que pueden realizar que son propias de los mayores, de ahí que consideremos que resulta viable, ante esas grandes facultades y capacidades previstas en la legislación especial, que éstos absuelvan posiciones juradas en el proceso judicial, pues en definitiva se trata de una mecánica para verificar los hechos debatidos, que en forma alguna vulnera los derechos de los adolescentes; incluso en materia mercantil –artículo 12 del Código de Comercio- los menores autorizados para comerciar, se reputan mayores en el uso que hagan de la autorización, pudiendo comparecer en el proceso judicial por sí, lo que se traduce en que pueden perfectamente –teniendo capacidad o legitimación procesal- absolver posiciones juradas. No obstante a lo dicho nos mostramos contrarios a todos esos poderes que se les han dado a los adolescentes, especialmente cuando estos son propensos a la manipulación de sus criterios con fines de ideologías políticas como ha sucedido en la casi dos últimas décadas en nuestro país al mejor

estilo cubano, que ha destruido la sociedad venezolana y dividido a nuestras familias por rencores políticos que nunca en la historia se habían vivido.

En cuanto al **fallido** cuando se refiere a procesos de quiebra o falencia, encontramos que conforme a la ley mercantil –Código de Comercio- producida o declarada la quiebra, el comerciante pierde no solo la administración de sus bienes –salvo los personales- sino el poder de disposición y de contraer sobre ellos nuevas obligaciones, tal como lo dispone el artículo 939 del Código de Comercio, siendo incapaz –inhabilitado- para realizar actos de comercio y de ejercer la administración y representación de sus bienes, de sus derechos e intereses en procesos judiciales, pues al declararse la falencia, la administración de sus bienes pasa a la masa de acreedores, en la persona de los síndicos. Todas las acciones –salvo las personales del fallido- se seguirán por los síndicos o eventualmente con los acreedores que sean designados liquidadores, quienes representan a la masa de acreedores y se suplantán en la administración de los bienes del fallido, tal como lo regula el artículo 940 *ejusdem*, de manera que al no tener el fallido la administración y disposición sobre sus bienes, siendo inhabilitado, no puede confesar válidamente en procesos donde se vean involucrados sus bienes –salvo que sean personales- incluso en el mismo proceso concursal, por lo que no puede ser sujeto de posiciones juradas; pero cuando se trata de bienes no concursados, personales del fallido, perfectamente puede ser sujeto de posiciones juradas.

Pero ¿podrán los síndicos o los acreedores que se constituyan en liquidadores ser sujetos de posiciones juradas, cuando se trata de cuestiones relacionadas con la falencia?

Al respecto nos inclinamos por la respuesta negativa, pues las posiciones juradas como medio para obtener una confesión provocada y ésta como medio de prueba, debe indefectiblemente recaer sobre hechos propios, personales o de los que tenga conocimiento el confesante y ni los síndicos ni los acreedores designados liquidadores, pueden confesar en nombre o representación del fallido, pues no se tratará nunca de hechos propios, personales o de los que tenga conocimiento.

8. PERSONAS QUE NO ESTÁN OBLIGADAS A ABSOLVER POSICIONES JURADAS.

Como hemos señalado en puestos anteriores no siempre las posiciones juradas resultan legales, pues en algunos casos se encuentra prohibida por la ley, cuando se trata de determinados sujetos que deben absolverlas, como sucedía con el artículo 19 de la derogada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, donde las autoridades y representantes legales de la República no estaban obligados a absolver posiciones juradas, pudiendo en todo caso contestar por escrito las preguntas que en igual forma les hiciera el operador de justicia o la contraparte sobre hechos que tuvieran conocimiento personal o directo, regulación que no apareciera en la actual Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010,

aunque el mismo tenor se presenta en el artículo 78 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República que establece [...] *Ni las autoridades, ni los representantes legales de la República, están obligados a absolver posiciones juradas, ni a prestar juramento decisorio, pero deben contestar por escrito las preguntas que, en igual forma, les hicieren el Juez o la contraparte sobre hechos de que tengan conocimiento personal y directo.*”

En materia tributaria y conforme a lo previsto en el artículo 269 del Código Orgánico Tributario, no es permisible la prueba confesional para los funcionarios de la administración señalando al efecto [...] *A tal efecto, serán admisibles todos los medios de prueba, con excepción del juramento y de la confesión de funcionarios públicos, cuando ello implique la prueba confesional de la Administración.*”; en materia de procedimientos contenciosos administrativos agrarios y demandas contra los entes estatales, el artículo 170 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, prohíbe a las autoridades y representantes legales de los entes agrarios absolver posiciones juradas, señalando al efecto [...] *No obstante, ni las autoridades ni los representantes legales de los entes agrarios, estarán obligados a absolver posiciones juradas, ni a prestar juramento decisorio. La confesión espontánea del funcionario o funcionaria pública, o de los sustitutos o sustitutas no tendrá valor probatorio.*”

En cuanto a los Institutos Públicos y los Institutos Autónomos, conforme a lo previsto en el artículo 98 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, gozan de los mismos privilegios y prerrogativas que la Ley acuerde a la República, de manera no están obligados a absolver posiciones juradas, norma que indica [...] *Los institutos públicos gozarán de los privilegios y prerrogativas que la ley acuerde a la República, los estados, los distritos metropolitanos o los municipios.*”, también el artículo 101 que dispone [...] *Los institutos autónomos se regularán conforme a las disposiciones previstas en la presente sección, y todas aquellas que les sean aplicables a los institutos públicos*”, circunstancia esta que consideramos igualmente aplicable para las autoridades y representantes de los Estados, mas no para el caso de los municipios, pues si bien la anterior Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989, en su artículo 102 hacía extensible los privilegios y prerrogativas que la Ley concede a la República a los municipios, el último texto que regula la materia bajo la denominación de Ley Orgánica del Poder Público Municipal, nada dice al respecto.

En los casos de los privilegios de la República –trátase de Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Electoral, Ciudadano- y otras autoridades y representantes señalados, así como a los entes que se les haga extensible el privilegio, si bien no están obligados a absolver posiciones juradas, es decir, que para ellos no puede admitirse esta mecánica, existe un régimen especial para que éstos respondan a las preguntas que le formulen su contraparte en el proceso judicial o el propio operador de justicia, en los casos permitidos, que consiste en remitirle por escrito las posiciones juradas que deberán responder, sobre hechos controvertidos propios, personales o de los cuales tenga conocimiento, en función a la actividad que desempeñen, circunstancia esta que resulta aberrante y contrario al principio de igualdad procesal, pues en el proceso todos los sujetos deben considerarse iguales sin privilegios ni prerrogativas, todo a

propósito que se pierde la esencia de la mecánica, pues no se podría controlar que la persona que efectivamente tiene que responder las preguntas, sea quien las responda, ya que esta podría delegar a otro sujeto para que respondiera el cuestionario; además, no se podría controlar que quien respondiera las preguntas no consultara a otros sujetos, papeles o documentos, de manera que no estamos realmente frente a posiciones juradas, sino a un simple cuestionario interrogativo que debe llenar o responder el representante o autoridad de la República o ente que tenga tal privilegio, por demás lesivo del derecho de igualdad procesal, que tiene rango constitucional.

Por otro lado si las posiciones juradas se hacen ilegales –por prohibidas- a la República o cualquier otro ente que goce del privilegio o prerrogativa, deviene en consecuencia, que éstos tampoco puedan solicitarlas en el proceso judicial, ya que nunca podrían cumplir con el requisito de la reciprocidad que resulta esencial para la admisión de la mecánica, pensar lo contrario como lo hace alguna doctrina vernácula, sería fomentar aún mas la desigualdad procesal y la vulneración al texto constitucional.

9. PERSONAS QUE NO ESTAN OBLIGADAS A COMPARECER AL PROCESO PARA ABSOLVER POSICIONES JURADAS.

Si bien son las partes, los apoderados o los representantes de los incapaces personas obligadas a comparecer al proceso a absolver posiciones juradas, existen personas que se encuentra eximidas, no de absolver posiciones juradas, sino de comparecer al proceso a absolverlas, regulándose al efecto un trámite especial para que respondan las preguntas asertivas, tal como lo norma el artículo 408 del Código de Procedimiento Civil, que expresa [...] No están obligados a comparecer al Tribunal a absolver posiciones las personas eximidas por la ley de comparecer a declarar como testigos. En estos casos, la prueba se realizará siguiendo las previsiones de la prueba de testigos, en cuanto sean aplicables.” Las personas que no están obligadas a comparecer al proceso a declarar como testigos, se encuentra regulado en el artículo 495 del Código de Procedimiento Civil, que expresa [...] **Se exceptúan de lo dispuesto en la parte primera del artículo anterior: El Presidente de la República o quien hiciere sus veces; los Ministros, los Senadores y Diputados al Congreso de la República durante el período de inmunidad, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los Gobernadores de Estados, de Territorios Federales y del Distrito Federal, los Arzobispos y Obispos titulares de Arquidiócesis y Diócesis, y los integrantes del Alto Mando Militar. Las partes podrán pedir que las personas exceptuadas contesten por oficio o escrito dirigido al Tribunal, los puntos del interrogatorio y las preguntas escritas que presentare la parte promovente, o que rindan su declaración ante el tribunal constituido, en la morada del testigo, debiendo entonces éste**

responder a las preguntas verbales que le haga la otra parte. Los Jefes de Misiones Diplomáticas y aquellos de sus empleados que gocen de extraterritorialidad, no están obligados a testificar. Cuando espontáneamente consientan en ello, el Tribunal les libraré una rogatoria a los efectos del párrafo anterior.”

Conforme a las disposiciones legales trascritas, se encuentran obligados a absolver posiciones juradas mas no a comparecer al proceso, el Presidente de la República o quien hiciere sus veces; los Ministros, los Diputados a la Asamblea Nacional, durante el período de inmunidad, los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, los gobernadores de Estados, los arzobispos y obispos titulares de arquidiócesis y diócesis, y los integrantes del alto mando militar, quienes –se insiste- tienen la obligación de absolver posiciones juradas, no así de comparecer al proceso a absolverlas, previsión legal que con motivo a la Constitución de 1999, debe extenderse al Vicepresidente de la República, al Fiscal General de la República, Contralor General de la República, Defensor del Pueblo, Procurador General de la República, Rectores del Consejo Nacional Electoral, Ministros y otros altos funcionarios, en el sentido que se explica a continuación.

Como hemos expresado en puntos anteriores, ni las autoridades ni los representantes de la República, se encuentra obligados a absolver posiciones juradas, contra ellos no procede las posiciones juradas, bien se trate de autoridades o representantes del Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Electoral o Ciudadano, privilegio éste que se hace extensivo a las autoridades o representantes de los Estados, así como a los Instituto Públicos y Autónomos entre otros sujetos; pero la excepción a que se refiere el artículo 408 en concordancia con el artículo 495 del Código de Procedimiento Civil, entendemos se refiere cuando las posiciones juradas sean solicitadas a cualquiera de éstos altos personeros de la República, no como autoridades o representantes sino en sus condiciones de personas naturales, por obligaciones contraídas por éstos en forma personal y no en representación de la República, caso en el cual y en vista de la importancia que reviste el cargo público que ejercen, que no debe ser interrumpido por el llamado a un tribunal de la República para absolver posiciones juradas, se crea una especie de privilegio en cuanto a la forma de evacuación de las posiciones juradas, siendo así como existe la no obligación de comparecer a absolver posiciones juradas en el tribunal de la causa, mas sí de absolverlas en la forma que regula la ley, salvo el caso de jefes de misiones diplomáticas y empleados que gocen de extraterritorialidad, quienes no puede ser obligados, ni a comparecer al tribunal a absolver posiciones juradas ni a absolverlas, pues constituye un privilegio para éstos quienes en todo caso pueden espontáneamente absolver posiciones juradas, librándose al efecto una rogatoria. Entendido esto nos preguntarnos **¿cómo absuelven estos sujetos las posiciones juradas que se le formulen en un proceso judicial?**

Para responder la interrogante tenemos que el mismo artículo 495 del Código de Procedimiento Civil, señala que en estos casos, pueden aplicarse dos vías a saber:

- a. Que la parte proponente de las posiciones juradas, solicite que las personas exceptuadas de comparecer a absolvente posiciones juradas en el tribunal de la causa, contesten por oficio o escrito dirigido al tribunal, los puntos del interrogatorio y las preguntas escritas que presentare.
- b. Que el absolvente rinda su declaración ante el tribunal constituido en su morada, debiendo entonces éste responder a las preguntas verbales que le haga la otra parte, de manera que el acto se trasladaría a la morada del absolvente.

Analizando el primero de los supuestos, encontramos que el proponente debe acompañar a la promoción de las posiciones juradas el cuestionario o lista de preguntas asertivas que sobre hechos propios, personales o de los cuales tiene conocimiento el confesante, debe responder el absolvente, caso en el cual el judicante debe calificar previamente la pertinencia, relevancia y legalidad de cada una de las posiciones juradas, como una especie de depuración o eventualmente realizar la apreciación o calificación respectiva al momento de sentenciar; esta modalidad produce ciertos inconvenientes, pues se sabe que la doctrina y jurisprudencia vernácula consideran que para la validez de las posiciones juradas, debe previamente realizarse el juramento –lo que y como hemos expuesto resulta un criterio retrógrado e inconstitucional- a cuyo efectos nos preguntamos: a. ¿Quién juramentará al absolvente cuando las preguntas de le remiten con oficio?; b. ¿Quién controla que efectivamente el absolvente sea quien responda las posiciones juradas?; c. ¿Quién controla que efectivamente el absolvente no haga consultas para dar respuesta, se asesore, lea algún papel, anotación o apunte –artículo 415 del Código de Procedimiento Civil?; d. ¿Que tiempo tendrá el absolvente para responder las preguntas o posiciones juradas y remitirlas al Tribunal?; e. ¿Estará obligado el proponente de las posiciones juradas a comparecer al tribunal a absolver en forma recíproca?; f. ¿Qué sucede si el absolvente decide no contestar la posición formulada en forma escrita sin razonar o motivar la causa de la abstención a responder?

Obsérvese de las interrogantes anteriores que resulta totalmente inconveniente esta modalidad de absolución de posiciones juradas, la cual por demás vulnera el derecho constitucional a la igualdad, creando un privilegio aberrante en éstos tiempos; sin perjuicio de lo dicho y respecto a la precitadas interrogantes observamos, que las primeras tres no encuentran respuesta afirmativa, pues no habrá juramento, nadie controlará que efectivamente sea el absolvente quien responda las preguntas y no lea papeles, instrumentos, anotaciones o simplemente se asesore para responder; en cuanto a las demás interrogantes, especialmente en cuanto al tiempo que tendrá el absolvente para remitir las preguntas luego de recibidas, la ley nada dice al respecto, para lo cual y ante la ausencia legislativa creemos que el juez

debe fijar un lapso prudencial para que sean remitidas al tribunal, so pena de tenerse las preguntas o posiciones juradas como respondidas en forma afirmativa, produciéndose la confesión en materia de posiciones juradas, circunstancia ésta que repetimos no esta regulada en la ley, pero que puede ser una posible solución, ello al resultar ilógico dejarse en forma indefinida y a la voluntad de absolvente que remita las repuestas al tribunal.

En cuanto a la pregunta referida a si estará obligado el proponente de las posiciones juradas a comparecer al tribunal a absolver en forma recíproca, en aplicación del derecho constitucional y humano a la igualdad o tratamiento igualitario, afirmamos que debe dársele el mismo tratamiento que al absolvente original, pues de lo contrario sería crear otro privilegio contrario a la precitada igualdad procesal; respecto a la interrogante referida a lo que sucede si el absolvente decide no contestar la posición formulada en forma escrita sin razonar o motivar la causa de la abstención a responder, creemos que será el juez en definitiva quien juzgue la conducta del absolvente, pero si no existe motivación o argumentación alguna por parte del absolvente, que permita al operador de justicia determinar las causas por las causales no se dio repuesta a las preguntas, la consecuencia debe ser la de tener por confeso al absolvente, conforme a lo previsto en el artículo 412 del Código de Procedimiento Civil.

Lo dicho nos demuestra la inconveniencia de aplicar esta modalidad para la absolución de posiciones juradas, pero el legislador también permite que el juez se constituya en la morada del absolvente, para que rinda la declaración o absuelva las posiciones juradas ante el tribunal constituido, en forma verbal e idéntica a que si hubiera comparecido al tribunal, modalidad esta que parece la más adecuada y garantista por crear menos desigualdad procesal, solo existiendo la interrogante referida a si el absolvente en forma recíproca se encuentra obligado a absolver las posiciones juradas en el tribunal, o por el contrario, también tendrá el privilegio de la constitución del tribunal en su morada.

En el caso en cuestión –modalidad de la morada- el tribunal en el auto de admisión de las posiciones juradas, deberá fijar el día y hora, no solo para el traslado a la morada, sino para la absolución recíproca, a cuyo efecto indicamos que en la boleta de citación debe hacerse la indicación respectiva; pero puede suceder que el tribunal una vez constituido en la morada del absolvente, éste no se encuentre presente, caso en el cual –consideramos- debe igualmente dejarse transcurrir el tiempo de espera a que se refiere el artículo 412 del Código de Procedimiento Civil y de no llegar el absolvente, procederse a la estampación de las posiciones juradas, siempre en la medida que el proponente haya comparecido, pues de lo contrario no habrá quien formule las posiciones.

En todo caso la parte que tiene el privilegio de no comparecer al tribunal a absolver posiciones juradas, puede perfectamente renunciar al mismo, comparecencia al tribunal a absolver las posiciones, pero en este supuesto, para no fomentar el tan usual juego sucio y maloliente procesal, creemos que debe

hacerse la participación al tribunal, en un tiempo anterior y prudencial al acto de posiciones juradas, de manera que llegado el día y la hora y constituido el tribunal en la morada del absolvente, mal podría este renunciar a su privilegio y solicitar al tribunal que fije nueva oportunidad para absolver las posiciones en el tribunal, lo que conduciría a que el tribunal deba proceder al acto inmediatamente haciendo caso omiso de la solicitud del absolvente; por su parte las alternativas a que se refiere el artículo 495 del Código de Procedimiento Civil, quedan a la prudencia o voluntad del proponente.

10. CITACIÓN PERSONAL PARA EL ACTO DE POSICIONES JURADAS.

Conforme a lo previsto en el artículo 26 del Código de Procedimiento Civil, hecha la citación para la contestación de la demanda, las partes quedan a derecho no habiendo la necesidad de nueva citación para ningún otro acto del proceso, salvo que resulte lo contrario de alguna disposición expresa de la Ley. Esta norma contempla el denominado principio de citación única en el proceso, dejando abierta la posibilidad o existiendo la excepción cuando la ley disponga lo contrario, siendo que precisamente una de las excepciones al principio general se ubica en materia de posiciones juradas o confesión provocada, conforme a lo previsto en el artículo 416 *ejusdem*, que prevé [...] Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 404, **la citación para absolver posiciones deberá hacerse personalmente para el día y la hora designados**, y aquellas en ningún caso suspenderán el curso de la causa.”

En materia de posiciones juradas el operador legislativo previó el requisito de la citación para el acto de absolución, de manera que para la evacuación de la mecánica que haya propuesto alguna de las partes en el proceso, se requiere de la previa citación del absolvente, para lo cual en el auto que admita la mecánica de posiciones juradas, fijará el día y la hora en que se celebrará el acto de posiciones juradas previa la citación del absolvente, la cual igualmente debe ordenar, expidiendo o librando al efecto la boleta respectiva; pero conforme a la norma en comento, la citación que se exige en esta materia es de carácter personal, lo que significa que debe ser entregada la boleta directamente al absolvente, todo lo cual nos obliga a analizar algunos supuestos a saber:

- a. Si se trata de posiciones juradas solicitadas por el demandante en la demanda, su reforma o en cualquier otro momento anterior a la citación del demandado, de no lograrse la citación personal de éste mediante la compulsa, lo cual conllevaría a que se produjera la citación por carteles y eventualmente la designación del defensor judicial, al no lograrse la citación del demandado, no tendría lugar el acto de posiciones juradas; pero si la citación personal –por compulsa– se produce, habría posiciones juradas, ya que en la propia compulsa que contiene copia certificada del auto de admisión de la demanda y de las posiciones juradas, el operador de justicia debe

indicarle a la parte demandada el lapso para contestar la demanda y el momento que deberá comparecer para la absolución de posiciones juradas, de manera que cuando se trata de la citación personal de personas jurídicas por medio de correo certificado, esta no es válida para las posiciones juradas.

- b. Si se trata de posiciones juradas solicitadas por el demandante en la demanda, su reforma o en cualquier otro momento anterior a la citación del demandado, de encontrarse éste en algún acto procesal como podría ser la práctica de alguna medida cautelar, produciéndose en consecuencia la citación tácita de éste, se entenderá citado para el proceso, no así para el acto de posiciones juradas, salvo que en ese acto se le entregara la compulsa por parte del alguacil, pues de lo contrario no se habría producido la citación personal.
- c. Si se trata de posiciones juradas solicitadas por el demandante en la demanda, su reforma o en cualquier otro momento anterior a la citación del demandado, de darse por citado éste mediante apoderado judicial con facultad expresa para tal acto, quedará a derecho para la contestación a la demanda, mas no así para el acto de posiciones juradas, pues no sea producido la citación personal.
- d. Si se trata de posiciones juradas solicitadas por el demandante en la demanda, su reforma o en cualquier otro momento anterior a la citación del demandado, de actuar éste en el expediente sin darse expresamente por citado, produciéndose en consecuencia una citación tácita por actuar directamente en el expediente –por ejemplo solicitando copias certificadas- asistido de abogado, quedará a derecho tanto para la contestación de la demanda como para el acto de posiciones juradas, pues se entiende que se han impuesto del auto de admisión y sería una visión miope pensar que aún cuando la citación no fue en forma personal expresa, éste no observó que se le citaba para el acto de posiciones juradas.
- e. Si se trata de posiciones juradas solicitadas en el lapso de promoción de pruebas, en cualquier momento posterior o en segunda instancia, debe producirse la citación personal del absolvente o que éste expresamente se de por citado en el expediente, incluso de diligenciar directamente asistido de abogado, podría considerarse a derecho para el acto de posiciones juradas.

Lo dicho nos permite afirmar que realmente en materia de posiciones juradas, se requiere que la citación del absolvente se haga en forma personal, de lo contrario no podría considerarse a derecho para el acto de posiciones juradas, pero producida la citación personal, nos preguntamos **¿desde cuando comenzaría a computarse los lapsos procesales para el acto de posiciones juradas?**

Entendiendo que el día que da lugar al cómputo del lapso procesal –término- constituye el denominado *dies a-quo* y no se computa, será desde el día de despacho siguiente a que el alguacil del

tribunal consigne en el expediente la boleta de notificación, cuando comenzará a computarse el tiempo procesal para la celebración del acto de posiciones juradas, de manera que el tiempo procesal no se cuenta desde el momento efectivo de la citación, sino desde el día de despacho siguiente a la constancia en autos de dicha actuación; en caso que el absolvente expresamente se dé por citado para el acto de posiciones juradas, será a partir del día de despacho siguiente que comenzará a computarse el tiempo procesal para el acto de posiciones juradas.

Pero el artículo 416 del Código de Procedimiento Civil, consagra una excepción a la excepción de la citación única, como lo es la contenida en el artículo 404 *ejusdem*, referida a la absolución de posiciones juradas por persona jurídicas, especialmente cuando se produce la figura de la delegación; igualmente otra excepción se encuentra en el artículo 406 *ibidem*, para la celebración del acto de posiciones juradas recíproco, ya que para el mismo, el absolvente en reciprocidad se entiende por citado lo que se traduce en que no requiere de citación personal, pues el legislador con la finalidad de no fomentar el típico y todavía existente juego sucio y maloliente del proceso, que se producía cuando el proponente de las posiciones juradas luego de citar al absolvente, se escondía para no ser citado para el acto recíproco y frustrar así dicho acto, estableció la no citación del absolvente recíproco o mas correctamente, la citación de ley del mismo para el acto de reciprocidad, norma ésta que ha recibido quejas por parte de la doctrina al considerarla inconstitucional por desigual como lo hemos visto.

11. HECHOS SOBRE LOS CUALES HA DE RECAER LAS POSICIONES JURADAS.

Como estudiáramos en otro momento, especialmente en el capítulo referido al tema de la prueba judicial, son los hechos enunciados en el proceso por las partes como fundamentos de las diferentes pretensiones o excepciones, controvertidas y no eximidas de prueba, lo que debe demostrarse o acreditarse a través de las fuentes que sean llevadas por los medios probatorios que sirven para la verificación, mediante la comparación con lo señalados enunciados y que conducen a la convicción judicial traducido en certeza no eximida de error o falencia. En cuanto al derecho también hemos visto que se presume conocido por el operador de justicia; pero no todos los hechos son tema de la prueba o de la actividad probatoria, solo aquellos que luego de contestada la demanda mantengan el carácter de controvertidos o discutidos, pasarán a la etapa probatoria para que las partes mediante los medios probatorios que produzcan, aporten las fuentes que demuestren la existencia o no de las afirmaciones o negaciones controvertidas que son el fundamento de la pretensión o excepción de las partes, de manera que solo los hechos controvertidos son objeto de la prueba judicial.

En materia de posiciones juradas y siendo las mismas un instrumento que tiene por objeto obtener una confesión judicial de las partes donde se reconozcan como cierto o existente un hecho propio, personal o del cual tenga conocimiento el confesante, que es controvertido y perjudicial, deberán recaer sobre cuestiones de hecho –controvertidos- afirmados o negados que son el fundamento de la pretensión o excepción, todo en los términos del artículo 410 del Código de Procedimiento Civil, pero además y conforme a lo previsto en el artículo 403 *eiusdem*, deben ser hechos de los cuales tengan conocimiento personal el absolvente, señalando la primera de las normas citadas [...] **Las posiciones deben ser concernientes a los hechos controvertidos.** *En caso de reclamación por impertinencia de alguna pregunta, el Juez puede eximir al absolvente de contestarla. En todo caso, el Juez no tomará en cuenta en la sentencia definitiva, aquellas contestaciones que versan sobre hechos impertinentes.”*; la segunda de las normas citadas expresa [...] **Quien sea parte en el juicio estará obligado a contestar bajo juramento las posiciones que le haga la parte contraria sobre hechos pertinentes de que tenga conocimiento personal.”**

De las normas en cuestión se infiere claramente que las posiciones juradas deben versar o recaer sobre cuestiones de hecho controvertidas en el proceso, que no hayan sido expresa o tácitamente reconocidas o aceptadas por las partes y además, debe tratarse de hechos personales del confesante, pero **¿a qué se refiere el legislador con hecho de los cuales tenga conocimiento personal el confesante?**

Se trata de hechos controvertidos en el proceso judicial que hayan sido realizados personalmente por el confesante; que tenga conocimiento personal por haberlos percibidos directamente por cualquiera de sus sentidos –vista, tacto, gusto, oído, olfato-; o que los haya realizado él mismo. Todos éstos casos se refieren a hechos personales, propios o de los cuales tenga conocimiento el confesante, de manera que si las posiciones juradas versan sobre hechos diferentes no realizados, percibidos o de los cuales tenga conocimiento el confesante, devienen en hechos sobre los cuales no puede recaer o ser objeto las posiciones juradas, que deben ser calificadas por el operador de justicia, bien relevando al absolvente de responderlas o desechándola en la sentencia definitiva.

Si las posiciones juradas son absueltas por apoderados, las mismas deben versar sobre hechos que éste haya realizado en nombre de su mandante o de los cuales tenga conocimiento por su ministerio; en tanto que si son absueltas por representantes de incapaces, deben versar sobre hechos que hayan realizado personalmente con tal carácter.

Entendiendo que las posiciones juradas deben versar sobre cuestiones de hecho controvertidas y que sean personales del confesante, que hayan sido realizadas por éste, que hayan sido percibidas por éste o de las cuales tenga conocimiento, por argumento en contrario las posiciones juradas no podrán recaer sobre los siguientes hechos:

- a. Cuestiones de derecho, que conforme al principio *iura novit curia* son de conocimiento del juez, exceptuándose el caso de la costumbre, que sí podría ser objeto de las posiciones juradas, de ser personales o de las cuales tenga conocimiento el absolvente.
- b. Hechos que no sean personales, que no hayan sido realizados por el absolvente o de los cuales no tenga conocimiento.
- c. Hechos impertinentes, por no ser controvertidos al haber sido expresa o tácitamente aceptos o reconocidos por las partes.
- d. Hechos irrelevantes, que aún cuando puedan ser controvertidos, personales o de los cuales tenga conocimiento el absolvente, no aportan nada a la solución de la causa.
- e. Hechos que puedan conllevar a establecer responsabilidad penal o criminal al confesante, su cónyuge, concubino o concubina, parientes afines o consanguíneos, así como aquellos que puedan conducir a responsabilidades administrativas, casos éstos amparados por el derecho a que se refiere el artículo 49.5 constitucional, donde el juez debe eximir al absolvente de contestar, salvo que éste por su propia voluntad quiera dar respuesta.

En estos casos las posiciones juradas resultan impertinentes e ilegales, por lo que el absolvente se encuentra relevado de contestarlas y así debe declararlo el operador de justicia, o a todo evento pudiera éste desechar las respuestas sobre éstos temas en la sentencia definitiva.

Pero si nos remitimos a los hechos que no son objeto o tema de la prueba judicial y que fueran analizados en otro capítulo, podríamos señalar que las posiciones juradas tampoco podrían recaer sobre los siguientes hechos:

- a. Hechos contrarios a máximas de experiencia.
- b. Hechos que fueran expresamente admitidos o reconocidos por las partes.
- c. Hechos que fueran tácitamente admitidos o reconocidos por las partes.
- d. Hechos que se presumidos por la Ley.
- e. Hechos que sean evidentes.
- f. Hechos que sean indefinidos o imposibles en forma absoluta.
- g. Hechos negativos absolutos que no tenga ubicación en el tiempo y en el espacio.
- h. Hechos que fueran notorios.
- i. Notoriedades de hecho.
- j. Hechos que sean comunicacionales.
- k. Hechos que fueran de notoriedad judicial.
- l. Hechos cuya prueba prohíbe la Ley.

En todos éstos casos las posiciones juradas serían totalmente impertinentes e ilegales, al recaer sobre hechos no controvertidos, que pudieran ser no personales ni del conocimiento del confesante, donde el operador de justicia deberá eximir de contestar al absolvente o desechar las respuestas en la sentencia definitiva. Las posiciones juradas deben referirse a **hechos enunciados por las partes como fundamento de sus pretensiones o excepciones, que son el presupuesto de la norma que contiene la consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva o invalidativa que buscan, incluso modificativa, que hayan sido realizados personalmente por el absolvente, haber sido percibidos personalmente por éste, o que su existencia u ocurrencia son de su conocimiento personal;** no obstante sobre este tema volveremos en el siguiente punto.

12. FORMULA DE LAS POSICIONES JURADAS.

Las posiciones juradas deben versar sobre hechos afirmados o negados por las partes, que constituyan el fundamento de la pretensión o excepción del demandado, que deben haber sido realizados personalmente por el absolvente, haber sido percibidos personalmente por éste, o que su existencia u ocurrencia son de su conocimiento personal, tal como lo norman los artículos 406 y 410 del Código de Procedimiento Civil; mas en cuanto a la forma como deben hacerse o formularse las posiciones juradas, expresamente el artículo 409 *eiusdem*, dispone [...] Los hechos acerca de los cuales se exija la confesión, **deberán expresarse en forma asertiva, siempre en términos claros y precisos, y sin que puedan fomularse nuevas posiciones sobre hechos que ya han sido objeto de ellas.**”

Esta mecánica de las posiciones juradas que deben recaer sobre hechos controvertidos, propios, personales o de los cuales tenga conocimiento en confesante, deben realizarse o formularse en forma **asertiva o afirmativa**, esto es, dando por cierto o como ocurrido un hecho propio, personal o del cual tenga conocimiento del confesante, que sea controvertido y perjudicial para éste o simplemente beneficioso para el preguntante, para lo cual la doctrina, jurisprudencia y la práctica forense vernácula han establecido un prototipo de fórmula a saber: **“diga como es cierto”, “diga si es cierto”, “diga como es verdad”, “diga si es verdad”**. Como puede apreciarse las preguntas que se formulen no son de carácter interrogativa o indagativa, pues no se busca aclarar los hechos, indagar sobre su existencia u ocurrencia, por el contrario se trata de preguntas afirmativas o asertivas, donde se dé como cierto, existente u ocurrido el hecho controvertido, propio, personal o del cual tiene conocimiento del confesante, sobre el cual versa o recae la posición jurada, de manera que entendiendo que las posiciones deben formularse en forma asertiva, no resulta correcto que en las mismas se formulen de manera negativa, como sucedería cuando se pregunta: “diga como no es cierto”, “diga como no es verdad”, ello

a propósito de ser errada la fórmula siguiente: “diga si sabe”, “diga si le consta”, “diga si sabe y le consta”, “diga si tiene conocimiento”, fórmulas todas éstas que no son afirmativas o asertivas, sino interrogativas. En este sentido el Tribunal Constitucional ha dicho [...] *Sin embargo, también es conveniente destacar que, si bien la falta de comparecencia podría dar lugar a una confesión (vid, entre otras, sentencia N° 2785 del 24-10-03, caso Ángel Rosalino González) es necesario que las posiciones que se llegaren a estampar constituyan preguntas asertivas; es decir, que se formulen afirmando la verdad de lo que se pregunta, en forma directa, clara y sobre hechos pertinentes; circunstancias éstas que necesariamente deben ser apreciadas por el sentenciador, pues de no ser formuladas en la forma indicada, la pretendida confesión no se logra. En el caso que se analiza (vid folios catorce y quince, documental marcada con la letra “f” del anexo N°1) se observa que la parte demandada estampa once posiciones, de las cuales: la PRIMERA, referida al pago de comisiones por ventas; la SEGUNDA, relativa a la ganancia bruta anual declarada por el demandante; la CUARTA, correspondiente al pago de utilidades; la SÉPTIMA, relacionada con el pago de días feriados, fueron construidas en forma negativa: **“diga el absolvente como no es cierto que...”**, lo que contraría el requisito sine qua non de la asertividad del cuestionario, que es indispensable para que se pueda configurar la confesión de la parte contraria...”*⁹⁵

Sin perjuicio de lo dicho creemos que las posiciones juradas pueden formularse en forma afirmativa o asertiva, recayendo sobre hechos de carácter negativo, como sería por ejemplo: “diga como es cierto que usted no pagó la cantidad de dinero” lo cual sería igual a preguntar “diga como es cierto que usted debe la cantidad de dinero” o “diga como es verdad que usted no viajó en fecha 21 de abril del año en curso a Margarita”, fórmulas éstas que son de carácter afirmativo pero que versan sobre hechos negativos, que pueden perfectamente demostrarse mediante la respuesta afirmativa contraria, por ejemplo, en el primero de los casos “no es cierto, yo pague” o “no es cierto, yo viajé a Margarita en esa fecha”.

Siguiendo con el análisis del artículo 409 del Código de Procedimiento Civil, además de formularse las posiciones juradas en forma asertiva o afirmativa, deben realizarse en términos **claros** – en forma transparente, cierta, veraz, inteligible, no confusa- y **precisos** –exactos, concretos, determinados- de manera, que las posiciones juradas deben formularse sobre **hechos controvertidos, propios, personales o de los cuales tenga conocimiento el confesante**, en forma **asertiva** –dando por cierto u ocurrido el hecho- en términos **claros**, sin incertidumbre o confusión y **precisos**, sobre hechos concretos, determinados e igualmente se prohíbe que las posiciones versen sobre hechos que ya hubieran sido objeto de ella, que se formulen posiciones iguales o que versen sobre los mismos hechos. En caso que el absolvente no entienda la posición jurada formulada, bien porque no sea clara o precisa,

⁹⁵ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 2942, de fecha 14 de diciembre de 2004, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo CABRERA ROMERO, expediente N° 04-0478.

perfectamente podría realizarse el reclamo correspondiente y en ese mismo acto, en forma inmediata y seguida podría el formulante realizar las aclaratorias pertinentes al caso, siendo en definitiva el juzgador quien determinará si la posición es clara y precisa, indicándole al absolvente que debe responder o bien indicándole al proponente que sea mas claro y/o preciso, también eximiendo al absolvente de responder si no quiere el proponente aclarar o precisar la posición, caso éste último donde se consumiría una de las veinte posiciones juradas. Si el absolvente no quiere contestar bajo el argumento de ser la pregunta ambigua, confusa, imprecisa, ello no obstante a que el operador de justicia considerare que la misma resulta clara y precisa, será en la sentencia cuando se analice la conducta omisiva u obstruccionista del absolvente y en definitiva se califique la misma como justificada o por el contrario deba tenerse por confeso al absolvente.

Pero en cuanto a posiciones juradas sobre hechos que ya han sido objeto de ellas, insistimos que se refiere a que no se formulen mas de una posición sobre un mismo hecho controvertido, todo lo cual tiene por objeto frustrar la conducta hesitativa o chicanera del formulante, que mediante el juego de palabras y el cambio hábil de los términos de la posición, aprovechándose de la conducta del absolvente, formule posiciones que recaigan sobre hechos que ya fueran objeto de posiciones juradas formuladas anteriormente y que fueran respondidas por el absolvente, favoreciendo o no al formulante, tal como sería el caso: “Diga como es cierto que usted debe la cantidad de bolívares demandados” a lo cual el absolvente responde “No es cierto, no se adeuda cantidad alguna de dinero”, y mas adelante en el interrogatorio el proponente señala “Diga como es cierto que usted nunca canceló la cantidad de dinero reclamada”. Obsérvese que en este caso, ambas posiciones son idénticas, versan sobre el mismo hecho, solo que la primera fue formulada en termino positivos, recayendo sobre un hecho positivo, en tanto que la segunda fue formulada en términos negativos, recayendo sobre el mismo hecho pero en forma negativa, lo que deja de manifiesto que el proponente realizó dos posiciones juradas sobre un mismo hecho, circunstancia ésta prohibida por la ley. En estos casos el abogado del absolvente debe hacer el reclamo pertinente en el acto y el operador de justicia debe relevar al absolvente de contestar con fundamento al artículo 409 del Código de Procedimiento Civil, mas si no hubo reclamo del apoderado judicial del absolvente o de éste mismo, el juez no puede de oficio asumir la defensa del absolvente, ello por aplicación del principio dispositivo que rige el sistema de procedimientos en general.

El reclamo sobre las posiciones juradas formuladas que recaigan sobre cuestiones no permitidas en la materia, sobre hechos controvertidos, propios, personales o de los cuales tenga conocimiento el absolvente, se encuentra regulado en el artículo 410 del Código de Procedimiento Civil, que expresa [...] *Las posiciones deben ser concernientes a los hechos controvertidos. **En caso de reclamación por impertinencia de alguna pregunta, el Juez puede eximir al absolvente de contestarla. En todo caso, el Juez no***

tomará en cuenta en la sentencia definitiva, aquellas contestaciones que versan sobre hechos impertinentes.”. En caso de reclamo sobre la pertinencia o incluso ilegalidad de la posición jurada formulada, la cual como se ha señalado debe ser hecha por el apoderado o abogado del absolvente o por éste mismo, de manera que no puede el juzgador oficiosamente asumir la defensa de las partes, al ponerse en tela de juicio su imparcialidad -aún cuando esto no es lo común en el foro judicial venezolano- que debe realizarse en el mismo acto e inmediatamente luego de formulada la posición, donde se argumenten los motivos del reclamo, conllevará a que el juzgador en el mismo acto y en forma inmediata resuelva el reclamo, pudiendo asumir la conducta de eximir al absolvente de responder; o eventualmente, en función del principio de *favor probationis*, ordenar que responda salvo su apreciación en la sentencia definitiva, acto en el cual deberá analizar la pertinencia o legalidad de la posición y desecharla de ser el caso.

Resulta importante destacar que cuando surge alguna reclamación sobre la posición jurada formulada y el operador de justicia exime al absolvente de responder, no significa que el proponente puede reformular la pregunta, pues en este caso ya ha agotado una de las veinte posiciones juradas que puede formular y debe pasar al número siguiente.

Las posiciones juradas deben versar sobre **un solo hecho por posición**, circunstancia ésta que pudiéramos encuadrarla en el contenido del artículo 409 del Código de Procedimiento Civil, cuando se exige que las posiciones se hagan en forma precisa, lo que pudiera considerarse como exclusión de preguntas complejas que versen sobre varios hechos. En estos casos el proponente debe a lo largo del interrogatorio dividir los hechos y formularlos en cada una de las posiciones, pero en todo caso de formularse una pregunta que recaiga sobre varios hechos controvertidos, ante la ausencia de reclamo de la parte, si se obtiene una respuesta que pueda calificarse de confesión o reconocimiento de un hecho perjudicial, no puede el juez en el sentencia hacer un desecho de la posición bajo el argumento de haberse preguntado varios hechos en una misma posición.

Si se produce un reclamo en cuanto a la posición formulada por el motivo en comentario, el juez debe relevar al absolvente de responder y en este caso el proponente perderá una de las veinte posiciones que tiene. Pero nos preguntamos **¿Será errónea la posición que se formule en los siguientes términos?** “Diga como es ciertos que todos los hechos narrados en el libelo de la demanda son ciertos”. Esta posición es correcta ya que no versa sobre varios hechos, vale decir, no resulta imprecisa o ambigua, pues realmente recae sobre un solo hecho controvertido, tal como lo es la “pretensión” del demandante.

Por último las posiciones juradas deben ser formuladas en el acto original o recíproco, en forma verbal, en alta, clara e inteligible voz, donde el funcionario tribunalicio, por delegación del secretario del tribunal -aún cuando la ley manda a que sea éste quien levante el acta, no siendo esta la práctica real dado el trabajo que mantiene la secretaría de un tribunal- transcribirá la misma en el acta que se levantará al

efecto, acto seguido del cual leerá la posición al absolvente para que éste proceda a dar contestación en forma verbal, la cual de igual manera será transcrita en el acta respectiva y que deberá ser firmada por los intervinientes, como el juez, secretario, proponente y absolvente, así como los abogados respectivos, tal como lo prevé el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil, que expresa [...] **Las posiciones se harán constar en un acta que firmarán el Juez, el Secretario y las partes. En el acto, el solicitante hará las preguntas verbalmente y la contestación se hará también verbal, pero el Secretario las transcribirá fielmente en el acta.**” Si se trata de procedimientos orales, el sistema será menos engorroso, pues directamente el proponente de la mecánica de posiciones juradas procederá en la audiencia de juicio a viva voz a formular las posiciones, las cuales serán respondidas inmediatamente por el absolvente, sin perjuicio que esta actividad quede vertida en el acto de debate levantada al efecto o mediante sistemas de video, procedimiento aplicable cuando la actividad procesal es de oficio por el juez como sucede en materia de laboral y de niños y adolescentes.

La elaboración del acta respectiva tendrá por finalidad recoger el acto procesal-probatorio realizado, dejándose constancia en forma escrita de cómo, cuando ocurrió y se desarrolló el acto de posiciones juradas, sus intervinientes y demás situaciones que pudieran presentarse, siendo en consecuencia la prueba del acto procesal –acto *ad solemnitatem*- sin lo cual no podría decirse realmente, que se realizó el acto de posiciones juradas. El acto procesal de posiciones juradas debe ser anunciado por el alguacil del tribunal, a la hora del día fijado para ello, acto seguido del cual y compareciendo las partes se procederá a realizar el mismo, identificándose a los comparecientes y juramentándose al absolvente, procediéndose a la realización de la mecánica en la forma indicada.

Pero nos preguntamos **¿que sucede si el absolvente no quiere firmar o no puede firmar, o bien dicha conducta la asuma el preguntante?** En este caso debe dejarse constancia de la situación en la misma acta que se levante al efecto, lo cual no producirá la nulidad del acto procesal tal como lo prevé el artículo 189 del Código de Procedimiento Civil; pero el acto de posiciones juradas conforme a la norma en cuestión perfectamente puede ser tomados o recogidos mediante la utilización de cualquier medio de reproducción o grabación, cuando se produzca alguna causa para ello, por solicitud de parte o por imposibilidad de levantar el acta, caso en el cual la reproducción o grabación deberá ser transcrita o pasada a la versión escrita por el secretario, de manera que si bien el acto de posiciones juradas puede recogerse en reproducciones o grabaciones, siempre será necesario la versión escrita del acto, como requisito *ad solemnitatem* que contenga la transcripción del lugar, modo y forma de cómo se realizó el acto. A tal efecto el artículo en comentario expresa [...] **El acta deberá contener la indicación de las personas que han intervenido y de las circunstancias de lugar y de tiempo en que se han cumplido las diligencias de que hace fe; debe además contener la descripción de las actividades cumplidas y**

de los reconocimientos efectuados. El acta deberá ser suscrita por el Juez y por el Secretario. Si han intervenido otras personas, el Secretario, después de dar lectura al acta, les exigirá que la firmen. **Si alguna de ellas no pudiere o no quisiere firmar, se pondrá constancia de ese hecho.** Las declaraciones de las partes, las **posiciones juradas**, las declaraciones de testigos y cualesquiera otras diligencias del Tribunal que deban hacerse constar en acta, **podrán ser tomadas mediante el uso de algún medio técnico de reproducción o grabación del acto, por disposición del Tribunal o por solicitud de alguna de las partes.** En estos casos, la grabación se mantendrá bajo la custodia del Juez, el cual ordenará realizar la versión escrita de su contenido por el Secretario o algún amanuense bajo la dirección de aquél, o por alguna otra persona natural o jurídica, bajo juramento de cumplir fielmente su cometido. En todo caso, el Secretario, dentro de un plazo de cinco días agregará al expediente la versión escrita del contenido de la grabación, firmada por el Juez y por el Secretario. Si ninguna de las partes hiciera objeción al acta, señalando expresamente alguna inexactitud, la misma se considerará admitida, pasados que sean cuatro días de su consignación en los autos. En caso de objeciones, el Juez fijará día y hora para la revisión del acta con los interesados, oyendo nuevamente la grabación. De lo resuelto por el Juez en ese acto, no habrá recurso alguno. El costo de la grabación estará a cargo del solicitante, y en caso de disponerla de oficio el Tribunal, será de cargo de ambas partes.”

El acto de posiciones juradas reproducido o grabado por medios técnicos, debe ser transcrito en el acta que deberá realizarse dentro de los cinco días siguientes a la realización del acto, caso en el cual hecha la misma en tiempo oportuno, vencido el lapso de ley –cinco días- conforme al principio de preclusión de los lapsos procesales, las partes pueden objetar la transcripción contenida en el acta dentro de los cuatro días de despacho siguientes, señalando expresamente la inexactitud de la transcripción, lo que conducirá a que el operador de justicia fijará el día y hora para que se realice la revisión del acta, oyendo nuevamente la grabación y de lo que resulte y decida, no habrá recurso alguno, pero en todo caso las partes pudieran realizar las reclamaciones, objeciones o salvedades pertinentes en el mismo acto, conforme a lo previsto en el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil, las cuales deberán ser asentadas en el acta. De no hacerse objeciones en el tiempo legal, la transcripción del acto de posiciones juradas quedará como admitida; pero si el acta no se transcribe en el lapso de cinco días señalados en la ley, luego de hecha la transcripción y consignada en autos para que comience a computarse el lapso de objeciones, deberá producirse en autos la notificación expresa o tácita de los intervinientes en el acto.

En caso que el absolvente fuera un sordo, conforme a lo previsto en el artículo 186 del Código de Procedimiento Civil, las posiciones se harán por escrito para que responda verbalmente; si se trata de un mudo, las preguntas verbalmente para que conteste por escrito; si se trata de un sordomudo, se harán por escrito para que conteste por escrito; más cuando el sordo, el mudo o sordomudo no supieren leer ni escribir, no podrán ser sujetos de las posiciones juradas. Si el absolvente no sabe el idioma castellano deberá nombrársele un intérprete, conforme a lo previsto en el artículo 184 *ejusdem*.

De lo dicho apreciamos que el acto de posiciones juradas indefectiblemente debe constar por escrito –acta- en el expediente como requisito *ad solmnitatem*, sin lo cual no podrá considerarse que existe o existió acto, pues de desaparecerse el acta aún cuando pudiera estar registrado el acto en el libro diario del tribunal, el mismo sólo contendría la nota de la ocurrencia del acto, no así del modo o forma como se desarrolló, especialmente las posiciones formuladas y sus respuestas, de manera que si el juzgador ante la ausencia de acta diera por asentado la existencia del acto de posiciones juradas y las apreciara en la sentencia, incurriría en un falso supuesto al dar por demostrado hechos con pruebas no existentes en autos –artículo 320 del Código de Procedimiento Civil- circunstancia ésta que se relaciona con el supuesto de perderse el medio donde se grabó el acto de posiciones juradas, por haberse deteriorado o simplemente borrado, con lo cual no pudiera decirse que hay o hubo como tal acto de posiciones juradas y lo único que podría hacerse es repetir el mismo. Con el uso de las computadoras en las sedes judiciales, podríamos pensar en el caso que luego de absueltas las posiciones juradas se borrada el contenido del acta en el computador, bien por fallas en el sistema, falta o fallas de energía eléctrica muy de modas en ésta última década, entre otros casos, incluso que intencionalmente el funcionario judicial corrupto las borrara. En estos casos deberá realizarse nuevamente el acto pues no existe en forma cierta ningún registro del acto, circunstancia ésta que pudiera producir que el absolvente cambiara las respuestas, lo cual sería un verdadero caos, ya que las partes entrarían en una diatriba y el operador de justicia estaría atado de manos, pues recordemos que en la maloliente práctica judicial el operador de justicia nunca se encuentra físicamente presente en el acto, salvo que se trate de procedimientos orales donde se regulen audiencias de juicio o probatorias, pero en materia civil –procedimientos escritos- el juez se encuentra apoltronado en su despacho y no se encuentra presente física y directamente en el acto. También pudiera presentarse el caso que el acta de posiciones juradas estuviera en contradicción a lo señalado en el libro diario, caso en el cual debe prevalecer el contenido del acta, pues el libro diario es reflejo y recoge el contenido del acta, no a la inversa.

13. LIMITACIÓN EN EL NÚMERO DE PREGUNTAS QUE PUEDEN FORMULARSE EN EL ACTO DE POSICIONES JURADAS.

El Código de Procedimiento Civil no deja a las partes la libertad de realizar el número de preguntas o posiciones juradas que considere, por el contrario en su artículo 411 se limita el número de las mismas, señalando dicha norma [...] ***No podrán formularse al absolvente más de veinte posiciones;*** pero si

*por la complejidad del asunto, el Juez lo considerare procedente, podrá, a solicitud de la parte, conceder a ésta antes de la conclusión del acto, la formulación de un **número adicional que no exceda de diez posiciones.***” Esta norma procesal ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina, alguna la cual incluso la ha considerado como un verdadero “disparate” al pensar que era mas prudente dejar que el operador de justicia considerara a su criterio, cuando el absolvente estaba suficientemente pregunta; mas el criterio que imperó fue el de considerar que si el proponente con veinte posiciones a las cuales podía excepcionalmente concederse diez mas no lograba la confesión del absolvente, no podía fomentarse el tan usual y vigente juego sucio y maloliente tribunalicio, de cansar al absolvente hasta obtener una confesión judicial. De esta manera el legislador ha limitado a veinte el número de posiciones que pueden formularse al absolvente y solo en caso de complejidad del asunto, es que podría solicitarse una extensión de diez posiciones más.

En este supuesto -complejidad del asunto- el proponente o preguntante, puede solicitarse al operador de justicia que le conceda diez posiciones juradas adicionales, solicitud ésta que conforme a la letra de la norma procesal, debe realizarse **antes de la conclusión del acto**, debiéndose entender por “conclusión del acto” antes de la formulación de la posición número veinte, pues ésta es la conclusión del acto de preguntas o posiciones del preguntante original o recíproco, de manera que la solicitud de posiciones adicionales puede realizarse en cualquier momento antes de la posición número veinte, de lo contrario la solicitud sería extemporánea.

Pero hecha la solicitud oportunamente, el operador de justicia debe analizar en el mismo acto e inmediatamente la misma, observando la complejidad del caso, pudiendo acordar posiciones adicionales que no exceden de diez, es decir, que no necesariamente debe conceder el número de posiciones solicitadas o las diez, sino las que considere pertinentes al caso y contra la decisión del juzgador, bien concediendo posiciones adicionales o negando su procedencia eventualmente pudiera ejercitarse el recurso de reclamo en audiencia, más no cabrían recursos devolutivos, ello a propósito que el operador de justicia no se encuentra facultado para acordar posiciones juradas adicionales, pues la norma es clara al señalar “a solicitud de parte”.

14. FORMULA DE LAS RESPUESTAS A LAS POSICIONES JURADAS.

Conforme a lo normado en el artículo 414 del Código de Procedimiento Civil, las respuestas que debe dar el absolvente –trátase del absolvente original o recíproco- a las posiciones juradas que se le formulen, deben ser directas y categóricas, reconociendo la existencia u ocurrencia de algún hecho propio, personal o del cual tenga conocimiento el absolvente, que le perjudica o que beneficia a la otra parte –confesando-

o negando el hecho sobre el cual recaiga la posición jurada, expresando al efecto la citada norma [...] ***La contestación a las posiciones debe ser directa y categórica, confesando o negando la parte cada posición. Se tendrá por confesa a aquella que no responda de una manera terminante; pero cuando la posición versare sobre el tenor de instrumentos que existan en autos, la contestación podrá referirse a ellos. Si se tratare de hechos que hayan ocurrido mucho tiempo antes, o que por su naturaleza sean tales que sea probable el olvido, el Juez estimará las circunstancias si la parte no diere una contestación categórica.***”

De la norma transcrita se observa que las respuestas que de el absolvente al interrogatorio de parte –posiciones juradas- deben ser **directas**, donde sus respuestas se refieran a los hechos específicos o concretos sobre los cuales recaiga la posición jurada, no pudiéndose referir a otros hechos diferentes a los preguntados para evadir la respuesta al asumir una conducta hesitativa, salvo que luego de dar la respuesta directa aduzcan en su favor o no y como complemento de la misma, las explicaciones adicionales que considere pertinente; igualmente las respuestas deben ser **categóricas**, sin vacilación, ambigüedad, imprecisión, debiendo ser las respuestas claras y precisas, aceptando o negando el hecho sobre el cual recaiga la posición jurada, pudiendo en ambos casos y luego de aceptar como cierto o no el hecho objeto de la fórmula, aducir las aclaratorias, ampliaciones, salvaturas, rectificaciones, adiciones o cualquier otra clase de hechos que le favorezcan o no y que sirvan de complemento a la respuesta, pero en todo caso, esto es potestativo del absolvente, pues el legislador solo exige que las respuestas sean directas y categóricas, reconociéndose –confesándose- el hecho objeto de la posición o bien negándose, por lo que luego de la aceptación o negativa es permitido adicionar cualquier comentario o hechos pertinentes en pro o en contra del propio confesante.

Pero **¿qué sucede cuando las respuestas a las posiciones juradas no son claras y categóricas, sino por el contrario son vacilantes, ambiguas, hesitativas, imprecisas, vagas o confusas, donde no se acepte o niegue el hecho objeto de la posición jurada?** Al efecto el legislador obliga o impone que las posiciones juradas deben ser respondidas en forma directa y categórica, confesándose o negándose el hecho objeto de la posición y en caso que la respuesta no sea terminante, directa, precisa, categórica se tendrá por confeso al absolvente, de manera que el hecho objeto de la posición jurada se tendrá por cierto, produciéndose de esta manera una confesión judicial pura y simple cuando el hecho sea propio, personal o del cual tenga conocimiento el confesante, controvertido y perjudicial o beneficioso para su contraparte; pero si la respuesta no fuera terminante, no puede producirse la confesión cuando se trate del reconocimiento de un hecho que produzca consecuencia punitivas o criminales, que sean contrarios a una máxima de experiencia, contra un hecho notorio, que se imposible, que no se refiera a hechos controvertidos entre otras circunstancias, lo cual será apreciado por el operador de justicia en su oportunidad respectiva, como lo será la sentencia.

De esta manera las respuestas deben ser directas, categóricas o terminantes “sí es cierto”, “sí es verdad”, “no, no es cierto” o “no, no es verdad”, mas pueden adicionarse hechos a favor o en contra al momento de contestar que aclaren rectifiquen, modifiquen o simplemente ilustren mejor la respuesta, tales como “sí es cierto, pero...” o “no, no es cierto, lo cierto es que...”. En estos supuestos pudieran producirse confesiones calificadas o complejas según los casos. También puede suceder que el absolvente se limite a responder que “ignora los hechos sobre los cuales recae las posiciones juradas” o que “ignora lo que se le pregunta” o que “no le consta el hecho objeto de la posición juradas”, lo que nos motiva a preguntarnos: **¿cómo pueden calificarse esta clase de respuestas?**

Primeramente debe señalarse que la calificación de las respuestas es cuestión que corresponde al juez a través de la aplicación de reglas lógicas, de la experiencia y conforme a los criterios científicos, eventualmente censurable vía recursiva cuando estos elementos se recienten; por otro lado y como hemos expresado en puntos anteriores, las posiciones juradas deben versar sobre hechos afirmados o negados por las partes que constituyan el fundamento de la pretensión o excepción del demandado, que deben haber sido realizados personalmente por el absolvente, haber sido percibidos personalmente por éste o que su existencia u ocurrencia son de su conocimiento personal, tal como lo norman los artículos 406 y 410 del Código de Procedimiento Civil, lo que se traduce que las posiciones no pueden versar sobre hechos desconocidos por el confesante, que no sean personales o de los cuales tenga conocimiento y ante las respuestas como “ignoro lo que se pregunta” es el juez quien en definitiva tiene que calificar si esa respuesta efectivamente contiene una realidad referida a la ignorancia del absolvente o si constituye una especie de artimaña evasiva para dar una respuesta directa y categórica. De calificar la ignorancia por parte del absolvente del hecho, lo cual debe ser apreciado tomando en consideración el tipo de hecho y su relación con el absolvente de manera que se aprecia la poca o imposible probabilidad de su conocimiento, no puede extraerse de la respuesta una confesión, pero si resulta imposible o poco probable que el absolvente ignore los hechos sobre los cuales recae la posición, ante una conducta procesal hesitativa, obstruccionista, omisiva, el operador de justicia puede tener por confesa a la parte en cuanto a la posición jurada, incluso extrayendo los indicios procesales producto de la conducta de las partes.

En cuanto a la respuesta referida a “no me consta”, ella involucra que existe una afirmación de conocimiento del hecho pero en forma incierta o insegura, lo cual pudiera justificar una respuesta evasiva que no es directa, categórica o terminante, o eventualmente, pudiera constituir una conducta tendente a evadir la respuesta, circunstancias donde el operador de justicia debe analizar el objeto de la pregunta, la naturaleza del hecho y la probabilidad que tiene el absolvente de tener o no conocimiento sobre el mismo, calificando la conducta como justificada u obstruccionistas u omisiva.

Pero siguiendo con el análisis del artículo 414 del Código de Procedimiento Civil, encontramos que las repuestas del absolvente pueden estar dirigidas o versar sobre el **tenor o contenido de instrumentos** que existan en el proceso, aunque no se indica si se trata de instrumentos públicos – negociales o administrativos- o privados, éstos últimos simples o reconocidos, pero que deben constar en las actas del proceso, pues el ámbito espacial referido al instrumento se ubica a los existentes en las actas procesales.

Por otro lado y aún cuando las repuestas a las posiciones juradas deben ser directas, categóricas o terminantes, confesándose o no el hecho, sin lo cual se tendrá por confesa a la parte absolvente pudiéndose extraer confesiones de reunirse con los requisitos de ley, el operador legislativo se presenta tolerable, relajable y excepcional cuando las respuestas no sean de la forma indicada, en los supuestos que las posiciones versen sobre **hechos ocurridos mucho tiempo antes** del acto como tal, o que **por su naturaleza se probable su olvido**, pues en el primero de los casos, resulta evidente que la memoria humana tiende a desvanecerse, los recuerdos con el tiempo y con la edad se van desvaneciendo, se hacen mas borrosos hasta llegar al olvido, lo cual es el común denominador con excepciones, siendo que en éstos casos, respuestas ambiguas, contradictorias, imprecisas o vagas, deben ser calificadas por el operador de justicia en consideración al tiempo en que ocurrió el hecho, a la edad y memoria del absolvente; por otro lado y en cuanto a los hechos de probable olvido por su importancia irrelevante o poco relevante para algunas sujetos, también constituye una circunstancia que debe ser apreciada por el juez, de manera que las confesiones ante respuestas que no sean directas y terminantes tiene su excepción en los casos en comento, eventualmente censurables vía recursiva cuando se infraccionan reglas de la lógica, la experiencia o conocimientos científicos.

Por otro lado y conforme a lo previsto en el artículo 415 del Código de Procedimiento Civil, el absolvente se encuentra impedido de leer papeles para dar respuesta, salvo que se trate de cantidades u otros asuntos complicados, señalando al efecto [...] *El absolvente no podrá leer ningún papel para dar su contestación, a no ser que se trate de cantidades u otros asuntos complicados, a juicio del Tribunal, caso en el cual se le permitirá consultar sus apuntes y papeles, dándosele para ello tiempo, si fuere necesario.*” La excepción a que se refiere la norma permite a criterio del juzgador, autorizar al absolvente a consultar papeles o apuntes, pudiendo eventualmente ser objeto de reclamo en audiencia. Pero observemos que el legislador se refiere exclusivamente a la prohibición de consultar papeles, anotaciones contenidas en papel, en escrito, lo cual pudiera interpretarse que si las anotaciones se encuentran en otro tipo de material que no sea papel, no cabría la prohibición, como sería el computador portátil o *laptop*, las agendas electrónicas, *ipod*, *ipad*, tabletas, celulares, entre otros instrumentos tecnológicos capaces de almacenar y reproducir datos electrónico. En estos casos la interpretación de la norma no debe ser limitativa, por el contrario, debe ser

analizada en forma amplia, garantista y moderna, adaptándola a las nuevas tecnologías, entendiendo que el espíritu del legislador fue que el absolvente no consultara ningún medio que pudiera orientar su respuesta, aún cuando solo estableció o reguló el papel, por lo que debería utilizarse un argumento de analogía o *a simile ad simile*, hasta el argumento *a fortiori* o de mayor razón, en el primer caso –argumento de analogía- si no se puede leer papeles, por analogía tampoco puede leerse u oír ningún otro tipo de medio de reproducción y en el segundo de los argumentos –de mayor razón- si no se puede leer papeles, con mayor razón otros medios de almacenamiento y reproducción de imágenes y sonidos. Esta circunstancia también se traslada al caso de consultas permitidas por el operador de justicia.

En todo caso el absolvente no puede hacer consultas de ningún tipo para dar respuesta a las posiciones y en caso de hacerlo, deberá llamársele la atención y advertirle del contenido de la norma en comento, por lo que de seguir con la conducta pudieran tomarse los medios correctivos pertinentes, pero no tener a la parte por confesa, pues esta situación y consecuencia drástica no está regulada como supuesto de confesión en materia de posiciones juradas.

15. EL JURAMENTO PREVIO PARA LA ABSOLUCIÓN DE LAS POSICIONES JURADAS.

Señalaba nuestro recordado padre el maestro Humberto BELLO-LOZANO MÁRQUEZ citando al maestro uruguayo Eduardo J. COUTURE,⁹⁶ que según el contenido del artículo 403 del Código de Procedimiento Civil, que señala [...] *Quien sea parte en el juicio estará obligado a contestar **bajo juramento** las posiciones que le haga la parte contraria sobre hechos pertinentes de que tenga conocimiento personal.*”, se generaba las siguientes interrogantes **¿no se incurre en una asimilación inadmisibles de los medios de prueba lógica y jurídicamente incompatible como la confesión y el juramento?, ¿es concebible que en un mismo acto el confesante disponga de la libertad necesaria para reconocer el hecho que le perjudica y sufra simultáneamente de la coacción ética-religiosa que es presupuesto el juramento?**

Estas interrogantes fueron abordadas señalando que técnicamente la prueba civil no era un medio de averiguación de la verdad invocada por las partes en el proceso, por el contrario, probar era entregar al operador de justicia los medios de prueba de que dispone cada parte, para que fueran apreciados y valorados conforme a los presupuestos jurídicos, lógicos o psicológicos, que operaba por percepción, por representación o deducción, siendo la confesión y el juramento medios para controlar la verdad invocada por las partes, lo cual operaba por virtud de un relato presente de hechos ausentes, anteriores

⁹⁶ Humberto BELLO LOZANO MÁRQUEZ. Apuntes inéditos. 1996

o verificados por las mismas partes; que la representación de un hecho ausente y anterior al proceso, podía llegar al operador de justicia mediante la memoria humana de las partes o de un tercero vertido mediante su relato, pero el interés de la parte llevaba comprometido que en el conflicto pudiera modificarse trascendentalmente su declaración, hasta el punto de desconocer la verdad, confesar lo falso, ocultar lo verdadero, de allí que expresaría que en el proceso no se discuten verdades, sino meros intereses de parte egoístas que en algunas oportunidades pueden confundirse o representar la verdad real, ya que en el proceso solo se debatía y era objeto de la jurisdicción la verdad del proceso, la verdad procesal, lo que conllevaba a que realmente a las partes no se les pudieran pedir que fueran imparciales cuando declararan, al no poder ser imparciales al momento de exigírseles que reconocieran un hecho que era contrario a sus intereses en litigio. Indicó nuestro antecesor que COUTURE expresó que se supone que el interés es más fuerte que la verdad, por lo que cuando se declara en contra del interés puede suponerse la existencia de varios factores a saber: a. Que la voluntad del declarante se encuentre alterada; b. Que la voluntad del declarante sea inducida a declarar en su contra por la existencia de un interés o superior al interés comprometido; y c. Que el escrúpulo de la verdad sea mas fuerte que el interés.

Dice COUTURE que descartando las dos primeras suposiciones, el legislador admite la validez del triunfo de la verdad sobre el interés, donde a la razón psicológica se le une la razón jurídica, la libertad de disposición del derecho y la razón lógica, referida a la situación privilegiada de la parte para percibir los hechos que han caído bajo sus sentidos; que la confesión reposa sobre un presupuesto psicológico, como lo es el hecho que el confesante se haya en la absoluta libertad de pronunciarse sobre un hecho, en tanto que el juramento, coloca al espíritu en determinadas condiciones de impresionabilidad o bajo coacción de los sentidos ético-religiosos, lo cual conlleva a determinar la contradicción e inconveniencia de mezclar o unir en un mismo medio o mecánica la libre declaración consciente de la parte en el proceso con el elemento constreñidor del juramento, pues o se declara con la verdad o con el interés.⁹⁷

En el estado actual de nuestra sociedad, enferma de política basura y barata, de socialismo-comunismo e ideologías trasnochadas que han colocado al país en un verdadero caos a todo nivel, ante la ausencia de Instituciones, valores, respeto, donde nuestros jóvenes han sido manipulados por la propaganda cubana del un régimen militarista para enfermarlos de política, donde ya no existe la palabra como un valor de las personas, resulta absolutamente absurdo creer en un “juramento” como garantía de verdad en una declaración. Pero también y como hemos señalado, el tema del juramento como constreñimiento que riñe con el contenido del artículo 49.5 constitucional, se presenta como institución anacrónica y fosilizada que debe ser aniquilada mediante su desaplicación por control difuso o mediante la reinterpretación constitucional y garantista de la norma procesal que comentamos.

⁹⁷ Eduardo J. COUTURE. Estudios de Derecho Procesal Civil. T. II. Pruebas en Materia Civil. pp. 282 ss.

El juramento previo para la absolución de posiciones juradas, resulta un contrasentido con la libertad para declaración, con la ausencia de coacción que destruyan la voluntad del declarante, pero mas aún, el juramento en estos tiempos resulta –parafraseando a DEVIS ECHANDÍA- un fósil jurídico, un resabio errado del pasado, un elemento antijurídico, inconveniente y aberrante, mucho mas cuando no se toma ante personas dignas, éticas y morales, de manera que debe desaparecer o ser desterrado del proceso judicial cuando se refiere a declaraciones de parte, de manera que y como hemos expresado en puntos anteriores, no solo el juramento debe desaparecer, sino que las posiciones juradas también deben sufrir la misma suerte, debiendo ser sustituidas por libres interrogatorios de parte, sin coacción, sin juramento, apreciables libremente por el juez, sin formulas sacramentales, que puedan ser solicitadas por las partes y traídas oficiosamente por el operador de justicia.

Sin perjuicio de lo dicho lo cierto es que nuestro legislador en el artículo 403 del Código de Procedimiento Civil, exige como un requisito de la mecánica de posiciones juradas el previo juramento del absolvente, circunstancia esta que nos lleva a preguntarnos **¿la falta de juramento del absolvente decreta la nulidad de la confesión?**. Para responder y no obstante a que este tema ya lo hemos abordado, reiteramos que si observamos el Código Civil venezolano, al hacerse la clasificación de la confesión como medio de prueba judicial, se presenta aquella realizada en el proceso judicial y fuera de él, siendo que ésta última realizada a la parte o a su apoderado, resultan válidas y eficaces para demostrar hechos controvertidos en el proceso, confesión extrajudicial caracterizada por la ausencia del juramento y que tiene el mismo valor probatorio que la confesión rendida en el proceso. Luego, si es válida la confesión extrajudicial previa y sin juramento, porqué declarar la nulidad de aquella confesión judicial obtenida por vía de las posiciones juradas tomadas sin el previo juramento; pero incluso, la confesión también de carácter judicial que realiza la parte en forma espontánea, no requiere ni existe el elemento del juramento.

Afirmamos que para nada la falta de juramento previo a la absolución de posiciones juradas afecta la validez del acto, por el contrario, mientras la declaración de la parte haya sido libre, sin coacción, sin elementos que perturben su ánimo, indistintamente del juramento que por demás contraría esa libertad de pensamiento, será válida la confesión judicial provocada; no obstante lo cierto es que alguna doctrina e incluso jurisprudencia vernácula considera nula o inválida las posiciones juradas realizadas sin el previo juramento de la parte o absolvente. Insistiremos que no se requiere el juramento en materia de posiciones juradas y que su exigencia resulta antijurídica e inconveniente, mas aún, su ausencia no involucra ni produce la nulidad de la mecánica ni afecta la eventual confesión que pueda obtenerse, pues partiéndose de la premisa que es el juramento el elemento que garantiza que el absolvente responderá la verdad, solo y únicamente la verdad, considerando el juramento el controlador de la verdad, que por demás hemos

desterrado de la noción de la prueba y como fin del proceso, realmente nos engañamos, ya que por lo general en el proceso las partes no declaran con, por y según la verdad, sino por, con y según el interés, que pudiera o no estar compaginado con la verdad, de ahí que COUTURE hubiese expresado en su momento que o se declara con la verdad y consecuentemente atendiendo a la responsabilidad, o se declara con el interés, y precisamente el juramento no será el elemento que lleve a la parte a declarar conforme a la verdad o al interés, serán otros los elementos que lo muevan a declarar conforme a cualquiera de esos dos aspectos, especialmente y como dijimos en una sociedad enferma de política barata, sin valores y sin Instituciones producto de la política militarista de la década.

DEVIS ECHANDÍA al referirse al juramento en materia de posiciones juradas, expresa que no es nula la diligencia y la confesión sin el previo juramento, pues se trata mas bien de una especie de estímulo religioso y de coacción psicológica por temor a la sanción del perjurio; que por el contrario, cuando hay ausencia del juramento hay mayor espontaneidad en la confesión, de manera que el juramento resulta un elemento inocuo y secundario, agregando que si tiene valor probatorio la confesión espontánea sin juramento, resulta absurdo negarla cuando es provocada por interrogatorio sin juramento, aún cuando la ley lo exija.⁹⁸

16. MECÁNICA DE LAS POSICIONES JURADAS. SUPUESTOS. HORA DE ESPERA. CONFESIÓN EN MATERIA DE POSICIONES JURADAS. LA RECIPROCIDAD.

Propuesta las posiciones juradas, las mismas deben ser admitidas siempre que reúnan los requisitos de ley, caso en el cual el operador de justicia fijará el día y hora para que tenga lugar el acto de posiciones juradas, previa la citación del absolvente que deberá igualmente ordenarse. Producida la citación del absolvente y llegado el día y hora para que tenga lugar el acto inicial de absolución de posiciones juradas, pueden presentarse los siguientes escenarios: a. Que ambas partes se encuentren presente en el acto, tanto proponente o preguntante y absolvente; b. Que ninguna de las partes –proponente y absolvente- se encuentren presentes en el acto: c. Que solo se encuentra presente el absolvente, más no el proponente o preguntante: y d. Que solo se encuentre presente el proponente, mas no el absolvente. Pero, analicemos los efectos que se producen en cada uno de los escenarios señalados:

16.1. Comparecencia de ambas partes –proponente y absolvente- al acto de posiciones juradas.

⁹⁸ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. pp. 620 y 752.

De comparecer ambas partes al acto de posiciones juradas, previo el anuncio que haga del mismo el alguacil del tribunal, se procederá a levantar el acta que contendrá la identificación de los comparecientes –proponente y absolvente- a juramentarse al absolvente y seguidamente se procederá a evacuar la mecánica, mediante el dictado que en forma verbal o a viva voz hará el preguntante, formulando una a una las posiciones juradas, las cuales serán trascritas en el acta y leídas posteriormente al absolvente, quien responderá también a viva voz, confesando o negando el hecho que se le pregunta, respuesta que como se ha señalada debe ser directa y categórica o terminante, donde pueden hacerse las explicaciones o aclaratorias adicionales al caso, asentándose dichas respuestas en el acta respectiva. Culminada la formulación de posiciones se leerá el acta, pudiéndose hacer las observaciones y reclamaciones pertinentes y posteriormente será firmada por los comparecientes, el juez y el secretario e incorporada a las actas del proceso. Celebrado el acto original de posiciones juradas, al día y hora señalado por el tribunal y sin necesidad de citación, se celebrará el acto de absolución de posiciones juradas recíproco, el cual se seguirá en igual forma al acto original al cual nos hemos referido.

16.2. No comparecencia de las partes –proponente y absolvente- al acto de posiciones juradas.

Si luego de producida la citación del absolvente original, anunciado el acto el día y hora fijado ninguna de las partes comparece al mismo, deberá levantarse el acta respectiva declarándose desierto el acto, lo cual conllevará o traerá como consecuencia que se perderá los efectos de la citación personal del absolvente y de querer el proponente evacuar la mecánica, tendrá que realizar nuevamente la citación; en este escenario destacamos que no habrá acto recíproco de posiciones juradas, pues éste al depender de la celebración del acto original, que se materialice en forma efectiva el acto original de posiciones juradas, no puede realizarse si no se ha producido el acto original, de manera que si no hay acto original, no habrá acto recíproco. Sin perjuicio de lo dicho el Tribunal Constitucional ha fijado una posición distinta al señalar:

No obstante lo anterior, estima la Sala que si es conveniente aclarar que las posiciones juradas constituyen el mecanismo procesal, creado por la ley adjetiva, para que una parte pida a la otra que conteste bajo juramento de decir verdad, preguntas asertivas; es decir, afirmando la verdad de lo que se le pregunta, sobre hechos pertinentes, en términos claros y precisos, como así lo exigen los artículos 409 y 410 del Código de Procedimiento Civil; las cuales serán contestadas por el absolvente en forma directa y categórica (artículo 414 *eiusdem*).

Así mismo, dispone la ley procesal que la parte que solicite la absolución de las posiciones juradas debe manifestar expresamente su voluntad de reciprocidad en la absolución, y el juez está obligado al admitir las mismas, a fijar la oportunidad en que ambas partes deban absolverlas, considerando que para el solicitante de esta prueba no se requiere la citación, por cuanto su solicitud hace que se considere que el mismo está a derecho para ello (artículo 406 *eiusdem*). **El acto procesal fijado para las recíprocas, es un acto válido cuya validez no depende de que el promovente de la prueba acuda o no.**

Ahora bien, si sucede, como en el caso que se analiza, que el solicitante no asiste al acto fijado por el juez para que la contraparte le absuelva las posiciones juradas, pero esta última sí acude, el acto no puede declararse desierto, pues era carga del promovente acudir a ese acto por lo que su inasistencia no lo exime de la obligación, que persiste, de comparecer el día y hora que les fueron fijados por el tribunal para responder al interrogatorio que le formule la parte contraria, por cuanto la reciprocidad que exige la norma adjetiva es un requisito atinente a la admisión de la prueba, pero no lo es para su evacuación.

El acto para las posiciones recíprocas no puede quedar supeditado a que las posiciones iniciales se lleven a cabo, ya que ello conduciría a la indefensión de la parte que no solicitó la prueba.

Basta imaginar que el accionante solicita en su demanda las posiciones del demandado, para que tengan lugar después de la contestación al fondo de la demanda, y el demandado es citado para dicho acto de posiciones. Ante su citación y la necesidad de las recíprocas, el demandado no promueve a su vez la prueba para que las absuelva su contraparte, en el término de promoción, y si se trata de un procedimiento con el término probatorio corto, podría coincidir su finalización con el día del acto de posiciones, motivo por el cual el demandado no promueve la prueba.

El día señalado el promovente no acude, por lo que en ese supuesto, de aplicarse la tesis de la Sala de Casación Social -que esta Sala respeta como interpretación de ley, pero no comparte- dejaría indefenso al demandado que no promovió las posiciones juradas del actor, ya que contaba con el acto recíproco para formularlas.

Igualmente, de conformidad con la disposición contenida en el artículo 412 del Código de Procedimiento Civil, se tendrá por confesa en las posiciones que la parte contraria haga legalmente en presencia del Tribunal: i) a la que se negare a contestarlas, a menos que la negativa se deba a la consideración de su impertinencia y así resulte declarado por el tribunal en la sentencia definitiva; ii) a la que citada para absolverlas no comparezca sin motivo legítimo; o, iii) a la que se perjure al contestarlas respecto de los hechos a que se refiere el perjurio.

De igual forma, la disposición adjetiva antes citada prevé un lapso de espera de sesenta minutos, a partir de la hora fijada para la comparecencia, pasado ese tiempo, sin que se hubiese comparecido el absolvente, se le tendrá por confeso en todas las posiciones que le estampe la contraparte, sin excederse de las veinte indicadas en el artículo 411 del mencionado Código de procedimiento Civil.⁹⁹

Como se observa de la sentencia transcrita el argumento de persuasión que utilizó la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para justificar su criterio, se basa primeramente en que la reciprocidad es un requisito de admisión, no así de evacuación; y seguidamente expresa que se generaría indefensión para el absolvente que no promovió la mecánica confiado en que había sido propuesta por su contraparte. Al respecto y en relación al primer argumento, si bien la reciprocidad es exigido como elemento de admisibilidad de las posiciones juradas conforme a lo previsto en el artículo 406 del Código de Procedimiento Civil, debe destacarse que el espíritu del legislador fue regular dicha situación para evitar “supuestas actividades irregulares” que frustraban la evacuación del acto recíproco, producto que el proponente luego de obtener la citación del absolvente se escondía para impedir su citación para el acto recíproco, por lo que la reciprocidad se reguló como un medio para garantizar los principios de igualdad y lealtad procesal, mas esta norma ha sido objeto de serias críticas por la doctrina patria, pues constituye un desequilibrio al contener la promoción tácita de la mecánica del no proponente que no ha sido diligente en promoverla. De lo dicho se desprende que la finalidad de la reciprocidad según nuestro legislador, no fue la de separar los actos de posiciones juradas, el original y el recíproco, sino la de evitar con el requisito de la reciprocidad, que el absolvente viera frustrada su posibilidad de realizar la mecánica luego de exponerse a un interrogatorio formal, pero no puede pensarse que la idea se construyó alrededor de considerar los actos como separados, indiferentes, autónomos, pues si así fuere no se hubiera establecido la reciprocidad y la no necesidad de citación del proponte, de manera que no se hubiera regulado una promoción tácita para el proponente, argumentos éstos que nos conducen a la afirmación

⁹⁹ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 2942, de fecha 14 de diciembre de 2004, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo CABRERA ROMERO, expediente N° 04-0478.

que sí existe una dependencia entre los actos, ya que en la medida que haya acto original, habrá acto recíproco o dicho de otra manera, no hay acto recíproco sino no hay acto original de posiciones juradas, pues insistimos, hay una relación de dependencia que precisamente fue lo que motivó al legislador a establecer esa reciprocidad y mas aún, desigualdad en materia de posiciones juradas, lo que con este disparate de sentencia –como siempre producto del genio de su ponente, actor fundamental en la destrucción del Derecho y la Instituciones en nuestro país- nos devuelve a la legislación de civil de 1916.

En cuanto al segundo argumento referido a la indefensión del absolvente que confiado en la promoción de las posiciones juradas de su contraparte, no produjo o promovió la mecánica, afirmamos que se trata de un verdadero argumento apagógico o reducido al absurdo –propio de la manipulación argumentativa que demostró este ilustre y maligno personaje en su estadía como magistrado- pues no puede pensarse que la actividad probatoria de una parte en el proceso, se encuentre a la disposición de la otra, que no resulta correcta que una de las partes haga depender su actividad probatoria y eventual triunfo del proceso, en la posición que asuma la otra, lo que por demás desconoce o ignora el tema de la carga probatoria, pues pensemos en un argumento analógico como sería el caso que el proponente de las posiciones juradas desistiera de la mecánica y no obstante a ello, tuviera la obligación de acudir al acto recíproco. Este argumento analógico que utilizamos que es un verdadero disparate, es perfectamente viable, caso en el cual incluso el judicante no podría suplir este desistimiento ordenando de oficio la evacuación de la mecánica, salvo la activación de los instrumentos oficiosos a los que se refieren los artículos 401 y 514 del Código de Procedimiento Civil, ya estudiados y que no se relacionan con el tema en comentario.

La tesis de la Sala Constitucional resulta absurda, especialmente por el hecho que si la parte absolvente pretende utilizar la mecánica de las posiciones juradas, debe ser diligente y prever que pudiera el proponente desistir de la mecánica, para lo cual en todo caso, debe proponer la mecánica y evitar el perjuicio que pudiera producir un desistimiento -incluso tácito- como sucede en caso que el proponente no acuda al acto de posiciones juradas, desistimiento *sui generis* pues en todo caso, pudiera gestionar nuevamente la citación para realizar el acto de posiciones juradas, de manera que en ninguno de los casos –desistimiento expreso o tácito- se produce la indefensión del absolvente ni existe la obligación de evacuar el acto recíproco, por el contrario e insistimos, el criterio retrógrado y antigarantista del Tribunal Constitucional hace resentir el tema de la carga probatoria, paradójicamente ignorado por el ilustre ponente de la olímpica sentencia que comentamos, a quien sus aduladores lo califican como “maestro” del tema probatorio.

Nuestro criterio ya lo hemos señalado, el acto recíproco depende de la realización o materialización del acto original de absolución de posiciones juradas, por lo que si la mecánica, el acto

original no se produce, bien por desistimiento de la misma, por inasistencia del proponente – desistimiento tácito eventual- no tendrá lugar la celebración del acto recíproco de posiciones juradas; pero precisemos que cuando hablamos de desistimiento tácito de las posiciones juradas de carácter eventual o *sui géneris* producto de la incomparecencia del proponente al acto original, es precisamente porque en todo caso, el desistimiento definitivo se producirá por la no solicitud del proponente de que se realice nuevamente la citación o que venzan los lapsos procesales, ya que de haber o existir en el proceso la solicitud, no habrá tal desistimiento por la incomparecencia, la cual –incomparecencia- solo produciría el efecto la pérdida de la citación, pero en todo caso, no habrá acto recíproco.

16.3. Comparecencia del absolvente pero no del proponente al acto de posiciones juradas.

Este caso es idéntico al anterior, pues de no comparecer el proponente o preguntantes mas sí el absolvente, no habrá quien formule las posiciones juradas y consecuentemente se perderá el efecto de la citación personal y no habrá acto recíproco, ello al declararse desierto el acto.

16.4. Comparecencia del proponente pero no del absolvente al acto de posiciones juradas.

Llegada la oportunidad del acto de posiciones juradas, si no comparece el absolvente mas sí el proponente de las posiciones juradas, conforme a lo normado en el artículo 412 del Código de Procedimiento Civil, se le dará al mismo –absolvente- sesenta minutos de espera, vencidos los cuales si no comparece se procederá a estampar las posiciones juradas, que significa formular las posiciones juradas al absolvente no compareciente y consecuentemente no presente, entendiéndose que las mismas son respondidas afirmativamente. En este caso de estamparse posiciones juradas, debe seguirse la misma línea y requisitos de la fórmula de las posiciones, sobre hechos propios, personales o de los cuales tenga conocimiento el absolvente, hechas en forma afirmativa, sobre hechos controvertidos, un solo hecho por pregunta, entre otras circunstancias antes anotadas a las cuales nos remitimos.

Pero ante la incomparecencia del absolvente al acto de posiciones juradas nos preguntamos: **¿Desde cuando comienza a contarse la hora de espera?, ¿Qué sucede si luego de la hora de espera comparece el absolvente?, ¿Puede el proponente solicitar posiciones adicionales?, ¿Puede el juez declarar desierto el acto?, ¿Habrá acto recíproco?, ¿Puede el proponente desistir de la mecánica una vez estampada las posiciones juradas?**

En relación a al momento desde cuando comienza a contarse la hora de espera y lo que sucede **si luego de la hora de espera comparece el absolvente**, observamos que una vez anunciado

el acto de posiciones juradas se comienza a levantar el acta, identificándose al compareciente y acto seguido, se deja constancia de la no comparecencia del absolvente, para lo cual se fija en la misma acta el lapso de sesenta minutos de espera que se contarán a partir de la hora de comparecencia como lo indica expresamente el artículo 412 del Código de Procedimiento Civil, siendo a partir de ese momento que comienza a computarse el tiempo de espera. Si durante el lapso de espera comparece el absolvente, se le juramenta y comenzará a formularse las posiciones juradas, mas si comparece luego de la hora de espera sin demostrar una causa o motivo que justificara el retraso, a criterio del juzgador, deberá prohibírsele el acceso al acto y seguirse con su estampación, pues en todo caso las posiciones estampadas no tienen carácter absoluto y lo confesado tácitamente puede ser desvirtuado mediante prueba en contrario. Consecuencia de todo lo anterior es que ante la no comparecencia del absolvente, no podrá declararse desierto el acto.

En cuanto a si el proponente solicita posiciones adicionales, observamos que la solicitud puede hacerla, pero el operador de justicia debe negarlo, pues aunado a que la ley lo prohíbe, resulta increíble que el proponente en el marco de veinte posiciones juradas no pueda obtener la confesión de los hechos controvertidos, la cual puede obtenerse incluso con una sola posición: “Diga como es cierto que los hechos narrados en el libelo de la demanda son ciertos” o “Diga como es cierto que los hechos en que se fundamenta la contestación de la demanda son ciertos” según se trate de actor o demandado, pues en el primer caso se reconocerá o confesará la procedencia de la pretensión y en el segundo caso de la excepción.

Respecto a la interrogante referida a si **habrá acto recíproco ante la estampación de las posiciones juradas**, la respuesta debe ser afirmativa, pues el acto de posiciones juradas se ha celebrado y en virtud de ello, habrá acto recíproco. En cuanto a la posibilidad del proponente de desistir de la mecánica una vez estampada las posiciones juradas, debe observarse que la mecánica de posiciones juradas se ha producido, se ha materializado, pasando a ser la misma parte del proceso –comunidad de la prueba- y no patrimonio exclusivo del proponente, lo que se traduce en que no puede desistirse de la prueba y el acto recíproco sí tendrá lugar, pues no puede fomentarse el juego sucio y chicanero procesal que solo tiene por objeto evadir la responsabilidad de absolver las posiciones recíprocas ante la celebración del acto original.

El supuesto de los sesenta minutos de espera y la consecuente estampación de las posiciones juradas, puede producirse tanto en el acto original, el acto recíproco o sus continuaciones eventuales, bien ante el tribunal de la causa o ante el comisionado, todo conforme a lo previsto en el artículo 412 del Código de Procedimiento Civil, que señala [...] *Se tendrá por confesa en las posiciones que la parte contraria haga legalmente en presencia del Tribunal: a la que se negare a contestarlas, a menos que el absolvente, por su propia*

*determinación, se niegue a contestar la posición por considerarla impertinente, y así resulte declarado por el Tribunal en la sentencia definitiva; a la que citada para absolverlas no comparezca sin motivo legítimo, o a la que se perjure al contestarlas, respecto de los hechos a que se refiere el perjurio. **Si la parte llamada a absolver las posiciones no concurre al acto, se dejarán transcurrir sesenta minutos a partir de la hora fijada para la comparecencia, ya se refiera ésta al primer acto de posiciones o a la continuación del mismo después de alguna suspensión de aquel o de haberse acordado proseguirlo ante un Juez comisionado al efecto. Pasado este tiempo sin que hubiese comparecido el absolvente, se le tendrá por confeso en todas las posiciones que le estampe la contraparte, sin excederse de las veinte indicadas en el artículo 411.***

En cuanto a la **confesión en materia de posiciones juradas**, que se refiere a la aceptación tácita de las posiciones juradas formuladas, encontramos que conforme a la norma señalada se produce en los siguientes casos:

- a. **Cuando el absolvente se negare a contestar las posiciones juradas formuladas**, a menos que por su propia determinación, se negare contestar por considerar la posición impertinente y así resulte declarado por el tribunal en la sentencia definitiva. En este caso la justificación a no dar respuesta quedará regulada por las reglas de la lógica, experiencia y conocimientos científicos, cuya lesión puede generar infracciones controlables vía recursiva.
- b. **Cuando el absolvente una vez citado para absolver las posiciones juradas, no comparezca sin motivo legítimo**, lo que igualmente quedará regido por las reglas de la lógica, experiencia y conocimientos científicos, cuya lesión puede generar infracciones controlables vía recursiva.
- c. **Cuando el absolvente se perjure al contestarlas** respecto de los hechos a que se refiere el perjurio, de manera que encontrándose bajo juramento si miente en las respuestas que dé a las posiciones juradas formuladas habrá perjurio. El perjurio puede y debe ser calificado por el juez civil para determinar si hubo o no falsedad en cuanto a lo declarado, lo que podrá apreciar por comparación con otras fuentes probatorias que cursen en autos y que desvirtúen el contenido de la declaración de la parte, mas para la calificación de la conducta punitiva, debe oficiar a las autoridades criminales respectivas, al Ministerio Público para que investigue y acuse de ser el caso.
- d. Cuando el absolvente no responda de manera directa, categórica o terminante.

En estos casos se produce la confesión en materia de posiciones juradas o confesión provocada, consistente que los hechos sobre los cuales recaen las posiciones juradas se tienen como cierto en forma desvirtuable, bien como consecuencia que se produce una presunción *iuris tantum* de certeza que admite prueba en contrario, bien por que se ha producido una disconducta procesal del absolvente que generó

un indicio que hace que los hechos sobre los cuales recaigan las posiciones juradas queden verificados con la precitada conducta procesal –indicio- que no obstante puede ser infirmada mediante prueba en contrario.

De lo dicho observemos que la confesión en materia de posiciones juradas, solo recae sobre los hechos objeto de las mismas, que según la tesis que se adopte -presunción desvirtuable o indicio procesal producto de la conducta- admite prueba en contrario que la desvirtúa.

17. COMISIÓN JUDICIAL EN MATERIA DE POSICIONES JURADAS. ROGATORIA PARA LOS CASOS QUE EL ABSOLVENTE SE ENCUENTRE EN EL EXTRANJERO.

La comisión judicial puede considerarse como la delegación que de su competencia hace un órgano jurisdiccional a otro, para que realice cierto y determinado acto procesal, constituyendo un auxilio en la administración de justicia, lo que en materia de posiciones juradas se regula en dos normas del Código de Procedimiento Civil, que en apariencia son contradictorias, tales como el artículo 234 y el artículo 417, el primero que señala [...] *Todo Juez puede dar comisión para la práctica de cualesquiera diligencias de sustanciación o de ejecución a los que le sean inferiores, aunque residan en el mismo lugar. **Esta facultad no podrá ejercerse cuando se trate de inspecciones judiciales, posiciones juradas, interrogatorios de menores y casos de interdicción e inhabilitación.***; la segunda de las normas indica [...] ***En caso de no hallarse el absolvente en el lugar del juicio, el Tribunal comisionará a otro Juez o Tribunal de la jurisdicción en que aquel se encuentre, para que ante éste se verifiquen las posiciones, a menos que el absolvente prefiera comparecer a contestar ante el Juez de la causa, anunciándolo previamente al Tribunal.***

En un primer escenario y a simple vista, pareciera que existe una contradicción entre las normas en cuanto a la comisionabilidad de las posiciones juradas, pero tal contradicción no es cierta, puesto que en primer término el artículo 234 resulta una norma de carácter general que regula la posibilidad de comisionar para ciertos actos del proceso, en tanto que el artículo 417 que regula en especial la materia de posiciones juradas, bajo la premisa especial de hallarse el absolvente fuera del lugar donde se lleve el proceso, que permite la comisión de las posiciones juradas; por otro lado, deben armonizarse las normas, pues tratándose las posiciones juradas de una de las mecánicas para obtener la prueba que mayor certeza representa para el operador de justicia, por tratarse del reconocimiento que hace una de las partes de un hecho perjudicial, es lógico que el legislador hubiera sido celoso en cuanto a la no comisionabilidad de las posiciones juradas, mas existiendo la competencia territorial del órgano jurisdiccional como límite de la jurisdicción, resulta lógico que sea excepcionalmente permisible la comisión cuando el absolvente se encuentre fuera del lugar –competencia territorial- donde se lleva el proceso, permitiéndose así

exclusivamente en el supuesto que el absolvente se halle fuera de la circunscripción judicial donde el tribunal ejerce su competencia, de lo contrario, estando presente el absolvente en el mismo territorio – competencia- donde se lleva el proceso en el cual han sido propuestas las posiciones juradas, resulta aplicable la regla general contenida en el artículo 234, siendo inadmisibles la comisión, circunstancia ésta que también se traslada al interrogatorio a menores –adolescentes-.

Si el absolvente se encuentra fuera de la circunscripción judicial donde el tribunal ejerce su jurisdicción, éste deberá comisionar a otro de la circunscripción judicial donde se encuentre aquel para que se realice el acto de posiciones juradas, circunstancia ésta que nos motiva a formular las siguientes interrogantes: ¿es potestativo para el juez, comisionar cuando el absolvente se encuentre fuera de su competencia territorial?, ¿qué debe entenderse como lugar donde se encuentra el absolvente?, ¿quién debe fijar la oportunidad para la celebración del acto de posiciones juradas?, ¿quién debe realizar la citación del absolvente?, ¿quién tomará el juramento al absolvente?, ¿podrá el comisionado permitir al absolvente leer papeles o apuntes conforme a lo previsto en el artículo 415 del Código de Procedimiento Civil?, ¿podrá el comisionado autorizar al proponente a que se formulen posiciones juradas adicionales conforme a lo previsto en el artículo 411 del Código de Procedimiento Civil?, ¿podrá el comisionado calificar la pertinencia o no de las posiciones juradas formuladas? y ¿ante quién se absolverán las posiciones juradas en forma recíproca?. Pasemos a responder.

Con relación a si **es potestativos para el juez, comisionar cuando el absolvente se encuentre fuera de su competencia** territorial, observamos que la norma a que se refiere el artículo 417 del Código de Procedimiento Civil, no utiliza ninguna fórmula que haga inferir que existe una facultad o potestad, por el contrario señala “...*el Tribunal comisionará...*” lo que evidentemente constituye un imperativo de ley que no permite discreción, de manera que hallándose el absolvente fuera del lugar del proceso, el operador de justicia se encuentra obligado a librar comisión judicial.

En cuanto a lo que **debe entenderse como lugar donde se encuentra el absolvente**, debe señalarse que se trata del domicilio de la parte absolvente, tratándose de demandante o demandado, todo lo cual descarta habitación, residencia o lugar donde se encuentra de paso, salvo que no tenga domicilio conocido.

Respecto **al órgano que debe fijar la oportunidad para la celebración del acto de posiciones juradas, que debe realizar la citación del absolvente, que tomará el juramento al absolvente**, lógicamente que se refiere al comisionado, pues el comitente no es quien celebrará o realizará el acto de posiciones juradas, circunstancia esta de importancia pues es el comisionado quien debe por auto expreso, luego de recibida la comisión, fijar el día y hora para que tenga lugar el acto de posiciones juradas, librando al efecto la boleta de citación para que se practique la misma por conducto del alguacil

de dicho comisionado, quien es el que deberá juramentar al absolvente. Resulta interesante señalar que de haberse solicitado las posiciones juradas por el demandante en el libelo de la demanda, en la reforma o en cualquier otro momento antes de la citación del demandado, de hallarse éste fuera de la circunscripción judicial del tribunal de la causa, lo cual conllevaría a librar la comisión respectiva para su citación, la compulsa no podría contener la fijación del día y hora para el acto, pues en todo caso, en la comisión correspondiente igualmente deberá girarse las instrucciones respectivas al comisionado para que fije el acto de posiciones juradas, libere la boleta de citación y practique la misma, de manera que la citación del demandado por el comisionado con la compulsa del comitente, sería solo para la contestación de la demanda, no así para el acto de posiciones juradas, salvo que al momento de practicarse personalmente ésta, el alguacil hubiera entregado al demandado la boleta librada por el comisionado para el acto de posiciones juradas.

Respondiendo la interrogante referida a si el **comisionado puede permitir al absolvente leer papeles o apuntes conforme a lo previsto en el artículo 415 del Código de Procedimiento Civil, autorizar al proponente a que se formulen posiciones juradas adicionales conforme a lo previsto en el artículo 411 del Código de Procedimiento Civil y a calificar la pertinencia o no de las posiciones juradas formuladas**, observamos que tratándose de circunstancia que realmente deben ser calificadas por el juzgador comitente, que en definitiva será quien valore la mecánica judicial, resulta mas pertinente y sano que el comisionado permita todas estas situaciones, salvo que sea notorio o evidente la impertinencia de las preguntas, la inutilidad de seguir formulando posiciones o que sea innecesario consultar papeles o anotaciones, de lo contrario resulta mas garantista del derecho a la defensa, permitir todas estas circunstancias que en el fondo serán analizadas por el comitente en su decisión definitiva, de manera que el comisionado sí tiene las facultades en cuestión, mas aún cuando conforme a lo previsto en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, no le es permitido al comisionado consultar la inteligencia de la comisión, siempre a reserva de cualquier reclamo que pudiera hacerse ante el comitente.

En relación **al tribunal ante quién se absolverán las posiciones juradas en forma recíproca**, la legislación nada dice al respecto, pareciendo lógico que debieran ser ante el tribunal de la causa, pues la comisión es una excepción cuando el absolvente tenga su domicilio fuera de la sede del tribunal, ya que teniéndola en el mismo lugar donde funciona el tribunal, no se aplica la excepción; pero decimos que pareciera una solución lógica, pues tampoco resulta correcto ni lógico, que siendo el acto recíproco inmediato a la culminación del acto original, se perdería la concentración del acto, si se celebra el acto inicial en el comisionado y el recíproco en el comitente, lo cual nos motivo a expresar que en los casos excepcionales que el absolvente se encuentre fuera del radio competencial territorial del tribunal de la causa, tanto el acto original como el recíproco deben celebrarse en el comisionado, situación esta que

también se aplicaría si el absolvente recíproco tuviera su domicilio fuera del lugar donde se ventila el proceso judicial.

Otra situación que pudiera presentarse es que en el lugar donde el demandado tuviera su domicilio, no existiera tribunal que comisionar, caso en el cual creemos que las posiciones deberán celebrarse en el tribunal de la causa o eventualmente, por criterio de facilidad de traslado del absolvente, se comisionara a un tribunal cercano al lugar donde se encuentra el domicilio del absolvente, todo por vía excepcional.

Pero siguiendo con el análisis del artículo 417 del Código de Procedimiento Civil, encontramos que la excepción de la comisión cuando el absolvente tenga su domicilio fuera del lugar donde el tribunal ejerza su competencia territorial, encuentra también una excepción, que se presenta precisamente cuando el absolvente prefiriera comparecer a absolver las posiciones juradas ante el tribunal de la causa, caso en el cual deberá anunciarlo previamente, pero nos preguntamos **¿ante quien debe hacerse el anuncio previo?** y **¿cuándo debe hacerse ese anuncio previo?** Esta norma pudiera fomentar triquiñuelas procesales para frustrar el acto de posiciones juradas, por lo que sin repasar los supuestos que pudieran presentarse, creemos que el momento previo en que debe realizarse el anuncio es antes que se libere la comisión, incluso, luego de librada y antes que se remita al comisionado, pues si el anuncio se hace con posterioridad, no tendrá efecto y quedará el absolvente obligado a absolver en el tribunal comisionado, circunstancia ésta que nos permite señalar que el anuncio previo debe realizarse en el tribunal de la causa, de manera que cualquier anuncio realizado en el comisionado o en el comitente luego de librada la comisión, resulta extemporáneo por tardío.

Por otro lado, el artículo 418 del Código de Procedimiento Civil, permite la rogatoria en materia de posiciones juradas, señalándose al efecto [...] *Si el absolvente se hallare en el extranjero, se librará rogatoria al Juez respectivo. La absolución de posiciones de una persona que se halle en el extranjero, sólo puede pedirse en el lapso de promoción de pruebas indicado en el artículo 396.*” La rogatoria es permitida en la medida que el absolvente se encuentre en el extranjero, pero en este caso solo se permite que la mecánica sea propuesta en el lapso de promoción de pruebas, para lo cual la misma se evacuará en el término ultramarino a que se refiere el artículo 393 del Código de Procedimiento Civil.

18. VALORACIÓN JUDICIAL DE LAS POSICIONES JURADAS.

En cuanto a la valoración de la mecánica de posiciones juradas o confesión provocada, debemos señalar que el legislador nada dice al respecto, quedando a la prudencia y apreciación libre –sana crítica- del operador de justicia, el calificar si de las respuestas del absolvente original o recíproco, se reconoció como

cierto la existencia u ocurrencia de un hecho propio, personal o del cual tenga conocimiento el absolvente, controvertido y que le sea perjudicial o simplemente beneficie a su contraparte, por lo que al referirse a la aplicación de reglas de la lógica, la experiencia y conocimientos científicos, su lesión podría ser censurada vía recursiva; igualmente la calificación de la conducta del absolvente cuando se niegue a contestar las posiciones, cuando no conteste en forma directa, categórica y terminante, en caso de hechos de probable olvido o que hubieran ocurrido mucho tiempo antes del acto, incluso la falsedad o perjurio en la respuesta, quedará sometido a las precitas reglas –lógica, experiencia y conocimientos científicos– que permitirán su eventual control vía recursiva cuando se resientan.

No obstante a lo dicho para algunos doctrinarios los artículos 412 y 414 del Código de Procedimiento Civil, regulan una norma jurídica expresas de valoración de pruebas, al señalar que “...se tendrá por confesa...”, lo que se traduce en que al no comparecer el absolvente al acto de posiciones juradas, al no contestar, al contestar en forma no terminante y al perjurarse, el juez no queda en libertad de apreciar la situación sino que se encuentra obligado a declarar la confesión y valorarla tarifadamente.¹⁰⁰

Para nosotros y como hemos indicado, cuando el judicante luego de apreciar las respuestas dadas por el absolvente observa que se ha reconocido como cierto o confesado como cierto la existencia u ocurrencia de un hecho propio, personal o del cual tenga conocimiento el absolvente original o recíproco, que sea controvertido y que le sea perjudicial o simplemente beneficie a su contraparte, esto es, de producirse una confesión, aunque el sistema vigente señala que deberá valorar la prueba conforme a la tarifa legal, atribuyéndole a la misma pleno valor probatorio, pleno grado de convicción o constituyendo plena prueba, tal como lo regula el artículo 1.401 del Código Civil, conforme al cual, la confesión hecha por la parte o su apoderado dentro de los límites del mandato, ante un juez aunque fuera incompetente, hace contra ella plena prueba, se trata de un sistema probatorio retrógrado, fosilizado, inconstitucional y antigarantista, insostenible en el estado actual de nuestro sistema constitucional, que debe reverse mediante la desaplicación por control difuso o a través de la reinterpretación constitucional, para dar paso a la sana crítica como sistema de valoración de los medios y fuentes probatorias que permitan generar la convicción del judicante.

De esta manera en los casos de contestaciones hechas por el absolvente que no fueran directas, categóricas o terminantes, en los casos de perjurio, en los casos que el absolvente no conteste exponiendo al efecto los motivos de la negativa, en los casos de contestaciones ambiguas producto del olvido o del tiempo en que ocurrió el hecho, constituyen circunstancias que deben ser apreciadas por el judicante en base a la sana crítica, cuya lesión podrá ser censurada vía recursiva.

¹⁰⁰ Humberto BELLO-LOZANO MÁRQUEZ. Ob. cit. pp. 241 y 242.

20. ¿QUIÉN AFIRMA LA EXISTENCIA U OCURRENCIA DE UN HECHO AL FORMULAR LAS POSICIONES JURADAS, ESTA RECONOCIENDO O CONFESANDO DICHO HECHO?

Entendiendo que las posiciones juradas tal como lo exige el artículo 409 del Código de Procedimiento Civil –antes analizado- deben ser formuladas en forma asertiva o afirmativa, debiéndose dar por cierto u ocurrido el hecho sobre el cual recaiga la posición juradas, pues no es permitido la formulación de posiciones interrogativas o indagatorias, nos preguntamos **¿quién formula la posición y da por cierto u ocurrido un hecho confiesa o reconoce el hecho?**

DEVIS ECHANDÍA al referirse al tema expresa que si la legislación regula que las posiciones juradas implican una confesión, admisión o reconocimiento del hecho, habrá confesión cuando se formula la posición jurada, quien afirma el hecho en la posición lo reconoce como cierto consecucionalmente, tal como sucede en nuestro sistema conforme a lo previsto en el referido artículo 409 del Código de Procedimiento Civil, mas si la legislación nada dice al respecto –señala el maestro colombiano- solo habría confesión del preguntante cuando por ejemplo señala “Diga como es cierto, como yo lo reconozco...”.¹⁰¹

Nuestra jurisprudencia por su parte ha considera que por el hecho de tenerse que realizar las posiciones en forma afirmativa, para el proponente constituye una confesión en cuanto a los hechos referidos a ella, aunque se haya realizado por medio del apoderado judicial no autorizado expresamente, ya que ello es una facultad implícita, resultando inmoral que el mismo sujeto –formulante- que aseveró la verdad del hecho luego pretendiera desmentirlo.¹⁰²

Con relación a este punto, consideramos que el proponente o preguntante de las posiciones juradas al formular las mismas, no incurre necesariamente en una confesión judicial, mas sí en el reconocimiento como cierto de la ocurrencia o existencia del hecho sobre el cual recae la confesión, pues para señalar, como lo hace la doctrina y la jurisprudencia, que se trata de una confesión, debe versar sobre hechos propios, personales, de los cuales tenga conocimiento el preguntante, controvertidos y que le traigan consecuencia jurídicas desfavorables, de manera que en la medida que las posiciones formuladas reúnan éstos elementos, para el preguntante también se producirá una confesión judicial al formular las posiciones juradas, de lo contrario solo producirá la reconocimiento como cierto, existente u ocurrido, el hecho sobre el cual recae la confesión.

¹⁰¹ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. p. 750.

¹⁰² Sentencia de Casación de 1962. Igualmente sentencia de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, N° 696, del 13 de Agosto de 1998, expediente N° 96-859.

Siguiendo esta misma línea argumentativa podríamos señalar, que si la pregunta es interrogativa “diga si tiene conocimiento”, “diga si sabe”, “diga si le consta”, nunca podrá considerarse que quien pregunta confiesa, pues no afirma ni niega la existencia de ningún hecho; si las preguntas son asertivas – como lo exige nuestra legislación- “diga si es cierto”, “diga si es verdad”, podrá extraerse una confesión al proponente cuando se refiera a hechos propios, personales, de los cuales tenga conocimiento el preguntante, controvertidos y que le traigan consecuencia jurídicas desfavorables, de lo contrario, solo será el reconocimiento sobre la ocurrencia o no de un hecho debatido en el proceso, que se insiste, puede ser favorable o desfavorable, éste último caso típico de la confesión.

CAPITULO III
PRUEBA DE JURAMENTO

.....

SUMARIO: 1. Reseña histórica. Definición. Características. 1.1. Naturaleza. 1.2. Diferencia con la confesión. 2. Requisitos del juramento. 2.1. Requisitos de existencia. 2.1.1. Debe ser prestado por las partes. 2.1.2. Debe referirse a hechos, que deben ser propios, personales o de los cuales tenga conocimiento quien deba prestar el juramento. 2.1.3. Debe existir la plena voluntad del deferente o referente, para hacer depender la solución de la litis, del dicho de quien deba prestar el juramento. 2.1.4. Que las partes tengan plena capacidad jurídica, tanto para deferir el juramento, referirlo y prestarlo. 2.2. Requisitos de validez. 2.2.1. Capacidad general para disponer el derecho o contraer obligaciones. 2.2.2. Que no exista coacción para deferir, prestar o referir el juramento. 2.2.3. Cumplimiento de los requisitos de ley y ausencia de nulidad. 2.3. Requisitos de eficacia. 2.3.1. Disponibilidad objetiva del derecho o de la obligación. 2.3.2. Debe versar el juramento sobre hechos pertinentes, relevantes, conducentes y sobre todo fundamentales para la solución de la causa. 2.3.3. Otros requisitos de eficacia. 3. Mecánica de la prueba de juramento. 3.1. Promoción. 3.2. Requisitos de promoción. 3.3. Fórmula del juramento. 3.4 Oposición a la admisión de la prueba de juramento decisorio. 3.5. Admisión de la prueba de juramento. 3.6. Objeción a la fórmula propuesta. 3.7. Evacuación del juramento decisorio. 3.8. Incomparecencia del deferido al acto del juramento decisorio. 4. Juramento referido. 5. Efectos que produce el juramento decisorio deferido, referido o rehusado. Valor probatorio. 6. Retracción del juramento deferido. 7. Dispensa del juramento.

1. RESEÑA HISTÓRICA. DEFINICIÓN. CARACTERÍSTICAS. NATURALEZA. CLASIFICACIÓN.

En el elenco de los medios probatorios regulados en la legislación civil sustantiva y adjetiva venezolana, como fósil jurídico y anacrónico destinado a su exterminio, se ubica precisamente el “juramento”, que al igual que los demás medios probatorios tiene como finalidad aportar al procesos fuentes probatorias que sirvan para la verificación de los hechos enunciados por las partes, controvertidos y no eximidos de prueba a través del sistema de comparación con las precitadas fuentes, que permitan al judicante obtener la convicción judicial respecto al tema fáctico que le conduzcan a la certeza no eximido de falencias o errores, hechos que son el fundamentos de las pretensiones o excepciones al ser el presupuesto de las normas contentivas de las consecuencias jurídicas constitutivas, extintivas, impeditivas, invalidativas o modificativas que buscan y piden.

Indicamos que este medio probatorio está sentenciado a su extinción o exterminio, tal como puede apreciarse de los instrumentos procesales que se han producido con posterioridad a la Constitución de 1999, ello producto a la pérdida del valor de la palabra y del juramento de decir la verdad, que es consecuencia de la carencia de valores de esta sociedad enferma por la política mediática, mediocre y cubanizada que ha destruido todo un país, ha manipulado a nuestros jóvenes y separado nuestras familias.

TARUFFO describe este medio de prueba como una “reliquia histórica” que todavía sobrevive en algunos sistemas procesales, conforme al cual una de las partes puede prestar acerca de la verdad de un hecho; medio que durante mucho tiempo tuvo papel protagónico en el Derecho Procesal especialmente en el europeo, de ahí –agrega- que no sea sorpresa que algunos países no hayan logrado aún deshacerse de él, como sucedió con el *Code Civil* francés, imitado por muchos Códigos entre los que se ubica el nuestro, donde la idea básica era que una de las partes podía pronunciar en una forma solemne y bajo juramento una declaración sobre un hecho principal en el litigio, la cual debía ser considerada como un medio de prueba vinculante, en virtud de la solemnidad y de las consecuencias que solían acompañar al hecho de jurar falso, pues no podía suponerse que alguien invocara a Dios en apoyo de una declaración falsa, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones penales en caso de perjurio. Expresa que [...] *En algunos sistemas procesales, la supervivencia de los juramentos ha sido criticada duramente: como prueba legal, entra en conflicto con el principio de libre valoración de la prueba; es un residuo de un formalismo pasada de moda y obsoleto en el derecho probatorio; es una especie de mecanismo ordálico de resolver las disputas y no ofrece ninguna garantía de veracidad en las sociedades modernas y secularizadas. No obstante, los juramentos todavía sobreviven, por inercia y también puede resultar útiles en unos pocos casos marginales de los cuales no existe otro medio de prueba disponible. Cabe cuestionarse, sin embargo, si estos casos podrían decidirse mejor basándose en la carga de la prueba y no a partir de declaraciones juradas dudosas y poco fiables.*”¹⁰³

Sin perjuicio de lo expresado insistimos que el juramento como cualquier otro medio probatorio, tiende a llevar al proceso fuentes –provenientes de las propias partes- que permitan demostrar hechos debatidos en el proceso, que puede ser “decisorio”, a partir del cual dependerá la suerte del proceso judicial o “estimatorio” cuando aquel se defiere de oficio el operador de justicia a cualquiera de las partes en el proceso, con el fin de establecer el valor de los daños reclamados, el primero de los casos que se presenta como un medio de prueba irrefutable que no admite prueba en contrario, donde el juzgador queda habilitado para decidir inmediatamente la causa, teniendo a la vista el juramento decisorio prestado, referido o rehusado. El juramento en su modalidad decisoria, constituye un medio de prueba judicial, tendiente a demostrar hechos controvertidos en el proceso y fundamentales para la solución del conflicto, hasta el punto que de él dependerán los resultados del proceso, no admitiéndose otras pruebas judiciales y debiendo atenerse el juzgador para sentenciar, a lo que resulte del juramento.

La palabra “juramento” etimológicamente proviene del latín *iuramentum* –i, de igual significado derivado del verbo *iuro, -are* “jurar”, denominativo de *ius, iuris*, ésta última palabra que en tiempos históricos significa “derecho”, que como indica el maestro uruguayo Eduardo J. COUTURE debió

¹⁰³ Michele TARUFFO. Ob. cit. pp. 73.

significar en su origen “fórmula religiosa que tiene fuerza de ley”, de manera que *iurare* sería pronunciar dicha fórmula en carácter de juramento;¹⁰⁴ por su parte el maestro ALSINA nos indica que “juramento” deriva de *ius iurandum*, compuesta por *iure* y *iurando*, considerado lo que se jura como ley y Derecho, que debe tenerse por verdad de lo que se establece siendo Dios juez y testigo.

El juramento en la vida judicial de los romanos –indica ALSINA- tenía gran importancia y se le usaba en el *sacramentum*, como afirmación del compromiso de someterse a la decisión del juez, lo que en el procedimiento formulario el *Vadimonium* o promesa de comparecer en juicio ante el magistrado después de la *in ius vocatio* se prestaba *iure iurando*, pudiéndose prestar –el juramento- en ciertos casos ante el magistrado *in iure*, negando o reconociendo el hecho, produciendo efectos de extinción del juicio.¹⁰⁵ Como expresa el maestro DEVIS ECHANDÍA entre los romanos se practicaría tanto el juramento voluntario como el necesario *iusiurandum in iure*, estando el segundo limitado a ciertas acciones y el demandado tenía la necesidad de jurar o de deferir el juramento al demandante, de lo contrario perdía el pleito; en caso de prestarse el magistrado quedaba ligado a la declaración. El juramento voluntario podía deferirse únicamente por acuerdo entre las partes y en toda clase de procesos, pero no podía una de ellas obligar a la otra a rendirlo, aunque el juez conservaba su libertad de apreciación respecto de lo declarado. El juramento también podía ser ante el juez, *in iudicium* o *iudicialis*, que no privaba a éste –juez- de la facultad de apreciar la prueba, pudiendo las partes deferirlo al adversario, quien era libre de rehusarlo; en el período extraordinario se prescindiría de sus caracteres bajo la influencia especial de los Derechos Germánico y Canónico.¹⁰⁶

Respecto al Derecho Germánico eran dos las pruebas principales: el juramento y el duelo judicial, aquél que se concedía generalmente al demandado, ya que conforme a las prácticas procesales la prueba estaba a su cargo –carga probatoria- y tanto mayor era su eficacia cuando más *cojuradores* o *sacramentarios* presentaba, pero el demandante podía a su vez ofrecer doble cantidad de *cojuradores* para demostrar lo que aquél había negado o en su defecto recurrir al duelo. En el derecho canónico se admitiría el juramento, aún cuando contrariaba sus principios, para excluir el duelo judicial, llegando a establecerse las distintas formas en que debían jurar los fieles y miembros de la Iglesia según su dignidad.

En el antiguo derecho español, el tema fue tratado en las Leyes de Partidas, que como nos indica el maestro español Juan MONTERO AROCA, el *jura o juramento* conforme a la Partida III, Título XI, se refería a sus diversas clases y finalidades después de haber dicho que “*jura es averiguamiento que se faz,*

¹⁰⁴ Eduardo J. COUTURE. Vocabulario Jurídico. p. 368.

¹⁰⁵ Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. p. 666.

¹⁰⁶ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. p. 9.

nombrando a Dios, o a alguna otra cosa santa, sobre lo que alguno afirma que es así, o lo niega” o, “*jura es afirmamiento de la verdad*”; que el jura de *juyzio* era el que pendiente el pleito se daban las partes entre sí, de modo que estando ante el juez, una de ellas pedía el juramento de la otra diciendo que estaría a lo que ésta jurara, de manera que el pleito se resolvería de acuerdo con lo que la parte jurara que era la verdad. Se trataba del juramento deferido, donde una de las partes defería la solución del pleito a la otra y si ésta lo rehusaba y se lo devolvía a la primera, el juramento era referido, devuelto y asumiendo también que el proceso se decidiera por él, segundo juramento que no podía rehusarse y si así lo hiciera el juez debía dar a la parte por vencida. La fuerza de este juramento que sólo redundantemente podía considerarse como “decisorio” no se derivaba de que sirviera para la averiguación de los hechos afirmados, sino que servía para revelar toda prueba, debiendo el juez dictar sentencia conforme con el manifiesto del juramento.

Pero también se reguló el juramento de *premia*, que era aquel que el juez podía pedir de oficio a alguna de las partes, quien no podía rehusarlo ni referirlo al contrario, de modo que si no quería jurar debía darse por vencido en el juicio. Estos juramentos –de *premia* y de *juyzio*– suponían la terminación del pleito entre las partes.¹⁰⁷

Hecho un breve análisis de la etimología y de la historia de la prueba que abordamos nos preguntamos: **¿qué es el juramento?**

Analizando la doctrina comencemos con el maestro ALSINA quien nos dice que tradicionalmente se define el juramento diciendo que es la invocación que se hace de la divinidad, como verdad primera e infalible, poniéndola por testigo de la certeza de lo que se declara, bien afirmando o negando solemnemente un hecho, tomando como testigo de la verdad. Nos dice que según se refiere al pasado o al futuro el juramento puede ser “probatorio” o “promisorio”, éste último utilizado como garantía de una conducta futura, importando el compromiso de actuar conforme a los rectos principios de la moral y del derecho, como cuando el juez antes de ejercitar el cargo presta juramento de ley, los testigos antes de declarar son juramentados, igual que en materia de experticia; en tanto que el “probatorio” se presenta como un medio de procesal para acreditar un hecho, consistente en deferir a la declaración jurada de una de las partes el reconocimiento de una cuestión litigiosa, pudiendo éste ser de dos clases: “decisorio” también llamado “deferido”, cuando se defiere de una de las partes a la otra la solución de una cuestión litigiosa, sometiéndose a lo que ella manifieste bajo la formalidad del juramento; y “supletorio” cuando se defiere por el juez a cualquiera de las partes para fijar el importe del crédito o perjuicios reclamados siempre que su existencia estuviese legalmente comprobada y no resultase

¹⁰⁷ Juan MONTERO AROCA. La Prueba en el Proceso Civil. pp. 117 y ss.

justificado su importe, siendo supletorio por suplir la insuficiencia de la prueba de los precitados importes.¹⁰⁸

En Uruguay el maestro COUTURE se referiría al juramento en general como un medio de prueba por el cual el litigante a pedido de su adversario o del juez, afirma o niega uno o más hechos responsabilizándose por su honor o por sus creencias religiosas, de la verdad de sus manifestaciones; que el “juramento decisorio” es aquel que defiere al demandado el demandante que no ha podido probar su derecho para que manifieste bajo la responsabilidad de sus convicciones morales o religiosas, la verdad del mismo; el “juramento estimatorio” es aquel deferido de oficio por el juez a la víctima de un delito, cuasi delito o dolo, para que declare acerca del valor real o de la afección de las cosas desaparecidas cuyo precio integra la indemnización, bajo la responsabilidad de sus convicciones morales o religiosas.¹⁰⁹

El maestro nicaragüense Iván ESCOVAR FORNOS refiriéndose a la legislación de su país y bajo la denominación de “promesa deferida” la define como aquella declaración de una de las partes sobre la verdad de un hecho, donde la que defiere se obliga a lo que diga la parte contraria, pudiendo ser esta “decisoria” que tiene por objeto la decisión del fondo del juicio o de un incidente y “estimatoria” que tiene por objeto la valoración de la cosa que se litiga o del daño reclamado.¹¹⁰

En la doctrina colombiana comenzamos con el maestro DEVIS ECHANDÍA quien non enseña que el juramento puede ser “decisorio” o “estimatorio”, el primero que ocurren cuando una parte o la ley defiere a la declaración juramentada de la otra parte, la decisión sobre la existencia o las modalidades de uno o varios hechos discutidos en el proceso, de manera que el judicante debe estarse a lo declarado por quien lo presta; en tanto que el “estimatorio” se presta cuando la ley acepta como prueba el juramento de la parte beneficiada por tal acto, para fijar el monto o valor de la prestación exigida al adversario u otra circunstancia que debe ser objeto del proceso, mientras ésta no pruebe lo contrario. Indica que el juramento puede ser “legal”, cuando es deferido directamente por la ley y que el “decisorio” toma la denominación “supletorio” cuando es deferido por el juez y suple una prueba que por renuencia de la otra parte no puede ser practicada.¹¹¹

PARRA QUIJANO indica que en Colombia existen dos clases de juramento: el deferido por la ley, que sirve para suplir una prueba que por renuencia de una de las partes no puede practicarse; y el

¹⁰⁸ Hugo ALSINA. Ovb. Cit. T. III. pp. 668 y ss.

¹⁰⁹ Eduardo J. COUTURE. Ob. cit. pp. 367 y 368.

¹¹⁰ Iván ESCOVAR FORNOS. Ob. cit. pp. 196 y 197.

¹¹¹ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. p. 8.

estimatorio, cuando a una de las partes se le permite que estime en una suma de dinero la prestación, o en general, los perjuicios a que tiene derecho.¹¹²

Por su parte AZULA CAMACHO indica que el juramento es un requisito indispensable para la recepción de cierto tipo de pruebas, como es el caso del testimonio; que el juramento en sí mismo, independientemente considerado, no es un medio de prueba sino lo que le da certeza, respaldo o veracidad a la afirmación de una parte. Que el juramento puede ser “estimatorio” cuando se utiliza en los casos que la ley lo permite para estimar en dinero el derecho que reclama de la otra; y “deferido legal” que ocurren cuando la ley o el juez autoriza para pedirlo a una de las partes, como presupuesto para establecer un hecho.¹¹³

BETANCURT JARAMILLO y GARCÍA SIERRA se refieren al “juramento decisorio” como aquel en que la parte que solicita la confesión de su adversario, se compromete de antemano a tener como cierto lo que en dicha confesión admita la parte contraria, de manera que una de las partes renuncia a su pretensión si la otra presta juramento de ser ciertos los hechos en que se apoya su resistencia a la pretensión, equivaliendo a: “jura que me pague y pierdo el litigio” a lo que el otro responderá: “jura tu que no te he pagado y te pagaré”; el “juramento estimatorio” es aquel que se presenta cuando la ley confiere a las partes autorizaciones para que estimen en dinero la cuantía de lo que se demanda, bien sea por concepto de perjuicios o por cualquier otra causa; el “juramento supletorio” surge para suplir la falta o ausencia de prueba de aquello por lo que se demanda, siendo deferido por el juez y no por las partes, conforme a la ley.¹¹⁴

En la doctrina italiana el maestro CHIOVENDA se refiere al “juramento decisorio” como aquel que una de las partes pide a la otra haciendo depender de él la decisión de la litis, tratándose de una de las pruebas legales más antiguas; indica que el mismo recae sobre los hechos y no sobre las afirmaciones jurídicas, debiendo ser el hecho a que se refiera de carácter personal a quien se pide el juramento o consistir en la simple noticia de un hecho, pudiendo la parte a quien se le defiere escoger entre prestarlo o negarse a ello para referirlo al contrario, siempre que el hecho sean común para las partes; que el efecto del juramento es que la cuestión se decidirá en pro o en contra de quien jura, según el tenor de la declaración, en el entendido que el efecto de la negativa a jurar es la derrota, sea en la demanda o en la excepción y de ser referido, si se rehúsa a prestarlo el referido, perderá el pleito en la demanda o en la excepción. El “juramento supletorio” es aquel que el juez puede deferir de oficio como medio subsidiario

¹¹² Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. p. 715.

¹¹³ Jaime AZULA CAMACHO. Ob. cit. pp. 176 y 177. I

¹¹⁴ Carlos BETANCURT JARAMILLO y Alfonso GARCÍA SIERRA. Ob. cit. pp. 359 y 350. Igualmente puede verse a Hernán Fabio LÓPEZ BLANCO. Ob. cit. T. III. pp. 149 y ss.

de formar su convencimiento y de atemperar la aplicación de las normas sobre la carga de la prueba, cuando en el caso concreto resulten contrarias a la equidad.¹¹⁵

ROCCO al referirse a la prueba en estudio nos dice que entre los medios de prueba tiene gran importancia el juramento, al cual se recurre normalmente cuando no hay otros medios para poder probar determinado hecho, o cuando el resultado de los medios de prueba es dudoso o incierto, consistente en un interrogatorio que se dirige a una parte bajo el vínculo de la invocación, explícita o implícita, de la divinidad; que en sustancia no es más que un interrogatorio jurado de la parte, con que se hace la solemne afirmación de la verdad de un hecho, invocando la responsabilidad que de tal afirmación se sigue ante Dios y ante los hombres. Indica el maestro que el mismo puede ser “decisorio” cuando una parte defiere a la otra para hacer depender del resultado de él la decisión, total o parcial, de la causa; “supletorio” cuando es deferido de oficio por el juez a una de las partes, a fin de decidir la causa cuando las demandas o excepciones no están plenamente probadas, aunque tampoco enteramente desprovistas de prueba; “estimatorio” cuando es deferido por el juez y tiene el efecto de determinar el valor de la cosa demandada, si no hay otros medios para poder comprobarlo.¹¹⁶

REDENTI por su parte indica que el juramento “supletorio” es un expediente de atenuación del rigor de la carga de la prueba, suponiendo que una parte, que tiene dicha carga, ha suministrado ya al juez elementos de prueba, pero no exhaustivos y tranquilizadores para su conciencia; que pudiera ser adscrito a los medios de prueba, si bien con carácter integrativo y no autónomo, por servir para complementar el convencimiento judicial, constituyendo por lo mismo una atenuación de la carga probatoria, que le permitirá al judicante salir del atolladero ante la falta de prueba, defiriendo de oficio el juramento a cualquiera de las partes sobre la existencia o inexistencia de los hechos no plenamente probados, con la fórmula que él mismo dictará. También se refiere al juramento “decisorio” el cual puede ser deferido por una parte a la otra para hacer depender del mismo la decisión total o parcial de la causa, debiendo recaer sobre hechos propios de la parte a quien se defiere el juramento o de los que tenga conocimiento.¹¹⁷

Recientemente el maestro TARUFFO se refiere al “juramento decisorio” como aquel instado por una de las partes, invitando a la otra a jurar la verdad de un hecho que es favorable a la parte que jura, debiendo recaer sobre un hecho principal, de modo que el caso pueda decidirse total o parcialmente sobre la base del juramento; en caso que la parte comparezca ante el tribunal y jure, el caso deberá resolverse en su favor, pues la declaración jurada no puede ser contrarrestada con ningún medio o modo y el juez

¹¹⁵ Guisepe CHIOVENDA. Instituciones de Derecho Procesal. T. III. pp. 170 y ss.

¹¹⁶ Ugo ROCCO. Ob. cit. V. III. pp. 129 y ss. Igualmente puede consultarse a Jean Antonio MICHELI. Ob. cit. V. II. pp. 161 y ss.

¹¹⁷ Enrico REDENTI. Ob. cit. T. I. pp. 297 y ss.

está obligado a considerar los hechos sobre los que recayó como verdaderos. Indica que si la parte fue instada a jurar y no comparece o rehúsa jurar, el juez tendrá que considerar los hechos como probados en su contra, siempre que los hechos sean personales, que pertenezcan a esa parte por haberlos realizado o conocidos directamente; que el juramento no puede ser utilizado para desvirtuar lo que se certifica en un instrumento público ni para probar un hecho ilegal, e igualmente, no procede cuando se trata de hechos que involucren la disposición de un derecho sustancial indisponible. Respecto al “juramento supletorio” indica que se puede usar cuando existen algunos medios de prueba acerca de los hechos litigiosos, pero que no son suficientes para demostrar los hechos, debiendo en este caso el judicante decidir a cuál de las partes instará a prestar el juramento; y un subtipo de éste juramento de utiliza para fijar el valor de algo o su monto económico cuando no hay otros medios de prueba para demostrar su valor.¹¹⁸

Entre nosotros el maestro FEO nos dice que [...] Juramento es el acto por el cual pone el hombre a Dios como testigo de ser verdad lo que dice, o de que cumplirá lo que promete. Es, pues, a la vez, un acto civil y religioso.”¹¹⁹

El maestro Humberto BELLO LOZANO, al referirse al tema –especialmente al juramento en general- expresa que el juramento sirve para invocar Dios en testimonio de acontecimientos pasados de hechos que se relatan, sirviendo también para expresar y proponer garantías sobre conductas futuras, como si el que jura, asegura pagando el seguro de su fidelidad venidera y el cumplimiento de unas obligaciones que contrae o reconoce; y sobre la certeza, afirmación o negación del hecho por el cual declara, derivando del vocablo latino *ius iuvandum*, formado por las palabras *iure* y *iuvando*, considerándose que el que jura como Ley y Derecho o porque debe tenerse por verdad lo que establece siendo Dios y el juez testigo de lo dicho, siendo en consecuencia el acto donde el hombre trae a Dios como testigo de la verdad de lo que declara.

Sigue enseñándonos el maestro que en nuestra legislación el Código Civil regula dos especies de juramento: el “juramento decisorio” que es aquel que una parte defiere a la otra para que de él dependa la sentencia en el litigio que los ocupa, siendo la afirmación de la verdad o de la falsedad del hecho debatido, donde el juramento no se presenta como un suplemento de la prueba sino como la única prueba, donde se suponen que todos los demás medios han sido desechados; y el “juramento supletorio” también llamado “estimatorio” es aquel deferido de oficio por el juez a una de las partes, que suple la

¹¹⁸ Michele. TARUFFO. Ob. cit. pp. 73 y 74.

¹¹⁹ Ramón FEO. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano. T. II. Editorial Rea. Caracas, 1962. p. 93.

insuficiencia de pruebas –también denominado *in litem*- por prestarse en juicio; el “estimatorio” se utiliza en aquellos casos donde el juez tiene la facultad de moderar a su prudente arbitrio la fijación hecha por el demandante.¹²⁰

Luego de habernos paseado por la doctrina y ensayando una **definición de juramento en general**, diremos que constituye un medio de prueba por medio del cual, una de las partes solicita que la otra bajo juramento, afirme o niegue la existencia u ocurrencia de los hechos que han sido enunciados como fundamento de las pretensiones o excepciones, al ser el presupuesto de las normas contentivas de aquellas consecuencias jurídicas pedidas, los cuales deben ser personales a quien ha de jurar o de los que tenga conocimiento, lo que producirá una fuente probatoria emanada de las propias partes y que servirán para la verificación de los enunciados fácticos controvertidos, mediante la comparación para conducir a la convicción judicial traducido en certeza no eximida de falencia o error. De la definición ensayada se destacan las siguientes características:

- a. Se trata de un medio de prueba, que tiene por objeto la demostración de los hechos enunciados y controvertidos para influenciar el ánimo del operador de justicia, para la verificación de los hechos por comparación con la fuente obtenida del juramento y que permitirán la convicción judicial.
- b. Como medio de prueba judicial solo recae sobre hechos, que han de ser enunciados como fundamento de las pretensiones o excepciones, controvertidos y no eximidos de prueba.
- c. Mediante la prueba en cuestión se busca que una de las partes, a pedido de la otra, produzca una fuente probatoria mediante el reconocimiento de la existencia, ocurrencia o no de los hechos debatidos.
- d. Los hechos sobre los cuales versa la prueba deben ser personales de la parte que debe prestarlo, realizados por él, propios o de los cuales tiene conocimiento, hechos que aunque no realizados por quien debe prestar el juramento, tenga noticia o conocimiento de ellos.
- e. La afirmación o negación sobre existencia u ocurrencia de los hechos propios, personales o de los cuales tenga conocimiento quien deba responder, debe hacerse bajo juramento.
- f. Los hechos controvertidos que se afirmen o nieguen bajo juramento por la parte que deba prestarlo, se tendrán verificados o confirmados en el proceso al haber quedado demostrado su existencia, ocurrencia con la fuente proveniente del dicho de la parte juramentada, los que son vinculantes para el judicante, en la medida que sean aquellos hechos que servirán de presupuesto o supuesto de la norma que consagra al consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva

¹²⁰ Humberto BELLO LOZANO, ob. cit. T. I. pp. 237 y ss.

o modificativa que hayan sido solicitadas por las partes en su pretensión o excepción y que en definitiva resuelva el conflicto judicial.

La definición ensayada anteriormente se encuentra limitada al “juramento en general”, como medio de prueba judicial, pero nuestra legislación civil en el artículo 1.407 del Código Civil, realiza una clasificación o especificación del juramento, señalando al efecto [...] *El juramento es de dos especies: 1º El que una parte defiere a la otra para hacer depender de él la decisión del juicio y se llama decisorio. 2º El que defiere el Juez, de oficio, a una u otra parte.*” Esta norma contempla la **clasificación** del juramento en nuestro sistema de procedimiento civil, refiriéndose al juramento “decisorio” y al “estimatorio”, a partir de los cuales debemos ensayar las respectivas definiciones para lo cual entendemos por **juramento decisorio**, aquel medio de prueba procedente en procesos de carácter civil, por medio del cual una partes hace depender la solución del conflicto judicial, de lo que bajo juramento, bien por la religión que profesa o bien por su moral, honor o conciencia, responda su contendor judicial, mediante la proposición de una fórmula –pregunta- que contenga la afirmación o negación, existencia, ocurrencia o no de los hechos propios, personales o de los cuales tenga conocimiento quien deba prestarlo, que han sido enunciados en el proceso como fundamento de las pretensiones o excepciones, no eximidos de prueba que son el presupuesto de la norma contentiva de la consecuencia jurídica buscada, no pudiendo quien deba prestarlo rehusarse al juramento, so pena de sucumbir a la pretensión o excepción, o eventualmente refiriéndolo al deferente, cuando se trate de hechos comunes, quien tampoco podrá rehusarse a prestarlo, so pena de sucumbir. De la definición ensayada podemos extraer las siguientes características:

- a. Es un medio de prueba que como tal, tiene por finalidad la demostración de hechos enunciados, controvertidos y no eximidos de prueba.
- b. Como medio de prueba solo puede recaer sobre hechos –enunciados por las partes como fundamento de la pretensión o excepción- controvertidos pero que sean propios, personales de quien deba prestar el juramento o de los cuales tenga conocimiento personal.
- c. Solo procede en los procesos de carácter civil, salvo lo previsto en el artículo 43 del Código de Comercio que establece [...] *Si uno de los litigantes ofrece estar y pasar por lo que constare de los libros de su contendor, y éste se niega a exhibirlos sin causa suficiente a juicio del Tribunal de Comercio, el Tribunal*
- d. *podrá deferir el juramento a la otra parte, o decidir la controversia por lo que resultare de los libros de éste, si fuere comerciante y aquellos estuvieren llevados en debida forma.”*
- e. La prueba judicial se hace mediante una fórmula que debe proponer el deferente o proponente, esto es, mediante una pregunta que debe tener un conjunto de características como se señala a continuación.

- f. La fórmula ha de recaer sobre hechos controvertidos, propios o personales de quien debe prestarlo o de los cuales tenga conocimiento, de manera que se afirme o niegue la ocurrencia o existencia o no de los hechos.
- g. Quien presta el juramento debe hacerlo bajo juramento religioso, moral, honor o de conciencia.
- h. Quien debe prestar el juramento no puede rehusarse, so pena de sucumbir en la pretensión o excepción, pudiendo eventualmente referirlo al deferente, quien no podrá rehusarse, so pena de sucumbir a la pretensión o excepción según sea el caso, siempre que se trate de hechos comunes a las partes.
- i. La existencia, ocurrencia o no de los hechos que se desprendan de la respuesta de quien deba prestar el juramento –deferido o referido- según la fórmula que se presente, se tendrá por ciertos y demostrados, más aún verificados o comprobados con la fuente obtenida de la respuesta que servirán de comparación con los enunciados fácticos de la pretensión o excepción, que permitirán al judicante la convicción judicial de forma indesvirtuable –no admite prueba en contrario el hecho objeto de la fórmula- y de ello dependerá la solución del conflicto judicial, al constituir el supuesto de hecho de la norma que aplicará el operador de justicia para resolver el conflicto, que consagra la consecuencia jurídica que beneficia a una u otra parte, según las pretensiones o excepciones.

De esta manera insistiremos que el **juramento decisorio** es un medio de prueba judicial, que tendrá por fin la acreditación o verificación de los hechos enunciados en el proceso y debatidos, su ocurrencia, existencia o no según la fórmula que se presente, de cuya respuesta se obtendrá la fuente que servirá para la comparación de los enunciados con el objetivo de ser fijados o establecidos para conducir a la convicción judicial, siendo el supuesto de hecho concreto que habrá de subsumirse en el supuesto abstracto de la norma que aplicará el operador de justicia para resolver el conflicto judicial, que consagra la consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva o modificativa que son peticionadas o excepcionadas por las partes, de allí su carácter decisorio, pues los hechos verificados mediante este medio probatorio, no admitirán prueba en contrario y el juez debe atenerse a ellos para sentenciar, verificación que se producirá –como indicamos- con la comparación con la fuente que se obtiene de las respuestas que dé el sujeto que deba prestar el juramento –deferido o referido- a la fórmula que se proponga, bajo juramento religioso, de honor o conciencia, que versará sobre hechos controvertidos, propios, personales o de los cuales tenga conocimiento quien deba prestarlo, no pudiendo rehusarse ésta última a prestar el juramento, so pena de sucumbir, salvo la posibilidad de referir el juramento cuando sean comunes a las partes los hechos sobre los cuales verse la prueba judicial.

El otro juramento regulado en nuestro sistema de procedimiento civil es **deferido de oficio** contenido en el artículo 1.407 del Código Civil que señala al efecto [...] 2º El que defiere el Juez, de oficio a una de las partes.”, norma que se concatena con la contenida en el artículo 1.419 *ejusdem* que expresa [...] *En los juicios de obligaciones civiles, procedentes de hechos ilícitos, culpa o dolo, puede el Juez deferir de oficio el juramento al demandante, con las circunstancias y efectos siguientes: 1º El hecho ilícito, la culpa o el dolo, han de resultar debidamente probados. 2º La duda del Juez ha de recaer sobre el número o valor real de las cosas, o el importe de los daños y perjuicios. 3º Que sea imposible probar de otra manera el número o valor de las cosas demandadas o el importe de los daños y perjuicios.*” Por su parte el artículo 1420 *ibidem* dispone que [...] *El Juez puede moderar a moderar a su prudente arbitrio la fijación hecha por el demandante.*”, y finalmente el artículo 1421 del precitado código indica [...] *El juramento deferido de oficio a una de las partes no puede referirse por ésta a la otra parte.*”

El **juramento deferido de oficio**, conocido en la doctrina como **estimatorio o supletorio**, podemos **definirlo** como aquel que no tiene por objeto decidir la controversia, del cual no dependerá la solución del conflicto judicial, sino únicamente sirve para establecer o estimar el número o valor real de las cosas reclamadas o el importe de los daños y perjuicios objeto de la condenación, cuando se trate de reclamaciones producto de obligaciones civiles provenientes de hechos ilícitos, culpa, dolo. Se trata de un medio de prueba que solo proceden en procesos donde se reclamen obligaciones civiles provenientes de hechos ilícitos, culpa o dolo, donde el operador de justicia, de oficio defiere a cualquiera de las partes la fijación o estimación del número o valor real de las cosas reclamadas o el importe de los daños y perjuicios objeto de la condenación, supliéndose así la falta de prueba de dicha estimación –de ahí el nombre de supletorio- de manera que la prueba tiene por objeto la demostración del número o valor real de las cosas o el importe de los daños y perjuicios reclamados, supliéndose así la falta o insuficiencia de prueba de los mismo, cuando sea imposible o difícil dicha prueba, cuando no se pueda demostrar por otros medios, siempre que en autos se haya demostrado el hecho ilícito, la culpa o el dolo y solo quede la duda del juez de los aspectos sobre los cuales recae el juramento, la fijación o estimación del número o valor real de las cosas reclamadas o el importe de los daños y perjuicios objeto de la condenación, lo que y como indica CHIOVENDA –ya citado- se presenta como una atenuación a la regla de la carga probatoria. De la definición anterior se desprenden las siguientes características:

- a. Se trata de un medio de prueba judicial que recae sobre hechos, especialmente sobre la estimación del número o valor real de las cosas reclamadas o el importe de los daños y perjuicios objeto de la condenación.
- b. Consecuencia de lo anterior, es que no tiene como fin hacer depender de él la controversia, sino establecer la estimación del número o valor real de las cosas reclamadas o el importe de los daños y perjuicios objeto de la condenación.

- c. Se produce de oficio por el operador de justicia.
- d. Solo procede en aquellos casos de reclamaciones de obligaciones civiles por hecho ilícito, culpa o dolo.
- e. Para que proceda debe estar demostrado en el proceso el hecho ilícito, la culpa o el dolo.
- f. Solo procede en la medida que no se pueda demostrar con otros medios, la estimación del número o valor real de las cosas reclamadas o el importe de los daños y perjuicios objeto de la condenación.

1.1. Naturaleza.

En cuanto a la **naturaleza jurídica del juramento**, el maestro DEVIS ECHANDÍA nos explica que se trata de un punto bien discutido, pues en principio se pensaría que se trataba de una especie de “transacción”, luego de lo cual pasaría a ser considerado como un “acto dispositivo del derecho controvertido”, lo cual fuera rechazado por la mayoría de los autores modernos quienes asumen el juramento como un “medio probatorio” de naturaleza testimonial –en sentido lato- como declaración de ciencia o conocimiento de la parte en el proceso que la presta, que puede o no corresponder con la realidad de los hechos, tal como igualmente ocurre con la confesión.

En este sentido el maestro italiano Carlo LESSONA citado por DEVIS ECHANDÍA, al tratar lo referente a la naturaleza de la prueba de juramento, señala que resulta un error considerar la misma como una transacción, ello en virtud de las siguientes diferencias: a. El juramento decisorio nace de la voluntad de una de las partes, en tanto que la transacción es un contrato que como tal debe existir la acuerdo de todos sus intervinientes; b. El juramento constituye un medio de prueba, en tanto que la transacción es un contrato; c. El juramento solo tiene por objeto hechos, en tanto que la transacción puede recaer sobre puntos de derecho; d. El juramento siempre es de carácter judicial, en tanto que la transacción puede ser extrajudicial, para evitar el proceso judicial; e. El juramento tiene por fin demostrar la verdad de los hechos, no hay recíprocas concesiones, lo que no ocurre en la transacción donde se busca sacrificar algo, para salvar algo –recíprocas concesiones; y f. El juramento busca demostrar los hechos para que el juez los tenga por fijados y aplique la norma de derecho, en tanto que la transacción, pone fin al proceso, no busca fijar los hechos y que el juez aplique la norma de derecho. Para LESSONA el juramento es un medio de prueba especial si se quiere –como todo medio de prueba, que siempre tiene algún carácter propio- pero no es una transacción ni tiene analogía con ella.¹²¹

¹²¹ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. pp. 11 y ss.

ANDRIOLI y SCARDACCIONE también citados por el maestro colombiano expresan que el juramento es una declaración testimonial entendida en sentido amplio, siendo en consecuencia una prueba, que en su significación jurídica se traduce en la representación o demostración de la verdad formal del hecho controvertido, alcanzada mediante este particular medio legal. Su objeto inmediato es la fijación de los hechos declarados, de los cuales depende la decisión de la litis independientemente de su verdad, siendo esta decisión apenas su efecto mediato a través de la sentencia, en la cual se examinará la decisoriedad de los hechos. Esta tesis es seguida entre otros por CHIOVENDA, CARNELUTTI, CAPELLETTI, SICARD, GENTILE, CUOTURE y ROCHA ALVIRA.¹²²

Como puede apreciarse el juramento en cualquier de sus modalidades –decisorio o deferido de oficio, también estimatorio o supletorio- se trata de un acto procesal, de un medio probatorio consistente en una declaración de las partes de ciencia o conocimiento, que recae sobre hechos propios, personales o de los que tiene conocimiento quien debe prestarlo, cuya finalidad es producir una fuente probatoria que permita verificar los hechos enunciados en las diferentes pretensiones por comparación, que servirán para la convicción judicial traducido en certeza no carente o ausente de error. Esta declaración de la parte que debe prestar el juramento permite la reconstrucción o reproducción de los hechos debatidos en el proceso, que son propios o personales de quien deba prestarlo, bien sea por vía de deferencia o referencia, o de los cuales tenga conocimiento, fijándose así los hechos para que pueda tenerlos el juzgador como presupuesto o supuesto concretos de la norma que aplicará para resolver el conflicto judicial.

1.2. Diferencia con la confesión

Como hemos señalado el juramento es un medio de prueba que consiste en una declaración de la parte que debe prestarlo, sobre hechos propios, personales o de los que tenga conocimiento, bajo juramento religioso, moral o de conciencia, que servirá para producir la fuente que permitirá la verificación de hechos debatidos y no eximidos de prueba, lo que como se aprecia guarda una gran similitud con la prueba de confesión, aún cuando difiere en los siguientes aspectos:

- a. El juramento siempre es judicial, en tanto que la confesión puede ser extrajudicial.
- b. El juramento decisorio es siempre a solicitud de parte, en tanto que la confesión puede ser espontánea.

¹²² Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. p. 11 y ss.

- c. En el juramento sea deferido o referido, puede reconocerse la existencia, ocurrencia o no de hechos perjudiciales o que benefician a quien debe jurar, en tanto que la confesión solo se produce cuando se reconocen hechos perjudiciales, pues lo beneficiosos no tienen el carácter de prueba confesional.
- d. Quien defiere el juramento lo hace con el ánimo de hacer depender el proceso de lo que declare quien deba prestarlo, en tanto que en la confesión, no existe tal ánimo, solo existe el carácter conciente de la declaración.
- e. Prestado el juramento no se admite prueba en contrario a lo declarado, en tanto que en materia de confesión es posible la retractación.
- f. Los hechos sobre los cuales recae el juramento, deben ser decisivos y no periféricos, lo cual no necesariamente debe ocurrir en la confesión.
- g. El juramento decisorio se propone mediante una fórmula que debe contener el hecho o los hechos fundamentales para resolver el conflicto judicial, en tanto que en materia de confesión, sobre todo en la provocada, los hechos se desglosan en cada pregunta o posición jurada.
- h. El juramento puede ser necesario, si la ley lo exige como único medio de prueba, pero también voluntario, en tanto que la confesión nunca es necesaria al poder ser reemplazada por otros medios probatorios.
- i. En la confesión puede existir acuerdo de las partes en el hecho, mientras que en el juramento decisorio hay siempre desacuerdo entre aquellas y por tal motivo se recurre a deferirlo.

Pero el juramento y la confesión guardan estrechas relaciones a saber: a. Ambos son medios probatorios; b. Tienen como objeto hechos enunciados, controvertidos y no eximidos de prueba; c. Su finalidad es la verificación de los hechos; d. Ambos se refieren a la declaración que hacen las partes en el proceso sobre hechos propios, personales o de los que tienen conocimiento; e. Ambos requieren la previa citación por la realización del acto.

Terminamos este punto citando al maestro BELLO LOZANO, quien nos dice que la prueba de juramento tiene marcada importancia en el proceso judicial, pues provocada por una de las partes, si la otra se niega a prestarlo sucumbe en la controversia, en tanto que si lo presta, no se admite prueba en contrario sobre la falsedad de lo declarado, al producirse una presunción *iure et de iure* que hace reputar como verdadero lo que ha sido jurado, sea esté o no conforme con la verdad, siendo en consecuencia el juramento la única prueba en el proceso de la cual dependerá la solución de la controversia -juramento decisorio-.¹²³

¹²³ Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. I. pp. 239 y 240.

2. REQUISITOS DEL JURAMENTO.

2.1. Requisitos de existencia.

En cuanto a los requisitos de existencia que deben conjugarse en materia de juramento, cuando sea decisorio, encontramos:

2.1.1. Debe ser prestado por las partes.

El juramento tratándose de la modalidad deferida o referida, se refiere a una declaración de las partes, donde se reconocen hechos propios, personales o de los cuales tengan conocimiento, que son controvertidos en el proceso y fundamentales para la solución del conflicto, de manera que este medio probatorio, especie del testimonio, solo puede ser prestado por quien sea parte en el proceso judicial, siendo improcedente su prestación por medio de mandatario, apoderado, defensor judicial, o cualquier otra modalidad, tal como lo expresa el artículo 1.406 del Código Civil, que expresa [...] *El juramento debe prestarse siempre personalmente, y no por medio de mandatario.*” Cuando se trate de **personas jurídicas**, la prueba puede resultar procedente y debe prestarse el juramento por el representante legal de la misma, siempre que tenga conocimiento personal de los hechos.

2.1.2. Debe referirse a hechos que deben ser propios, personales o de los cuales tenga conocimiento quien deba prestar el juramento.

Como todo medio de prueba judicial el juramento ha de recaer sobre hechos, que sean discutidos o controvertidos en el proceso, no versa sobre cuestiones de derecho, pero que además sean fundamentales para la solución del conflicto judicial, pues siendo el juramento decisorio, la fórmula que se proponga debe versar sobre aquellos hechos que sean el presupuesto de la norma que consagra la consecuencia jurídica aplicable al caso y pedida por las partes al ser el fundamento de sus pretensiones o excepciones. Como sucede en materia de confesión, para la existencia del juramento debe versar sobre hechos propios o personales, realizados directamente por quien debe prestar el juramento, de los cuales tenga conocimiento personal o noticia, que aún cuando no los haya realizado directamente, tenga conocimiento de su existencia u ocurrencia, todo en los términos del artículo 1.409 del Código Civil que expresa [...]

No puede deferirse sino sobre un hecho determinado y personal de aquél a quien se le defiere; o sobre el simple conocimiento de un hecho.”

Por otro lado y conforme a lo previsto en el artículo 1.408 del Código Civil, el juramento no puede tener por objeto hechos de carácter delictuoso, ello en función del derecho a que se refiere el artículo 49 constitucional; tampoco puede versar sobre contratos o convenciones que para su validez, la ley exija la forma escriturada –documentos *ad solemnitatem*–; por último tampoco puede versar sobre hechos que tiendan a contradecir el contenido de un instrumento público, circunstancia ésta que incluso influye en su eficacia probatoria, pues de trata de la inidoneidad del medio probatorio. En este sentido la precitada norma expresa que [...] *El juramento decisorio puede deferirse en todo especie de juicio civil. No puede deferirse sobre un hecho delictuoso ni sobre convención para cuya validez exige la Ley un acto escrito; ni para contradecir un hecho que un instrumento público atestigua haber pasado en el acto mismo ante el funcionario que lo ha recibido.”*

2.1.3. Debe existir la plena voluntad del deferente o referente, para hacer depender la solución de la litis del dicho de quien deba prestar el juramento.

Para que exista el juramento se requiere de la existencia de la libre voluntad e incluso plena conciencia, de aquella parte que propone la prueba, que presenta la fórmula y que hará depender el problema judicial de lo que diga quien deba prestarlo, circunstancia ésta que igualmente debe estar presente en la persona que pueda referir el juramento.

2.1.4. Que las partes tengan plena capacidad jurídica, tanto para deferir el juramento, referirlo y prestarlo.

Para la existencia de la prueba de juramento decisorio es indispensable que quien la proponga, aportando la fórmula, quien deba prestarlo, bien en forma deferida o referida, tenga plena capacidad para tal acto, no existiendo causas o motivos que le impidan realizar el mismo, como incapacidades, minoridad, interdicción, inhabilitación, pues tratándose del juramento decisorio, la fórmula ha de recaer sobre aquellos hechos que serán los que en definitiva resuelvan el problema judicial, al ser el presupuesto o supuesto de la norma jurídica que aplicara el juzgador para resolver el conflicto, sin que se pueda aducir mas pruebas y sin que proceda la prueba de la falsedad de lo declarado o jurado, de manera que siendo decisiva la declaración que haga quien deba prestar el juramento deferido o referido, indefectiblemente debe tener capacidad jurídica para el acto.

En este sentido indicaremos que los **apoderados o mandatarios**, no pueden prestar el juramento, aún cuando si pueden proponerlo sin necesidad de facultad expresa para tal acto, ello por prohibición expresa del artículo 1.406 del Código Civil. El **defensor judicial** por su parte, es un sujeto que no tiene capacidad jurídica para prestar el juramento ni para proponerlo, pues si bien el juramento es un medio de prueba que no requiere facultad expresa para su proposición, si el defensor judicial lo propusiera y quien debe prestarlo lo refiere al tratarse de hechos comunes para las partes, sería imposible que el defensor lo prestara por carecer de capacidad de disposición del derecho en juego, sumado al hecho de no tratarse de hechos personales a él, por lo que tendría indefectiblemente que producirse el efecto derivado del rehúso, esto es, sucumbir.

Las **personas jurídicas** pueden tanto proponer el juramento como prestarlo, siendo que en caso de deferencia o referencia, debe hacerlo quien represente la misma y la obligue; en relación a los **adolescentes**, siguiendo la misma línea argumentativa que utilizáramos en materia de confesión –al cual remitimos al lector- creemos que sí pueden prestar el juramento; y en cuanto al **fallido** y al **síndico** a los acreedores que funjan como liquidadores en materia concursal, al igual que lo expusiéramos en materia de confesión, creemos que no pueden proponerla ni prestar el juramento, el primero por la inhabilidad jurídica y la incapacidad negocial o de disposición sobre sus bienes, y los segundos por carecer de capacidad y por no tratarse de hechos propios, personales o de los cuales tengan conocimiento – remitimos al lector a los requisitos de la confesión-.

2.2. Requisitos de validez.

2.2.1. Capacidad general para disponer el derecho o contraer obligaciones.

Este requisito no se refiere a la capacidad jurídica, sino a la capacidad que debe tener el sujeto que deba prestar el juramento, deferido o referido, para disponer sus derechos, para contraer obligaciones, en definitiva, tratándose del juramento decisorio de un medio de prueba judicial tendiente a demostrar los hechos fundamentales del proceso que solucionarán el conflicto judicial, por ser los hechos que servirán de presupuesto de la norma que aplicará el operador de justicia para resolver el conflicto judicial, que contiene la consecuencia jurídica extintiva, impeditiva, modificativo o constitutiva en que se basa la pretensión del demandante o la excepción del demandado, debe tenerse capacidad negocial o capacidad de disposición del derecho que se desprenda de la norma que se active al subsumirse el hecho declarado con la prueba de juramento, en el supuesto abstracto de la norma que contiene la constitución, extinción, impedimento o modificación del derecho u obligación reclamado judicialmente en el proceso, todo lo que conlleva a que los incapaces –salvo los adolescentes- entredichos, inhabilitados, el fallido, los sujetos

que no obliguen a las personas jurídicas o la representantes, los mandatarios, el defensor judicial, no pueden prestar el juramento, aún cuando eventualmente puedan deferirlos para el caso concreto del apoderado judicial.

2.2.2. Que no exista coacción para deferir, prestar o referir el juramento.

Esto es consecuencia del requisito de existencia referido a la libre voluntad y plena consciencia que deben tener las partes, tanto para deferir el juramento, prestarlo o referirlo al deferente, no debiendo existir ningún tipo de coacción moral, psicológica o física para tal acto.

2.2.3. Cumplimiento de los requisitos de ley y ausencia de cuales de nulidad.

Estos requisitos fueron igualmente analizados en materia de confesión, refiriéndose al cumplimiento del lugar, modo y tiempo de la prueba judicial y a la inmaculación de la misma, como requisito de validez, al cual nos referiremos cuando tratemos su mecánica.

2.3. Requisitos de eficacia.

2.3.1. Disponibilidad objetiva del derecho o de la obligación

Se insiste que como requisito de eficacia de la prueba de juramento, no solo debe existir capacidad jurídica de quien lo defiere o lo preste, sino para disponer sus derechos, para contraer obligaciones, pues tratándose del juramento decisorio de un medio de prueba judicial, tendiente a demostrar los hechos fundamentales del proceso que solucionarán el conflicto judicial, por ser los hechos que servirán de presupuesto de la norma jurídica que aplicará el operador de justicia para resolver el conflicto judicial, que contiene la consecuencia jurídica extintiva, impeditiva, modificativo o constitutiva en que se basa la pretensión del actor o la excepción del demandado, debe tenerse capacidad comercial o capacidad de disposición del derecho u obligación que se desprenda de la norma que se active al subsumirse el hecho declarado con la prueba de juramento, en el supuesto abstracto de la norma que contiene la constitución, extinción, impedimento o modificación del derecho u obligación reclamado judicialmente en el proceso.

2.3.2. Debe versar el juramento sobre hechos pertinentes, relevantes, conducentes y sobre todo fundamentales para la solución de la causa.

Ya observábamos que para la existencia de la prueba se requiere que recaiga sobre hechos, que deben ser pertinentes, relevantes, conducentes, idóneos y sobre todo, capaces de resolver la contienda judicial

enunciados por las partes como fundamentos de sus pretensiones o excepciones, de manera que la fórmula que se proponga debe en definitiva versar sobre el hecho controvertidos, no eximidos de prueba, que sean el presupuesto de la norma que contiene la consecuencia jurídica solicita por las partes y que resuelven la controversia, no pudiendo recaer sobre hechos periféricos, irrelevantes o que no sean suficientes para poner fin a la controversia judicial, pues precisamente mediante la prueba de juramento se busca la verificación de aquellos hechos, mediante la fuente que aporten las partes con la declaración al responder la fórmula.

De esta manera y versando el juramento sobre cuestiones de hecho, es necesario que los mismos hayan sido traídos al proceso por las partes –enunciados- a través del envoltorio del alegato de pretensión o exceptivo, sin lo cual no podrá ser demostrado en el proceso, pues la prueba de los hechos solo recae sobre aquellos traídos a los autos por las partes; pero también la prueba ha de ser conducente o idónea para la demostración de los hechos debatidos, pues de lo contrario se perderá la eficacia, tal como sucede en los casos del artículo 1.408 del Código Civil, al señalar no puede probarse mediante el juramento, aquellas convenciones que la ley exija la forma escrita, como la propiedad, la hipoteca, las capitulaciones matrimoniales, ni para desvirtuar lo contenido en un instrumento público, pues para ello está la tacha o la simulación, depende de quien falsee la verdad. Los hechos sobre los cuáles ha de recaer la prueba de juramento, deben ser física o metafísicamente posibles, en iguales términos como fue analizado en materia de confesión, al cual remitimos al lector.

2.3.3. Otros requisitos de eficacia.

Al igual que en materia de confesión, para la eficacia probatoria de la prueba de juramento, se requiere:

- a. Que verse sobre objeto y causa lícita;
- b. Que no exista prohibición de investigar el hecho;
- c. Que el hecho sobre el cual verse el juramento no sea contrario a un hecho presumido por la ley en forma indivirtuable, a un hecho notorio, a máximas de experiencia, a hechos juzgados con autoridad de cosa juzgada;
- d. Que sea prestado en la oportunidad legal correspondiente –tempestividad-. Estos requisitos fueron analizados ampliamente al tratar la confesión, por lo que remitimos al lector al capítulo correspondiente.

3. MECÁNICA DE LA PRUEBA DE JURAMENTO.

3.1. Promoción.

Conforme a lo previsto en el artículo 420 del Código de Procedimiento Civil, la prueba de juramento decisorio puede proponerse o promoverse en cualquier estado y grado del proceso, en toda especie de

procesos de carácter civil, salvo disposiciones especiales, tal como ocurren en materia mercantil –artículo 43 del Código de Comercio- de manera que si no se trata de procesos de carácter civil, salvo disposición especial en contrario, no será procedente ni legal la promoción de la prueba de juramento decisorio, como ocurren en materia laboral, donde la prueba expresamente fue prohibida o excluida del plexo de medios probatorios que pueden proponerse, todo conforme a lo previsto en el artículo 70 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, o en materia penal y administrativa.

En primera instancia y conforme al referido artículo 420 del Código de Procedimiento Civil, la prueba de juramento decisorio puede proponerse en cualquier momento procesal, en tanto que en segunda instancia o segundo grado de jurisdicción, la prueba de juramento decisorio –que también puede proponerse al tratarse de una de las pruebas de promoción excepcional- puede proponerse dentro de los primeros cinco días de despacho siguientes al auto expreso del tribunal de alzada, que le haya dada entrada al expediente proveniente del inferior.

3.2. Requisitos de promoción.

La prueba de juramento decisorio como todos los medios de prueba, debe tender a demostrar hechos pertinentes, a calificar la pretensión del demandante o la excepción del demandado, con la característica que debe referirse a los hechos controvertidos fundamentales que precisamente serán los que permitan al operador de justicia resolver la controversia, al ser el presupuesto de la norma que aplicará y contentiva de la consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva o modificativa que es el fundamento de la pretensión o excepción, que han solicitado las partes y que en definitiva contiene o no el reconocimiento o la obligación reclamada vale decir, que determinará cual de los contendores judiciales tiene la razón. Aquella parte que promueva la prueba de juramento decisorio, debe proponer la fórmula de éste, que no es otra cosa que la pregunta que debe responder quien deba prestar el juramento, la cual y como se verá debe versar sobre el hecho o conjunto de hechos fundamentales que en definitiva pondrán fin al proceso judicial, sin que existan otros requisitos que deban cumplirse, salvo los generales de todo medio probatorio, tales como legalidad de la prueba –recuérdese que la misma no procede en procesos laborales por ejemplo- pertinencia, relevancia, conducencia o idoneidad –pues no puede utilizarse para demostrar hechos delictuales, ni aquellas convenciones que requieran la forma escrita, ni lo contrario a lo contenido en instrumentos públicos- licitud, tempestiva –propuesta en tiempo oportuno- y regularidad en su promoción –pues debe proponerse la fórmula que ha de responder quien preste el juramento- no requiriéndose la identificación del objeto de la prueba, al ser obvio que la misma –prueba de juramento-

tiene por objeto los hechos controvertidos fundamentales a que se referirá la fórmula, para que sean establecidos en el proceso y se proceda inmediatamente a sentenciar ateniéndose a lo jurado.

3.3. Fórmula del juramento.

Conforme a lo previsto en el artículo 420 del Código de Procedimiento Civil, el promovente del juramento decisorio se encuentra obligado a proponer la fórmula, sin lo cual no será admitido el medio probatorio, pero **¿qué es la fórmula?** Entendemos que se trata de la pregunta que propone el deferente, para hacer depender de la misma, mas aún, de la respuesta que de la misma dé quien deba prestar el juramento, la suerte del proceso, la decisión del proceso, fórmula que recaerá sobre aquellos hechos fundamentales del proceso, que son debatidos o controvertidos y que en definitiva son los que, al ser respondidos afirmativa o negativamente, resolverán el conflicto judicial.

La fórmula conforme a lo previsto en el artículo 420 del Código de Procedimiento Civil, debe ser una, breve, clara, precisa y comprensiva del hecho o los hechos, del conocimiento de éstos, de que las partes hagan depender la decisión del asunto. En este sentido la precitada norma dispone [...] *El juramento puede deferirse en cualquier estado o grado de la causa, en toda especie de juicio civil, salvo disposiciones especiales. Quien defiera el juramento deberá proponer la fórmula de éste: Este debe ser una breve, clara, precisa y comprensiva del hecho o los hechos, o del conocimiento de éstos, de que las partes hagan depender la decisión del asunto.*” Del contenido de la misma y respecto a los requisitos analizados tenemos:

- a. La fórmula debe ser propuesta por el deferente al momento de promover el juramento decisorio.
- b. Debe ser una sola, no siendo permitido proponer varias fórmulas para que sean respondidas todas o para que se escoja alguna. Se trata de una única fórmula que debe proponer el deferente.
- c. Debe ser breve –corta y no extensa-.
- d. Debe ser clara -transparente, cierta, veraz, inteligible, no confusa- y precisa -exacta, concreta, determinada-.
- e. Debe referirse a hechos propios o personales de aquel sujeto que deba prestarlo o sobre los que tenga conocimiento personal –artículo 1.409 del Código Civil-.
- f. La fórmula debe versar sobre aquellos hechos fundamentales del proceso, de los cuales dependa la decisión del asunto judicial debatido, vale decir, sobre aquellos hechos controvertidos propios, personales o de los cuales tenga conocimiento quien deba prestarlo, que sean el presupuesto de la norma que contiene la consecuencia jurídica pretendida pero las partes, de manera que la misma no debe contener o versar sobre hechos periféricos, irrelevantes o que en definitiva, de ellos no dependa la solución del conflicto.

- g. Puede recaer sobre un solo hecho o sobre varios hechos, dependiendo de las pretensiones o excepciones en la forma antes señalada.

3.4 Oposición a la admisión de la prueba de juramento decisorio.

Uno de los problemas particulares que se presenta en materia de juramento decisorio, es que no se regula oportunidad alguna para que el deferido pueda oponerse a la admisión del medio, lo cual y conforme al sistema constitucional y garantista que hemos estudiado en su momento, entendiendo que el derecho de acceso al sistema probatorio está constitucionalizado, no puede considerarse como obstáculo para su ejercicio, pues esto es una emanación del derecho constitucional de la defensa –contradicción de la prueba- a cuyo efecto, podríamos plantear dos soluciones a saber:

- a. Que se aplique analógicamente el lapso de tres días de despacho a que se refiere el artículo 397 del Código de Procedimiento Civil, para la oposición respectiva.
- b. Que la oposición pudiera ser ejercida por el deferido en cualquier momento antes de producirse la admisión de la prueba.

Cualquiera de las dos alternativas es viable, lo que quedaría a la prudencia del judicante, quien en ningún momento podría asumir que la ausencia de regulación se traduce en su inexistencia, pues ello lesionaría o reñiría abiertamente con el precitado derecho constitucional y humano de acceso al sistema probatorio.

3.5. Admisión de la prueba de juramento.

Analizando las normas del Código de Procedimiento Civil, puede observarse que es necesario que se produzca un auto o decisión del operador de justicia que admita la fórmula propuesta por el deferente del juramento decisorio, no señalándose oportunidad legal alguna para producir el mismo, lo que nos motiva a expresar que si la misma es propuesta en primera instancia, debe producirse el auto de admisión o negativa de admisión dentro de los tres días de despacho siguientes, conforme a lo previsto en el artículo 10 *ejusdem*, de promoverse el medio probatorio en segunda instancia, también resultará aplicable la precitada norma y el lapso de tres días para proveer, ante la ausencia de regulación al respecto.

De esta manera el judicante en el tiempo procesal señalado, deberá analizar si el juramento decisorio resulta viable en el proceso –proceso civil o en cualquier otro que se permita, lo que involucra su legalidad- si se refiere a hechos sobre los cuales pueda versar –artículo 1.408 del Código Civil- si se ha propuesto tempestivamente –pues pudiera suceder que se propone vencido el lapso de observaciones o

informes según el caso, que coloca al proceso en estado de sentencia- si es lícito y si la fórmula llena los extremos del artículo 420 del Código de Procedimiento Civil, caso en el cual podrá admitirla y en caso contrario deberá negar su admisión y en ambos casos, conforme a lo previsto en el artículo 421 del Código de Procedimiento Civil, es permitido el ejercicio del recurso ordinario de apelación, el cual será oído libremente –efecto devolutivo y suspensivo- dándose en segunda instancia el trámite de la apelación para decisiones interlocutorias. En cuanto al recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, de ser admisible, el mismo solo podrá proponerse diferidamente al momento de recurrirse contra la sentencia de segunda instancia que ponga fin al proceso; pero si el juramento decisorio es propuesto en segunda instancia, no habrá recurso de apelación y el de casación podrá eventualmente ejercerse pero en forma diferida al momento de que se produzca la sentencia definitiva.

En caso de admisión del juramento decisorio, debe ordenarse y fijarse *a priori*, tanto la citación de quien deba prestarlo como la oportunidad para que se preste, pues en todo caso el auto de admisión será recurrible libremente y es luego de vencido el lapso de apelación, si no se ejerció o de haber sido confirmada la decisión por el superior, que quedará firme la prestación del juramento y deberá dictarse el auto a que se refiere el artículo 423 del Código de Procedimiento Civil, fijándose la oportunidad –día y hora- para la prestación del juramento y la citación previa al acto.

Respecto al lapso para recurrir del auto que admita o niegue el juramento decisorio, el mismo será el ordinario a falta de previsión legal, de cinco días de despacho siguientes al vencimiento del lapso que tiene el juez para providenciar la prueba –tres días de despacho- o de la notificación expresa o tácita de las partes, si el auto no se dicta en tiempo oportuno, todo conforme a lo previsto en el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil.

3.6. Objeción a la fórmula propuesta.

La fórmula propuesta por el deferente puede ser objetada por quien deba prestarlo, objeción que consiste en una especie de oposición especial a su admisión en materia de juramento, conforme a lo previsto en el artículo 421 del Código de Procedimiento Civil, no regulando dicha norma el tiempo procesal dentro del cual puede hacerse la objeción, ni los motivos de la oposición. En este sentido la precitada norma expresa [...] *Si objetare la fórmula la parte a quien se defiera el juramento, el Juez podrá modificarla de manera que se ajuste a lo preceptuado en el artículo anterior, en el mismo decreto sobre admisión del juramento. Este decreto es apelable en*

ambos efectos, así en cuanto a la admisión o no, como en cuanto a la modificación de la fórmula, de modo que ésta quede definitivamente establecida por la decisión.”

Afirmamos que se trata de una oposición especial a su admisión, por cuando quien debe prestarlo solo busca, mas que la no admisión de la fórmula, que la misma sea reformada –lógicamente en su beneficio aunque no necesariamente- para que sea mas eficaz, lo cual no le limita el derecho de oponerse a la admisión por los motivos o causas generales a todo medio de prueba antes expresados; pero en puntos anteriores señalábamos que una de las causas por las cuales el juez puede negar la admisión de la prueba, es que la fórmula no se ajuste a los lineamientos del artículo 420 del Código de Procedimiento Civil, mas podríamos también pensar, que si la fórmula no se hace conforme a la norma en cuestión, la parte con la objeción buscaría que se corrigiera, todo lo que conllevaría a no pudiera considerarse inadmisibile la prueba cuando la fórmula fuera errónea, pues tendría que haber objeción de parte; pero analizando con mayor detenimiento el problema, observamos que la objeción es una facultad, carga de aquel a quien de le defiere el juramento, quien tiene el derecho o no de hacerlo, y si pensamos que quien deba prestar el juramento no hiciere objeción a la fórmula, la misma quedaría intacta y tendría que admitirse, dado que no existe o está regulado en la ley, la objeción de oficio, lo cual sería absurdo, pues si la fórmula no reúne los requisitos de ley, la prueba sería ineficaz, sería imposible que mediante la fórmula se resolviera el conflicto judicial, circunstancia esta que nos lleva a concluir que la objeción a que se refiere el artículo 421 *ejusdem*, no se refiere al hecho que esté bien o no propuesta la fórmula, lo cual constituye un elemento de inadmisibilidad que puede hacer valer la parte por medio de la oposición general a la admisión de la prueba, o que puede declarar oficiosamente el juez, sino que se refiere a cualquier circunstancia relativa a los hechos sobre los cuales a de recaer el juramento, para que se modifiquen y sea mas efectiva y eficaz la prueba, capaz de resolver el conflicto judicial.

No obstante a lo señalado, creemos que el artículo 421 del Código de Procedimiento Civil, resulta no solo confuso sino errado, al señalar que “...*el juez* podrá modificarla de manera que se ajuste a lo preceptuado en el artículo anterior...” lo cual pareciera que nos indica que la objeción versa sobre el cumplimiento de los requisitos del artículo 420 *ejusdem*, que debe contener la fórmula, pero es el caso, que como señalamos, la objeción es una facultad o carga procesal y si no se ejerce, mal podría el operador de justicia admitir la fórmula que no llenare los requisitos de ley, aún –insistimos- cuando no se hubiera formulado la objeción, sobre todo cuando no puede el juez de oficio modificar el contenido de la fórmula, todo lo cual nos lleva nuevamente a concluir que la objeción recae en los hechos sobre los cuales versa la fórmula, no sobre sus requisitos de brevedad, claridad, precisión, comprensión de los hechos propios o de los que tenga conocimiento quien deba prestarlo, elementos éstos que obedecen y son objeto de oposición y admisión de la prueba, no así de objeción, ésta última que se de ser considera procedente, no producirá la

inadmisión de la prueba, sino su modificación, ello a propósito de no ser procedente la modificación oficiosamente.

En este sentido la objeción de la fórmula es una carga procesal, que tiene el deferido para cuestionar el contenido de la fórmula, especialmente los hechos sobre los que versa para que sea modificada por el tribunal, haciendo la prueba mas eficaz, pero que no se refiere o versa sobre su admisión, vale decir, que mediante la objeción no se ataca la admisión sino el contenido de la fórmula para que sea modificada.

Pero ¿cuál sería la oportunidad legal para realizar la objeción a la fórmula?

Esto es otro de los problemas que se presentan en el Código de Procedimiento Civil, quien no regula oportunidad procesal para tal fin, a cuyo efecto pensamos que todo dependerá del criterio del operador de justicia, quien podría acoger dos tesis a saber:

- a. Si tenemos en cuenta el criterio referido anteriormente en cuanto al tiempo para oponerse a la admisión de la prueba –artículo 397 del Código de Procedimiento Civil, tres días de despacho- podría sostenerse que este mismo tiempo procesal es útil para objetar la fórmula.
- b. El otro criterio que podría asumirse, es que la objeción pudiera presentarse en cualquier momento antes de la admisión del juramento.

En todo caso y según la posición que se adopte, luego de admitido el juramento decisorio, no es tempestiva la objeción a la fórmula; pero de producirse la objeción a la fórmula y de considerar el operador de justicia que la misma debe modificarse, dicha modificación deberá hacerse en el auto de admisión de la prueba, el cual igualmente será recurrible libremente, en la forma y en el tiempo procesal antes señalado.

3.7. Evacuación del juramento decisorio.

Conforme al contenido del artículo 423 del Código de Procedimiento Civil, para la evacuación del juramento decisorio, se requiere previamente de la citación de quien deba prestarlo, debiéndose fijar la oportunidad –día y hora- para la celebración del acto. Por su parte y conforme a lo previsto en el artículo 426 *ejusdem*, el juramento decisorio propuesto en tiempo útil, en cualquier estado y grado de la causa, luego de admitido, podrá ser materializado o evacuado luego de producida la citación de la parte que deba prestarlo, en los momentos procesales a que se refiere el artículo 405 *ibidem*, desde el día de la contestación

de la demanda, después de ésta, hasta los informes de las partes para sentencia, en tanto que en segunda instancia, podrá materializarse hasta los informes, oportunidades éstas que fueran ampliamente analizadas al tratar las posiciones juradas, al cual remitimos al lector.

Producida la citación del deferido, llegado el día y hora para el acto, el mismo será anunciado a las puertas del tribunal por el alguacil del mismo, acto seguido del cual y conforme a lo previsto en el artículo 425 del Código de Procedimiento Civil, la persona que deba prestar el juramento en acto público, deberá hacerlo previo el juramento que le haga el operador de justicia de decir la verdad y contestar la fórmula, observando los ritos de la religión que profese o eventualmente, si no profesa ninguna religión, por su honor, moral o conciencia. Si quien debe prestar el juramento se niega a juramentarse, se entiende que rehúsa el juramento, produciéndose las consecuencias que analizaremos mas adelante.

Hecho el juramento, el deferido deberá contestar la fórmula inmediatamente, circunscribiéndose en su contestación a los términos estrictos de la fórmula establecida, sin razonamiento, objeciones, ni digresiones, contestando afirmativa o negativamente la pregunta que mediante la fórmula se le haya hecho, en forma lisa o simple, en el entendido que si no realiza la contestación de esta forma y luego de requerido por el operador de justicia a ceñirse en su prestación a la fórmula no lo hiciere, se considerará que ha rehusado el juramento, para todos los efectos de ley. De esta manera el artículo 425 del Código de Procedimiento Civil expresa [...] *En el acto de prestación de juramento, la persona que deba prestarlo deberá hacerlo en acto público, observando los ritos de la religión que profese, y circunscribiéndose en su contestación a los términos estrictos de la fórmula establecida, sin razonamiento, objeciones, ni digresiones. Si requerido por el Juez a ceñirse en su prestación a la fórmula, no lo hiciere, se considerará que ha rehusado el juramento, para todos los efectos de ley. Si quien deba prestar el juramento no lo hiciere por alegar que no profesa ninguna religión, se le admitirá el juramento por su honor y su conciencia y si aún no lo prestare, se tendrá como si lo hubiese rehusado, para todos los efectos de ley.*” De la precitada norma inferimos la forma cómo debe ser la contestación que puede resumirse de la siguiente manera:

- a. Previo el juramento religioso, por el honor o la conciencia del deferido.
- b. Debe limitarse a responder la fórmula, afirmando o negando la misma en forma pura y simple o lisa.
- c. No se permite agregar nada en la contestación, no puede hacer razonamiento que justifiquen la respuesta, objeciones, ni digresiones.

3.8. Incomparecencia del deferido al acto del juramento decisorio.

El artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, regula la situación de la incomparecencia de quien debe prestar el juramento, al acto respectivo, expresando la citada norma [...] *Si la parte citada **no***

presentare en el día y hora fijados, se entenderá que rehúsa prestar el juramento, salvo que justifique impedimento legítimo, caso en el cual, se aplazará el acto para cuando haya cesado el impedimento, fijando siempre el Juez otro día y hora, sin necesidad de nueva citación.” De la norma transcrita puede apreciarse que la incomparecencia injustificada del deferido al acto de juramento decisorio, produce o conlleva a que se entienda que sea ha rehusado, salvo que se alegara, justificara y demostrara la causa o impedimento legítimo de la incomparecencia al acto, pero **¿qué debe entenderse por impedimento legítimo?**

Se trata de cualquier motivo que sea capaz de justificar, a criterio del operador de justicia, la incomparecencia del deferido al acto respectivo. Para no sufrir los efectos que produce la incomparecencia al acto traducido en el rechazo del juramento, el deferido tendrá que exponer los motivos o razones necesarios que justifiquen la incomparecencia, en cuyo caso y de ser necesario, podría abrirse una articulación probatoria –artículo 607 del Código de Procedimiento Civil- para que se demostraran tales motivos, los cuales serán apreciados libremente por el operador de justicia y cuya decisión, bien sea fijando una nueva oportunidad para la celebración del acto, por haberse demostrado el impedimento legítimo, o desechando los motivos de la incomparecencia, aún cuando la ley nada dice al respecto, creemos que podrá ser recurrido en el tiempo ordinario, recurso que deberá ser oído en el solo efecto devolutivo, por causar un gravamen irreparable. En todo caso, de fijarse nueva oportunidad para la celebración del acto, no se requerirá de nueva citación del deferido.

4. JURAMENTO REFERIDO.

Quien debe prestar el juramento –deferido- conforme a lo previsto en el artículo 422 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con lo normado en el artículo 1.411, podrá referir el mismo, pero **¿qué se entiende por referir el juramento?** El **juramento referido** podríamos considerarlo como aquel derecho o potestad que tiene el deferido o sujeto que debe prestar el juramento propuesto en el proceso, de reenviar o devolver el juramento a su proponente –deferente- para que responda la fórmula, haciendo depender el proceso de lo que responda aquel, de manera que la parte a quien se le defiere el juramento, lo defiere nuevamente –referido o reenviado- a su proponente, correspondiéndole a éste la carga de prestarlo, sin que pueda referirlo nuevamente, siempre y como veremos que se trate de hechos comunes a las partes.

Para que el deferido pueda a su vez referir el juramento al solicitante, conforme a lo previsto en el artículo 1.414 del Código Civil, el hecho o los hechos sobre los cuales versa la fórmula, deben ser común a las partes, pues si se trata de un hecho que solo es personal, propio o del cual solo tiene conocimiento el deferido, éste no podría reenviarlo o referirlo al solicitante y estaría obligado a contestar,

no pudiéndose rehusar, so pena de sucumbir ante la pretensión o excepción. La precita norma en cuestión expresa [...] *No puede referirse el juramento cuando el hecho sobre el cual ha de recaer, no es común a las dos partes, sino personal a quien de ha deferido.*”

Respecto al tiempo procesal hábil hasta el cual podría el deferido referir el juramento, encontramos que llegada la oportunidad para prestar el juramento, el deferido podrá, en vez de prestar el juramento referirlo al solicitante, salvo que haya declarado en un momento anterior, estar dispuesto a prestarlo, caso en el cual precluirá la oportunidad para referir el juramento, tal como lo dispone el artículo 1.413 del Código Civil, que señala [...] *La parte a quien se ha deferido el juramento no puede referirlo después que ha declarado que está dispuesta a prestarlo.*” En este orden de ideas tenemos que existiendo en el proceso constancia expresa que el deferido a manifestado su voluntad de prestar el juramento, no podrá referirlo, pero creemos que esta disposición no opera en forma tácita, sino que se requiere que esa voluntad o manifestación sea expresa y ante la falta de aceptación a prestar el juramento, podrá el deferido reenviarlo al solicitante, a mas tardar el día del acto de juramento, antes de proceder al mismo, pues es de lógica, que una vez prestado el juramento, no podrá referirse.

Tampoco podría referirse el juramento si llegado el día y hora para que el mismo fuera prestado por el deferido, éste no compareciera al acto, lo cual conllevaría a que se entienda que el mismo ha sido rehusado, salvo que demostrara y justificara el impedimento legítimo, caso en el cual –como se expresara en puntos anteriores- se fijaría nueva oportunidad para la celebración del acto, luego de cesado el impedimento, acto en el cual, podría referirse el juramento.

Pero ¿referido el juramento cual es el trámite siguiente?

Se trata de otro de los puntos no regulados en la legislación procesal venezolana, a cuyo efecto creemos que pudieran presentarse dos escenarios, a saber:

- a. Que el proponente del juramento se encuentre en el mismo acto, lo cual no es obligatorio, pues el Código de Procedimiento Civil no obliga al proponente a asistir al mismo, caso en el cual deberá el operador de justicia -en el mismo acto- fijar la oportunidad –día y hora- para que se celebre el acto de juramento referido, previa citación del proponente, incluso podría también argumentarse que no se requiere citación por estar a derecho.
- b. Que estando presente el proponente, inmediatamente proceda a prestar el juramento.

En todo caso, será la jurisprudencia la que resuelva este punto.

5. EFECTOS QUE PRODUCE EL JURAMENTO DECISORIO DEFERIDO, REFERIDO O REHUSADO. VALOR PROBATORIO.

Prestado como haya sido el juramento por parte del deferido, conforme a lo previsto en el artículo 427 del Código de Procedimiento Civil, se procederá a sentenciar la causa ateniéndose a lo que se haya respondido a la fórmula presentada; igualmente, prestado el juramento referido por el solicitante se procederá a sentenciar la causa, sin necesidad de evacuar otras pruebas, sin necesidad de presentar informes, lo que se traduce en que prestado el juramento deferido o referido, al día de despacho siguiente la causa entra en estado de sentencia, que tratándose del procedimiento ordinario, comenzará a computarse los sesenta días de calendario para dictar sentencia, sin informes ni observaciones, lo que resulta lógica pues de la respuesta del juramento se producirán las fuentes que sirvan para verificar los hechos y que generan la convicción judicial necesario respecto a la cuestión de hecho que deberá tenerse como tal en la sentencia.

En caso de haberse rehusado el juramento, bien sea deferido o referido, en caso de incomparecencia de quien deba prestar el juramento, trátase de la modalidad deferida o referida, se entiende que quien deba prestarlo sucumbe o fallece ante la pretensión o excepción de su contendor judicial, debiéndose sentenciar la causa, ateniéndose a tal circunstancia, de manera que al tratarse de la figura del rehúso, la causa entrará en estado de dictar sentencia, sin necesidad de informes como hemos señalado, todo en los términos del artículo 1.412 del Código Civil, que expresa [...] *Aquel a quien se defiere el juramento y rehúsa a prestarlo, y no lo refiere a su adversario, debe sucumbir en la demanda o la excepción; y del mismo modo debe sucumbir aquél a quien se le ha referido, si rehúsa a prestarlo.*”

Pero ¿qué debemos entender por rehusar el juramento?

Rehusar es sinónimo de excluir, rechazar, repudiar el juramento, que a los efectos del juramento decisorio, debe entenderse como el acto del deferido o referido al negarse a prestar el juramento, bien en forma expresa, bien en forma tácita, como ocurre cuanto no comparece al acto, guarda silencio en el acto, no presta el juramento según su religión, moral, honor o conciencia, cuando no se ciñe al contenido de la fórmula una vez requerido por el operador de justicia. Pero cuando quien deba prestar el juramento –deferido o referido- se rehúse, no debe entenderse que está aceptando en forma tácita la fórmula propuesta, sino que simplemente se produce el efecto a que se refiere el artículo 1.412 del Código Civil, que se sucumbe ante la pretensión o excepción y en consecuencia el operador de justicia debe al sentenciar atenerse a tal circunstancia, constituyendo no un allanamiento en el sentido de convenio a la pretensión o excepción, pues el juramento no es una transacción, sino una especie de allanamiento de la parte o aceptación de **los hechos** en que se fundamenta la pretensión o excepción, que deberán tenerse como demostrados, establecidos y fijados en forma irrefutable e indesvirtuable, constituyendo la cuestión de hecho que debe tener el juez en la sentencia y que servirá de presupuesto de la norma que aplicará para sentenciar contra quien rehusó el juramento deferido o referido, pues el juramento prestado o rehusado,

conforme a lo previsto en el artículo 1.418 del Código Civil, solo hace prueba en contra de quien lo rehusó y en beneficio del contendor judicial.

Esto último nos lleva al campo del **valor probatorio** del juramento prestado o rehusado, bien sea deferido o referido y ha deferido, el cual y conforme a la citada norma –artículo 1.418 del Código Civil- solo hará prueba en provecho o en contra de quien lo ha deferido, y de sus herederos o causahabientes, de manera que en materia de prestación del juramento, dependiendo de la contestación que dé el deferente o referente a la fórmula propuesta, los efectos serán devastadores para una u otra parte, produciéndose pleno valor probatorio tarifado a favor de una u otra parte; en tanto que de haberse rehusado el juramento, deferido o referido, los efectos serán devastadores para quien lo rehusó, teniendo la misma plena valor probatorio tarifado, y decimos devastadores, pues conforme a lo previsto en el artículo 1.415 del Código Civil, prestado el juramento deferido o referido, no se admite ninguna otra prueba en contrario para demostrar su falsedad. Por último y según la norma en comento, cuando el juramento ha sido deferido al fiador, aprovecha a los fiadores, cuando se ha deferido sobre la deuda, y no sobre un hecho de la fianza. En todo caso y como hemos expresado en otro momento, consierándose constitucionalmente insostenible hoy día, no solo el medio probatorio del juramento decisorio sino su tarifación en cuanto a su valoración, hasta que no se produzca su exterminio legislativo, por vía control difuso el valor probatorio del juramento tendría que ser analizado por la vía de la sana crítica, donde se analizarán elementos fundamentales como la coherencia, contextualización, corroboración para su validez, sin perjuicio de la atenuación en su caso del tema de la imparcialidad por el mero interés que de por sí representa la contestación que se haga al juramento.

6. RETRACTACIÓN DEL JURAMENTO DEFERIDO

Quien propone el juramento decisorio conforme a lo previsto en el artículo 1.417 del Código Civil, podrá retractarse, revocar o retirar el juramento, en los siguientes casos:

- a. Cuando quien deba prestarlo, no lo haya aceptado.
- b. Cuando quien deba prestarlo no lo haya referido.
- c. Cuando no haya quedado firme la decisión sobre la admisión de la prueba de juramento – creemos- para el caso que se haya aceptado su prestación, pues luego de admitido el juramento, la retractación valdría en la medida que no fuera posteriormente aceptado por quien deba prestarlo o que no se refiera.

Teniendo en consideración la lógica conforme a la cual luego de prestado el juramento no puede ser retractado, debemos señalar que como expresábamos en puntos anteriores, el deferido podía objetar

la fórmula propuesta por el solicitante del juramento decisorio, caso en el cual, de prosperar la objeción, la fórmula sería modificada por el operador de justicia, de manera que conforme a lo previsto en la norma en comento, de producirse la modificación de la fórmula, luego de la decisión del tribunal que admitió la fórmula con modificación o luego de haber aceptado el deferido prestar el juramento, podrá retractarse el juramento propuesto, siempre que no se haya rendido o que de actos posteriores a la modificación de la fórmula, no existiera aceptación de la misma por parte del deferente, bien en forma expresa o –creemos- en forma tácita, al realizarse actos que no dejan duda que se ha aceptado la fórmula modificada; en todo caso -insistimos- prestado el juramento o referido, no prosperará la retractación del proponente.

Para el juramento referido, el mismo podrá ser retractado si la otra parte no ha declarado que está dispuesta a prestarlo, lo cual consideramos se traduce en que producido el juramento referido, luego de haberse referido, si quien deba prestarlo lo acepta, no procederá la retractación posterior, pero si no se ha aceptado todavía, llegado el acto del juramento referido y antes de producirse la respuesta del solicitante, podrá retractarse, caso en el cual –consideramos- quien refirió el juramento, estará inmediatamente –en el mismo acto- obligado a prestar el juramento que se le habría deferido, sin lo cual se entiende que lo ha rehusado y deberá sucumbir ante la pretensión o excepción.

7. DISPENSA DEL JURAMENTO.

Otra de las modalidades que puede presentarse en materia de juramento, conforme a lo previsto en el artículo 1.416 del Código Civil, es que quien ha deferido o referido el juramento puede dispensar de prestarlo a su adversario judicial que haya declarado estar dispuesto a prestarlo, pero en todo caso, el juramento se considerará como prestado en contra de quien lo dispensa, lo cual le traerá efectos perjudiciales por producirse una especie de aceptación de los hechos sobre los cuales versaba la fórmula.

CAPITULO IV
PRUEBA TESTIMONIAL

.....

SUMARIO. 1. *Reseña histórica. Definición. Características. Naturaleza jurídica.* 2. *Objeto del testimonio y finalidad de la prueba testimonial.* 3. *Clasificación del testimonio y de los testigos.* 3.1. *Testimonio de parte y testimonio de terceros.* 3.2. *Testimonio oral, escrito o gestual.* 3.3. *Testimonio y testigo original o de oídas –referencial o de referencia-. 3.4. Testimonio y testigos procesales ordinarios y de los actuarios.* 3.5. *Testimonio y testigos actuarios.* 3.6. *Testimonio y testigos mencionados.* 3.7. *Testimonio y testigos hábiles, inhábiles e incompatibles.* 3.8. *Testimonio y testigo abonado y ratificado.* 3.9. *Testimonio y testigos plurales y únicos.* 3.10. *Testimonio y testigos pertinentes e impertinentes, idóneos o inidóneos.* 3.11. *Testimonio y testigo técnico.* 3.12. *Testimonio del agente encubierto.* 3.13. *Testimonio del agente provocador.* 3.14. *Testigo arrepentido o delator.* 3.15. *Testimonio y testigo de identidad reservada.* 3.16. *Testimonio del coimputado.* 3.17. *Testimonio y la víctima como testigo.* 3.18. *Testimonio y testigo de cargo.* 4. *Requisitos.* 4.1 *Requisitos de existencia.* 4.1.1. *Debe referirse a una declaración personal.* 4.1.2. *Debe tratarse de la declaración de un tercero ajeno al proceso.* 4.1.3. *Debe tratarse de un acto realizado en sede judicial.* 4.1.4. *Debe versar sobre cuestiones de hecho y que además deben haber ocurrido antes de la declaración.* 4.1.5. *Debe tratarse de una declaración representativa o reconstructiva de hechos pasados.* 4.1.6. *Debe tener significación probatoria.* 4.2. *Requisitos de validez.* 4.2.1. *Que la prueba sea legalmente propuesta y ordenada.* 4.2.2. *Legitimación para proponer la prueba testimonial, para admitirla, evacuarla o recibirla y apreciarla.* 4.2.3. *Capacidad o habilidad jurídica del testigo.* 4.2.4. *Debe referirse a un acto consciente y libre de coacción.* 4.2.5. *La declaración debe realizarse previo el juramento de ley.* 4.2.6. *La prueba debe cumplir los demás requisitos de modo, lugar y tiempo.* 4.2.7. *Ausencia de elementos que invaliden el proceso y consecuentemente la prueba.* 4.3. *Requisitos de eficacia.* 4.3.1. *La conducencia o idoneidad de la prueba.* 4.3.2. *Pertinencia del hecho objeto del testimonio y que el mismo sea útil.* 4.3.3. *Que la declaración tenga causa y objeto lícito, no siendo dolosa o fraudulenta.* 4.3.4. *Que el testigo tenga capacidad mental al momento de percibir el hecho.* 4.3.5. *Que el testigo no adolezca de falta total o defectos del órgano por medio del cual dice haber percibido los hechos.* 4.3.6. *Que el testigo tenga una capacidad memorativa normal, de acuerdo a la antigüedad de los hechos y a su edad.* 4.3.7. *Inexistencia de circunstancias objetivas o subjetivas que alteren la fidelidad de las percepciones o la memoria del testigo.* 4.3.8. *Que no exista interés personal o familiar del testigo en el proceso o interés sobre el hecho a declarar.* 4.3.9. *Ausencia de antecedentes de perjurio, falsedad o deshonestidad del testigo.* 4.3.10. *Que el testimonio contenga el denominado “razón del dicho”, los motivos o fundamentos de la ciencia o conocimiento del testigo.* 4.3.11. *Que no aparezca imposible la ocurrencia del hecho en las circunstancias de modo, tiempo y lugar y que el conocimiento del testigo se encuentra en sintonía con la razón de su dicho.* 4.3.12. *Que lo dicho por el testigo no se encuentre en contradicción con hechos presumidos por la ley, hechos notorios, máximas de experiencia o pasados en autoridad de cosa juzgada.* 4.3.13. *Que el hecho sea metafísica o físicamente posible.* 4.3.14. *Que los hechos declarados por el testigo no se contradigan entre sí.* 4.3.15. *Que lo dicho por el testigo no se encuentre en contradicción con otras pruebas de mayor valor legal o mayor grado o fuerza de convicción.* 4.3.16. *Que el dicho del testigo no exceda del objeto propio del testimonio.* 5. *Limitaciones a la prueba por testigos.* 5.1. *Limitación de la prueba testimonial en razón de cualidad o condición del testigo.* 5.2. *Limitación de la prueba testimonial en razón de la idoneidad del medio para la demostración del hecho o acto jurídico.* 5.3. *Limitación de la prueba testimonial en razón del valor de las obligaciones discutidas en el proceso.* 5.4. *Limitación de la prueba testimonial en razón a la prueba instrumental.* 6. *Excepciones a la limitación de la prueba testimonial.* 6.1. *La existencia de un principio de prueba por escrito.* 6.2. *Existencia de indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos y probados, que lleven al juzgador a establecer la necesidad de admitir la prueba testimonial.* 6.3. *Imposibilidad material o moral de obtener la prueba escrita.* 6.4. *Perdida del título que servía de prueba como consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor.* 6.4.1. *Tesis que exige la prueba de una fuerza mayor o caso fortuito.* 6.4.2. *Tesis que acepta la pérdida inculpaible del documento.* 6.4.3. *Tesis que se conforma con que la pérdida haya sido involuntaria.* 6.5. *Cuando el acto sea atacado por ilicitud de la causa.* 7. *Inhabilidades del testigo e incompatibilidades.* 7.1. *Inhabilidades absolutas.* 7.1.1. *El menor de doce años –niños o niñas-. 7.1.2. Quines se hallen en interdicción por causas de demencia.* 7.1.3. *Quienes hagan profesión de testificar en el proceso judicial.* 7.2. *Inhabilidades relativas.* 8. *Deber de testimoniar. Exenciones.*

1. RESEÑA HISTÓRICA. DEFINICIÓN. CARACTERÍSTICAS. NATURALEZA JURÍDICA.

Del plexo de medios probatorios que pueden utilizarse en el transcurso del proceso judicial para la aportación de fuentes probatorias que sirvan para la verificación de los hechos por comparación y conducir a la convicción judicial, especialmente de los medios por declaración encontramos a la prueba “testimonial” o por “testigos” referida a la declaración de terceros ajenos al caso donde declaran, quienes llevan al proceso la versión de los hechos que conocen, que son debatidos en el proceso y que puedan tener significación probatoria, conocimiento de hecho que es producto bien por haberlos presenciado o percibidos; pero la declaración testimonial resulta uno de los medios probatorios que genera o produce mayor desconfianza tanto a los litigantes como al judicante, pues se trata de la narración de hechos pasados que en el presente y específicamente en el proceso judicial, se discuten, donde juega papel preponderante la memoria de aquel sujeto ajeno a la litis que presenció los hechos o simplemente los percibió a través de su actividad sensorial, quien es traído al proceso para que cuente o narre su historia sobre dichos hechos que son presupuestos de normas que contienen consecuencias jurídicas que las partes pretenden, donde puede suceder que desde el momento en que efectivamente ocurrieron los hechos y fueron percibidos o conocidos por el testigo hasta el momento que son llevados al proceso a través de su dicho, haya transcurrido un tiempo prudencial que afecte la memoria del testigo, incluso, por el transcurso del tiempo y el envejecimiento del testigo mismo, su memoria se vaya afectando –por lo general- lo cual también influye en el recuerdo de los hechos, todo aunado a que en ocasiones el testigo no percibe o tiene conocimiento de los hechos como efectivamente ocurrieron a causas de diversos factores ambientales, sensoriales, psicológicos y anímicos, que en definitiva resta credibilidad o fidelidad al medio probatorio, generando desconfianza en el medio aún y como veremos, se trata de uno de los más antiguos y en algunos procesos –como en materia laboral y penal- resultan indispensables.

En este sentido nos dice Hernán Fabio LÓPEZ BLANCO que ríos de tinta han corrido para analizar la prueba de testigos no sólo desde el punto de vista jurídico sino también médico y del socio-psicológico, con el fin de dar herramientas para poder realizar un adecuado interrogatorio, así como para evaluar la versión en orden de detectar inconsistencias, mentiras, contradicciones y vacíos en las versiones del testigo, aspectos que interesan tanto al juez como a las partes. Indica que en la prueba testimonial el problema no es únicamente del declarante que, a sabiendas dice mentiras, el testigo de mala fe, que en realidad son los de menos, pues -indica- el enorme problema se halla en aquellos testigos que de buena fe deponen en el convencimiento absoluto de que dicen la verdad, “su verdad”, pues el relato coincide con la representación mental que han tenido de los hechos, pero ésta no corresponde siempre con la objetiva realidad de ellos. De esta manera cada persona tiene su manera de percibir los hechos y por razones de edad, sexo, educación, salud, ubicación, prejuicios, condiciones ambientales, predisposición,

entre otros motivos, la representación mental del mismo hecho puede variar en cada testigo, por lo que cuando hay varios declarantes se refieren de manera idéntica a ciertos hechos, será un gran motivo de sospecha sobre la falsedad de sus declaraciones, especialmente cuando lo usual es que existan diferencias de matiz motivadas por las razones señaladas. Esto lleva al precitado profesor a expresar que [...] *Por todo lo anterior es que la prueba testimonial tiene que ser practicada buscando indagar al máximo por la razón del dicho del declarante y analizada con prudencia, pues a pesar de lo someramente expuesto continúa siendo uno de los elementos probatorios centrales del sistema que nos rige...*¹²⁴

Refiriéndonos a la historia de la prueba testimonial, como dijimos se trata de la más antigua junto con la confesión y el juramento, quien ha caminado junto con la humanidad, que como nos dice el maestro colombiano Antonio ROCHA ALVIRA,¹²⁵ en los Libros Sagrados y las leyes como documentos que sirven para medir el grado de civilización o cultura de los pueblos, muestran la importancia de la prueba testimonial, del testimonio humano que desde sus inicios hasta nuestra época ha sido objeto de duras críticas como medio para el convencimiento judicial. En el Código Babilónico de Hammurabí o Yammurabí Rey de Babilonia del siglo XXI antes de Cristo, preveía la forma solemne del matrimonio, teniendo en alta estimación la seriedad del testimonio oral señalando al efecto [...] *Sin contrato escrito ningún matrimonio tiene valor legal. Si en algún proceso alguien rinde testimonio sin probar lo que dice, siempre que se trate de una causa capital, es digno de muerte. Y si rinde testimonio por trigo o dinero, sufrirá la condena del respectivo proceso.*¹²⁵

En el Código de Manú –nombre mítico del libro de leyes más famoso de la antigua India, llamado Manava-Dharma-Sastra escrito en sánscrito- se formularían impedimentos para aceptar el testimonio de amigos, criados, locos, gentes de mala reputación al señalar [...] *ni los locos que están dominados por el interés pecuniario, e excedidos de fatiga, o apasionamiento de amor, porque desvían o disimulan la verdad.*¹²⁵ En el libro VIII regularía problemas de uso y estilo de los modernos y en materia de testimonio y juramento, su empirismo y observaciones prácticas fueron relativamente avanzadas señalando que [...] *Si un deudor niega la deuda pero resulta probada, el rey le obligaría a pagar, más una multa proporcionada a sus medios, pero, llevado ante los tribunales de justicia, el demandante debe indicar el lugar donde se hizo el préstamo o dar otra clase de pruebas. El que designa un lugar falso, o después de haberlo designado se retracta, el que se contradice en sus declaraciones, el que no quiere contestar a las preguntas que legalmente se le dirigen, el que no prueba lo que ha dicho y el que habla con los testigos en lugares impropios, todos ellos pierden sus procesos. Debe declararse nulo un testimonio dado por error, temor, amistad, cariño, cólera o ignorancia. Cuando en un proceso no se presentan testigos, el juez tratará de descubrir la verdad mediante el juramento. Los juramentos han sido prestados por los grandes sabios y por los dioses para esclarecer los casos dudosos.*¹²⁵

¹²⁴ Hernán Fabio LÓPEZ BLANCO. Ob. Cit. T. III. pp. 159 y ss.

¹²⁵ Antonio ROCHA ALVIRA. Ob. cit. pp. 299 y ss. Véase igualmente a Valentín SILVA MELERO. Ob. cit. T. I. pp. 205 y ss.

En la legislación Hebrea y en la Ley de Tali3n encontramos que en los libros que forman el Antiguo Testamento o Biblia las leyes que Mois3s daría al pueblo hebreo, contendrían disposiciones que tarifarían el valor probatorio de los testigos, así como sanciones penales para los “testigos malos”, señalando el *Deuteronomio* 19-15 que [...] *Un solo testigo no vale contra uno en cualquier delito o en cualquier pecado, cualquiera que sea el pecado. En la palabra de dos o tres testigos se apoyará la sentencia.*”, señalando el versículo siguiente que se condenaría el falso testimonio con la pena regulada en la Ley del Tali3n que establecía [...] *Si surgiere contra un testigo malo, acusándole de un delito, los dos interesados en la causa se presentarán ante Yavé, ante los sacerdotes y jueces en funciones en ese tiempo, quienes si, después de una escrupulosa investigación, averiguasen que el testigo, mintiendo, había dado falso testimonio contra su hermano, le castigarán, haciéndole a él lo que él pretendía se hiciese contra su hermano; así quitarás el mal de en medio de Israel. Los otros, al saberlo, temerán y no cometerán esa mala acción en medio de ti; no tendrá tu ojo piedad; vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie.*” – Deuteronomio 19, 16-.

En el Derecho Romano –nos dice KIELMANOVICH¹²⁶ los testigos antes y durante el proceso judicial, en la etapa del *in ius vocatio* –por donde comenzaba el proceso regulado en las XII Tablas- eran utilizados para acreditar el haberse dirigido por el demandante la citación al demandado para que compareciera a juicio, frente a cuya incomparecencia debían comparecer al proceso por la fuerza luego de acreditarse con los testigos la citación; que como medio probatorio para la acreditación de los hechos en que se fundamentaba la demanda o la contestación, se trataba de la prueba más usual en el Derecho Romano tanto en el período de la *legis actionis* como *per formularium*, caracterizado por la amplia libertad probatoria tanto a favor de las partes como del judicante, no existiendo en estos momentos regla alguna en cuanto al número de testigos que podían ser propuestos por las partes, quedando en cabeza del *judex* la valoración de la eficacia probatoria. En esta época los testigos se pesaban y no se contaban, de manera que el valor probatorio venía dado por el contenido de las declaraciones y por el número de testigos que se presentara, al punto que el testigo único es válido.

El testigo se encontraba en la obligación de decir la verdad bajo la sanción religiosa del juramento, debiendo comparecer a declarar al proceso, con la excepción de los “ilustres” o más altos dignatarios del Estado, quienes podían excusarse de comparecer. Las partes podían cuestionar a los testigos ofreciendo al efecto otros testigos para demostrar la no idoneidad de los mismos o de sus dichos.

En la época del *extraordinario cognitio* se regularían por ley las causas que atenuaban la eficacia de las declaraciones de los testigos, como causas de parentesco entre partes y testigos, patronato, amistad, enemistad, existencia de litigios pendientes entre ellos y otras causas. En el Derecho Justiniano la prueba en comento habría de restársele importancia por la fragilidad que comenzaba a insinuarse en las otras

¹²⁶ Jorge L. KIELMANOVICH. Ob. cit. pp. 119 y ss.

creencias religiosas y en las costumbres que antes se habían inspirado y asegurado su eficacia; en tal sentido se acuñaría la máxima “*unus testis nullus testis*” a partir del cual la declaración del único testigo no tendría valor probatorio para acreditar los hechos, lo que seguiría con limitaciones de inadmisibilidad para probar en contra de la prueba documental.

En los textos españoles que formaran parte de las Leyes de India, nos dice el maestro uruguayo Eduardo J. COUTURE que en el Fuero Viejo de Castilla se observaba una variación del número de testigos según que el tipo de litigio versare sobre muebles o inmuebles y según discutieran hombres de la mismas o distinta ciudad, de manera que si eran del mismo pueblo y sobre bienes muebles, debía ser probado por dos testigos del pueblo; si era sobre inmuebles se requería de cinco testigos, de los cuales tres debían ser “fijosdaldos” y dos “labradores”. En el Fuero Real de España estaba excluido por regla el testimonio de la mujer, aunque sus dichos serían admitidos para atestiguar cosas que fueran oídas o hechas en baño, horno, molino, río, fuente, hilados, tejidos, partos, hechos mujeriles y no en otra cosa. El Espéculo graduaría el valor de los testigos imponiendo al juez criterios de estimación, de manera que los ancianos debían ser más creídos que los mancebos, al haber visto más y pasado más cosas; el hidalgo debía ser más creído que el villano, al parecer que guardara más de caer en vergüenza por sí y por linaje; el rico debía ser más creíble que el pobre, pues el éste podía mentir por codicia o promesa; y el varón era más creíble que la mujer, por tener el seso más ciertos que firme.¹²⁷

Nos sigue enseñando el precitado maestro que en la Partida Tercera se tomaría en consideración para la valoración de la prueba testimonial, el criterio de la aritmética, de manera que dos testigos idóneos hacían plena prueba que obligaba al juez; si las dos partes presentaban testigos en igual número, prevalecían los que fueran de mayor fama; si tenían igual fama, predominaba el mayor número; si se trataba de probar la falsedad de instrumentos privados, se requerían dos testigos, en tanto que si era público se requerían cuatro; para probar el pago cuando la deuda constara en instrumento público, se requerían cinco testigos; en los pleitos de testamento se requerían siete testigos y si el testador era ciego, ocho testigos; cuando ambas partes presentaban testigos iguales en número y calidad, se aplicaba el precepto del derecho natural que obligaba a absolver al demandado.

En el Fuero Juzgo se regularía que si una de las partes diera testigos como la otra, el juez debía mirar primero cuáles debían ser más creíbles, no debiendo mirar solamente si era testigos de buen linaje, sino mirar si eran hombres de buena vida y buena fama, así como de buenas costumbres.

Repasada brevemente la historia del medio probatorio que nos ocupa, referida en general a la declaración que rinde un tercero ajeno al proceso en el mismo y con fines probatorios, para reconstruir

¹²⁷ Eduardo J. COUTURE. Estudios de Derecho Procesal Civil. T. II. Segunda edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1978. pp. 197 y ss.

los hechos pasados que en el presente son discutidos, nos preguntamos: **¿qué es la prueba por testimonio o de testigos?**

Comencemos diciendo que en el medio probatorio bajo estudio la figura estelar es el “testigo” cuya **etimología** nos dice el maestro CUOTURE proviene del latín *testificas*, -i “testigo”, propiamente “el que hace de testigo”: compuesto de *testis*, -is “testigo” y *facio*, -ere “hacer”. El clásico *testis*, *is* procede etimológicamente de un arcaico *tristis*, que significa literalmente “el que está como tercero”, compuesto de *tri*- “tres” y *sto*, *stare* “estar, estar de pié” tratándose de una tercera persona que intervenía en el juicio, además de las dos partes. Indica que se trata del atributo o calidad de una persona que presencia un hecho y adquiere directo conocimiento de él.¹²⁸

En la doctrina española comencemos con GAUSP quien nos dice, que los medios de prueba personales pueden consistir, en cuando a instrumentos probatorios en el empleo para los fines comunes de toda prueba, de la persona de alguna de las partes o de la persona de un tercero, éstos últimos que pueden ser de dos clases: aquellos que conocen el dato a probar de un modo extraprocesal por las conexiones que el dato, en cuanto sector particular de la realidad, tiene con el mundo situado fuera del proceso; y aquellos que conocen el dato a probar por un contacto estrictamente procesal del mismo. El primero de los casos donde estamos en presencia de testigos propiamente dicho y los segundos, referido a la prueba por expertos o pericia. Nos dice que “testimonio” es una declaración procedente de un tercero, que recae sobre datos que no eran procesales para el declarante al momento de su observación y que se emiten, como todas las pruebas, con la finalidad de influenciar la convicción del juzgador, caracterizándose primeramente por provenir de un tercero ajeno al proceso, por recaer sobre datos que no eran procesales para el momento de su observación, para la persona que depone sobre los mismos y por último, debe tener significación probatoria, vale decir, que sus relatos o deposiciones tienen que tener por objeto convencer al juzgador sobre la ocurrencia o existencia de determinados hechos pasados que en el presente –proceso- son discutidos o controvertidos.¹²⁹

El maestro ASECIO MELLADO nos dice que el testigo es un tercero ajeno al proceso que es llamado al mismo con el fin de que aporte su conocimiento sobre hechos de los que tenía noticia directa o indirectamente, no teniendo la consideración de testigos las partes cuya intervención e introducción de conocimiento se realiza mediante la prueba de confesión, ni el órgano jurisdiccional que en ningún caso puede hacer uso de su ciencia privada, de manera que los testigos –indica- deben ser terceros ajenos al proceso que se tramita, aportando su conocimientos sobre los hechos que son objeto de debate, bien sea que tal conocimiento se posea en virtud de su propia observación, bien lo sea por haberlo obtenido de

¹²⁸ Eduardo J. COUTURE. Vocabulario Jurídico. pp. 563 y 564.

¹²⁹ Jaime GUASP. Ob. cit. T. I. pp. 336 y ss.

manifestaciones de terceros –testigos de referencia- en el bien entendido de que su misión consiste en emitir manifestaciones de conocimiento, nunca declaraciones de voluntad.¹³⁰

Para MONTERO AROCA la “prueba testifical” se trata de un medio concreto de prueba en virtud del cual se aporta al proceso, por parte de una persona ajena al mismo, una declaración sobre hechos presenciados –vistos u oídos- por ella o que ha sabido de referencia, sobre los que viene interrogada, siempre que esos hechos sean controvertidos y se refieran al objeto del proceso, siendo una prueba de naturaleza personal, al ser una persona la llamada como testigo para declarar sobre los hechos del proceso. Indica que el testigo –siempre persona física- y su conocimiento de los hechos es la fuente de prueba, mientras que su declaración en el proceso a través del conocimiento establecido para ello es el medio de prueba –aunque para nosotros y como lo hemos dejado sentado en otro momento la cuestión es a la inversa, el testigo es el medio probatorio y su conocimiento sobre los hechos vertido a través de su deposición es la fuente-.¹³¹

El profesor de la Universidad Complutense José Manuel CHOZAS ALONSO se refiere a la prueba testifical como aquel medio de prueba a través del cual las partes pretenden convencer al juzgador de la veracidad de una serie de hechos relevantes para el proceso, merced a la declaración de ciertos terceros, denominados testigos, que presumiblemente los conocen bien por haberlos presenciado, bien por haberlos sido referidos, caracterizado por ser el testigo: a. Una persona física dotada de capacidad de percepción y de dar razón de tal percepción; b. Un tercero, lo que excluye a las partes y al judicante; y c. Por declarar sobre el conocimiento que posee sobre hechos relevantes para el proceso, para lo cual se requerirá que manifiesta la “razón de ciencia de lo que diga”.¹³²

En la doctrina italiana comencemos con el maestro CHIOVENDA quien nos enseña que el testigo es una persona distinta de los sujetos procesales, a quien se llama para exponer al juez las observaciones propias de hechos ocurridos de importancia para el proceso, exposición que puede comprender, sea el efecto inmediato que sobre los sentidos del testigo ha producido el hecho ocurrido en su presencia, sean las conclusiones lógicas que ha sacado de aquella impresión, aunque en los dos casos –indica- las observaciones del testigo serán relatadas como hechos subjetivos, personales de él y nunca como expresión de lo que objetivamente debe considerarse como consecuencia de determinados hechos según las enseñanzas de una ciencia o de un arte, que es función propia de los expertos, de ahí que una persona no pueda al mismo tiempo ser oída como testigo y como perito.¹³³

¹³⁰ José María ASECIO MELLADO. Ob. cit. T. I. p. 195.

¹³¹ Juan MONTERO AROCA. Derecho Jurisdiccional II. pp. 329 y 330. Igualmente en La Prueba en el Proceso Civil. pp. 215 y ss.

¹³² José Manuel CHOZAS ALONSO. La Prueba de Interrogatorio de Testigos en el Proceso Civil. Editorial La Ley. Madrid, 2001. pp. 16 y ss.

¹³³ Guiseppa CHIOVENDA. Instituciones de Derecho Procesal Civil. T. III. p. 175.

CARNELUTTI se refiere a la prueba de testigos como un acto humano dirigido a representar un hecho no presente, acaecido antes del acto mismo.¹³⁴

Dice REDENTI que hay testimonio oral a los efectos procesales, cuando alguien que no sea ni actual ni virtualmente parte en el proceso o de la causa, exponga en forma narrativa y con finalidad informativa, hechos o circunstancias que declare conocer –haber aprehendido- de *visu et auditu* y que puedan suministrar directamente o también indirectamente, elementos de convicción respecto de lo que constituye tema de la prueba. Indica que técnicamente al exponer se le llama en este caso “deponer” y valdrá en la medida que el juez lo crea valorando la sinceridad, la presumible veracidad de quien depone y la llamada objetividad de la deposición.¹³⁵

ROCCO indica que la prueba por medio de testigos es una declaración que una persona extraña al proceso hace ante los órganos jurisdiccionales de la verdad o de la existencia de un hecho jurídico, de un hecho al cual el derecho objetivo vincula el nacimiento, la modificación o la extinción de una relación jurídica o de una situación relevante, de manera que –indica- la declaración debe hacerla un tercero extraño al proceso, criticándose la consideración de la existencia de testimonio de las partes; que se trata de una declaración “representativa” lo que distingue sustancialmente tanto las declaraciones de ciencia como, principalmente, de las declaraciones de voluntad.¹³⁶

Para LIEBMAN el testimonio es la narración que una persona hace de los hechos por ella conocidos, para dar conocimiento al juzgador de los mismos, siendo su función la representación de hechos pasados para hacerlos presentes a la mente de quien escucha, no proponiéndose otro objeto ni otro efecto que el de comunicar a quien carece de ello, el conocimiento de un evento pasado. Indica que se trata de un medio ampliamente usado en la vida de relación para difundir el conocimiento de los hechos que acaecen cotidianamente, sirviéndose también el proceso de él, como instrumento indispensable para la reconstrucción histórica de los hechos relevantes para el juicio, tratándose de una prueba. Dice el maestro italiano que en sentido amplio, el testimonio corresponde también a la declaración de la misma parte, cuando tiene por objeto hechos de la causa, por eso las respuestas dadas en el terreno del interrogatorio libre o formal y el juramento; en sentido estricto el testimonio es considerado por la ley como una afirmación hecha por un tercero, y testigo es, precisamente –indica- una persona diversa a los sujetos del proceso, llamada a exponer al juez lo que sabe sobre la verdad de los hechos pasados relevantes para la decisión. Respecto al testimonio, este puede tener por objeto no sólo las percepciones directas o indirectas del hecho por parte del testigo, sino ante todo también el recuerdo

¹³⁴ Francisco CARNELUTTI. La Prueba Civil. p. 121.

¹³⁵ Enrico REDENTI. Ob. cit. T. I. p. 293.

¹³⁶ Ugo ROCCO. Ob. cit. V. III. p. 134.

de los hechos propios, en cuanto puedan ser influyentes o útiles para conocer el desarrollo de los eventos y después las observaciones, las relevancias, las deducciones por el mismo hechos o sentidas hacer por otros, en relación a los hechos percibidos; recuerdos, relevancias, observaciones y deducciones que hacen en todo caso parte integrante del testimonio y serán todos juntos apreciados por el juez; también el testimonio –expresa- puede referirse a circunstancias no percibidas personalmente por él, sino que le han sido comunicadas por otro, caso en el cual el objeto del testimonio sería la declaración hecha a él por aquella persona –testimonio *de auditur* o de segundo grado-.¹³⁷

Finalmente MICHELI escribe que las noticias sobre los hechos de la causa pueden ser proporcionados al juez también por terceros, por quien no es parte en causa –y por quien no tiene relaciones particulares con las partes en la causa o interés respecto del objeto del juicio- y ha tenido el modo de percibir directamente los hechos relevantes a la causa, o bien de haber oído referir a otros dichos hechos, con independencia de particulares cualificaciones técnicas o de encargos recibidos por terceros. Indica que por éste circunstancia el testigo debe deponer sobre circunstancias objetivas y no debe expresar juicios ni formular valoraciones subjetivas sobre las circunstancias objetivas ni de orden jurídico –como calificaciones jurídicas de un hecho- ni otro de orden técnico.¹³⁸

En la escuela argentina comencemos con el maestro ALSINA para quien cuando el testimonio en juicio emana de un tercero, estamos en presencia de la prueba testimonial o por testigos; que no siempre es posible la constatación de un hecho en forma directa y cuando la parte a quien se le atribuye desconoce la existencia, de manera que la fe en la palabra del hombre que ha presenciado el hecho es uno de los pocos recursos que restan al juez para la averiguación de la verdad, donde a diferencia de la confesión, en que la parte declara sobre hechos que le son personales, el testigo depone sobre hechos de terceros y a cuyas consecuencias jurídicas no se halla vinculado. Dice el maestro que el testimonio se funda en una doble presunción: la de la conformidad del conocimiento del testigo con la realidad y la de su fundamento moral, conforme a la cual, el testigo no se ha engañado y de que no trata de engañar al juez; que el testimonio no es una declaración de voluntad, sino una manifestación del pensamiento; no se trata de crear, modificar o extinguir estados jurídicos, sino simplemente de narrar al juez los hechos tal como han sido percibidos por el testigo.¹³⁹

PALACIO nos dice que denominase prueba de testigos a aquélla que es suministrada mediante las declaraciones emitidas por personas físicas, distintas de las partes y del órgano judicial, acerca de sus percepciones o realizaciones de hechos pasados o de lo que han oído sobre éstos, de lo que se infiere: a.

¹³⁷ Enrico Tullio LIEBMAN. Ob. cit. p. 359

¹³⁸ Gian Antonio MICHELI. Ob. cit. V. II. pp. 171 y 172.

¹³⁹ Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. pp. 531 y ss.

Las personas jurídicas carecen de aptitud para percibir hechos y en consecuencia, no pueden ser llamados a declarar como testigos, aunque pueden ser objeto de prueba de informes; b. No cabe citar como testigo a quien reviste la condición de parte en cualquiera de sus modalidades, aun en el caso de que haya sido declarado en rebeldía, pues el testimonio de las partes –dice- debe realizarse a través de posiciones juradas o interrogatorio no formal; y c. Respecto al objeto, la prueba de testigos puede versar sobre cualquier clase de hechos, salvo las limitaciones referidas a la admisibilidad y pertinencia.¹⁴⁰

Para BACRE testigo es la persona física, capaz, extraña al juicio, que es llamada a declarar sobre hechos que ha percibido por sus sentidos o de los cuales tiene conocimiento, donde deben conjugarse los requisitos referidos a la persona física del testigo, la capacidad para declarar, la extraneidad de los testigos con el caso debatido –que no sean parte-, la citación judicial y el conocimiento personales sobre los hechos debatidos.¹⁴¹

JAUCHEN al tratar el tema comienza diciendo que en un sentido muy general, testigo es la persona que por medio de sus sentidos ha percibido una cosa o suceso determinado, tratándose de un “órgano de prueba” y concretamente de la testimonial. Indica que conceptualizando se dirá que el testigo es la persona física citada o comparecida espontáneamente al proceso con el fin de transmitir con sus manifestaciones el conocimiento que tenga sobre un hecho concreto, pasado y extraño al proceso, que ha percibido sensorialmente en forma directa y que resulta de interés en la causa. El relato que transmite el conocimiento debe circunscribirse a lo percibido sensorialmente, no pudiendo el testigo extenderse a valoraciones u opiniones respecto a lo vivido, salvo que lo relativo –señala- al testigo técnico que se trata de un supuesto especial en el que los agregados que el deponente haga con relación a su conocimiento técnico o científico pueden ser tenidos en cuenta.¹⁴²

Para KIELMANOVICH el testimonio se trata de una declaración de ciencia en virtud de la cual, la representación o reconstrucción del hecho ausente se realiza mediante relatos a expensas de terceros imparciales, siendo una prueba indirecta desde que no indica identificación entre el hecho a probar y el hecho percibido por el operador de justicia, así como histórica, pues a través de ella se reconstruyen los hechos pasados o pretéritos, que pueden o no subsistir al momento de la declaración y por último personal, por provenir de la declaración de una persona física, teniendo carácter de acto procesal y no de simple acto jurídico.¹⁴³

¹⁴⁰ Lino Enrique PALACIO. Ob. cit. T. IV. pp. 562 y ss.

¹⁴¹ Aldo BACRE. Ob. cit. T. III. pp. 232 y ss.

¹⁴² Eduardo M. JAUCHEN. Ob. cit. pp. 285 y ss.

¹⁴³ Jorge L. KIELMANOVICH. Ob. cit. p. 129.

En Nicaragua el maestro ESCOVAR FORNOS definiría la prueba por testigo haciendo referencia a la persona del testigo, como aquella extraña al juicio llamada a declarar sobre los hechos que le constan en forma personal o de oídas.¹⁴⁴

En la escuela colombiana comencemos con el maestro Antonio ROCHA ALVIRA quien señala que el testimonio, en sentido general es el relato que hace una persona de hechos que ha tenido conocimiento directo o indirecto.¹⁴⁵

Por su parte el maestro Hernando DEVIS ECHANDÍA luego de indicar que se trata de una prueba personal, indirecta e histórica, nos enseña que en sentido estricto, testimonio es un medio de prueba que consiste en la declaración representativa que una persona, que no es parte en el proceso donde se aduce, hace a un juez con fines procesales, sobre lo que sabe respecto a un hecho de cualquier naturaleza; en tanto que en sentido amplio, el testimonio es también una declaración, cuando proviene de quien es parte en el proceso en que se aduce como prueba, siempre que no se perjudique, ya que de haber el reconocimiento de un hecho perjudicial o beneficioso al contendor judicial, como lo analizamos en capítulos anteriores, se estará ante la presencia de una confesión. De lo dicho observamos que el precitado maestro hace una distinción entre el testimonio en general y en específico, destacando que testimonio es una declaración representativa de hechos, que bien pueden hacer las partes o terceros, siendo que de provenir la declaración de las partes, se estará ante la presencia de una confesión o de una mera declaración o testimonio en sentido general, en la medida que la misma perjudique o beneficie al declarante. Como señaláramos el maestro DEVIS ECHANDÍA indica que la prueba testimonial se ubica en el grupo de los medios “indirectos”, pues el juzgador no percibe los hechos directamente sino mediante la representación que hace el tercero ajeno al proceso, incluso de la misma parte, de manera que los hechos son percibidos mediáticamente; “personales”, ya que emana directamente de los sujetos –personas físicas-; e “históricos”, pues mediante ellas se reconstruyen o reproducen los hechos pasados que fueron percibidos por el testigo y que hoy son debatidos en un proceso presente, pudiendo suceder que los hechos pasados subsistan o no en el momento de ser llevados al proceso, de manera que el testimonio es un acto jurídico y no un simple hecho jurídico, por tener que ser consciente.¹⁴⁶

Para PARRA QUIJANO se trata de un medio de prueba que consiste en el relato que un tercero le hace al juez sobre el conocimiento que tiene de los hechos generales, que se caracteriza primeramente por realizarse por una persona –tercero- física, que es precisamente la que tiene capacidad para percibir los hechos por medio de su actividad sensorial, no pudiendo en consecuencia ser testigos las personas

¹⁴⁴ Iván ESCOVAR FORNOS. Ob. cit. p. 201.

¹⁴⁵ Antonio ROCHA ALVIRA, ob. cit. p. 295.

¹⁴⁶ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. pp. 33 y ss.

jurídicas; debe tratarse de un testimonio rendido por quien no tenga calidad de parte en el proceso que se trate; debe versar sobre hechos en general; y por último que el deponente pueda haber presenciado u oído los hechos, no se trate de un testigo por encargo, ya que perdería la objetividad o imparcialidad y le restaría eficacia probatoria, aún cuando debe analizarse –agrega- cada caso en especial.¹⁴⁷

AZULA CAMACHO no dice que el testimonio o la declaración de terceros, es aquella que hace una persona natural, ajena al proceso, ante el juez en ejercicio de sus funciones, sobre hechos de los cuales se supone tiene conocimiento, llamándose declaración de terceros o testimonio pues ambos términos tienen aplicación en el ordenamiento jurídico –colombiano- distinguiéndose el testimonio del testigo, éste que es el órgano de prueba, la persona por cuyo conducto llega la información al juez; en tanto que el testimonio es la declaración que hace el testigo.¹⁴⁸

FIERRO-MENDEZ nos da la siguiente definición de testimonio enmarcado en el proceso penal: la aseveración o proclamación de una cosa y quien lo hace recibe el nombre de testigo. Se trata de un medio de prueba mediante el cual una persona hace ante el funcionario judicial un relato libre o mediato de hechos relacionados con la investigación del delito o de los hechos antecedentes, coetáneos o subsiguientes a los acontecimientos delictuosos; se trata de un medio de prueba que consiste en una declaración de ciencia y representativa, que un tercero hace al juez con fines procesales, sobre lo que dice saber respecto de hechos de cualquier naturaleza.¹⁴⁹

Finalmente BETANCUR JARAMILLO y GARCÍA SIERRA se refieren a la prueba de declaración de terceros como aquella precedida del juramento, que hace frente al juez o magistrado una persona natural, carente de interés en el asunto, sobre un hecho o hechos de los que aquélla ha tenido conocimiento y que guardan relación con dicho asunto.¹⁵⁰

Entre nosotros comencemos con nuestro padre Humberto BELLO-LOZANO MÁRQUEZ, quien nos enseñaría que la prueba de testigos es [...] *la declaración que hace un tercero, ajeno a la relación sustancial controvertida, por la cual eleva al órgano jurisdiccional, el conocimiento de un hecho pertinente al proceso y que ha obtenido por intermedio de sus sentidos.*¹⁵¹

El maestro Humberto BELLO LOZANO al tratar el tema que nos ocupa nos dice que entre los medios de prueba señalados en el Código Civil, se encuentra la llamada prueba de testigos, que constituye uno de los medios probatorios más corrientes empleados en la actividad forense y sin cuyo concurso, en muchos casos no se lograría la demostración de los hechos controvertidos –como por ejemplo en materia

¹⁴⁷ Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. pp. 277 y ss.

¹⁴⁸ Jaime AZULA CAMACHO. Ob. cit. p. 75

¹⁴⁹ Heliodoro FIERRO-MENDEZ. La Prueba en el Derecho Penal. Sistema Acusatorio. p. 147.

¹⁵⁰ Carlos BETANCUR JARAMILLO y Alfonso GARCÍA SIERRA. Ob. cit. p. 372

¹⁵¹ Humberto BELLO LOZANO MÁRQUEZ, ob. cit. p. 210.

de familia, violencia intrafamiliar, hechos ilícitos, penal en general, agregamos- de manera que si quien rinde una declaración en el juicio es persona extraña a los litigantes y no tiene interés alguno en sus resultados, estaremos en presencia de la prueba de testimonio o testimonial, cuyo fundamento –indica- está en que muchas veces no es posible la comprobación de un hecho en forma directa y el juez tendrá que apreciarlo por el dicho de personas que lo palparon en forma objetiva. Expresa el maestro que de lo dicho se infiere que no se puede ser testigo contra sí mismo, lo que diferencia la prueba testimonial de la confesión. Definiría al testimonio como [...] *un acto procesal mediante el cual una persona lleva al conocimiento del órgano jurisdiccional, su conocimiento sobre ciertos hechos que ha percibido por medio de sus sentidos.*¹⁵²

El profesor CABRERA IBARRA al tratar la prueba de testigos nos dice que se trata de un medio probatorio que implica el aporte de una declaración que emana de una persona natural que no es parte en el proceso, y que versa sobre hechos pasados de los cuales tiene conocimiento personal y que son objeto de controversia en un proceso judicial.¹⁵³

En el marco del sistema de procedimiento penal nos dice MORENO BRANT que el testimonio en general, es una exposición de una persona acerca de un determinado hecho pasado, sin interés en el proceso en que declara, cuyo conocimiento trasmite al juez como resultado de su percepción sensorial, por lo que sólo ella está en capacidad de transmitirlo dada su relación individual con el hecho. Indica que consiste así el testimonio en la atestación o declaración de una persona distinta a las partes, un tercero, en un procedimiento judicial acerca de las percepciones obtenidas por medio de los sentidos, visto, oído o que conoce por percepciones olfativas, gustativas o táctiles, que pueden ser advertidas por el común de la gente y de las que ha tenido conocimiento en razón de determinadas circunstancias.¹⁵⁴

Luego de habernos paseado por la doctrina extranjera y nacional que han tratado el tema, nos llega el momento de ofrecer **nuestra definición**, a cuyo efecto consideramos que el testimonio es un medio de prueba judicial, indirecta, personal, representativa e histórico, que consiste en la declaración consciente que realiza en el proceso, un tercero –persona física- ajeno al mismo e imparcial, sobre hechos pertinentes y relevantes ocurridos antes de la controversia, que pueden subsistir o no en el momento en que son llevados al proceso por conducto de la deposición o declaración de ese tercero, los cuales ha percibido por medio de sus sentidos y que tiene por objeto, convencer al judicante de su ocurrencia o existencia, mediante su representación o reconstrucción. Luego, de la definición ensayada se desprenden como elementos **característicos**:

¹⁵² Humberto BELLO LOZANO, ob. cit. p. 246.

¹⁵³ Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA. Ob. cit. p. 586.

¹⁵⁴ Carlos E. MORENO BRANT. El Proceso Penal Venezolano. p. 259.

- a. Es un medio de prueba judicial, de manera que tiene por finalidad demostrar hechos controvertidos o discutidos en el proceso, mediante la fuente que aporte la deposición vertida por el testigo, que servirán para la verificación o confirmación de los hechos que son presupuesto de las normas contentivas de las consecuencias jurídicas buscadas, mediante su comparación con los enunciados de hecho en que se fundamentan la pretensión o excepción, acusación o eventualmente la defensa, quien y como hemos visto no asume carga probatoria por la presunción de inocencia.
- b. Es un medio de prueba **indirecto**, pues el judicante no percibe los hechos directamente, sino de manera mediata, mediante la deposición del testigo que reconstruye o representa los hechos pasados ocurridos y controvertidos en el presente; **personal**, pues es realizado directamente por un tercero ajeno al proceso –persona física-; **histórico**, pues mediante el relato del tercero se reconstruye o representa en el proceso la ocurrencia de hechos pasados que en el presente –en el proceso- se debaten.
- c. Es una declaración que realiza un tercero imparcial y ajeno al proceso, en forma consciente, mediante una declaración de ciencia ausente de elementos externos o internos que alteren la representación o reconstrucción de los hechos a través del dicho, así como de elementos que afecten la capacidad del sujeto en percibir los hechos, lo que elimina que se trata de una declaración de voluntad.
- d. El testimonio recae sobre hechos pertinentes y relevantes a la causa donde se rinde, que son el fundamento de las diversas pretensiones, excepciones, acusaciones o defensas, al ser presupuesto de la norma contentiva de las consecuencias jurídicas que le benefician y que buscan sea reconocido o declarado por en la sentencia.
- e. Los hechos sobre los cuales depone el testigo son pretéritos o pasados y debatidos en el proceso presente, que pueden o no subsistir al momento de rendirse la declaración, de representarse o reconstruirse en el proceso mediante la declaración.
- f. Los hechos pertinentes, relevantes y pasados deben haber sido percibidos por el tercero que los reconstruye o representa en el proceso judicial, por conducto de cualquiera de sus sentidos.
- g. Como medio de prueba tiende a formar el convencimiento del operador de justicia, sobre la ocurrencia de hechos pasados percibidos por el testigo, que le son llevados mediante el relato que reconstruye o representa los mismos.

BELLO LOZANO al referirse a las características de la prueba en comentario nos dice que el testimonio debe limitarse a exponer los hechos percibidos, y si emite algún juicio subjetivo, esto formará parte del hecho sobre el cual testimonia, de ahí el cuidado que debe tener el judicante al momento de su

valoración, consecuencia de lo cual las precitadas características pueden resumirse: a. Se trata de un acto jurídico efectuado con pleno conocimiento de causa; b. Se trata de un acto procesal, aunque pueda ser utilizado el testimonio en cuestiones no contenciosas; c. Se trata de una prueba histórica-personal, indirecta o representativa; y d. Se trata de una narración de hechos de los cuales se tiene conocimiento por haberlos percibido.¹⁵⁵

De lo dicho insistamos que el **testimonio** es un medio de prueba judicial mediante el cual se reconstruyen o representan los hechos pasados que pueden subsistir en el presente -al momento del testimonio- que se realiza por conducto de la deposición o declaración de ciencia o conocimiento que realiza un tercero imparcial en el proceso, referidos a hechos debatidos o controvertidos entre las partes, que se inscribe dentro de los medios de prueba indirectos, personales e históricos, representativos o reconstructivos de hechos –repetimos- personales e históricos. La declaración mediante la cual se representan o reconstruyen hechos pasados por conducto de los dichos, para formar la convicción del operador de justicia, que constituye el medio probatorio judicial del testimonio, es realizado por terceros imparciales como lo son los testigos, lo cual nos obliga a abordar el tema mediante la siguiente interrogante **¿qué es el testigo?**

Adolfo SHÖNKE se refiere al testigo como las personas que deben declarar sobre hechos ocurridos o estado de las cosas percibidas por ellas, siendo por tanto –dice- objeto de la prueba testifical los hechos; el testigo debe facilitar sobre estos hechos sus percepciones concretas.¹⁵⁶

COUTURE nos dice que “testigo” se trata del atributo o calidad de una persona que presencia un hecho y adquiere directo conocimiento de él.¹⁵⁷

Dice TARUFFO que en todos los sistemas procesales, un testigo es una persona de quien se supone que sabe algo relevante sobre los hechos del caso y quien se interroga bajo juramento con el fin de saber lo que ella conoce sobre tales hechos; que según la tradición histórica, un importante rasgo distintivo del testigo era que no podía ser parte en el proceso en el cual se le estaba interrogando como testigo, principio que todavía está presente en la mayoría de los sistemas del *civil law*, aunque existen algunas tendencias –indica- a borrar la distinción entre quien es parte y quien no lo es en el contexto de las pruebas orales; que en el sistema del *common law* por el contrario, se permite que todas las partes sean interrogadas como testigos en apoyo de sus propias causas.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. I. pp. 247 y ss.

¹⁵⁶ Adolfo SHÖNKE. Derecho Procesal Civil. p. 225.

¹⁵⁷ Eduardo J. COUTURE. Vocabulario Jurídico. pp. 563 y 564.

¹⁵⁸ Michelle TARUFFO. La Prueba. p. 62.

SILVA MELERO define al testigo como aquella persona física que declara dentro de un proceso, sobre el objeto del mismo a fines de prueba.¹⁵⁹

Para GUASP son las personas que sin ser parte en el proceso, emiten declaraciones sobre datos que no habían adquirido para el declarante índole procesal en el momento de su observación, que tiene por finalidad –como toda prueba- provocar la convicción del juzgador.¹⁶⁰

SENTÍS MELENDO indica que [...] *Testigo es toda persona que depone en el proceso sobre hechos que, con anterioridad, han caído bajo sus sentidos.*¹⁶¹

ALSINA nos enseña que testigo es la persona capaz, extraña al juicio, que es llamada a declarar sobre hechos que han caído bajo el dominio de sus sentidos. Indica que para unos la palabra prueba deriva de *testando*, que significa referir, narra, en tanto que para otros viene de *testibus* que equivale a dar fe de la veracidad de un hecho.¹⁶²

PALACIO dice que testigo es aquella persona física distinta a las partes y al órgano jurisdiccional, que suministra mediante declaraciones emitidas, acerca de sus percepciones o realizaciones de hechos pasados y de los que han oído de éstos.¹⁶³

KIELMANOVICH escribe que testigo es [...] *la persona mayor de 14 años llamada judicialmente a declarar acerca del conocimiento que tuvieron de los hechos que interesan a la concreta litis.*¹⁶⁴

Por su parte DEVIS ECHANDÍA nos enseña que la noción de testigo tiene en el derecho procesal, un sentido estricto y restringido, comprendiendo únicamente a quienes son llamados a rendir testimonio en un proceso en que no son partes, principales ni secundarias o transitorias, en el momento de hacerlo.¹⁶⁵

En nuestra doctrina el maestro BELLO LOZANO nos dice que el testigo necesariamente deviene en una persona completamente distinta de los sujetos procesales, conforme a los antiguos principios “*nulus idoneus testis in re sua intelligitur*”, “*nemo debet esse testis in propria causa*” ya que la declaración de la parte sobre los hechos que conozcan se hace por vía de confesión judicial, cuyos requisitos se mantienen en la doctrina totalmente distintos de los del testimonio *strictu sensu*.¹⁶⁶

El profesor CABRERA IBARRA nos enseña que [...] *el testigo es una tercera persona capaz que brinda una declaración sobre hechos pasados de los cuales tiene conocimiento por haberlos percibido a través de sus sentidos y que*

¹⁵⁹ Valentín SILVA MELERO. Ob. cit. T. I. p. 207

¹⁶⁰ Humberto BELLO LOZANO, ob. cit. pp. 249 y 250.

¹⁶¹ Santiago SENTÍS MELENDO. Ob. cit. p. 448.

¹⁶² Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. p. 536.

¹⁶³ Lino Enrique PALACIO. Ob. cit. T. IV. p. 562.

¹⁶⁴ Jorge L. KIELMANOVICH. Ob. cit. p. 146.3e3ee

¹⁶⁵ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. p. 42.

¹⁶⁶ Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. I. p. 251.

son relevantes y se encuentran debatidos para el proceso. Lo dicho es suficiente para poder apreciar que el testigo es una persona natural distinta del demandante y del demandado y de sus representantes en el proceso, razón por la cual no puede tener un interés distinto a simplemente decir la verdad sobre lo que conoce; por tanto su declaración es subjetiva y no técnica.”¹⁶⁷

MORENO BRANT considera testigo a la persona física llamada a declarar en un determinado proceso acerca de los hechos que conoce con relación a la materia del mismo, siendo el órgano de prueba y el testimonio el medio.

Para **nosotros testigo** es aquella persona ajena al proceso judicial donde se debaten los hechos –tercero- que es llamada al mismo –proceso- y realiza una declaración de ciencia o conocimiento de hechos que ha realizado o percibido a través de sus sentidos, que resultan anteriores al proceso, pero que pueden subsistir al momento de producirse la prueba en el mismo, que tiene por objeto la reconstrucción o representación de dichos hechos a través de su narración, con la finalidad de convencer el ánimo del juzgador en cuanto a la ocurrencia o no de esos hechos, para verificarlos mediante el sistema de comparación entre fuentes y enunciados controvertidos; el testigo es el conducto por medio del cual se lleva al proceso la fuente probatoria que sirve para la reconstrucción o reproducción que de los hechos mediante la narración oral, siendo el testigo el medio de prueba judicial y sus dichos la fuente probatoria; el testigo es un órgano de prueba por ser una persona que colaboran con el juez introduciendo en el proceso elementos –fuentes- de prueba; Importa destacar también que el simple hecho de la percepción de los hechos por parte del tercero ajeno al proceso, no le otorga la condición de testigo, pues para ello debe ser promovido como medio en su oportunidad correspondiente, caso en el cual y luego de producida su admisión se tendrá la condición de testigo, aunque y como veremos, puede que no tenga conociendo de los hechos debatidos, lo que impactará en su valoración.

Pero ¿puede provenir un testimonio de quien es parte en el proceso?

Al respecto ya hemos tratado el tema al momento de analizar la declaración de las partes y la confesión, pues en sentido general como expresa el maestro DEVIS ECHANDÍA ya citado, cualquier declaración producida en el proceso es un testimonio, pero dependiendo de quien provenga y de los efectos del contenido de la declaración, podríamos calificarla de confesión o de simple declaración – testimonio- de manera que los terceros ajenos al proceso, solo puede declarar en el mismo mediante la prueba testimonial o mediante dictámenes periciales, declaraciones que eventualmente pueden convertirse en confesiones en la medida que contenga el reconocimiento de hechos propios, personales o de los que tengan conocimiento y que le produzcan efectos perjudiciales, siempre que sean llevados – trasladados- al proceso donde sean partes. Las declaraciones realizadas por las partes en el proceso judicial

¹⁶⁷ Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA. Ob. cit. p. 589.

tendrán el carácter de confesión, en la medida que contenga el reconocimiento personal o del cual tienen conocimiento que le sea perjudicial o beneficioso a su contendor judicial; mas cuando la declaración no contiene un reconocimiento perjudicial, estaremos en presencia de una mera declaración de parte o testimonio de parte, que como hemos expresado será valorado libremente –sana crítica- por el operador de justicia, pudiendo hasta extraer de la conducta de las partes indicios procesales; igualmente, cuando se trata de interrogatorios clarificativos o aclarativos sin fines probatorios, en el proceso puede hablarse de testimonio de partes, todo lo cual nos motivo a expresar que en el proceso –en sentido general- pueden existir testimonios de terceros y de partes, éstos últimos los cuales pueden eventualmente convertirse en una confesión.

Lo dicho no debemos confundirlo con el hecho que las partes sean consideradas como terceros a los efectos del testimonio, pues no lo son. Se trata de entender que las partes pueden realizar en el proceso declaraciones que no necesariamente tendrán un contenido confesorio, de manera que cuando no se dieran los elementos para entender que hay una confesión, si la parte ha declarado en el proceso por interrogatorio dirigido por su contendor, por el judicante o de manera espontánea, bien en las intervenciones que hicieran en las audiencias orales –preliminares o de juicio- incluso en cualquier acto oral en el proceso, a lo que agregamos la posibilidad que por vía de medio de prueba libre hubieran promovido su propio testimonio para que el judicante escuchara su versión sobre los hechos –favorables- se tratará de una simple declaración de la parte con contenido testimonial –no entendiéndose a la parte como testigo insistimos- clarificatorio, aclaratorio, expositivo o narrativo, que será valorado por el judicante a través de la sana crítica, pudiendo considerarlo como un medio que le ha producido una fuente que le permitirá acreditar hechos controvertidos y crearse convicción judicial al respecto.

En este orden de ideas por ejemplo el maestro TARUFFO al estudiar las pruebas orales y refiriéndose al sistema del *common law* nos dice que las partes pueden ser interrogadas como testigos, incluso en el proceso penal, si se declaran inocentes su declaración se hará como testigos y no como acusados –parte- lo que nos es posible –indica- el sistema del *civil law* –como ocurre entre nosotros- en los que las partes pueden ser oídas de varias maneras pero no como testigos,¹⁶⁸ como por ejemplo sucede en nuestro sistema de procedimiento penal donde el imputado y eventualmente acusado, pueden declarar pero en condición de investigados o acusados, no como terceros ajenos al proceso como si de testigos se tratara.

En términos parecidos KIELMANOVICH quien citando BENTHAM, LIEBMAN y CARNELLUTTI indica que el testimonio entendido como declaración representativa de los hechos, comprende tanto la declaración representativa de las partes, como la declaración representativa de los

¹⁶⁸ Michelle TARUFFO. Ob. cit. p. 62.

terceros, lo que no excluye que dentro de la amplitud de esta categoría debe trazarse una distinción según el criterio de cualidad del testigo, en relación a su posición procesal, de manera que tanto el testigo como la parte, representan personal y mediatamente hechos históricos y la forma como se verificaron, sin que en este punto exista distinción por su fuente entre el hecho narrado o descrito por uno y otro; el hecho testimoniado en este aspecto puede ser idéntico en uno y otro caso. Indica que lo que sí cambia es la posición de “extraneidad” que el testigo tiene frente o con relación a las partes en el proceso, con la virtualidad que la misma pueda aparejar en lo tocante a la valoración o eficacia de la declaración prestada por unos y otros, y a la mayor o menor credibilidad que pueda atribuirse a la proveniente de éstas en tanto les resulten desfavorables o favorables.

Expresa que en el derecho anglosajón y demás ordenamientos de la familia de common law, se autoriza expresamente el interrogatorio libre y cruzado de las partes como testigos –informal *examination and cross examination of the parties as witnesses*- valorándose no solo la declaración cuando sea desfavorable, sino también cuando sea favorable. Que por su parte en la familia *civil law* y por supuesto dentro del subgrupo de las legislaciones procesales hispanoamericanas, la declaración de la “parte procesal” no se considera como prueba testimonial, sino en todo caso, como una confesión, pues la testimonial –indica- supone que la declaración provenga de terceros ajenos a la relación procesal, de sujetos que no asumen ni revisten la calidad de parte principal o accesoria en el proceso, sin perjuicio de que en virtud de normas del derecho sustancial, hubiesen estado legitimados para adquirir tal carácter –involucrarse en la relación procesal-.¹⁶⁹

Pero ¿cuándo se adquiere la condición de testigo?

También hemos adelantado este punto, a cuyo efecto digamos que para ser testigo en el proceso judicial, originalmente se requiere tener conocimiento de los hechos que se quieren sean reconstruidos o representados por medio de la narración del tercero, por haberlos percibido y que producirán la fuente que permita verificar el hecho o los hechos enunciados como fundamento de las diversas pretensiones, que son presupuesto de las normas que contienen las consecuencias jurídicas buscadas, pero realmente el conocimiento o percepción de los hechos, bien en forma directa o indirecta, no es el elemento esencial para poder decir que un sujeto es testigo, pues esto mas bien atañe a la valoración del contenido de la declaración del testigo y a la eficacia del medio probatorio. Para ser testigo o adquirir la condición de testigo, lo fundamental es que las partes lo propongan como tal en el proceso judicial, que lo promuevan como medio probatorio y que el mismo sea admitido, momento en el cual el tercero será llamado al proceso o traído por las partes para que en su oportunidad legal rinda su declaración sobre lo que sabe de los hechos que se controvierten, incluso puede ser llamado por el operador de justicia a través de su

¹⁶⁹ Jorge L. KIELMANOVICH. Ob. cit. pp. 130 y ss.

actividad probatoria oficiosa, ubicándolo en tal sentido en la condición de órgano de prueba y adquiriendo la condición o calidad de testigos.

De esta manera podemos resumir lo dicho expresando que para adquirir tal condición, nada importa que tenga o no conocimiento de los hechos, que los hechos sean procesales o extraprocesales, que puedan o no influir en el ánimo del judicante, que los hechos hayan sido percibidos de manera directa o indirecta por el tercero, que los haya percibido, presenciado o que se trate de oídas o referencia, pues todos estos casos se refieren a la eficacia probatoria de la declaración del testigo, a la valoración de la prueba para la convicción judicial, para ser testigo simplemente se requiere que se trata de un tercero ajeno al proceso y que sea promovido y admitido como tal en el mismo –proceso- o bien cuando la declaración es ordenada de oficio por el judicante. El testigo como hemos indicado no es un sujeto procesal, se trata de un “órgano de prueba” que colabora con el judicante en la actividad probatoria, suministrándole información sobre los hechos debatidos que puedan conducir a la convicción judicial. PARRA QUIJANO al tratar el tema nos dice por ejemplo que la calidad de testigo se adquiere cuando el juez decreta la práctica de la prueba, a petición de parte o de oficio, de manera que no se adquiere tal condición por la simple circunstancia de que una persona presencie unos hechos, pues puede suceder –señala- que no sea llamado a declarar o sencillamente que no se tramite un proceso que exija la prueba de esos hechos presenciados o conocidos; que tampoco hay la calidad de testigo por que una parte interesada postule el nombre de la persona en el momento de promocionar la prueba, pues el juez puede negar su admisión, así como tampoco por el hecho de la citación, pues éste es el llamado para la comparecencia; que la condición de testigo tampoco se adquiere con la comparecencia del testigo, su juramentación e incluso con su declaración, indicando que solo la condición de testigo se produce cuando el juez ordena o decreta la recepción de su declaración.¹⁷⁰

Coincidimos con el criterio del maestro, pues la condición de testigo no dependerá en los últimos de los casos señalados por la citación, comparecencia, juramentación o declaración del testigo, pues en todos ellos puede faltar la citación, puede no haber comparecencia, juramentación o haber negativa a declarar y nada de ello le quitará al tercero su condición de testigo, siendo circunstancias que afectaran la existencia, validez o eficacia de la prueba, no así la condición de testigo.

Para terminar este punto nos referiremos a la **naturaleza jurídica de la prueba testimonial**, a cuyo efecto encontramos que para nuestro antecesor el maestro Humberto BELLO LOZANO se trata de una prueba “personal”, un “acto procesal” y no un negocio jurídico, tratándose de la simple exposición de los hechos tal como los percibió, siendo procesal al ser realizada en el marco del proceso judicial, pues fuera de él –indica- no tiene valor alguno, como por ejemplo sucede en las declaraciones rendidas en la

¹⁷⁰ Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. p. 295.

fase de investigación o preparatoria del sistema de procedimiento penal, que solo sirven con actos de investigación para fundamentar eventualmente la acusación como acto conclusivo, más no tiene carácter o condición de acto de prueba que pueda ser capaz de servir a la convicción judicial, salvo que se haya producido la declaración en el marco de la anticipación de los medios probatorios y en cumplimiento de los requisitos legales; pero también y cuando la declaración extraprocesal es recogida en un instrumento, como hemos visto en otro momento la prueba no muta a la naturaleza documental, sin perjuicio de la declaración de testigos actuarios que no tiene condición de prueba testimonial como se analiza en este estudio. Nos sigue diciendo BELLO LOZANO que la prueba es de carácter “procesal” cuya finalidad es la pretendida convicción judicial.¹⁷¹

Como hemos expresado la declaración testimonial se trata de un acto jurídico, procesal personal, mediante el cual se vierte la versión que sobre los hechos tiene un tercero anejo al proceso con la finalidad de producir una fuente probatoria que ayude a la formación de la convicción judicial, siendo el testimonio un medio de prueba personal, histórico, indirecto, representativo y reconstructivo, tratándose de una “*declaración de ciencia*” y no una declaración de voluntad como nos enseña, una manifestación de pensamiento que no busca crear, modificar ni extinguir un estado jurídico, sino simplemente narrar al juez los hechos percibidos, siendo en consecuencia –insistimos– una simple declaración de ciencia.

Siendo la prueba de testimonio una declaración de ciencia representativa o reconstructiva de hechos pasados, percibidos por el tercero ajeno al proceso, que son controvertidos en el proceso presente, que tiene por finalidad producir la convicción judicial, indefectiblemente tiene naturaleza “procesal” y “probatoria”, pues el testigo fuera del proceso no tiene significación alguna, quien percibe o capta determinados hechos en un momento específico, no puede considerársele como testigos y sus eventuales dichos como prueba judicial, por el contrario, la calidad o condición de testigos se adquiere en el momento que las partes en el proceso judicial, lo proponen como tal, por supuestamente tener conocimiento de hechos pasados que requieren ser representados o reconstruidos en el presente – proceso– mediante su narración o dichos, y el judicante lo admite y ordena su recepción, incluso cuando ello se ordena de oficio, de manera que adquiriendo el testigo su condición cuando es propuesto y admitido en el proceso judicial, es lógico que la naturaleza de la prueba testimonial sea de carácter procesal, ello aunado al hecho que precisamente el testimonio tiene por objeto reconstruir o representar hechos pasados, con la finalidad de crear un estado o ánimo de convencimiento judicial sobre la ocurrencia de los hechos representados o reconstruidos por medio del relato o narración de los terceros.

Por otro lado la prueba de testimonio es de naturaleza “indirecta”, pues los hechos no son percibidos directamente por el juzgador, sino de manera mediata, por conducto del relato o narración

¹⁷¹ Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. I. pp. 246 y ss.

del testigo; es de naturaleza “histórica”, pues a través de la narración se representan y reconstruyen hechos pasados que se debaten en el presente; y por último es una prueba “personal”, pues emana de terceros ajenos al proceso y excepcionalmente –como lo hemos expresado- de las partes cuando no contienen significación probatoria o no contienen el reconocimiento de hechos perjudiciales.

Pero ¿es la declaración testimonial un acto de voluntad?

Ya hemos dicho que la declaración que hace el testigo no es de voluntad sino de ciencia y al efecto -siguiendo al maestro DEVIS ECHANDÍA- si hacemos un análisis comparativo con la confesión judicial, cuando tratamos ésta última observábamos que originalmente se exigía como requisito de existencia el denominado *animus confitendi*, entendido entre otros aspectos como la intención de renunciar al derecho material, a renunciar al derecho a producir prueba en contrario a lo confesado, a renunciar al efecto jurídico del derecho contenido en la norma, incluso como la intención de aportar la prueba al contendor judicial, tesis que fueron descartadas por su carácter subjetivo interno de imposible demostración, que conllevó entre otras circunstancias a eliminar el requisito de *animus confitendi* y a sustituirlo por la plena conciencia o conocimiento del confesante, traducida en la ausencia de elementos físicos o morales que en forma permanente o transitoria, afectaran la voluntad del declarante, lo que conllevaba a que la declaración de parte debía realizarse con pleno conocimiento y conciencia de lo que se hacía, indistintamente del conocimiento o no que se pudiera tener sobre el carácter perjudicial de lo declarado; pero si nos remitimos a la materia testimonial no existe un homólogo al *animus confitendi*, no existe un *animus testimoniandi*, pues primeramente no se trata de una declaración de parte –aún cuando puede suceder- ni necesariamente del reconocimiento de hechos propios o personales –aún cuando nada impide que se trate de hechos propios o personales del tercero- ya que perfectamente el conocimiento de los hechos puede provenir de terceras personas –testimonio de oídas o referenciales- y por último – sin agotar el debate- no se trata de reconocimientos de hechos perjudiciales o beneficiosos al contendor judicial –aún cuando eventualmente la simple declaración puede convertirse en confesión al ser trasladada a un proceso donde sea parte-.

En materia testimonial no se trata de reconocimiento de hechos perjudiciales ni necesariamente de hechos propios o personales, mas sí de los cuales tenga conocimiento el tercero, ello aunado al hecho que quien realiza la declaración, por lo general no es parte en el proceso, pero insistimos ¿se requiere de la voluntad del testigo, mas bien, su declaración es de voluntad? La declaración que realiza el testigo en el proceso se refiere a hechos que ha percibido por medio de sus sentidos, bien por haberlos presenciados, realizados o por tener conocimiento de ellos, que son llevados al proceso por medio de su declaración o deposición, para que sean reconstruidos o representados y puedan influenciar el criterio del operador de justicia, por tratarse de hechos pasados que en el presente se debaten, donde el testigo no se afecta con

lo que declara, no tiene interés sobre lo que se debate, limitándose simplemente a narrar lo que conoce de lo preguntado, circunstancias éstas que nos motivan a expresar que no se trata de una declaración de voluntad del testigo, de querer o no declarar sobre los hechos, de querer o no producir una determinada consecuencia jurídica, se trata mas bien de una declaración de ciencia o conocimiento de lo que sabe, de lo que percibió, para representarlo u reconstruirlo mediante su narración o historia en el proceso judicial, limitándose su cuento a la ocurrencia o no de los hechos que se debaten para ayudar a la solución del conflicto mediante el convencimiento del criterio judicial, especialmente cuando la prueba tiene por objeto convencer al juez, de ahí que se trate de un acto procesal y probatorio.

Tampoco puede pensarse que la declaración o testimonio es una declaración de verdad, pues y sin perjuicio que hemos desterrado la noción de verdad de la definición y finalidad de la actividad probatoria, precisamente la verdad de una persona –testigo- no es igual a la verdad de las partes, de otros testigos o del juez, pudiendo existir error al momento de percibirse los hechos, al momento de reproducirse o reconstruirse, lo cual nos apunta a considerar la prueba testimonial como una declaración de ciencia o conocimiento de lo que percibió el testigo, de lo que cree, según su entender, que es la verdad de lo que percibió, verdad que puede tener margen de error, pues una declaración sin margen de error, exacta, sin equivocaciones –como vemos- es simplemente una declaración falsa, ya que el error siempre está presente, mas aún cuando la prueba testimonial se trata de hechos pasados que se van desvaneciendo con el tiempo en la memoria del testigo, siendo la verdad o falsedad de la declaración, una cuestión que atañe a la eficacia probatoria y no a la existencia de la prueba. Pero insistimos, no se trata que el testigo narre la verdad de los hechos, simplemente que de su versión sobre los mismos, como los percibió o como los recuerda, el tema de la verdad o falsedad de la declaración atañe a la valoración de la prueba, incluso, más que el tema de la verdad, nos parece que se trata de si la versión vertida por el testigo puede permitir el conocimiento sobre la forma como ocurrieron los hechos debatidos según la versión expuestas por las partes en sus escritos de pretensiones, acusaciones, excepciones o defensa, que permitan verificar los mismos por comparación con aquella fuente que llevará el proceso el testigo con su narración.¹⁷²

En **resumen** tenemos que la naturaleza jurídica de la prueba testimonial, se traduce en ser un **acto procesal y probatorio, personal, histórico, indirecto, de ciencia o conocimiento y representativo o reconstructivo de hechos pasados**. Respecto a las declaraciones de testigos rendidas fuera del proceso judicial, como ocurren en el sistema de procedimiento penal en la fase de investigación o preparatoria, en los procedimientos administrativos, preconstitución de fuentes probatorias, entre

¹⁷² Son partidarios de la declaración del testigo como de ciencia y no de voluntad CAPPELLETTI, CARNELUTTI, REDENTI, ROCCO, CAPELLETTI, LIEBMAN, SILVA MELERO, GUASP, ASENCIO MELLADO, ALSINA, PALACIO, KIELMANOVICH, BACRE, ROCHA ALVIRA, DEVIS ECHANDÍA, PARRA QUIJANO, COUTURE, entre otros.

otros, en puridad de verdad no se trata de medios de prueba y mucho menos judiciales, de testimonio judicial, sino simplemente se actos de investigación en el primero de los casos y de simples actos extraprocesales en los demás, que como tal y especialmente en los sistema de procedimiento oral, no tienen eficacia probatoria como testimonio en el marco de un proceso judicial, no solo por el hecho de la falta de bilateralidad o contradicción, sino por el hecho de la ausencia de intermediación y de no haberse formado en audiencia pública, oral, bilateral o contradictoria, como consecuencia de un debate donde las partes hayan propuesto el medio probatorio o el juez lo haya ordenado de oficio –salvo la anticipación de medios probatorios- de manera que no servirán para formar la convicción judicial. Respecto a la naturaleza de estas declaraciones seguirán siendo de ciencia y no de voluntad, pues no se trata de la constitución, extinción o modificación de relaciones jurídicas con un fin determinado, sino de una mera declaración para informar sobre determinados hechos.

2. OBJETO DEL TESTIMONIO Y FINALIDAD DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.

La prueba por testigos o testimonial como todos los medios probatorios judiciales, tiene por **finalidad** acreditar los hechos controvertidos o debatidos en el proceso, para que puedan tenerse como establecidos o fijados, constituyendo la premisa menor del silogismo judicial, en otros términos, la prueba por testimonio tiende a verificar los hechos que han sido enunciados en la pretensión, excepción, acusación o defensa como su fundamento, que siendo controvertidos son presupuesto de las normas que contienen las consecuencias jurídicas que buscan y benefician, mediante la comparación con las fuentes que se obtengan de la precitada declaración, que conducirán a la convicción judicial traducido en certeza no ausente de error, pero en cuanto al **objeto** del testimonio, el mismo recaerá sobre hechos que pueden haber sido presenciados por el testigo, realizados por éste o simplemente percibidos mediante su actividad sensorial, de allí que expresáramos que para hablar de la existencia del testigo no se requiera que éste tenga o no conocimiento de los hechos, pues ello se refiere a la eficacia probatoria del medio; el objeto de la prueba testimonial serán aquellos hechos enunciados por las partes, debatidos y que son presupuesto de las normas que contienen consecuencias jurídicas buscadas.

El testimonio recae y tiene por objeto los hechos que perciban los testigos, que serán representados o reconstruidos en el proceso judicial a través de su dicho o narración por ser presupuesto de las normas jurídicas en la forma señala, pero debemos preguntarnos: **¿Las opiniones, apreciaciones, deducciones que haga el testigo sobre los hechos percibidos y reconstruidos o reproducidos en el proceso, invalidan el dicho del testigo?** En otras palabras **¿resultan objeto del testimonio las deducciones, opiniones o apreciaciones que realice el testigo sobre los hechos percibidos, incluso las calificaciones jurídicas?**

Para dar respuesta a las interrogantes comencemos repitiendo que la prueba de testigos tiene por objeto hechos enunciados y debatidos en el proceso, hechos percibidos por el testigo y que pueden tener una significación probatoria en el proceso, que por lógica y siendo el testigo o tercero ajeno al proceso – extraneidad- que no se beneficia de sus resultados ni tiene un interés alguno, debe limitarse a exponer los hechos tal cual como ocurrieron y como los percibió, sin ningún juicio de valor, inducciones, deducciones, opiniones u otros elementos extraños a la ocurrencia del hecho. Pero en la práctica lo dicho no es tan fácil, pues por la forma de ser de los humanos, el testigo al momento de percibir los hechos y al momento de reproducirlos o reconstruirlos en el proceso judicial a través de su narración, por su naturaleza resulta difícil que prescindiera en forma absoluta de apreciaciones u opiniones de carácter subjetivo, así como de deducciones, siendo lo normal, tanto en la forma como el ser humano percibe los hechos externos, así como en la forma como narra, atestigüe, reproduzca o reconstruya los hechos percibidos, que le imprime cierto carácter personal para asimilar, comprender o entender y posteriormente narrar lo que percibió, de manera que siempre existirá un nivel de subjetividad, deducción, apreciaciones u opiniones, tanto en el discurso narrativo por medio del cual se reconstruyan o reproduzcan los hechos percibidos, como en la forma como son retenidos los hechos en la mente del testigo luego de haberlos percibidos a través de su actividad sensorial.

En este sentido tenemos que no siempre la ocurrencia de los hechos son retenidos por el testigo que los ha percibido, de forma idéntica a como han ocurrido, pues en la forma del entendimiento, captación, apreciación y fijación del hecho en la mente del testigo como ser humano, siempre se adicionan o suprimen detalles relacionados con la ocurrencia de los hechos, en otras palabras, el hecho ocurrido siempre –así sea en su mínima expresión- es retenido por el testigo de una manera diferente a como ocurrió, pues la mente humana tiende a calificar el hecho, a interpretarlo, analizarlo y porque no, a justificarlo o repudiarlo, circunstancias éstas subjetivas que no pueden separarse y que producen en la mente del testigo el almacenamiento de los hechos en función a lo que se cree haber percibido, lo cual lógicamente influye en su futura y eventual reconstrucción o reproducción, ya que al momento del discurso narrativo en el proceso, al buscarse en el recuerdo mental los hechos ocurridos, también se producen cambios que pueden alterar, bien en forma significativa o no, la forma como originalmente ocurrieron los hechos, como se percibieron, como se captaron, apreciaron, justificaron, repudiaron o simplemente como se interpretaron, de ahí que sostengamos que esta prueba judicial es la más imprecisa y desconfiable, pues los sentidos del ser humano engañan y la mente no siempre capta los hechos como realmente ocurrieron, problemas éstos que marcan la eficacia de la prueba y que deben ser apreciados por el juez al momento de valorar la actividad probatoria.

Esto último que decimos es fundamental para entender que una cosa son los hechos percibidos por los sentidos y otra es la forma como se interpretan y almacenan en la memoria humana, circunstancia esta vital para tener una mayor fidelidad y concordancia entre el hecho ocurrido, como ha sido percibido y posteriormente como se reconstruye mediante la actividad narrativa discursiva, pero igualmente esto influye en la fiabilidad de la prueba, pues insistimos, no siempre lo narrado es idéntico o parecido a lo ocurrido, y lo ocurrido no siempre es idéntico o parecido a lo percibido e interpretado en la mente humana.

Todo lo anterior nos lleva a precisar que el relato del testigo, siempre estará acompañado en forma de amalgama de apreciaciones subjetivas, calificaciones, interpretaciones, deducciones, mas aún, el dicho del testigo mediante el cual se reconstruyen o reproducen hechos pasados, siempre es el producto de calificaciones, interpretaciones y deducciones subjetivas y personales del testigo, no solo en cuanto a la forma como ocurrieron los hechos, sino como fueron percibidos y posteriormente narrados en el proceso judicial, pues es imposible que el ser humano solo perciba los hechos como si fuera una máquina de captación de imágenes, sonidos o de cualquier otro elemento, por el contrario, luego de ocurrido el hecho, el mismo es percibido por el ser humano, asimilado, interpretado, calificado y almacenado en su memoria, y cuando tiene que reproducirse o reconstruirse mediante el discurso narrativo judicial, ya no se trata del hecho originalmente ocurrido sino del hecho fijado en la memoria del sujeto que es el producto de mezclar subjetivismo, interpretación, calificación, deducciones, entre otras circunstancias, elementos éstos que también están presentes en dicho discurso.

Pero volviendo a la tesis original planteada encontramos que el objeto de la prueba testimonial son los hechos, pero no cualquier clase de hechos, se trata de hechos pasados -antes del proceso judicial- de ahí su carácter histórico, no importando que el hecho pueda todavía existir al momento de producirse el discurso narrativo judicial –declaración del testigo- incluso puede recaer el testimonio sobre hechos presentes o contemporáneos con el proceso judicial, pero siempre anteriores a la declaración. Estos hechos pueden ser de cualquier naturaleza, tales como conductas humanas, hechos de la naturaleza, cosas, lugares, objetos, personas, animales, aspectos físicos, estados anímicos o aspectos psicológicos externos, pero insistimos ¿el testimonio puede recaer sobre juicios de hecho, de derecho, deducciones, opiniones, apreciaciones que haga el testigo?.

Según lo que venimos exponiendo, resulta imposible desligar los hechos percibidos y reproducidos o reconstruidos por el testigo mediante su narración discursiva judicial, de cuestiones subjetivas de hecho, tales como opiniones, juicios de hecho, de derecho, deducciones, apreciaciones, pues resulta natural en el pensamiento y razonamiento humano, tal como sucede en los casos que el testigo narra que estuvo presente cuando se suscribió el contrato de venta o arrendamiento –calificación

jurídica- o que el ciudadano tal es arrendador o arrendatario, vendedor o comprador, poseedor – calificaciones jurídicas-; cuando el testigo narra que la persona salió corriendo cuando oyó unos disparos por estaba asustada –deducción o juicios de hecho-; igualmente en el caso que el testigo declare que la persona que la escopeta le quedaba un tiro, ya que se había hecho un disparo y la escopeta era de dos tiros –deducción-; o que una persona se puso nervioso cuando vio a otra o a una cosa –apreciación-; también cuando el testigo narra que cierta persona por los síntomas que tiene padece de cierta enfermedad –apreciación-. En todos estos casos la narración de los hechos está acompañada de opiniones del testigo, que si bien son naturales en teoría no deben invalidar el dicho del testigo, siempre que esa subjetividad, deducción, juicio de valor, calificación u opinión o sean de tal entidad que pongan en tela de juicio la imparcialidad y objetividad en la persona del testigo y su narración sobre los hechos, lo que tendrá que ser calificado por el juez en la sentencia, pudiendo hacer caso omiso de las opiniones personales para valorar la prueba, pues el objeto de la prueba son los hechos narrados y discutidos en el proceso, no las opiniones, deducciones, juicios de valor, calificaciones, entre otros.

SILVA MELERO al tratar el tema nos dice que la figura del testigo va unida a la idea de desinterés u objetividad y en relación al testimonio, por lo que se refiere al concepto mismo, se ha aludido en la doctrina a percepción y conclusión, donde un testigo ha de deponer sobre hechos relevantes por razón precisamente de sus percepciones sensoriales, debiendo informar en general sobre los hechos objeto de su percepción, pues las conclusiones debe obtenerlas el juez, lo que propio del Derecho alemán, a diferencia del francés –indica- donde el testigo no solamente se limita a exponer hechos, sino que exterioriza sus opiniones, lo que no es permitido en el proceso angloamericano donde el testigo está interdictado de expresar sus opiniones o conclusiones que no se deduzcan de los observado. Indica el maestro español que [...] *Hay, sin embargo, excepciones a esta regla, cuando se trata de exteriorizar criterios que caen dentro del ámbito de la experiencia y observación general, permitiéndose en este supuesto a los testigos establecer conclusiones, por ejemplo, si una persona está embriagada, si lo era varonil o infantil, etcétera.*” Termina expresado que [...] *Y sobre todo, es preciso constatar el aspecto de que la declaración del testigo lo es de conocimiento a título de verdad, teniendo en cuenta que el testigo no es siempre una narrador de hechos, sino de experiencias.*¹⁷³

BACRE también hace referencia que la declaración testimonial no solo se limita a los hechos percibidos directamente por el testigo, sino también las deducciones de éstos, sus juicios sobre los mismos incluyendo las calificaciones jurídicas; que la declaración puede contener juicios lógicos o deducciones del testigo, pues el objeto de la prueba es inseparable del juicio que de ese hecho pueda formarse el testigo, que en definitiva –indica- es lo que trasmite al juez, como cuando manifiesta que un sujeto tenía carga el arma, no por haberlo visto, sino por disparar sin cargada, juicios lógicos que pueden

¹⁷³ Valentín SILVA MELERO. Ob. cit. T. I. pp. 211 y ss.

fundamentarse en conocimientos comunes o técnicos. Expresa que en el primero de los casos sus observaciones sólo servirán para valorar el testimonio, al permitir al juez apreciar el mérito de las deducciones, de ahí –manifiesta- que los juicios técnicos no tengan ninguna eficacia cuando se funden en conocimiento comunes; pero en cuanto al testigo técnico que por razón de su profesión tiene conocimientos especiales en la materia, sus observaciones constituirán elementos de juicio de singular importancia y sus deducciones técnicas deberán ser tenidas en cuenta para la apreciación de los hechos.¹⁷⁴

PARRA QUIJANO al referirse al objeto del testimonio expresa que tomando en consideración que en la apreciación de la prueba debe tenerse en consideración la “razón del dicho o de la ciencia” las circunstancias de lugar, tiempo y modo como sucedieron los hechos y como los percibió el testigo o tuvo conocimiento de ellos, no se encuentran prohibidas las apreciaciones que pueda hacer el testigo siempre y cuando sean necesarias para precisar dicha razón de la ciencia de su dicho, permitiéndose preguntas que provoquen conceptos del deponente cuando sean indispensables para precisar o aclarar sus percepciones, siendo igualmente válido que la narración de los hechos sea completada con apreciaciones y opiniones o que el hecho mismo pueda compendiarse en una apreciación, de manera que observamos una evidente tolerancia a los juicios de valor u opiniones vertidas por el testigo.¹⁷⁵

Por su parte el maestro DEVIS ECHANDÍA siguiendo a CARNELUTTI y al tratar el tema manifiesta, que tanto los hechos percibidos como los deducidos de éstos, sus juicios u opiniones sobre los mismos, incluyendo su calificación jurídica y los realizados por el declarante, pueden ser objeto del testimonio de terceros; que respecto a los “**juicios de valor**” deben distinguirse de los “**juicios de hecho**” pues los primero implican un concepto subjetivo de aprobación o desaprobación, ajenos a la simple narración del hecho, que no es objeto del testimonio, en tanto que los últimos –**juicios de hecho**– son aquellos necesarios para la descripción de lo percibido y para los fines de la adecuada apreciación del acontecimiento pasado, que deben hacerse mediante el lenguaje, donde además se incluyen los juicios o calificaciones de naturaleza jurídica del hecho percibido.¹⁷⁶

Los “**juicios de valor**” son aquellos que realiza el testigo en su narración discursiva judicial, de carácter subjetivo y ajeno a la forma como ocurrió el hecho y como fue percibido mediante la actividad sensorial, totalmente separado de las deducciones y apreciaciones propias del discurso, reproducción o reconstrucción del hecho pasado percibido y consecuentemente prohibido, al tratarse de una calificación aprobatoria o desaprobatoria del hecho, como pudiera suceder en materia laboral cuando el testigo manifiesta que deben pagársele al trabajador las prestaciones sociales reclamadas por haber sido

¹⁷⁴ Aldo BACRE. Ob. cit. T. III. p. 220.

¹⁷⁵ Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. pp. 294 y ss.

¹⁷⁶ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T II. pp. 65 y ss.

injustificadamente despedido; o que el testigo narre que efectivamente el imputado o acusado debe pagar el delito que cometió por ser el culpable; incluso en materia civil, cuando el testigo manifiesta que alguna de las partes tiene o no la razón de lo reclamado, casos éstos donde no estamos en presencia de juicios de hecho o calificaciones deducidas, interpretadas o apreciadas por el testigo al momento de percibir el hecho y de reconstruirlo o reproducirlo judicialmente mediante su narración, que puedan considerarse como inseparables y que eventualmente, según el análisis que se haga del juicio de valor, pudieran hasta conducir al desecho de la prueba por interés manifiesto del testigo, falta de objetividad y parcialidad.

Por el contrario los **“juicios de hecho”** entendidos como aquellas deducciones, apreciaciones, calificaciones –incluso jurídicas- que realiza el testigo, juicios que se forman al momento de percibir y almacenar en la mente los hechos y que son expresados en el discurso judicial que las hacen inseparables, son permitidos y son objeto del testimonio, tal como sucede en los casos que el testigo declara que tal sujeto es poseedor, que es inquilino, vendedor, que se suscribió un contrato de venta o comodato, que en un día lluvioso hacía mucho frío y el sujeto tenía frío, que tal persona es inteligente, educado, grosero, violento, que en al momento de la ocurrencia de los hechos se percibía un ambiente pesado o cargado, deducciones o juicios de hecho y calificaciones jurídicas que son naturales, propias de la percepción sensorial del testigo y que no invalidan su dicho.

Pero ¿qué sucede cuando el testigo emite juicios de valor?

En estos casos creemos que no se invalida o pierde eficacia toda la prueba testimonial, sino aquellas respuestas que contengan aquellos juicios impropios y ajenos a la percepción y narración de los hechos, quedando intacto y siendo apreciable las demás respuestas que pudieran contener o no juicios de hecho permisibles, siempre que los juicios de valor no sean de tal entidad que conduzcan al judicante a desechar al testigo por su evidente interés o parcialidad, pues recordemos que la premisa que mueve esta prueba se centra en un tercero caracterizado por la “extraneidad”, con desinterés en el pleito donde rinde su declaración. En todo caso la calificación de juicios de hecho o de valor corresponde al judicante y para ello deberá echar mano de la sana crítica, de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia, lo que eventualmente y en caso de falencia, pudiera ser revisado en sede recursiva como error fáctica capaz de demoler la sentencia cuando se trata de una infracción determinante que de no haber ocurrido las resultas del proceso hubieran sido otras.

3. CLASIFICACIÓN DEL TESTIMONIO Y DE LOS TESTIGOS.

3.1. Testimonio de parte y testimonio de terceros.

Como expusieramos anteriormente de manera general y no específica, el testimonio puede ser tanto de partes como de terceros, pues si bien en específico la prueba por testimonio se refiere a la declaración que hace un tercero ajeno –extraneidad- al proceso e imparcial, sobre hechos pasados que pueden existir en el presente –cuando se depone- que fueron percibidos por el testigo a través de su actividad sensorial, puede suceder que en el proceso las partes sean las que rinden declaraciones que no le sean desfavorables o favorables a su contendor judicial, vale decir, realizan declaraciones *pro se* o en su beneficio, que al no poder constituir confesiones son consideradas declaraciones o testimonios de parte que pueden ser apreciados libremente por el operador de justicia, de allí que en forma general podamos hablar de testimonio de partes y de terceros.

Importa destacar en este punto el caso de los “**litisconsorcios**” como testigos a cuyo efecto indica ALSINA que el litisconsorte puede ser propuesto como testigo, porque aún cuando hay una sola relación procesal, cada actor o demandado actúa como parte independiente y es extraño a la litis de sus consortes, siempre que no se trate de un hecho común sino propio de quien lo propone. Indica que un codemandado puede ofrecer como testigos a los otros codemandados, aunque el actor haya solicitado que los mismos fueran citados a absolver posiciones juradas; que en caso de “**cesión del derecho litigioso**” si la cesión se hizo antes del proceso, el cedente no es parte y puede ser llamado como testigo; si se hizo durante el proceso y la cesión fue admitida, al no ser parte el cedente puede ser llamado como testigo.¹⁷⁷

KIELMANOVICH al referirse al testimonio del litisconsorte expresa que cuando se trate de hechos propios de otro litisconsorte que lo propone y a condición de que se encuentre asegurada la imparcialidad, valen sus declaraciones como testigo, esto es, cuando [...] *se tratase de ofrecerlo como testigo de un hecho del proponente*”, lo que deberá ser fundado al momento de la promoción par evitar su inadmisión por la inexistencia de la extraneidad. Indica que si bien los litisconsortes se ubican en la misma posición de partes –bien como demandantes o demandados- aunque actúan en forma autónoma la declaración de uno y otro como testigos respecto a hechos comunes, denota una mancomunidad de intereses que excluirá la extraneidad que quiere verse en los litisconsortes, de manera –expresa- con relación a los precitados hechos comunes a los litisconsortes [...] *actúan si formas en una única parte (actora o demandada) enfrentada con un único adversario (actor o demandado); hay una relación bilateral entre parte actora y parte demandado, y no una tercera relación que entrelace a las distintas personas ubicadas en la misma posición de parte.*”¹⁷⁸

Como vemos el tema es complejo, especialmente cuando los litisconsortes en el proceso, sean en su condición de activa o pasiva, necesarios o facultativos, son elevados a la condición de parte y al declarar

¹⁷⁷ Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. p. 539. En iguales términos Lino Enrique PALACIO. Ob. cit. T. IV. p. 563

¹⁷⁸ Jorge L. KIELMANOVICH. Ob. cit. pp. 136 y ss.

en el proceso lo deben hacer en tal condición. La doctrina comentada hace la distinción respecto al tipo de hecho sobre el cual depondrá el litisconsorte, que de ser común entre el proponente y quien debe declarar, no estaremos en presencia de un tercero –extraneidad- y la declaración no podrá recibirse como testimonial, aunque decimos que sí como declaración de parte; pero cuando el hecho es propio del proponente y del conocimiento del litisconsorte, resultará viable la prueba de testigos. En todo caso nos importa destacar que sin perjuicio de consentir o no el criterio de la doctrina citada y como indicamos, la declaración de parte siempre podrá realizar en el proceso, no necesariamente con fines confesorios, lo que nos ubica ante una verdadera declaración indiferentemente que se le califique de parte o tercero, siendo lo importante que se permita la declaración por cualquier vía, incluso mediante prueba libre de ser el caso, especialmente cuando estamos en presencia de un derecho constitucionalizado. En este sentido estaremos en presencia de una declaración testimonial de la parte –declaración favorable, aclaratoria, indiferente, explicativa, narrativa- cuando no produce fines confesorios, aunque no se trate de un testigo.

3.2. Testimonio oral, escrito o gestual.

Las declaraciones que realicen los terceros –incluso las partes como señaláramos en el punto anterior- dependiendo del medio utilizado para rendirlas, que contenga las declaraciones rendidas, puede hablarse de testimonio oral, cuando se refiere a declaraciones orales o verbales –típico caso de la prueba testimonial judicial o procesal- o escrito, como sucede en los casos previstos en el artículo 495 del Código de Procedimiento Civil, donde las personas exceptuadas o excepcionadas de comparecer al tribunal a declarar, pueden rendir su declaración en forma escrita, mediante oficio o escrito que se les dirige, para que igualmente respondan por escrito; por último, el testimonio puede ser gestual, cuando es realizado por medio de gestos, señales o mímicas por conducto de las cuales se exprese o haga expresar el testigo. Respecto a este tipo de testimonio expresa el profesor CABRERA IBARRA que no se prevé en Venezuela, pues indica que en los términos del 186 del Código de Procedimiento Civil, el interrogatorio de sordos, mudos y sordomudos se rendirá en forma escrita;¹⁷⁹ no obstante y con en base a la aplicación de criterios garantistas, nos parece que el si el testigo no puede comunicarse de otras forma que no sea la gestual o a través del lenguaje se señas –como el caso de los sordomudos- perfectamente el lenguaje gestual resulta aplicable, concretamente el lenguaje icónico o signado.

3.3. Testimonio y testigo original o de oídas –referencial o de referencia-

¹⁷⁹ Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA. Ob. cit. p. 590.

Tomando en consideración que los hechos sobre los cuales deponga el testigo hayan sido percibidos directamente por éste a través de su actividad sensorial –sentidos- por haberlos realizado o presenciado o que solo haya tenido conocimiento de los mismos por haberlos oído cuando fueron narrados por otros sujetos, pudiéramos hablar de testimonio original o de oídas, auriculares –*auditu alieno*- también llamado de referencia o referencial. El primero de ellos también conocido como “testigo directo” es aquel que se encuentra físicamente en el lugar donde ocurren los hechos que quieren llevarse al proceso para la acreditación de determinados hechos enunciados y debatidos, quien puede adoptar diferentes modalidades según el momento en que presencie los hechos, lo que toma fundamental importancia en el sistema de procedimiento penal como nos los explica AZULA CAMACHO, por relacionarse con el *iter criminis*, para lo cual tenemos: a. *In facto*, que se refiere a la presencia de los hechos consumativos del ilícito penal, por ejemplo en los casos que el testigo se encuentra presente en el lugar donde se comete el delito o hecho delictivo; b. *Ante factum*, que se refiere al caso cuando la información la obtiene en relación con los hechos preparatorios del ilícito penal, por ejemplo cuando asiste a la compra de las armas que se cometerá el delito; y c. *Post factum*, que se refiere al caso cuando los hechos de los que tiene conocimiento el testigo corresponden a los posteriores a la consumación de ilícito penal, por ejemplo cuando ve salir a la persona del lugar donde se cometió el delito.¹⁸⁰

El testigo de oídas o referencial no es un testigo que ha percibido directamente los hechos sino que los mismos han llegado a su conocimiento por haberlos oído de otro sujeto, circunstancia esta importante al momento de analizar el valor probatorio de la declaración, pues no puede considerarse de igual categoría probatoria aquel sujeto que declara sobre lo que directamente ha percibido, que fue testigo presencial de los hechos que se controverten y sobre los cuales recae la deposición, que aquel que no estuvo presente o percibió directamente los hechos que narra, sino que simplemente los ha percibido por haberlos oído de otro que a su vez, pudo haberlos percibido directamente o haberlos oído igualmente, de manera que éste testimonio de oídas no resulta del todo fiable, pues en las oídas –incluso cuando son repetidas, testigos que no presenciaron el hecho sino que lo oyeron y fueron pasando así el conocimiento de los hechos por su narración a otros sujeto y así sucesivamente- por lo general la ocurrencia real de los hechos narradas y pasados de oídas a oídas, son cambiados o tergiversados al adicionárseles o suprimírsele determinadas características de hecho; en otras palabras, la memoria de las personas no es igual y cuando se trata de testimonios de oídas puede suceder que el primero que oyó la narración no haya captado bien la misma, sujeto éste que a su vez narra a otro los hechos de manera diferente a la versión original y así sucesivamente, lo que produce al final en el posible cambio en la versión original

¹⁸⁰ Jaime AZULA CAMACHO. Ob. cit. p. 88.

que trastoca la esencia del testimonio y sobre todo de la ocurrencia original de los hechos que hace imprecisa la declaración.

No sin razón la doctrina y jurisprudencia se vea celosa al admitir el testimonio y el testigo de oídas, pues como puede observarse no crea certeza y seguridad en la forma como realmente ocurrieron los hechos, por tratarse de una percepción indirecta o impropia de los hechos, lo cual constituye un elemento que debe ser analizado por el operador de justicia al constituir requisitos de apreciación de la prueba judicial, donde evidentemente se trastoca y vulnera el principio de originalidad que hemos estudiado en otro momento.

PARRA QUIJANO al referirse al testimonio de oídas expresa que mediante éste, el juez no logra la representación de los hechos valiéndose directamente del testigo que los presenció, sino de otros que lo oyeron a aquel referirlos, señalando que se trata como un espejo, que cuando se valora al testigo referencial realmente se le da valor a la declaración original a través del espejo que refleja a otro que sí percibió los hechos, tratándose de la prueba de otra prueba, testimonio que puede dividirse en grados según se trata de la primera oída o referencia y así sucesivamente, siendo de primer grado, cuando el testigo oyó los hechos de quien directamente los percibió y de grado sucesivo, cuando se trate de oídas de oídas. Al referirse a la eficacia probatoria considera que no es un medio suficiente para persuadir el convencimiento judicial, siendo viable en la medida que sea imposible o difícil la prueba a través del testimonio original, de la declaración de aquella persona que efectivamente percibió los hechos en forma directa, de manera que ante la ausencia de éstos testigos, resulta viable la declaración referencial, pero no puede hablarse de sustitución. Que el testigo de oídas o referencial podrá tener eficacia probatoria en los siguientes casos:

- a. Cuando sea imposible la declaración del testigo que se manera directa percibió los hechos, no tratándose de una sustitución del testigo, pues ante la posibilidad de la declaración del testigo original, el testigo referencial pierde eficacia probatoria.
- b. El testimonio de oídas debe estar respaldado por otros medios probatorios que cursen en autos, vale decir, que la simple declaración referencial sin apoyo en otro medio probatorio, no puede ser apreciado judicialmente, de esta manera no pueden considerarse como única prueba de los hechos controvertidos.

JAUCHEN al tratar el tema nos dice que el testigo debe haber percibido en forma directa los hechos sobre los cuales declara, careciendo de todo valor el relato de n narrador indirecto, un testigo de “oídas” o de segundo grado, cuyo peso probatorio se desvanece debido a lo indirecto de la percepción. Indica que en cuanto a tales hechos, el de oídas no es propiamente una prueba, es solo una prueba de la

prueba de los hechos, una prueba que puede tener gran valor de una prueba que es siempre débil, como desprovista de garantías judiciales.¹⁸¹

NIEVA FENOLL expresa que el testigo referencial o de referencia es aquel que no ha presenciado los hechos, sino que simplemente se los han contado, indicando que [...] *Por ello, por muy creíble que el propio testigo desee ser, la realidad de los que declare dependerá de que sea cierto lo que le han contado, extremo que el testigo de referencia desconoce. Por lo tanto la declaración hay que valorarla como si se tratara de un simple registro de lo dicho por otra persona. Es decir, como una especie de grabación, aunque teniendo en cuenta que el testigo de referencia también posee fallas de memoria, que por su puesto se acrecientan con el paso del tiempo.*” A juicio del profesor español se trata de una prueba altamente insegura, por lo que su papel –indica- difícilmente podrá tener una potencialidad por encima de la simple corroboradota y en caso de ser única prueba, lo aconsejable es la aplicación de la presunción de inocencia como derecho constitucional que conduce a la sentencia absolutoria. No obstante agrega que para la evaluación del testigo referencial es recomendable seguir una serie de puntos que desactivan, en la medida de lo posible, los inconvenientes, aún advirtiendo que el testimonio en cuestión es altamente inseguro, por lo que su papel –insiste- difícilmente podrá tener una potencialidad por encima de la simplemente corroborada; que los puntos en cuestión pueden resumirse:

- a. Pluralidad de testigos referenciales.
- b. Coherencia de la declaración de cada testigo de referencia.
- c. Coincidencia en lo afirmado por los diversos testigos.
- d. Contextualización de las circunstancias en las que el testigo de referencia tuvo acceso al relato.
- e. Verosimilitud del relato.
- f. Como correlato de lo anterior, existencia de motivos que expliquen razonablemente el silencio o ausencia del testigo directo.
- g. Origen diverso de los testigos de referencia.¹⁸²

El testimonio de oídas será viable y apreciable en la medida que exista imposibilidad de producirse en el proceso la declaración del testigo presencial u original, mas puede suceder, que en el proceso se produzcan ambas declaraciones, existiendo contradicción entre el testigo presencial y el referencial, en cuando a la forma como sucedieron los hechos, caso en el cual es lógico que la declaración que debe prevalecer y a la cual deba dársele mayor credibilidad, sea la del testigo presencial, pues a éste no le contaron los hechos, sino que estuvo presente en el momento cuando ocurrieron, además que en la narración que éste haya hecho al testigo referencial, puede haber obviado algunos detalles o simplemente éste –el referencial- no haya retenido o captado correctamente los hechos narrados por el testigo

¹⁸¹ Eduardo M. JAUCHEN. Ob. cit. p. 288.

¹⁸² Jordi NIEVA FENOLL. Fundamentos de Derecho Procesal Penal. pp. 247 y ss.

presencial, pero en todo caso el testigo presencial siempre se privilegia ante el referencial y la eficacia probatoria de éste último depende de la inexistencia del primero.

No obstante a lo señalado, puede suceder que el testigo presencial que entre en contradicción con el referencial, al momento de rendir su declaración cambie total o parcialmente la forma como percibió y ocurrieron los hechos, vale decir, que por determinados motivos modifique en todo o parte, tanto la forma como ocurrieron los hechos como la descripción, narración o versión que suministró mediante su dicho a otro –testigo referencial- caso en el cual deben analizarse las actas del proceso y las demás pruebas que puedan cursar en el mismo, elementos éstos de donde podrá inferir el operador de justicia ante la contradicción existente, si quien miente o ha cambiado la versión de los hechos o su narración a sido el testigo presencial o el testigo de oídas, donde pudiera apreciar la verdad en la declaración del testigo de oídas y desechar al testigo referencial, por haber realizado una declaración falsa, mendaz o tergiversada de los hechos, de donde observamos que si bien el testigo presencial es preferido ante el testigo referencial, éste último puede ser apreciado antes que el primero, según los casos especiales que se presenten, lo cual quedará a la apreciación del operador de justicia.

3.4. Testimonio y testigos procesales ordinarios y de los actuarios.

Se refieren los primeros a aquellos testigos que declaran en el proceso con fines probatorios, para demostrar hechos debatidos o controvertidos que han percibido por medio de sus sentidos, concretamente, producir con su deposición una fuente probatoria que permita verificar los hechos enunciados como fundamentos de las pretensiones o excepciones y que tengan carácter de controvertidos, mediante un sistema de comparación con las fuentes producidas por los medios, que permitan al judicante la convicción judicial traducido en certeza; por su parte los “actuarios de carácter procesal” son aquellos sujetos que sirven en determinados actos procesales para dejar constancia de su realización o de cualquier otro aspecto del mismo, como pudiera ser la fidelidad del contenido del acto o identidad entre lo ocurrido y lo documentado o vertido en el acta levantada al efecto, incluso para dejar constancia que algún sujeto que intervino en el acto o estuvo presente se negó a firmar el acta levantada al efecto, los cuales no tienen fines probatorios mas que servir para demostrar la ocurrencia de la actividad procesal, no así para la acreditación o verificación de los hechos enunciados y controvertidos en el proceso, siendo esencialmente personas presenciales del acto que realiza el órganos jurisdiccional, tal como ocurre con los inventarios a que se refiere el artículo 922 del Código de Procedimiento Civil que indica [...] *El inventario se formará describiendo con exactitud los bienes, y firmarán el acta el Juez, el Secretario y dos*

testigos. Los interesados firmarán también el inventario, y si no supieren o no pudieren hacerlo, se expresará esta circunstancia.”

Destacamos que en relación a los testigos que actúan en los “justificativos de testigos” y “títulos supletorios”, se trata de testimonios y testigos que actúan en sede de procedimientos no contenciosos – mal denominados de jurisdicción voluntaria- que deben considerarse como judiciales al narrar en su discurso que les constan determinadas circunstancias de hecho que se requieren para materializar la diligencia procesal y para que el operador de justicia pueda conceder el título supletorio de propiedad o el justificativo de testigos, dejando siempre a salvo el derecho de terceros. En este sentido es frecuente que en esta materia los testigos que acudan a deponer se limitan a contestar que “sí les consta” o que “sí conocen al sujeto”, sin dar mayor explicación de cómo, dónde y cuándo ocurrieron los hechos que les consta o conocen y dónde, cómo y cuándo percibieron los hechos sobre los cuales depone, lo cual al no referirse y cumplir con el requisito de la “*razón del dicho o del conocimiento*”, les resta eficacia probatoria lo que debe conducir a la negación de la diligencia procesal, bien sea justificativo de testigo o títulos supletorios, pues debe exigirse en la actuación procesal que el testigo dé una respuesta que pueda influenciar en el ánimo del operador de justicia, sobre todo una respuesta que pueda hacer inferir al juzgador que el testigo está declarando conocimiento cierto de lo que se le pregunta, que conoce de los hechos que se le pregunta, que conoce a las personas de que se trate, pues una respuesta que no contenga la “*razón del dicho o del conocimiento*” no puede ser apreciada.

De esta manera nos mostramos contrarios a la conducta de aquellos jueces que sin exigir la precitada “*razón del dicho o del conocimiento*” se conforman con las simples declaraciones de los testigos en la forma señalada, accediendo a las peticiones y acordando títulos supletorios suficientes de propiedad con reserva de derechos de terceros, así como a declaraciones de únicos y universales herederos, incluso meros justificativos de testigos, actuación ligera que los hace copartícipes de la irregularidad mediante una visión miope de lo infundado que ha sido la declaración de los testigos, ello aunado a la máxima de experiencia que les debe guiar para deducir que es frecuente que esos testigos que acuden a las actuaciones de procedimientos no contenciosos, resultan falsos, comprados o que hacen de su oficio el testimoniar, de manera que debe exigírseles el fundamento de sus dichos sin lo cual no podrá ni deberán ser apreciados.

3.5. Testimonio y testigos actuarios.

Son aquellos de carácter extraprocesal denominado “instrumental” que intervienen en la realización de instrumentos públicos o de determinados actos de la vida jurídica, como por ejemplo los exigidos para contraer matrimonio, para las partidas de nacimiento, testamentos abiertos hecho sin registrar, para los

que se requieran para el otorgamiento de un instrumento poder, instrumentos negociales otorgados en notarías y registros, declaraciones de uniones estables de hecho, conforme a las leyes respectivas tal como lo son la Ley Orgánica de Registro Civil, Ley de Registro Público y Notariado, Código de Comercio, entre otras, cuya función se limita a dar fe del otorgamiento del acto, para dejar constancia de su realización, lo que lógicamente no reviste carácter procesal y mucho menos para demostrar hechos enunciados y debatidos en un proceso.

3.6. Testimonio y testigos mencionados.

También llamado “referido”, “indicado” o “señalado”, son aquellos sujetos que sin ser parte en el proceso judicial, son mencionados en las actas del proceso como personas que conocen o tienen conocimiento de los hechos que se debaten, bien porque simplemente se hayan mencionado en algún escrito, acta o acto procesal, bien porque se hayan promovido como testigos en su oportunidad procesal respectiva y no se hayan evacuado por cualquier circunstancia, no comparecieran a la oportunidad del interrogatorio o se hubiera desistido de la prueba. En estos casos como se analizó en el capítulo de la actividad probatoria oficiosa del juez, el operador de justicia puede traerlos a declarar en el proceso –artículo 401.3 del Código de Procedimiento Civil-. El maestro SENTÍS MELENDO los define como aquellos que [...] *sin haber sido propuesta como testigo en el momento procesal de la proposición de prueba, se llamada por el Juez, de oficio o a requerimiento de parte, por haberse hecho mención de ella en el mismo proceso, por alguna de las partes o por otros testigos, como conocedora, por alguna de las partes o por otros testigos, como conocedora de hechos controvertidos.*¹⁸³

3.6. Testimonio y testigos hábiles, inhábiles e incompatibles.

Esta clasificación atiende a la capacidad del testigo para declarar en el proceso judicial, lo que representa la exigencia de un requisito de validez de la prueba testimonial, tratándose de la capacidad física, moral o intelectual del testigo que será analizada posteriormente. En este sentido y por regla general nuestra legislación regula un conjunto de incapacidades que interdictan la declaración de testigos en el proceso, a través de “inhabilidades” que pueden ser absolutas o relativas, las primeras que afectan en general la recepción del testimonio de una persona en cualquier clase de proceso judicial; en tanto que las relativas se refieren a ciertos motivos que impiden que en un proceso determinado el testigo pueda declarar.

El régimen de inhabilidades es un sistema de exclusión absoluto o relativo, general o parcial del testimonio de determinadas personas y en determinados procesos, por considerarse de antemano la

¹⁸³ Santiago SENTÍS MELENDO. Ob. cit. p. 437.

sospecha del testigo, que se presenta como un sello o marca propia del régimen tarifado y que en el estado actual del sistema constitucional y garantista que rigen en los procesos judiciales, resulta intolerable, en tratándose de otro fósil jurídico, retrógrado y antijurídico, que tarifa y limita de antemano y sin distinción la actividad probatoria, así como la convicción judicial respecto a la ocurrencia o no de los hechos enunciados y que se debaten en el proceso. Como hemos dicho en otro momento, con la entrada en vigencia de la Constitución venezolana y concretamente con la regulación del artículo 257, el constituyente empujó -inconsultamente- el sistema de procedimiento hacia la oralidad, lo que se caracteriza entre otras cosas por la libertad en la promoción de los medios probatorios –que ya se regulaba en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil de 1987- y por la libertad en la valoración de la prueba, en la convicción judicial que llevará a la certeza respecto a los hechos debatidos en el proceso, de manera que no resulta compatible y es irritante aquellos casos donde todavía se presentan restricciones legales en el tema probatorio, cuando además se trata –el tema probatorio- de un derecho constitucionalizado que interdicta al legislador a limitar la precitada actividad –salvo para la protección de otros derechos constitucionales de manera gradual o proporcional, racional y lógica- así como el valor o grado de convicción que el juzgador puede alcanzar al final de la actividad señalada, concretamente, el legislador no puede de antemano tarifar la convicción judicial y respecto al tema de los testigos, no puede crear censura o inhabilidades absolutas o relativas para impedir que en un proceso se tome la declaración de testigos y mucho menos para apreciar y valorar su deposición, tal como es por ejemplo en el sistema de procedimiento civil –artículos 477, 478, 479 y 480 del Código de Procedimiento Civil- que interdicta de manera absoluta a los menores de doce años, los que se hallen sometidos a interdicción por causa de demencia, quienes hagan de su profesión el testificar, los ascendientes, descendientes o cónyuge, sirvientes domésticos, amigo, enemigo, el que tenga interés, entre otros, lo propio que ocurre en el sistema de procedimiento penal conforme al 210 del Código Orgánico Procesal Penal –aunque realmente en esta materia se trata de exenciones y no de interdicciones- y en el sistema de procedimiento laboral conforme al artículo 98 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, todo lo contrario a lo que ocurre en materia de niños, niñas y adolescentes en los términos del *artículo 480 de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes que señala [...] Pueden ser testigos bajo juramento todas las personas mayores de doce años de edad, que no estén sujetas a interdicción o que no hagan profesión de testificar en juicio. Serán hábiles para testificar en los procesos referidos a Instituciones Familiares o a los asuntos contenidos en el Título III de esta Ley, los parientes consanguíneos y afines de las partes, las personas que integren una unión estable de hecho, el amigo íntimo, la amiga íntima, el trabajador doméstico o la trabajadora doméstica. No procede la tacha del testigo, pero se apreciarán sus declaraciones de acuerdo con la libre convicción razonada. Excepcionalmente, cuando el juez o jueza lo estime imprescindible para comprobar un hecho, puede testificar un niño o niña sin juramento. En estos casos será el juez o jueza quien realice las preguntas y repreguntas,*

para lo cual las partes le informarán en la oportunidad procesal, sin la presencia del niño o niña, aquellas que desean formular. Los niños, niñas y adolescentes testificarán en los espacios dispuestos especialmente para su atención en el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, quedando prohibido hacerlo en la sala de audiencias. En todos estos casos, el juez o jueza puede solicitar los servicios auxiliares del equipo multidisciplinario del Tribunal. En búsqueda de la verdad, el juez o jueza puede ordenar declarar como testigo a cualquier persona que se encuentre en la audiencia, especialmente a los padres, las madres, representantes, responsables o parientes de los niños, niñas y adolescentes.”

El sistema de procedimiento oral donde la convicción judicial debe ser libre y no tarifada por el legislador, resulta incompatible con el régimen de inhabilidades legales absolutas o relativas, especialmente y como dijimos, cuando estamos en un sistema constitucional y garantista; pero incluso la regulación citada en materia de niños y adolescentes que da una mayor amplitud al tema de la admisión del testigo, resulta criticable al prever tal libertad, pues en el estado constitucional y garantista del proceso no hace falta regulación alguna del tema de inhabilidades, primeramente por el hecho que cualquier testimonial y cualquier testigo que pueda tener conocimiento de hechos debatidos en el proceso, debe ser admitido y la determinación de causas que lo hagan sospecho o que puedan conducir al judicante a considerar que el testigo es falso o preparado, incluso que hace de su profesión el testificar o que es menor de doce años y carece de discernimiento, es cosa que corresponde a la eficacia del medio probatorio, analizable en la sentencia, a lo que se suma el derecho que tienen las partes de cuestionar vía tacha a la persona de los testigos, así como cuestionar sus dichos. En este sentido afirmamos que en el sistema de procedimiento oral, en el marco del régimen constitucional y garantista y salvo casos muy concretos como la interdicción por caso de demencia por ejemplo, cualquier testigo debe ser admitido, quedando el tema de su sospecha para el momento de la valoración en cabeza del juez, quien tendrá plena libertad en la actividad valorativa según las reglas de la sana crítica.

Pero ¿que hacer por ahora con el régimen de inhabilidades establecido en las leyes vigentes? La respuesta no debe ser otra que la de desaplicar vía control difuso las normas que limitan la admisión de la prueba testimonial o incluso, para llegar al mismo resultado, la reinterpretación constitucional y garantista de las mismas para dar paso tanto a la procedencia de la declaración del testigo, como a su libertad en cuanto a la valoración según las reglas de la sana crítica.

La capacidad debe ser la premisa fundamental y la eventual incapacidad la excepción que debe quedar postergado para su apreciación en la sentencia definitiva, la que no debería ser total en forma apriorística; pero sin perjuicio del fósil jurídico de la “inhabilidad” o “incapacidad” de los testigos, un sistema que resulta viable y compatible con la oralidad, es el de las “incompatibilidades” del testigo respecto a la causa donde declara, especialmente cuando muchas de las causas de “inhabilidad” realmente son de “incompatibilidad” por tratarse de testigos *suspectus* –sospechosos- de manera que siendo

manifiesto o evidente tal circunstancia que permita apreciar el antagonismo con alguna de las partes en la causa, incluso su interés, no debe ser tratado o conectado con la admisión del medio probatorio sino con su eficacia analizada al momento de fallar, vinculándose así con la valoración de la actividad probatoria que no debe impedir la recepción del testimonio, como sucede en materia penal –nos dice JAUCHEN- con el testimonio del juez o de los fiscales del caso, coimputados, defensor del imputado, representantes o patrocinantes de las partes, integrantes de los cuerpos de policía, agente encubierto, provocador, condenados o absueltos, denunciante, partes civiles o querellantes, entre otros.¹⁸⁴

Sobre este tema volveremos al tratar el régimen de inhabilidades de los testigos.

3.8. Testimonio y testigo abonado y ratificado.

Se refiere a aquellos testigos que rinden declaración en actos fuera del proceso judicial o en otro proceso judicial, cuya declaración se lleva a otro proceso judicial donde deba ser ratificado por éste, siendo imposible la realización de la ratificación por muerte del mismo, imposibilidad o ausencia, caso en el cual se permite la declaración de otras personas que lo hayan conocido, que abonen mediante su deposición, el conocimiento que tenían de su buena fe y fama de honrado y veraz. De esta manera el testimonio abonado se refiere a la declaración de aquellas personas que conocieron o conocen a aquel testigo que declaró sobre hechos que se controvierten en un proceso judicial determinado, pero antes del proceso o en otro proceso, siendo imposible la declaración de éste último en el proceso donde se aduce su declaración, por muerte, imposibilidad física o mental, incluso por ausencia, por lo que quienes lo conocieron, pueden declarar en el proceso abonando de esta manera la deposición sobre el conocimiento que tienen o tenían de la persona del testigo que no pudo acudir a ratificar, su honradez y veracidad. El testigo de abono no declara sobre los hechos controvertidos, sino sobre el conocimiento que tiene de la honradez, veracidad, capacidad, sinceridad del testigo que no pudo ratificar su declaración, abonándose así su testimonio.

Pero también la declaración puede hacerse antes del proceso, en justificativos para preconstituir fuentes probatorias sin presencia del contendor judicial, declaraciones o justificativos de perpetua memoria que también pueden ser tomadas por notarios, conforme a lo previsto en el artículo 74.3 de la Ley de Registro Público y del Notariado, caso en los cuales en el proceso judicial a donde se aporten para demostrar hechos controvertidos, se hace indispensable que se produzca su ratificación, mediante la comparecencia de los testigos para que sean preguntados por el contendor judicial incluso por el operador

¹⁸⁴ Eduardo M. JAUCHEN. Ob. cit. pp. 313 y ss.

de justicia, sin lo cual no serán apreciados, por vulnerarse los principios de control y contradicción de la prueba, hablándose así de testimonios y testigos ratificados.

Lo propio ocurre en el sistema de procedimiento penal, cuando se toma la declaración de testigos en **fase de investigación o preparatoria** y que pretenden ser utilizados por el acusador como medio probatorio, a cuyo efecto en la acusación respectiva deberá promover al testigo que declaró en la investigación, no solo para que la prueba se forme en audiencia, sino para garantizar la bilateralidad o contradicción, pues el testimonio realizado en la fase preparatoria es meramente un acto de investigación, lo que descarta de antemano que puede ser producido en la audiencia como prueba instrumental al estar la declaración vertida en un acta policial o del Ministerio Público, a través de su lectura para dar paso al contradictorio, fórmula ésta errada y fraudulenta que es de frecuente uso por los fiscales del Ministerio Público y que peor aún, es avalado por los jueces. El medio probatorio testimonial vertido en un acta es un acto de investigación, que por el hecho de su documentación no muta al carácter instrumental, requiriendo de “juridización” para que se forma en bilateralidad en la audiencia oral, salvo que se haya anticipado el medio, de manera que si el testigo no rinde declaración en la audiencia, no podrá considerarse como fuente probatoria esa preconstitución del acto testimonial, debiendo en consecuencia desecharse.

En este sentido lo ha interpretado el Tribunal Supremo español citado por MIRANDA ESTRAMPES al tratar el tema bajo el título de “La práctica viciosa de nuestros Tribunales: sus causas principales” cuando se refiere precisamente a la práctica del Ministerio Público que da tratamiento a las declaraciones rendidas en la fase de investigación y vertidas en actas escritas, como si se tratara de una prueba documental o instrumental, que se propone o promueve como tal a los fines de realizar su simple lectura en la audiencia oral, para que se forma al efecto la misma y se cumpla con la inmediación y el contradictorio, lo que evidencia un verdadero fraude a los derechos constitucionales y humanos del imputado, así como una lesión a los principios propios que rigen el sistema de procedimiento oral, especialmente la citada inmediación y bilateralidad, siendo lo correcto que dichos testigos acudan a su proceso y su declaración como prueba testimonial consecuentemente se forme en la propia audiencia oral. En este sentido ha dicho el precitado Tribunal [...] *todo lo expuesto lleva a una interpretación del artículo 801 de la Ley Procesal Penal acorde con la premisa de signo constitucional que han quedado expuestas, no debiendo privarse a las partes, previsoras de la proposición de determinadas pruebas cuya relevancia aparece manifiesta, del derecho a su práctica en el seno del juicio oral, dado que el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, alcanzando aquél su convicción en contacto directo con los medios aportados. El Tribunal sólo podrá considerarse suficientemente instruido a partir de unas actuaciones en las que se hayan respetado los principios de oralidad, inmediación y contradicción y, en*

consecuencia, únicamente cuando la convicción de aquél pueda apoyarse en la prueba oral practicada en juicio.”. Y el Tribunal Europeo de Derecho Humanos en sentencia de 6 de diciembre de 1988, dictada en el caso Barberá, Messegué y Jabardo, con ocasión a la producción de las actas sumariales –entre nosotros los actos de investigación donde puede estar vertida una declaración- como prueba documental señalaría [...] es rechazable la fórmula, no por muy extendida en la práctica menos absolutamente improcedente, de que al articular la prueba documental en los escritos de calificación provisional o de acusación, se proponga la lectura de la totalidad o de buena parte de los folios que integran el sumario de modo genérico o sin especificación alguna. Del propio modo debe proscribirse el hecho de que una vez concluida la práctica correcta de otros medios tipos de prueba, respecto a la documental se manifieste, sin más, que se tenga por reproducida. Uno y otro supuesto son susceptibles de generar indefensión, dado que las demás partes no conocerán con exactitud qué documentos constituyen la verdadera causa que justifique penalmente los hechos materiales imputados.”.

Indica el autor español citado que respecto a la prueba testifical, las diligencias anteriores al juicio oral encaminadas a la averiguación del delito y a la identificación del delincuente, no constituyen pruebas de cargo; sólo se convierten en prueba al practicarse o reproducirse en el juicio oral, y únicamente a lo alegado y probado en él queda vinculado el tribunal penal, de manera que sólo podría hablarse de prueba cuando tal actuación testifical fuera reiterada y reproducida en el juicio oral, que permite la oportuna confrontación; que a modo de conclusión se tiene: a. La necesidad que las pruebas se practiquen en el juicio oral, único momento en que se respetarán en su integridad los principios de inmediación, contradicción, publicidad y oralidad, de manera que el tribunal penal sólo podrá tener como prueba de cargo que pueden destruir la presunción de inocencia y que sirven para la formación de su convicción, aquella practicada en el juicio oral –formada-; b. Las diligencias sumariales o de averiguación, no constituyen actos de prueba sino de investigación, de manera que la convicción judicial no puede apoyarse en los mismos; y c. Los tribunales penales tampoco pueden formar su convicción sobre la base de atestados policiales, de manera que para que puedan ser considerados como prueba de cargo, no deberán producirse como documentales sino que debe proponerse la declaración de los agentes policiales firmantes del atestado para que declaren en audiencia pública y oral, ello en base que el precitado atestado no es un “medio” de prueba sino “objeto” o “tema” de prueba.¹⁸⁵

3.9. Testimonio y testigos plurales y únicos.

Cuando en el proceso declaran varios testigos que percibieron o presenciaron los hechos que han sido enunciados y se controvierten, se habla de pluralidad de testigos, en tanto que si sólo una persona percibió

¹⁸⁵ Manuel MIRANDA ESTRAMPES. Ob. cit. pp. 285 y ss.

o captó los hechos que se debaten, no existiendo otras personas que hayan percibido los hechos, estaremos en presencia del testigo único.

Con ocasión del testigo único o singular el maestro BELLO LOZANO nos dice, que de antiguo se consideró el principio romano conforme al cual *testis unus, testis nullus* -testigo único es testigo nulo- originario de Moisés en el Deuteronomio, que rigió en el Derecho romano en la época de la *extraordinaria cognitio*, introducida por la Constitución de Constantino –L.9 Cod. *de testibus*, 4, 20- adoptado luego por el Derecho canónico -Ley 32, T. 16, de testibus, cap. 28, 3ª- y tomado de éste por las Partidas –Ley 32 y 30, Tit. 16, Part. 3ª, Ley 17, T. 18, Part. 4ª- ha quedado superado, pues con el avance y el estudio de la materia se ha llegado a considerar la viabilidad de apreciación de las declaraciones rendidas por el testigo único con finalidades probatorias, lo que se traduce en la viabilidad de apreciar la declaración única, siempre que el testigo merezca la confianza del operador de justicia, por su vida, profesión, edad, costumbres y demás circunstancias que considere pertinente para evaluar la declaración y la persona del testigo único.¹⁸⁶

De esta manera la existencia de un testigo único en el proceso, no le resta eficacia probatoria respecto a otros medios de prueba, mucho menos debe descartarse, pues son muchos los casos donde precisamente la única prueba que existe para la verificación de los hechos debatidos proviene de un testigo único, incluso sometido a regímenes de incompatibilidad eventuales, como sucede en materia de familia, violencia intrafamiliar, violaciones, entre otros, donde el testigo por antonomasia es la propia víctima. También puede citarse el caso de accidentes de tránsito donde la única versión que existe es la de los conductores.

Resulta interesante lo escrito por el maestro PARRA QUIJANO al tratar el tema del testimonio del ofendido o víctima, quien nos dice que se trata de un caso especial, al suponer que el funcionario tiene que estudiar un síntesis que requiere ponderación y buen juicio, la que nace entre la imparcialidad –testimonio- y parcialidad -víctima- al estar supuestamente en que se sancione a quien acusa. Indica que a la víctima no se le puede vender la idea de que por no existir sino sólo su versión, no resulta posible investigar el hecho, como si ella fuera la culpable de la poca cantidad de prueba; que inclusive muchas veces la cantidad no significa calidad en la prueba recaudada, debiéndose valor la versión para saber si se crea certeza objetiva suficiente para poder condenar al señalado.¹⁸⁷

En definitiva es producto del sistema tasado ya superado la regla de la nulidad del testigo o testimonio único, que en el estado actual del sistema de procedimiento y teniendo la prueba carácter constitucional, sumado al hecho de la libertad valorativa que debe tener el juez de la actividad probatoria,

¹⁸⁶ Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. I. pp. 252 y ss.

¹⁸⁷ Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. pp. 372 y ss.

resulta viable la valoración del testimonio único rendido en el proceso, que permita al judicante la convicción judicial respecto a los hechos que de debaten, lo que y como fimos en algunos casos será la única prueba que pueda apreciar el judicante respecto a determinados hechos, de ahí que como dice GORPHE citado por KIELMANOVICH, mas vale la palabra de un testigo honesto que la de mil testigos falsos, incluso, resulta ilógico que la palabra de un solo hombre honesto valga menos que la de dos hombres falsos o mediocres.¹⁸⁸

3.10. Testimonio y testigos pertinentes e impertinentes, idóneos o inidóneos.

Esta clase de testimonio y testigos se refieren realmente al tema de la prueba judicial, si la misma y en el caso del testimonio tiene por objeto demostrar hechos enunciados y controvertidos en el proceso, que son el fundamento de la pretensión, excepción, acusación o defensa, por ser el presupuesto de la norma que contiene la consecuencia jurídica que le benefician y que solicitan, lo que nos permitirá conocer si estamos en presencia de un medio probatorio pertinente o no, incluso su relevancia al permitir una fuente que ayude a la solución de la causa; pero también el tema se relaciona con la idoneidad del medio, pues como hemos visto en otro momento existen hechos que solo aguantan un andarivel probatorio como es el caso cuando se exige un medio probatorio solemne instrumental que no puede acreditarse por testigos, como el matrimonio, propiedad, hipoteca, capitulaciones matrimoniales.

Como hemos visto y como insistiremos al momento de tratar la mecánica de la prueba testimonial, solo mediante el cumplimiento de la identificación del objeto de la prueba o “apostillamiento” del medio probatorio, con el señalamiento por parte del promovente de los hechos que quiere acreditar mediante la testimonial, será la única forma que las partes puedan conocer la pertinencia, relevancia e idoneidad del medio probatorio, permitiéndole el ejercicio de su derecho de oposición, lo que se traslada al judicante quien solo podrá controlar estos elementos de admisión, de cumplirse con el precitado requisito de promoción.

3.11. Testimonio y testigo técnico.

Es testigo común u ordinario el tercero que simplemente presencia, capta, realiza o percibe los hechos a través de su actividad sensorial, sin tener la necesidad de poseer conocimientos especiales, pues por su

¹⁸⁸ Jorge L. KIELMANOVICH. Ob. cit. p. 140.

condición natural como persona, como ser humano, los percibe, capta y almacena en su mente; pero en ocasiones, los hechos ocurridos en el mundo exterior no son de fácil entendimiento, discernimiento, captación, de ser percibidos y comprendidos, incluso almacenados en la mente, pues se refiere a cuestiones científicas, mecánicas, técnicas o de cualquier otra especie particular, que para ser percibidos por el ser humano requiere de la posesión de conocimientos especiales que escapan al común denominador de **los seres humanos, todo lo que nos ubica en los llamados testigos técnicos o calificados. Pero ¿qué es un testigo técnico o calificado?**

Para el maestro DEVIS ECHANDÍA el testigo técnico es aquel que conoce los hechos en virtud de su auxilio técnico, de sus conocimientos científicos o técnicos especiales, fundamentado su narración en dichos conocimientos, quienes exponen principalmente conceptos personales basados en deducciones sobre lo percibido que son el resultado de sus especiales conocimientos sobre una materia.¹⁸⁹

Por su parte dice el maestro PARRA QUIJANO que el testigo técnico es aquella persona que posee los conocimientos especiales de una ciencia o arte y que al narrar unos hechos se vale de aquellos para explicarlos, agregando que lo de técnico proviene del latín *technicus*, perteneciente o relativo a las explicaciones de las ciencias o artes, el que posee conocimientos especiales sobre una ciencia o arte.¹⁹⁰

El testigo técnico expresa AZULA CAMACHO, es aquel que se encuentra en condiciones de efectuar deducciones o inferencias de los hechos objeto del testimonio cuando ellos están relacionados con cuestiones científicas, técnicas o artísticas en las cuales es experto, por razón de su profesión, oficio o afición.¹⁹¹

KIELMANOVICH lo define como aquel tercero llamado a declarar, que relata los hechos que ha percibido y de los cuales extrae conclusiones técnicas en virtud de sus conocimientos especiales, cuestión que no puede confundirse con las deducciones meramente subjetivas que como tales, constituyen opiniones subjetivas.¹⁹²

En nuestra doctrina nuestro padre el maestro Humberto BELLO-LOZANO MÁRQUEZ al referirse al tema, expresa que los testigos deponen sobre hechos pertinentes a la causa y de los cuales tienen conocimiento derivados de su actividad sensorial, pero que existen casos donde el tercero ajeno al proceso declara sobre hechos que le constan porque los ha obtenido por medio de sus sentidos, siendo

¹⁸⁹ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. p. 72.

¹⁹⁰ Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. p. 280.

¹⁹¹ Jaime AZULA CAMACHO. Ob. cit. p. 89.

¹⁹² Jorge L: KIELMANOVICH. Ob. cit. p. 138.

esta percepción mas profunda derivada de la capacidad técnica que como personas pueden poseer, sin invadir el campo de la experticia, caso donde nos encontramos con el testigo técnico.¹⁹³

El apreciado profesor y amigo CABRERA IBARRA lo define como aquel que [...] *rinde una declaración en relación con el conocimiento científico o técnico especial que tiene en una determinada área del saber. Por tanto es quien declara en un proceso judicial sobre hechos debatidos que conoce porque los ha percibido no sólo por los sentidos, esto es no sólo por haberlos presenciado previamente, sino además por el conocimiento que tiene sobre materias científicas o técnicas que le permiten captar y entender esos hechos que otra persona sin sus conocimientos técnicos o especializados no podría comprender.*¹⁹⁴

Para **nosotros** el testigo técnico también llamado testigo-perito, testigo-experto o calificado, es aquel que en su discurso judicial narrativo, representa o reconstruye los hechos pasados que pueden subsistir en el presente, al momento del testimonio, que se realiza por conducto de la deposición o declaración de ciencia o conocimiento, referidos a hechos debatidos o controvertidos entre las partes, que ha percibido o captado a través de su actividad sensorial, gracias a los conocimientos científicos, técnicos o especiales que tiene de determinada área del conocimiento, sin los cuales hubiera sido imposible deducir o apreciarlos y que son explicados –en su discurso- valiéndose de ese conocimiento especial. Se trata de aquel que declara en el proceso judicial sobre determinados hechos que ha percibido por el conocimiento que tiene sobre materias científicas o técnicas que le permiten apreciar y comprender aquellos hechos que serían de difícil o imposible percepción y entendimiento por parte de aquellas personas carentes de los conocimientos especiales, conocimiento que igualmente le permite explicarlos al momento de reconstruir o reproducir los hechos mediante su discurso narrativo. De la definición ensayada destacan las siguientes características:

- a. El testigo técnico o calificado es un medio de prueba judicial, que pudiéramos considerarlo como una especie dentro del género de la prueba por testigos; se trata de un testigo y no de un experto.
- b. Los hechos sobre los cuales declara y que son debatidos en el proceso judicial, son percibidos por sus sentidos, en virtud y gracias al conocimiento que tiene sobre materias científicas o técnicas que le permiten apreciar y comprender aquellos hechos que sería de difícil o imposible percepción y entendimiento por parte de aquellas personas carentes de los conocimientos especiales.
- c. Los conocimientos especiales, científicos y técnicos que permiten al testigo percibir los hechos y explicarlos en el proceso, es lo que caracteriza y califica al testigo como técnico, indistintamente del lenguaje técnico o científico que utilice.

¹⁹³ Humberto BELLO LOZANO MÁRQUEZ, ob. cit. pp. 210 y 211.

¹⁹⁴ Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA. Ob. cit. p. 595.

Lo anotado nos indica que la calificación o no de testigo técnico, no se encuentra en la declaración como tal, en la utilización de frases o palabras técnicas para describir los hechos, producto del conocimiento especial que tiene, sino que el calificativo de testimonio y testigo técnico, es como consecuencia de haber percibido los hechos gracias a su conocimiento especial, técnico o científico que le permitió captar y comprender los hechos que ocurrieron, hechos que sin la presencia de esos conocimientos no pudieran haber sido captados, entendidos y explicados al momento de reconstruirlos o reproducirlos en la dialéctica procesal.

El testigo técnico expone los hechos, los reconstruye o reproduce a través de su discurso judicial narrativo, mediante sus conceptos personales, basados en las deducciones de lo que percibió y relacionado con el conocimiento especial que posee sobre una materia; el testigo técnico percibe los hechos, los relaciona, comprende, almacena en su mente y posteriormente los explica –declaración judicial- basado en el conocimiento científico o técnico que posee, conocimiento que precisamente le permitió percibir los hechos por conducto de sus sentidos y posteriormente explicarlos científica o técnicamente en el proceso judicial, de manera que el hecho percibido y el conocimiento especial que posee son inseparables, pues gracias a ellos es que pudo captarlos y explicarlos, gracias a los razonamiento y deducciones de hecho científicas o técnicas, que en definitiva sus juicios de hecho técnicos o científicos –especiales- de carácter subjetivo, pero que como veremos no invaden el campo de la experticia o del experto, al no emitirse juicios de valor, sino –insistimos- juicios de hecho personales, científicos o técnicos.

Consecuencia de lo anterior es que el tipo de lenguaje que utilice el testigo en el proceso judicial, no será el elemento calificador de técnico, ya que como lo explican PARRA QUIJANO y DEVIS ECHANDIA, con frecuencia en los procesos judiciales las personas o testigos utilizan frases propias de determinadas áreas del conocimiento, tales como la ingeniería, el derecho, la medicina, odontología, sin realmente poseer los mismos, sin ser expertos o técnicos en la materia; el testigo será calificado de técnico por poseer conocimientos especiales que le sirvieron para captar o percibir los hechos que se controvierten judicialmente y para explicarlos, en otras palabras, es la experiencia o preparación científica o técnica la que da la calificación al testigo.

Es importante no confundir la figura del testigo técnico o calificado, también experto, con el “**experto testigo**” o “**perito testigo**”, quien a diferencia del primero no ha presenciado o percibido los hechos sobre los cuales depone en el proceso, sino que se trata de un experto llevado al proceso para que juzgue en condición de testigo determinados hechos que no ha presenciado, utilizando al efecto su conocimiento especializado para dar su opinión al respecto, no realizando al efecto una experticia sobre los hechos debatidos para emitir su juicio de valor, sino simplemente expone su opinión científica o

especializada sobre determinados hechos. Lo dicho nos permite señalar que se trata de un “testigo” especial y no de un experto.

Pero ¿en nuestro sistema de procedimientos es viable la prueba mediante el testigo calificado o técnico, incluso del perito testigo?

Si observamos nuestra legislación procesal civil, las normativas que en materia probatoria son aplicadas a procedimientos especiales que escapan del ámbito civil, como ocurre en materia administrativa, en materia de tránsito, agraria, marítima, niños y adolescentes entre otras, no se regula como medio de prueba al testigo experto ni al perito testigo, circunstancia esta que se repite en materia laboral, pero si bien no se encuentra regulada, tampoco se encuentra prohibida, lo que en aplicación del sistema de libertad probatoria y conforme a la orientación constitucional y garantista del proceso, siendo la prueba un derecho constitucionalizado, nada impide que se promueva como prueba libre y su valoración de haga vía sana crítica.

Pero ¿cuál es la diferencia entre el testigo técnico o calificado y el perito?

Uno de los puntos que despierta mayor interés en esta materia es precisamente la línea divisoria entre la prueba de testigos y la prueba por expertos, mas específicamente entre el testimonio rendido por un técnico, científico o especialista en una determinada área de conocimiento y el dictamen pericial rendido por los expertos. Al respecto como hemos dicho, el **testigo técnico o calificado** es aquel que ha percibido o captado los hechos, por poseer conocimientos científicos o técnicos sobre una materia determinada, que rinde declaración en el proceso judicial sobre esos hechos percibidos que son controvertidos en el proceso, valiéndose de los conocimientos especiales para reconstruir y reproducir los hechos pasados percibidos, para explicarlos, pudiendo o no utilizar palabras técnicas o científicas, lo que se traduce en que el testigo experto, calificado o técnico, percibe los hechos, los entiende, justifica y almacena en su memoria, gracias a los conocimientos que tiene, que escapan del denominador común de los demás seres humanos carentes de esos conocimientos especiales, e igualmente es gracias a esos conocimientos especiales que puede en el proceso verterlos mediante su declaración, reconstruyéndolos, reproduciéndolos o explicándolos. Tanto en la forma como son percibidos los hechos como en el discurso narrativo que realice en la dialéctica procesal para explicarlos, el testigo experto se fundamenta en la deducciones que hace según sus conocimientos especiales, expresando de esta manera al momento de declarar, verdaderos juicios de hecho que son imposible desligarlos del contexto de la declaración que realice el testigo perito.

De lo dicho lo primero que debemos entender es que el testigo técnico declara sobre hechos pasados que pueden subsistir al momento de rendirse la declaración; en segundo término el testigo técnico no suple al experto o perito, pues se trata de pruebas diferentes, con fines diferentes y donde la

declaración versa sobre hechos pasados percibidos mediante sus sentidos, gracias al conocimiento científico o técnico que posee, donde se reproduce o reconstruye, basándose para su explicación en ese conocimiento especial, realizando deducciones o juicios de hechos, no así juicios de valor; en tercer lugar el testigo técnico solo puede declarar sobre los hechos que ha percibido a través de sus sentidos y valiéndose de sus conocimientos especiales, no pudiendo producir criterios subjetivos, calificaciones o como se señalara, juicios de valor que infecten o pongan en tela de juicio su imparcialidad, desbordándose de lo permitido e invadiendo el campo de la peritación.

En cuanto a los **expertos** estos suplen la deficiencia de conocimiento técnicos, científicos o especiales que carece el operador de justicia, siendo auxiliares de justicia que colaboran con el juzgador, quienes emiten conceptos, criterios o dictámenes personales y subjetivos de los hechos sometidos a sus conocimientos, produciendo verdaderos juicios de valor. La peritación o la prueba por peritos es un medio de prueba judicial de carácter auxiliar, realizadas por terceros ajenos al proceso, calificadas por sus conocimientos científicos, artísticos, técnicos, que suministran al operador de justicia argumentos o razones que la ayudarán a formar su convicción sobre determinados hechos controvertidos, cuya percepción o entendimiento escapan del conocimiento y ciencia del juzgador, prueba que se caracteriza esencialmente por contener una declaración de ciencia del perito o experto de lo que sabe sobre los hechos que han sido objeto de peritación, producto de sus percepciones, deducciones e inducciones, sin pretender –como expresa DEVIS ECHANDÍA- ningún efecto jurídico concreto, mas que suministrar o aportar su conocimiento, su ciencia como profesional especializado, exponiendo sus criterios o juicios de valor –operaciones valorativas- sobre la existencia, características, apreciaciones, causas y efectos de los hechos que caen bajo su examen.

En este sentido el dictamen pericial contiene una opinión que realiza el experto, donde deduce sobre cuestiones de hecho pasadas, presentes o futuras que se someten a su estudio, estableciendo cualidades, causas, valores, mediante juicios de valor y reglas de experiencia proveniente de sus conocimientos especiales –científicos, técnicos, artísticos- lo que hace la diferencia con el testigo técnico, quien solo realiza declaraciones sobre hechos pasados, que pueden existir en el presente, referidos a juicios de hecho y no de valor, en otras palabras, mientras el testigo se limita a narrar los hechos percibidos gracias a sus conocimientos técnicos o científicos, los cuales son utilizados para explicarlos, el experto formula juicios o apreciaciones, deducciones de valor, suministrando al operador de justicia además, reglas de experiencia que exceden de su cultura común –apreciación de los hechos-.

Lo dicho hasta ahora nos permite trazar la línea divisoria entre el testigo técnico o calificado y el perito, en los siguientes términos:

- a. El testigo técnico tiene por finalidad ofrecerle al operador de justicia el conocimiento que tiene sobre los hechos, que ha percibido gracias a su conocimiento científico o técnico, los cuales también son utilizados para explicarlos en el proceso; por su parte la prueba por peritos y el dictamen pericial no tiene por objeto ofrecerle al juzgador el conocimiento que se tiene de los hechos debatidos, sino simplemente el concurso de los conocimientos especiales, científicos, técnicos o artísticos que posee, ofreciendo juicios de valor –operaciones valorativas- sobre la existencia, características, apreciaciones, causas y efectos de los hechos que caen bajo su examen.
- b. El testigo técnico o calificado declara sobre los hechos pasados que pueden subsistir en el momento de declararse –reproducirse o reconstruirse-; en tanto que los expertos pueden dictaminar sobre hechos pasados, presentes y futuros.
- c. El testigo técnico solo puede emitir juicios de hechos sobre lo que percibió, para reproducirlos o reconstruirlos en el proceso judicial; el experto emite juicios de valor sobre las causas, efectos, características de los hechos sometidos a su conocimiento, realizando deducciones, inducciones, apreciaciones totalmente subjetivas basadas del conocimiento especial que posee, aportándoselas al juzgador.
- d. El testigo técnico ha adquirido el conocimiento de los hechos debatidos antes de ser llamado al proceso; en tanto que el perito desconoce los hechos debatidos, conociéndolos solo cuando se hace el encargo judicial.
- e. El testigo técnico no puede ser reemplazado, de manera que no puede otro testigo técnico declarar sobre lo que percibió el testigo calificado original; en tanto que en materia de experticia los expertos resultan fungibles, al ser designados indistintamente que conozcan o no los hechos.
- f. El testigo técnico solo puede referirse a los hechos percibidos como consecuencia de sus conocimientos especiales; en tanto que los peritos pueden realizar su trabajo sobre hechos abstractos y no concretos, en función a hipótesis o suposiciones que puedan ayudar al proceso.

Como observamos es clara la línea divisoria entre la declaración del testigo técnico y el dictamen del experto, de manera que el primero no puede con su dicho, invadir el campo del segundo, debiéndose limitar las declaraciones del testigo técnico a narrar –reproducir o reconstruir- los hechos que ha percibido por el conocimiento especial que tiene, pudiendo valerse de los mismos para explicarlos en el proceso, emitiendo juicios de hecho producto de sus deducciones o apreciaciones, en tanto que el experto no narra los hechos que conoce, por el contrario su función es emitir juicios de valor, basados en sus deducciones, inducciones, apreciaciones subjetivas o personales, sobre los hechos sometidos a su conocimiento para ofrecerle al juzgador el concurso de su ciencia, arte o técnica.

Para ilustrar la diferenciación entre el testimonio técnico y el dictamen pericial, siguiendo los estudios del maestro colombiano Hernando DEVIS ECHANDÍA, encontramos que el arquitecto puede declarar acerca de si una edificación presentaba en una fecha determinada, detalles que implican una amenaza de derrumbamiento o inestabilidad, por haberlos observado gracias a sus conocimientos científicos o técnicos, pero no puede exponer sobre las causas o motivos de los defectos de la construcción, ya que no lo pudo percibir con sus sentidos, lo que se traduce en que se invadiría el campo de la experticia; igualmente, un médico puede declarar que una persona cierto día presentaba determinados síntomas observados por él de determinada enfermedad, mas no puede declarar sobre sus motivos u orígenes, pues no los puede percibir directamente, invadiéndose así el campo de la experticia.¹⁹⁵

Otros ejemplos que podemos citar son reseñados por PARRA QUIJANO refiriéndose a un caso decidido por la Corte Suprema de Justicia colombiana, en que el testigo técnico puede servir como prueba de la demencia en materia distinta a la interdicción, pues el médico o los médicos que trataron a una persona, pueden declarar sobre la enfermedad mental que padecía la misma en un momento determinado, emitiendo juicios de hecho, pero si se trata de un proceso de interdicción por demencia, la prueba de la misma –demencia- indefectiblemente debe hacerse por expertos; igualmente esta prueba resulta de suma importancia en casos de demencia temporal, pues la misma solo podría demostrarse por conducto de los médicos tratantes y no por expertos, ya que al momento de hacerse la prueba el sujeto puede estar cuerdo; también se refiere el precitado maestro a que mediante el testigo técnico puede demostrarse en un proceso de filiación, si la mujer era infértil y desde cuando, siendo que esto último –desde cuando- no puede acreditarse por medio de expertos.¹⁹⁶

De los ejemplos se observa que el testigo técnico solo puede declarar de los hechos percibidos por sus sentidos y gracias a los conocimientos especiales que tiene, mas no sobre aquellos hechos que no pudo percibir y que realmente constituyen criterios propios y subjetivos –juicios de valor-.

Pero ¿qué pasa cuando el testigo técnico invade el campo de la experticia?

Cuando el testigo técnico opina, emite criterios subjetivos o juicios de valor que escapan de su simple percepción, invadiendo el campo de la experticia, su declaración resulta ineficaz, pues no solo ha dejado de ser imparcial, sino que el medio probatorio no es idóneo o conducente para la demostración del hecho controvertidos, aunque creemos que no debe invalidarse toda la declaración, sino que debe desecharse sólo lo referido a la extralimitación del testigo técnico, conservando su eficacia probatoria aquellas respuestas o declaraciones sobre hechos percibidos por él gracias a sus conocimiento especiales, así como los juicios apreciaciones de hecho, salvo que la declaración sea evidentemente contentiva de

¹⁹⁵ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. p. 73.

¹⁹⁶ Jairo PARRA QUIJANO, ob. cit. pp. 198 a 200.

parcialidad del testigo, pero si solo cruzó la línea por error o por descuido, invadiendo así el campo de la peritación, creemos que no debe desecharse toda la declaración.

Por último y en cuanto al **experto o perito testigo y su diferencia con el experto**, encontramos que si bien los dos acuden al proceso para que declaren sobre hechos que no han presenciado, el primero no emite un dictamen pericial sino una mera opinión basada en sus conocimientos especializados sobre determinados hechos, ubicándose en el mundo de los testigos especializados y no de los expertos que emiten juicios de valor luego de aplicar su ciencia y procedimiento científicos a los hechos debatidos.

Al respecto resulta interesante lo escrito por la profesora de la Universidad Católica Andrés Bello y especialista en Derecho Procesal Andrea RONDÓN GARCÍA quien al tratar el tema nos dice [...] *En efecto, no podemos más que señalar que existen varias razones para admitir a la prueba del perito-testigo como prueba independiente, y ellas no se circunscriben a la legislación o la jurisprudencia, sino también del beneficio del proceso y sus fines. Ciertamente, pueden existir situaciones en las que se requiera llevar máximas de experiencia a un proceso y la experticia puede salir muy costosa para la parte que amerita promoverla, entonces, el perito-testigo sería una buena solución para permitir el ingreso de esas máximas de experiencia al proceso, y con ello se facilitaría el ejercicio efectivo del derecho a probar de las partes. Finalmente, nuestra posición no nos impide advertir que la prueba del perito-testigo no puede ser aplicada en todos los casos, siendo ineludible la experticia frente a casos con cierta complejidad.*¹⁹⁷ Resulta interesante esta postura garantista que efectivamente pudiera aligerar en el proceso las cargas económicas que pesan sobre las partes, con la debida advertencia que no siempre el testigo en funciones de experto pueda suplir a la experticia tradicional, pero importa señalar varias cosas al respecto. Primeramente que la precitada profesora indica que a través de la testimonial del experto éste puede o llevará al proceso su “máxima de experiencia” que como hemos dicho en otro momento se trata de simples conocimientos empíricos y precisamente, aquí esta el meollo del asunto, pues en tratándose de un experto que es llevado como testigo al proceso para que sobre determinados hechos exponga sus opiniones especializadas, no podemos considerar que se trata de máximas de experiencia o conocimientos empíricos, por el contrario se trata de conocimientos especializados, técnicos, científicos que escapan del común denominador de los demás, que como ciencia o arte han sido estudiados o aprendidos y que gracias a esos conocimientos especializados es que se propone al experto en condición de testigo, para que emita su opinión respecto a determinados hechos, como sucede en el sistema norteamericano donde esta figura es tan común, pero que en nuestro sistema es tan extraño, aún cuando no prohibido y permisible como prueba libre, de ahí que nos separemos del criterio vertido por la profesora en comentario.

¹⁹⁷ Andrea RONDÓN GARCÍA. La Prueba de Testigos. Análisis jurídico, psicológico e histórico. Ediciones Paredes. Caracas, 2008.

En segundo término y respecto al tema económico, aún cuando coincidimos que a través del perito llevado al proceso como testigo pudiera abaratare el costo de una experticia tradicional, el criterio vertido por la profesora RONDÓN pudiera hacerse el cuestionamiento que en caso de imposibilidad económica para costear la prueba por la parte que tiene la carga, pudiéramos aplicar otros criterios, como por ejemplo que la prueba fuera realizada por órganos públicos del Estado que no cobrarían por la misma –como sucede en el sistema de procedimiento laboral y de niños y adolescente- que se solicitara el beneficio de pobreza y finalmente, que al momento de la sentencia el judicante como regla correctiva de la distribución de la carga probatoria aplicara la disponibilidad haciendo recaer la consecuencia de la falta de prueba sobre aquella que tenía los recursos económicos para costearla pero que como tal no tenía la carga probatoria. En todo caso nos parece interesante y coincidimos con la precitada profesora que este medio permitiría abaratar costos y sería una solución al problema de los costos de la experticia.

Por último y en cuanto a que esta modalidad de experto como testigo no puede suplir la experticia tradicional, la citada profesora se refiere al tema de la “complejidad” para separar ambas funciones, más no creemos que este sea el criterio correcto para escindir una y otra figura, pues por ejemplo en materia de experticia grafotécnica no suele ser complicada la actividad de los expertos y no obstante debe acudir a ellas –lo que incluye sus altos costos- cuando se desconoce la firma de los instrumentos privados. Creemos que el tema de utilizar uno u otro medio –experto como testigo o experticia tradicional- debe versar sobre el tema de la prueba, sobre el hecho que pretende demostrarse y especialmente sobre la finalidad u objetivo que buscan las partes con cada medio, pues dependiendo del tema de la prueba, dependiendo de lo que se busca en cada caso se tomará uno u otro camino, por ejemplo si lo que queremos es que un determinado experto nos dé la lectura de una placa de tórax y según sus conocimientos nos diga que tipo de enfermedad padece el paciente de lo que observa y cual es el tratamiento que generalmente se indica para este tipo de cuadro clínico, perfectamente podemos utilizar el experto en calidad de testigo; pero si lo que queremos es que nos digan es el motivo de una determinada enfermedad pulmonar y sus consecuencias, ya el experto como testigo no podrá utilizarse, pues incluso este estudio o análisis escapa del simple conocimiento científico-general del médico, quien debe acudir a otros estudios y técnicas para explicar el fenómeno, lo que nos ubica en el campo de la experticia.

3.12. Testimonio del agente encubierto.

La Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo en el artículo 4.3 regula el tema de los “agentes de operaciones encubiertas” o simplemente “agentes encubiertos” definiéndolos como [...] *funcionarios o funcionarias de unidades especiales de policía que asumen una identidad diferente*

con el objeto de infiltrarse en grupos de delincuencia organizada y financiamiento al terrorismo para obtener evidencias sobre la comisión de algunos de los delitos previstos en la presente Ley.” Este tipo de agentes también conocidos como infiltrados son esenciales para los fines de investigaciones penales que en el marco de nuestro sistema legal se refiere a los delitos contemplados en la precitada Ley, llevando a cabo su labor haciéndose pasar por personas que pueden situarse, sin levantar sospechas, en la proximidad de los lugares donde se comete un delito o mezclarse –infiltrarse- dentro de bandas delictivas o con sujetos que llevan a cabo actividades delictivas en el marco de la regulación legal.

NIEVA FENOLL al tratar el tema hace una distinción entre “agentes encubiertos” y los “infiltrados”, los primeros que simplemente se hacen pasar por personas que pueden situarse, sin levantar sospechas, en la proximidad de los lugares donde se comete un delito como se señalara; en tanto que el “infiltrado” se introduce directamente como miembro de una organización criminal, forma parte de la misma. Indica que [...] *La diferencia principal es la mayor constancia y peligrosidad de la misión del agente infiltrado, aunque en realidad en ambos casos se trata de estar cerca de la escena del crimen para averiguar cómo se comete, así como para desentrañar la estructura organizativa de la banda que los perpetra, sin descartar la prevención de delitos que en ocasiones están en condiciones de llevar a cabo, suministrando puntualmente la información que descubran, en la medida de lo posible por su seguridad, a los órganos directores de la persecución penal.”*

Expresa el profesor español que el agente encubierto, salvo casos de urgencia, no debe actuar si no es previa autorización fiscal o judicial, a fin de evitar que su actuación sea todavía más clandestina, o pueda ser promovida arbitrariamente por los cuerpos policiales en su exceso de afán de eficacia de la investigación; que desde el punto de vista jurídico, son dos los problemas que plantea su figura: en primer lugar los límites de su actuación, teniendo en consideración que puede verse obligado a colaborar en la comisión de delitos para no verse descubierto, caso en el cual generalmente –indica- suele preverse la impunidad de dichos delitos, siempre que guarden la debida proporcionalidad con el fin de la actuación legítima del agente encubierto; y en segundo lugar la factibilidad de la revelación de su identidad en el juicio oral a efectos del derecho a la defensa, donde la regla general debería ser el descubrimiento de la identidad del agente encubierto, aunque solo en caso que ello no sea peligroso para su vida, integridad física o libertad en general, incluso cuando desee la continuidad de la infiltración por seguir siendo útil. Culmina expresando [...] *No obstante, el sacrificio que la revelación de la identidad supondría para la eficacia de la investigación penal y la prevención de delitos, así como la posibilidad del reo de defenderse ampliamente por otros medios, avala que la agente permanezca oculta.”*¹⁹⁸

JAUCHEN define el agente encubierto como aquella persona que siendo empleado de las fuerzas policiales, en el ejercicio legítimo de sus funciones, aprovecha las oportunidades o facilidades que le

¹⁹⁸ Jordi NIEVA FENOLL. Ob. cit. pp. 67 y 68.

otorgan los sospechosos de estar preparando o cometiendo algún delito, se involucre subrepticamente en esa actividad, con la finalidad de obtener la información suficiente a los efectos de impedir su consumación o prestar testimonio con posterioridad, sobre el conocimiento que hayan adquirido de esos hechos. Indica que la Corte Suprema de Justicia –Argentina- ha sostenido que [...] *la conformidad con el orden jurídico del empleo del agentes encubiertos requiere que el comportamiento de ese agente se mantenga dentro de los principios del Estado de Derecho, que no sucede cuando el agente encubierto se involucra de tal maneja que hubiese creado o instado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente, pues la función de quienes ejecutan la ley es la prevención del crimen y la aprehensión de los criminales, pero esa función no incluye la de producir el crimen tentando a personas inocentes a cometer esas violaciones. De modo tal que cabe distinguir los casos en los que los agentes del gobierno simplemente aprovechan la oportunidad o facilidades que otorgan el acusado predispuesto a cometer el delito, de los que son producto de la actividad creativa de los oficiales que ejecutan la ley, en los que procede desechar las pruebas obtenidas por la actividad criminógena de la policía.*”¹⁹⁹ Como puede verse se diferencia la figura del agente encubierto y del agente provocador que se verá en el punto que sigue, quienes se oponen en cuanto a sus funciones pues el primero no se involucra de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en cabeza del delincuente, lo que sí corresponde al provocador, de manera que el encubierto debe limitarse a observar, informar y prestar eventualmente actos de colaboración tendiente a encubrir su verdadero rol y en última instancia –como expresa el citado autor- a frustrar la acción del autor o autores del delito.

En nuestra legislación y como indicamos, la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento del Terrorismo prevé la figura del “agente encubierto” señalando el artículo 66 que en caso de ser necesario para la investigación de algunos de los delitos establecidos en esta Ley, el Ministerio Público podrá mediante acta razonada, solicitar ante el juez de Control la autorización para la entrega vigilada de remesas ilícitas a través de agentes encubiertos pertenecientes a los organismos especializados de seguridad del Estado venezolano y en casos de extrema necesidad y urgencia operativa, el fiscal del Ministerio Público podrá obtener por cualquier medio la autorización judicial previa, el procedimiento especial de técnica policial establecido en el citado artículo, debiendo de manera inmediata formalizar por escrito la solicitud al juez Control, so pena de prisión de cinco a diez años y sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y civil en que se incurra.

La autorización previa corresponde al juez de Control de la circunscripción judicial donde el fiscal del Ministerio Público hubiera iniciado la investigación penal, no siendo necesaria más de una autorización cuando el delito se cometiera en distintas circunscripciones judiciales en donde deba actuar el agente de la operación encubierta o transite la mercancía vigilada. La autorización será válida en todo

¹⁹⁹ Eduardo M. JAUCHEN. Ob. cit. pp. 321y ss.

el territorio nacional y para su otorgamiento en caso de que el delito se haya cometido o exista sospecha fundada de un comienzo de ejecución, deberán cumplirse los requisitos exigidos en el artículo 68 a saber:

- a. Que la investigación o el esclarecimiento del caso aparezca como imposible o sumamente difícil.
- b. Que el especial significado del hecho exija la intervención del agente de operaciones encubiertas porque otras medidas resultaron inútiles.

Estas operaciones del agente encubierto se considerarán lícitas, conforme a lo previsto en el artículo 69 de la Ley en comento, cuando previo el cumplimiento de los precitados requisitos, su finalidad fuera:

- a. Comprobar la comisión de los delitos de delincuencia organizada y financiamiento al terrorismo previstos en esta Ley para obtener evidencias incriminatorias.
- b. Identificar los autores y demás partícipes de tales delitos.
- c. Efectuar incautaciones, inmovilizaciones, confiscaciones u otras medidas preventivas.
- d. Evitar la comisión de los delitos de delincuencia organizada y financiamiento al terrorismo.

Respecto a los agentes encubiertos como tal, el artículo 70 de la Ley señala [...] *Los funcionarios o funcionarias pertenecientes a unidades especializadas son los únicos que pueden, por solicitud del Ministerio Público y previa autorización del juez o jueza de control; ocultando su verdadera identidad, infiltrarse en grupo de delincuencia organizada que cometan los delitos de delincuencia organizada y financiamiento al terrorismo, con el fin de recabar información incriminatoria por un período preestablecido. La autorización por parte del juez o jueza de control para conceder al funcionario o funcionaria una identidad personal alterada o falsa, aún cuando fuese necesario para mantenerla, excluye la posibilidad de alterar registros, libros públicos o archivos nacionales.*” Como vemos este tipo de agentes no se involucran de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en cabeza del delincuente – como corresponden al agente provocador o instigador- limitándose a observar, informar y prestar eventualmente actos de colaboración tendiente a encubrir su verdadero rol y en última instancia a frustrar la acción del autor o autores del delito, para lo cual y a los fines de ocultar su verdadera identidad el órgano jurisdiccional puede autorizar una identidad personal alterada o falsa, pero que no puede extenderse a la alteración de registros, libros públicos y archivos nacionales.

Por su parte el artículo 71 se refiere a la protección del agente encubierto, señalando al efecto que en el procedimiento penal cuando sea requerida la comparecencia del agente encubierto que aportó la evidencia incriminatoria, dicha comparecencia será asumida por él o la responsable del Ministerio Público que coordinó las acciones en la cuales intervino el agente encubierto autorizado, de conformidad con lo establecido en esta Ley.

Dicho esto y respecto a la figura del agente encubierto como testigo en la causa, observemos primeramente que la información que este pueda suministrar al proceso puede ser de cargo y conducir eventualmente a una sentencia condenatoria, más a los fines de la defensa de la parte acusada respecto a

la versión e información que éste puede suministrar, el problema se presenta ya no tanto por el hecho de conocer su verdadera identidad, sino por la no obligatoriedad de su comparecencia a la audiencia para que sea tratado su testimonio en forma oral y contradictoria, formándose la prueba en el proceso con intermediación del juez, pues y como señalamos, cuando sea requerida la comparecencia del agente encubierto que aportó la evidencia incriminatoria, dicha comparecencia será asumida por el responsable del Ministerio Público que coordinó las acciones, lo que nos parece contradictorio, pues no se tratará del testigo directo sino eventualmente de uno referencial o de oídas, a lo que sumamos el hecho que precisamente quien tiene conocimientos de los hechos delictivos o incriminatorios es precisamente el agente encubierto que aportó fuente probatorias donde no ha intervenido el acusado, resintiéndose los principios de intermediación y especialmente contradicción o bilateralidad. Lo dicho conduce incluso a señalar que estas actividades del testigo encubierto conforme al contenido de la ley son tratadas como una preconstitución de fuentes *sui generis*, con el agravante de la no necesidad de su tratamiento en el proceso, de su jurisdicción, colocándose de espaldas a la Constitución y al sistema garantista.

Si bien debe garantizarse la seguridad del agente encubierto y de su entorno patrimonial y familiar, ello no es motivo suficiente para excluirlo de comparecer al tribunal a los fines de declarar o ratificar sus declaraciones, garantizando la bilateralidad como derecho constitucional y esencial en el sistema garantista, con la debida identificación real de la persona, pues precisamente en nuestro ordenamiento jurídico existe otro instrumento legal que protege a los testigos y permite la realización de un conjunto de actividades para tal fin, como es el caso de la Ley de Protección de Víctimas, Testigos y Demás Sujetos Procesales.

De esta manera y conforme al artículo 17 de la precitada ley, se permite la adopción de medidas solicitadas por el propio Ministerio Público cuando concurren los siguientes presupuestos: a. Presunción fundamentada de un peligro cierto para la integridad de una persona, a consecuencia de su colaboración o declaración relevante en una causa penal; b. Viabilidad de la aplicación de las medidas especiales de protección; c. Adaptabilidad de la persona a las medidas especiales de protección; y d. Interés público en la investigación y en el juzgamiento del hecho en razón de su grado de afectación social; o la validez, verosimilitud e importancia del aporte de la persona cuya protección se requiere para la investigación y juicio penal correspondiente; medidas entre las cuales se ubica el cambio de identidad consistente en el suministro de documentación que acredite identidad bajo nombre supuesto, a los fines de mantener en reserva la ubicación de la persona protegida y su grupo familiar –artículo 21.6-. Por su parte el artículo 23 regula las medidas de protección intraproceso, dentro de las cuales se ubican a. Preservar en el proceso penal de la identidad de la víctima o los sujetos procesales, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la oposición a la medida que asiste a la defensa del imputado o acusado; b. Que no consten

en las diligencias que se practiquen, su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, para cuyo control podría adoptarse alguna clase de numeración, clave o mecanismo automatizado; c. Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia, utilizando al procedimiento que imposibilite su identificación visual normal; c. Que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial de que se trate, quien las hará llegar reservadamente a su destinatario; y d. Cualquier otra medida aconsejable para la protección de las víctimas, testigos y demás sujetos procesales, de conformidad con las leyes de la República; y cuando las circunstancias así lo justifiquen, conforme al artículo 27 de la ley en comento, se permitirá que durante el desarrollo del juicio oral y público se utilicen sistemas de videoconferencias, sistemas televisivos de circuito cerrado, exposiciones grabadas en cinta de video o cualquier otro sistema de grabación o transmisión confiable, en procura de proteger a los sujetos procesales y a cualquier interviniente llamado al proceso, garantizando siempre el derecho a la defensa y el contradictorio.

El punto interesante para explicar la necesidad de que el agente encubierto comparezca al proceso a declarar y revele su identidad, precisamente se ubica en los artículos 37 y 41, el primero conforme al cual [...] *Si durante un proceso penal, la parte interesada solicitare la plena identificación de testigos, expertos o expertas y demás sujetos procesales sometidos o sometidas al régimen de protección establecido en esta Ley, concernirá a la autoridad judicial correspondiente determinar la procedencia de la solicitud, previa opinión del fiscal del Ministerio Público.*” El segundo que expresa [...] *Las declaraciones de testigos o los informes de peritos que hayan sido objeto de protección en aplicación de esta Ley, durante la fase de investigación o preparatoria, solamente podrán tener valor de prueba, a efectos de la sentencia, si son ratificadas en el acto del juicio oral en la forma prescrita en el Código Orgánico Procesal Penal. Si se consideran de imposible reproducción conforme a lo establecido en el artículo 307 del Código Orgánico Procesal Penal, habrán de ser incorporados mediante lectura literal, a fin de que puedan ser sometidos a contradicción por las partes.*” De las normas transcritas apreciamos primeramente que existe el derecho de la parte interesada –por ejemplo el imputado o acusado- de solicitar al juez de Juicio la plena identidad del testigo y de concederlo aquel –lo que deberá pronunciarse en la oportunidad de declararse abierto el debate conforme al artículo 40- incluso el artículo 39 permite proponer nuevas pruebas tendientes a acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio del testimonio; pero también se prevé que para que la declaración testimonial realizada en la fase de investigación tenga valor probatorio, deberán ser ratificados en la audiencia oral, salvo que se haya anticipado el medio probatorio, en cuyo caso bastará su incorporación mediante lectura literal, de manera que en tratándose de un testigo encubierto o infiltrado, en los términos de esta Ley y con base constitucional y garantita, no consideramos constitucional que pueda mantenerse en la fase de juicio y especialmente en la audiencia oral, por un lado la identidad oculta del funcionario,

que en caso de peligro de su vida o familiares precisamente la Ley de Protección de Víctimas, Testigos y Demás Sujetos Procesales, prevé la posibilidad de adoptar las que sena necesarias, incluso y en los términos del artículo 27, cuando las circunstancias así lo justifiquen, se permitirá que durante el desarrollo del juicio oral y público se utilicen sistemas de video-conferencias, sistemas televisivos de circuito cerrado, exposiciones grabadas en cinta de video o cualquier otro sistema de grabación o transmisión confiable, que permiten la protección del testigos, todo lo que garantiza la bilateralidad o contradictorio como derecho fundamental; y por otro lado la posibilidad que éste –agente encubierto- no comparezca a la audiencia de juicio oral y público, incluso que no haga uso de los medios referidos en el artículo 27, para deponer o ratificar las declaraciones referidas a su actividad encubierta, pues ello no solo lesiona el contenido del artículo 41, sino más grave el derecho a la defensa, contradicción y control de la actividad probatoria, de ahí que el contenido del artículo 71 de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo que indica que en caso de ser requerida la comparecencia del agente encubierto que aportó la evidencia inculpativa, la misma será atendida por el Ministerio Público, se nos presenta como inconstitucional y antigarantista en los términos explicados, la cual debe reverse mediante el control difuso de la constitucionalidad o la reinterpretación constitucional y garantita.

En definitiva, mantenemos el criterio que el agente encubierto debe develar su identidad para el momento del juicio –aunque no sea necesaria y puede reservarse en fase de investigación, pues al fin y al cabo se trata de actos de investigación y no de prueba- y especialmente comparecer a la audiencia para declarar, lo involucra la necesidad de ser promovido –prueba de cargo- como testigo por el ente acusador para que ratifique las declaraciones que haya dado en fase de investigación o declare en la precitada audiencia, garantizando así la formación de la prueba en juicio –judicialización- con bilateralidad, contradictorio e intermediación.

Pero los problemas no se limita a los señalados, pues tal y como nos explica JAUCHEN nada impide que el agente al declarar o presentar la evidencia inculpativa pueda desnaturalizar, falsear o cambiar los hechos tal y como ocurrieron, de ahí por ejemplo la necesidad e importancia de la bilateralidad o contradictorio que debe presentarse en su declaración en juicio o audiencia oral; incluso puede declarar omitiendo determinados detalles que puedan poner en riesgo su regular actuación, legalidad y en definitiva su investigación y obtención de elementos inculpativos en detrimento del debido proceso y del acusado. Así dice el precitado autor [...] *Es importante, además, advertir sobre las especiales características que importa una declaración de un agente encubierto, como la de un arrepentido, lo que debe llevar al tribunal a extremar la cautela y prudencia en la valoración del mismo, principalmente debido a que al estar declarando sobre lo que fue precisamente el desempeño de sus funciones específicas, el funcionario policial intentará narrar los hechos de manera tal que de ningún modo pongan en peligro la regularidad y legalidad de su accionar, lo cual redundaría en su perjuicio; ello torna probable que en*

muchos casos distorsione en su relato la real situación de los hechos o la forma en que ellos acontecieron, lo que puede, aún tratándose de pequeñas circunstancias, tener serias repercusiones en la genuina reconstrucción de los hechos, las que muchas veces pueden redundar en grave perjuicio para el acusado.”

Refiriéndose a una sentencia de Casación de su país, donde se expresa que la revelación de la identidad del agente encubierto citado como testigo no es siempre condición necesaria para su presentación en juicio, en función que existe la garantía de la designación judicial, indica JAUCHEN que se trata de una argumentación insostenible e insuficiente ante la frontal violación al derecho a la defensa en juicio que ello acarrea, pues y sin perjuicios que en muchos casos el judicante conoce muy poco respecto a la persona del funcionario propuesto para ocupar la función de agente encubierto, sus antecedentes y méritos, la objeción principal se entronca con el ejercicio del derecho a la defensa, pues la falta de identidad no permitirá conocer la existencia de motivos legales para que el testigo no declare en juicio, si registra antecedentes por falso testimonio, ha sido objeto de sanciones disciplinarias por tales motivos o simplemente si se trata de un testigo confiable por problemas físicos o por cualquier otra razón particular, a lo que agregamos la máxima de experiencia de la calidad y condición de dichos funcionarios por ejemplo en Venezuela. Todo esto impide a las partes conocer y chequear las condiciones personales de quien declara, de quien presta o aporta los elementos incriminatorios, la forma como se obtuvieron, entre otros aspectos que solo pueda ser garantizado mediante el conocimiento de la identificación del agente encubierto y su declaración en audiencia oral.

Terminado el citado autor expresando que [...] *Sin perjuicio de lo expuesto, no cabe dudas de que al momento de prestar su declaración el agente encubierto debe revelar su verdadera identidad para de ese modo posibilitar en forma completa a la defensa el conocimiento de las condiciones personales del testigo y en consecuencia poder llevar a cabo debidamente el correspondiente interrogatorio, el cual se vería retaceado o imposibilitado en razón de la ignorancia de aquellos datos que puedan ser en extremo relevantes para la valoración y crítica de la prueba.”*, y termina diciendo [...] *El pretexto de los posibles riesgos que el agente encubierto pueda correr sobre su integridad personal o sobre su vida se ve subsanado por las medidas de seguridad que desde un inicio debe aplicársele a cualquier testigo, puesto que la balanza que pesa por un lado las garantías constitucionales del acusado y por otro los potenciales riesgos de un agente encubierto, no cabe duda de que debe inclinarse a favor del primero, máxime cuando el segundo tiene sobrados resguardos que le otorga la legislación.”*²⁰⁰

El derecho a conocer la identidad del agente encubierto y la necesidad que declare en el proceso para que pueda ser preguntado o repreguntado en contradicción o bilateralidad, lo que permita formar la prueba en juicio para que sirva a los fines de la convicción judicial, se trata de un derecho constitucional y humano que además tiene regulación en el artículo 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos

²⁰⁰ Eduardo M. JAUCHEN. Ob. cit. p0. 347 y ss.

Humanos conforme al cual, todo inculpado de un delito tiene el derecho a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y a obtener la comparecencia como testigos de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos, que en nuestro sistema se incorpora al artículo 49 constitucional al prever el derecho constitucional de acceso al sistema probatorio que hemos estudiado en otro momento, de manera que cualquier excusa –incluso legal en los términos del artículo 71 de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo- de revelar la identidad y de que el agente encubierto comparezca a la audiencia oral a declarar, se presenta como inconstitucional y antigarantista, pues en caso de temor por su vida o seguridad, precisamente para ello se creó la Ley de Protección de Víctimas, Testigos y demás Sujetos Procesales.

3.13. Testimonio del agente provocador.

El “**agente provocador**” es aquel que con su actuación crea actividades delictivas, instigando o facilitando a otras personas a que se involucren o prosigan en ella, siempre y cuando éstas tengan una conducta predelictual o predisposición a delinquir. Respecto a su testimonio nos dice JAUCHEN que su conducta ilegal conducen a que su testimonio sea inaprovechable pues al igual el testimonio que en el proceso pueden rendir los “**agentes policiales**” que han intervenido en la investigación de los hechos delictivos, que si bien pueden declarar en el proceso respecto a los actos realizados o presenciados, su valoración por el judicante es delicada especialmente por la tendencia de éstos a lograr la culpabilidad del imputado o acusado que evidencia un interés propio de la vocación y orgullo personal del funcionario que ponen su empeño para lograr el objetivo propuesto. Esta situación es idéntica en el caso de “agente provocador” quién no es más que una especie del género de funcionarios o agentes, que si bien debe ser admitida su declaración en el proceso, es en el momento de la valoración cuando el tema debe verse con recelo y cuidado por el interés que pudiera tener en la investigación –producto del citado orgullo personal- en los actos realizados y especialmente considerando que éste ha sido quien ha realizado hechos delictivos e instado o provocado a los demás a su comisión.

En este sentido dice el citado autor que [...] *El apasionamiento que hayan volcado en ella es importante. Deben examinarse con prudencia cuando relatan el resultado de sus pesquisas, porque muchas veces la tesis que sostienen los inclina a transformar lo que han sabido. En todos estos casos, el testigo estará deponiendo sobre hechos que ha presenciado en el desempeño propio de sus funciones, estando comprometida la normalidad y hasta la legalidad con la que se hayan desempeñado, de la cual, a su vez, en la generalidad de los casos, sólo ellos conocen. De modo que dado el notorio interés que a menudo pueden presentarse en sus testimonios, será preciso que el juez procure establecer cuándo estará en presencia de un supuesto de incompatibilidad manifiesta. Pero aun cuando no llegue a ese extremos, resulta innegable que se estará frente a*

*un testimonio en cierto modo “prefabricado”, y si bien es una actividad que puede reportar utilidad en la prevención y frustración de delitos, su posterior declaración debe ser cautelosa y prudentemente apreciada con el celo que impone su dudosa confiabilidad.”*²⁰¹ Observemos nuevamente que el tema del testigo especial tratado no se presenta o estudia bajo la noción de inhabilidad para admitir la testimonial, sino de incompatibilidad para eventualmente darle valor probatorio, no conectándose el tema con la admisibilidad del testigo, pues su apreciación siempre quedará a la prudencia del judicante quien deberá aplicar las reglas de la sana crítica.

3.14. Testigo arrepentido o delator.

Nos dice JAUCHEN que se trata de aquel que colabora con los justicia con el interés de obtener una rebaja de la pena, atenuante o beneficio procesal, que antes de comenzar la ejecución de un delito para el cual se había formado revelara la confabulación, delatara a sus cómplices, rebelara su identidad o la de los encubridores, diera información sobre la localización de objetos o sujetos, incluso que impidiera la ejecución del hecho punitivo; pero también el arrepentimiento puede ser posterior a la comisión del hecho punible en los términos indicados que mediante su deposición permita descubrir los autores o responsables y en general permita el procesamiento y progreso de la investigación.²⁰²

No obstante es importante destacar que respecto a la valoración de la declaración del testigo arrepentido, el judicante debe tener sumo cuidado por el hecho del eventual interés que pueda mostrar el precitado testigo no solo respecto a los atenuantes y beneficios procesales y penas, sino por cualquier otro motivo que lo haya llevado a declarar, especialmente cuando no debemos descuidar que estamos en presencia de un delincuente, que aunque no imputado o acusado que goza del estatus de inocencia y no está obligado a decir la verdad, que como testigo tiene dicho deber de veracidad no se elimina su carácter de sospechoso, pues ante el temor de haber sido descubierto se adelantó a los acontecimientos y delató a sus cómplices –asumió la posición de delator- lo que en definitiva permitirá inferir que tiene un interés en falsear los datos o hechos para beneficiarse en procura de impunidad, de manera que se trata de un medio probatorio delicado para ser considerado como de cargo y conducir a la condenatoria de quienes han sido delatados por el testigo arrepentido. Lo importante es que este medio probatorio no debe ser excluido pues todos los argumentos que hemos expuestos se refieren a la valoración del medio probatorio.

3.15. Testimonio y testigo de identidad reservada.

²⁰¹ Eduardo M. JAUCHEN. Ob. cit. pp. 322 y ss.

²⁰² Eduardo M. JAUCHEN. Ob. cit. pp. 351 y ss.

Al respecto ya nos hemos referido a la posibilidad que los testigos en general, agentes encubiertos o provocadores en los términos del contenido de la Ley de Protección de Víctimas, Testigos y demás Sujetos Procesales y de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, puedan reservar su identidad, modificar o cambiar la misma, siempre por orden judicial y a petición del Ministerio Público en los casos y conforme a los procedimientos y presupuestos regulados por las precitadas leyes; pero también hemos dicho que si bien esta reserva de identidad puede producirse y sostenerse en fase de investigación –incluso preliminar- el tema cambia de tono cuando se trata de la fase de juicio, donde necesariamente debe existir tanto la revelación de la identidad del testigo como su comparecencia a declarar en juicio, sin perjuicio que en caso de peligro de su vida o familiares y conforme al artículo 27 de la Ley de Protección de Víctimas, Testigos y Demás Sujetos Procesales, se haga mediante la utilización de sistemas de video-conferencias, televisivos de circuito cerrado, exposiciones grabadas en cinta de video o cualquier otro sistema de grabación o transmisión confiable, que permiten la protección del testigos.

Estos presupuestos son necesarios para garantizar el derecho a la defensa de los imputados o acusados, especialmente cuando la única prueba de cargo capaz de destruir la presunción de inocencia, es aquella formada en juicio oral, con intermediación y bilateralidad, salvo la anticipación de medios probatorios, de manera que el testigo y el testimonio reservado, sin conocer la identidad del deponente no puede considerarse como una actividad probatoria válida para la sentencia condenatoria, especialmente cuando este tema tan delicado en nuestro sistema constitucional se ha positivado, tratándose además de un derecho humano. Un testigo con identidad reservada que sirva para sustentar una sentencia de condena, es tan lesivo constitucionalmente hablando como una sentencia proferida por un juez “sin rostro” ambos interdictados por nuestro sistema constitucional –artículo 49 constitucional-

En nuestra doctrina y respecto al caso del testigo de identidad reservada y bajo la denominación de anónimo o secreto, ha sido tratado por el profesor CABRERA IBARRA, quien nos dice que el problema en este caso radica en si esa protección ha de llegar al caso de mantener un testigo anónimo y un testimonio secreto como prueba para lograr el convencimiento del juez; que [...] *En Venezuela es realmente poco lo que se ha escrito al respecto y ha sido solamente en tiempos recientes, en 2010 e inicios de 2011, cuando el asunto ha cobrado nuevo ímpetu a raíz de la utilización, por primera vez en el país, de un testigo anónimo oculto bajo una capucha en el proceso contra el diputado a la Asamblea Nacional por el Estado Zulia José Sánchez, alias “Mazuco”, quien ha resultado condenado a pena de prisión admitiendo como prueba el referido testimonio anónimo de un testigo encapuchado. Este proceso en particular, dado el viso claramente político del asunto (recordemos que el diputado José Sánchez milita en filas de la oposición al régimen del Presidente Hugo Chávez), no es precisamente de mucha utilidad jurídica para*

*resolver la controversia acerca de los testigos anónimos o de los testimonios secretos porque, en el fondo, algo me dice que si el referido diputado hubiese militado en las filas oficialistas jamás se hubiese permitido o admitido un testigo anónimo encapuchado como prueba.”*²⁰³ El famoso caso “Mazuco” ha sido publicitado ampliamente por los medios de comunicación venezolanos, especialmente en cuanto al hecho de haber sido supuestamente condenado el citado diputado utilizando como prueba un testigo sin rostro, sin identidad, concretamente “encapuchado”, lo que evidentemente y en lo que respecta al testigo propiamente dicho –pues desconocemos la actividad procesal y probatoria desplegada en el proceso que culminó con la sentencia condenatoria- se resiente la Constitución y el sistema garantista -lo que es propio de regímenes totalitarios, militaristas y antidemocráticos- y que ha sido una constantemente en los últimos años.

Pero y es que el contenido del artículo 23.3 de la Ley de Protección de Víctimas, Testigos y demás Sujetos Procesales, permite este tipo de práctica terrorista, antidemocrática y antigarantista, en general, inconstitucional a, señalar [...] *Que comparezca para la práctica de cualquier diligencia utilizando algún procedimiento que imposibilite su identificación visual.*” La precitada norma riñe seriamente con los derechos humanos, con los instrumentos internacionales para su protección y con la Constitución, impidiendo el derecho a la defensa del imputado y acusado, legalizando fraude al permitir la formación de una prueba sin el conocimiento de la identidad del testigo para poder analizar su idoneidad, inhabilidad, incompatibilidad y en general su fiabilidad, lo que solo se logra mediante el conocimiento de la identidad de la persona que aporta la fuente probatoria, sin lo cual no podrá ser considerado como prueba de cargo suficiente para sostener una sentencia condenatoria, de tal manera que el contenido normativo debe reverse mediante la desaplicación por control difuso o mediante la reinterpretación constitucional; en todo caso lo que no puede consentirse es la validez de esta clase de testimonios inconstitucionales y antigarantistas que se convierten en meros instrumentos de represión, de totalitarismo, militarismo a manos del gobierno para resolver casos políticos, lo que lamentablemente parecía haberse superado pero que ha renacido con mayor fuerza en la última década, con el consentimiento sorprendente del Poder Judicial, del Ministerio Público y de la Defensoría del Pueblo.

Para terminar este punto transcribimos por su importancia y precisión lo dicho por el profesor y amigo CABRERA IBARRA quien nos dice [...] *Por ello sostengo que, si se ha de proteger al testigo, dicha protección no puede hacerse manteniéndolo en secreto o en el anonimato porque ello además de violar las garantías constitucionales mencionadas, precisamente va en detrimento del testimonio mismo. La Constitución nacional no permite el anonimato en forma alguna (artículo 57), en tal sentido un testimonio anónimo no puede ser apreciado como prueba en un proceso. Si mayor credibilidad tiene un testimonio cuanta mayor credibilidad tiene la persona del testigo, y menor credibilidad tiene el testimonio si menor credibilidad tiene el testigo, no parece en absoluto adecuado admitir el testigo anónimo o el testimonio*

²⁰³ Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA.

secreto como plena prueba. La protección a los testigos, a todas luces deseable, ha de lograrse antes, durante y después de rendir la declaración, pero ni antes ni durante el proceso debe mantenerse en secreto ni anónimo. Sólo después de finalizado el proceso o de finalizada la etapa probatoria podrá protegerse mediante, por ejemplo, la asignación de una nueva personalidad, nueva documentación, nuevo domicilio, nuevo empleo, etc., pero antes y mientras rinde sus declaraciones en el proceso judicial no parece que deba permanecer ni anónimo, ni en secreto. El testigo sin rostro o anónimo se presta fácilmente para el fraude procesal, y, en los casos penales, en los cuales podría ser más común, tal y como se desprende de la legislación que antes he citado, puede servir para privar a una persona de su libertad, con lo cual se convierte fácilmente en un mecanismo de represión, incluso política en el sentido que ya antes he indicado.²⁰⁴

3.16. Testimonio del coimputado.

Al respecto debemos comenzar indicando que el imputado y consecuentemente los coimputados de un mismo delito no son terceros que puedan declarar como testigos, son parte pasiva del proceso penal que declararán en las diferentes fases del procedimiento y previo el cumplimiento de las garantías que estudiamos al tratar la declaración de las partes, de manera que sus declaraciones no serán como terceros sino de partes y revestido de las precitadas garantías constitucionales. Pero puede suceder excepcionalmente que un coimputado o acusado sea aceptado como testigo en la causa de otro, cuando no exista vinculación con el hecho delictivo atribuido, lo que puede presentarse bien cuando un imputado o acusado declare como testigo en otro proceso donde existe otro imputado o acusado por delitos diferentes, así como en aquellos casos donde se acumulan las causas por conexión subjetiva, donde se imputen varios hechos diferentes a cada uno de los coimputados, de manera que alguno de ellos no tenga vinculación alguna con el hecho atribuido al otro imputado o acusado, pero que sean de su conocimiento, casos en los cuales no existe incompatibilidad o antagonismo que permita desechar la declaración testimonial, aún cuando debe ser analizada al momento de su valoración con suma cautela, pues estamos ante la declaración de un delincuente y por motivos emocionales, de venganza o interés, puede declarar falsamente.

Esto último es esencial pues tratándose de un coimputado o acusado el problema se presenta en relación al juramento que precede al testimonio, que por el estatus de inocencia que tiene el imputado o acusado, no está obligado ni a prestar juramento, ni a decir la verdad, de ahí que su declaración como eventual testigo no debe contener el precitado juramento y consecuentemente al no estar obligado a decir la verdad, el problema se le presenta al judicante al momento de su valoración, donde deberá tener presente esta circunstancias de sospecha para en definitiva poder o no formarse la convicción con su

²⁰⁴ Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA. Ob. cit. p. 602.

declaración, partiendo de la premisa de la presunción de parcialidad y mendacidad que pesa sobre el imputado o acusado al momento de declarar.

Al tratar el tema nos dice JAUCHEN que la sospecha respecto al testimonio de coimputado o acusado deviene del interés de su propia causa, donde muchas veces en intento de salvación inculpará falsamente al coimputado para evadir su responsabilidad, para disimularla o para compartirla, por lo que habrá de valorar cada caso singular teniendo en consideración si el imputado confiesa o niega el hecho que se le atribuye, así como cualquier otra circunstancia como amistad, odio afecto que pudieran existir entre coimputados, que llevan a los imputados a fabricar ya sea una incriminación o disculpa con respecto al coimputado.²⁰⁵

Sin perjuicio de lo dicho resulta interesante lo escrito por MIRANDA ESTRAMPES al respecto, quien al tratar el tema conforme a la LECrim indica que la misma no contiene regulación expresa en cuanto a la declaración del codelincuente –*chiamata di correo* según la clásica expresión italiana- no previendo ni su admisibilidad ni su eficacia probatoria, lo que ha dado pie para que sea la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo Español quien aborde el tema, admitiendo con carácter general la declaración incriminatoria de los coimputados como prueba de cargo idónea para formar el convencimiento judicial, en virtud de lo cual el coimputado o coacusado por un delito implica en su manifestación a otra u otras personas atribuyéndoles una participación en el mismo delito a título de autores, cómplices o encubridores, de manera que se acepta la declaración incriminatoria verificada por un coimputado como medio hábil o apto para destruir la presunción de inocencia y constitutivo, por tanto, de la mínima actividad probatoria de cargo suficiente para formar la convicción judicial.

Indica que si bien la jurisprudencia española acepta la declaración del coimputado como prueba de cargo que representa una mínima actividad probatoria contra otro, hay que distinguir varios supuestos que se presentan en la práctica, como lo son: a. Cuando la declaración es rendida en el mismo procedimiento por un delito único o por varios delitos; y b. Cuando la declaración es rendida en un procedimiento distinto y por un delito diferente aunque conexo. En el primero de los casos –indica- que se presenta cuando el coimputado declara que otra u otras personas han intervenido también en la comisión del delito por el cual se le juzga, puede suceder que el enjuiciamiento de los mismos sea conjunto o separados, siendo que en el primer supuesto –enjuiciamiento conjunto- no se presenta obstáculo a su admisión como medio probatorio; en tanto que en el segundo caso –enjuiciamiento separados- pudiere suceder que al momento de juzgarse a uno de los coimputados el otro que le incrimina -codelincuente delator- haya sido condenado por los mismos hechos o haya sido absuelto, caso en el cual su testimonio sería útil siempre que compareciera al acto de juicio oral donde se juzgara al otro coimputado, lo que

²⁰⁵ Eduardo M. JAUCHEN. Ob. cit. pp. 317. y ss.

deberá ser valorado prudencialmente por el juez, de manera que no bastará la simple lectura de la declaración inculpativa producida en el otro proceso como si de una prueba documental se tratara, lo que lesionaría la bilateralidad e inmediación al no formarse la prueba en audiencia en cumplimiento de los citados principios que rigen el procedimiento oral; que si el codelincuente delator hubiese sido absuelto por estar acreditado su no participación en los hechos, su testimonio –indica el citado autor– adquiriría la condición de prueba testimonial sujeta a las normas propias que regulan la citada prueba –de testigos–; finalmente que si el procedimiento ha sido iniciado por varios delitos, distintos entre sí pero conexos o relacionados directamente, como en el caso por ejemplo que el coimputado delator acusado de un delito de receptación inculpa a un tercero como autor del robo del bien adquirido por él, caso en el cual se aplicarían las mismas soluciones expresadas.

Respecto al segundo supuesto, cuando la declaración inculpativa del coimputado se presta en procesos diferentes y por delitos diferentes aunque relacionados o conectados con aquél en cuyo enjuiciamiento se pretende utilizar dicha declaración como medio de prueba, se considera que tampoco hay obstáculo para su recepción, especialmente si para el momento de la declaración el coimputado hubiese sido absuelto del delito, caso en el cual declararía como testigo ordinario; para el caso en que hubiere sido condenado o aún no hubiese sido juzgado por el delito que a él se le imputa, su declaración en otro procedimiento –indica– debería estar sometida a las siguientes exigencias que actúan como forma de garantía: a. Presencia del coimputado delator en el acto de la audiencia de juicio oral, sin que pueda ser sustituida por la simple lectura de su anterior declaración inculpativa; y b. Que el coimputado estudiere asistido de abogado, el cual también intervendría en el interrogatorio, siendo que en todo caso su declaración no puede ser exigida de manera obligatoria, no estando obligado a declarar ni a prestar juramento, tampoco a decir la verdad, pues no se trata de un testigo propiamente dicho, de manera que su tratamiento como tal involucraría un fraude a las garantías y derechos del coimputado.

En cuanto a la “naturaleza” de la declaración en comento –del coimputado o coacusado– nos dice MIRANDA ESPAMPES que el tema reviste importancia como consecuencia de los supuestos señalados, vale decir, si la declaración es rendida en un mismo proceso donde es enjuiciado con otros coimputados o en procesos diferentes, especialmente por el hecho que el coimputado no puede ser considerado como un tercero ajeno a los hechos, en ninguno de los dos casos, al estar involucrado en los mismos, salvo que se hubiese producido su absolución por haberse acreditado su no participación en el hecho, caso en el cual su declaración será en condición ordinaria de testigo, consecuencia de lo cual su declaración no puede ser considerada ni tomada conforme al procedimiento de la prueba testimonial propiamente dicha, donde se presenta la obligación de declarar, de decir la verdad y de la toma del juramento, ya que por su condición de coimputado goza de derechos constitucionales que deben serle

garantizados, como el derecho a no declarar, a no decir la verdad, a la asistencia letrada, a la inexistencia de consecuencias adversas por no declarar ni decir la verdad, al no juramento, entre otros, todo lo que lógicamente influirá y deberá tenerse en cuenta por el juez al momento de la valoración de la declaración.

Pero la declaración del coimputado y su declaración no puede tenerse tampoco como confesión, pues esta siempre es perjudicial al mismo y en la declaración inculpativa del coimputado lo perjudicial es para un tercero –el otro coimputado- siendo que modernamente se ha considerado que este tipo de declaración más que un medio de prueba es un instrumento de defensa, que consecuentemente no puede equipararse a la confesión; no obstante –indica- que el Tribunal Supremo Español ha considerado que se trata de una prueba testimonial, por estar basada en conocimientos extraprocesales de los hechos, aunque en puridad no se trata de un testimonio propiamente dicho sino “impropio” que no se puede identificar ni con la confesión ni con el testimonio *per se*. Lo dicho es resumido por el autor español de la siguiente manera:

- a. El testimonio de un coimputado por un mismo delito o por un delito conexo no debería tener la consideración de la prueba testifical, salvo que hubiese sido absuelto por sentencia firme.
- b. Cuando el coimputado hubiere sido ya condenado o esuviere pendiente de enjuiciamiento, en la misma causa o en otra diferente, deberá gozar de los mismos derechos que todo acusado y estar asistido en su declaración por abogado, aunque nada impide que en cuanto al interrogatorio y su forma sea conforme a las reglas del testimonio.

Finalmente y en cuanto a su valor probatorio nos dice MIRANDA ESTRAMPES que la declaración tendrá valor probatorio como prueba de cargo siempre que reúna las siguientes condiciones:

- a. Que no conste en la causa dato alguno que permita afirmar que la declaración del coimputado ha sido guiada por motivos espúreos como el odio personal, la revancha, animadversión, venganza, obediencia a un tercero, soborno policial, promesa de trato procesal más favorable, entre otros;
- b. Que la declaración inculpativa no se haya prestado con ánimo de auto-exculpación o de desplazar el acusado sus propias responsabilidades; y
- c. Que el tribunal examine la personalidad del delincuente delator y las relaciones que precedentemente hubiese mantenido con el designado por él como partícipe, como dato a tener en cuenta para valorar su credibilidad.²⁰⁶

3.17. Testimonio y la víctima como testigo.

La víctima es la persona que directamente ha padecido los efectos del delito, que en nuestro sistema de procedimiento penal sólo la víctima, sea persona natural o jurídica puede querellarse contra el imputado,

²⁰⁶ Manuel MIRANDA ESTRAMPES. Ob. cit. pp. 205 y ss.

mediante escrito presentado ante el juez de Control, conforme a lo establecido en los artículos 274 y 276 del Código Orgánico Procesal Penal y de producirse su admisión la víctima pasa a tener la condición de querellante; pero para su mantenimiento en la prosecución del proceso y para que no se considere desistida la querrela, éste tiene la carga de formular la correspondiente acusación o adherirse a la presentada por el ente acusador en la oportunidad que indica el artículo 309 *ejusdem* y de ser admitida, se presentará como un sujeto procesal que no puede considerarse como un tercero a los efectos de la declaración testimonial, lo que para nada impide que pueda declarar en su condición de parte lo que será analizado mediante la sana crítica del juez, tal como lo hemos estudiado en otro momento.

Pero si la víctima no se ha querrellado y habiéndolo hecho no presenta su acusación personal propia o adhiere a la del Ministerio Público, se considera como un tercero que puede producir en el proceso su testimonio cuando sea promovido por alguna de las partes y admitido por el tribunal, incluso y en los términos del artículo 343 del Código Orgánico Procesal Penal, si la víctima estuviese en la audiencia pública y oral y desea exponer, el juez le dará la palabra aunque no se haya querrellado — indicamos— aunque no haya sido promovido como testigo.

Es importante destacar que si bien la declaración de la víctima en cualquier de las condiciones señaladas es pertinente y admisible en el proceso penal, es respecto al tema de la valoración donde debe prestarse el cuidado correspondiente, precisamente por el hecho del interés que tiene ésta en el proceso que pueden conducir a una declaración no objetiva e imparcial, cuya valoración corresponderá al juzgador con el cuidado debido, pudiendo incluso constituir una única prueba de cargo para la declaratoria de culpabilidad, pues en muchas ocasiones su declaración es la única prueba que se tiene del hecho punible, tal como sucede en los casos de violencia intrafamiliar, violaciones, entre otros. Nuevamente recordemos lo dichos por PARRA QUIJANO y tratado al comentar el caso del testigo único, quien nos dice que el testimonio de la víctima u ofendido se trata de un caso especial, al suponer que el funcionario tiene que estudiar una síntesis que requiere ponderación y buen juicio, la que nace entre la imparcialidad — testimonio— y parcialidad -víctima— al estar supuestamente en que se sancione a quien acusa; que a la víctima no se le puede vender la idea de que por no existir sino sólo su versión, no resulta posible investigar el hecho, como si ella fuera la culpable de la poca cantidad de prueba; que inclusive muchas veces la cantidad no significa calidad en la prueba recaudada, debiéndose valor la versión para saber si se crea certeza objetiva suficiente para poder condenar al señalado.²⁰⁷

Sobre este tema el profesor español NIEVA FENOLL nos dice que la víctima no es más que un declarante interesado, tal como ocurre con la declaración del imputado, por lo que su valoración probatoria deberá ser cuidadosa por el judicante dado su alto grado de sospecha movido por el citado

²⁰⁷ Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. pp. 372 y ss.

interés y la motividad al haber sido la persona que directamente ha padecido los efectos del delito, especialmente cuando ella no sufre el temor a una condena, pero si siendo el temor a que quede sin castigo la persona imputada o acusado, incluso por venganza. Interesa destacar del precitado profesor que su dicho respecto a que el interrogatorio de la víctima en supuestos especiales como delitos sexuales o violencia intrafamiliar y más cuando es menor, no puede ser llevado a cabo por persona lega en psicología como el abogado y el judicante, sino que ante los problemas que provoca la constatación de la credibilidad, la prueba debería ser practicada por un psicólogo del testimonio, que evalúe debidamente las circunstancias clínicas, si concurren, del declarante; que [...] *De esta manera, la manera correcta de practicar esta prueba no es disponiendo un biombo víctima y reo, o cualquier otro medio que impida la visión directa de ambos. Al contrario, lo que debe celebrarse en estos casos es una entrevista cognitiva entre psicólogo y víctima, que tenga lugar en unas dependencias en la que la víctima no se sienta intimidado por la presencia judicial, ni mucho menos por la del reo, pero de manera que ambos puedan tener visión de los que suceda. Es importante también que los letrados de cada parte puedan ir transmitiéndole preguntas al psicólogo, para que ésta sea quien las formule de la debida forma a la víctima, de manera que no se la intimide o se le provoque cualquier otra emoción contraproducente para que pueda declarar la verdad de lo que conoce. Tras la práctica de la prueba, la misma no debería ser objeto de valoración sin más, sino que sería muy positivo que el psicólogo que haya intervenido emita un dictamen sobre lo que ha observado, exponiendo sus conclusiones acerca de la credibilidad que enriquecerán el debate junto con las que expongan las partes.*²⁰⁸ Nos parece bien interesante este criterio por demás garantista y que evita las emociones y presiones sobre la víctima, especialmente cuando conocemos que en la práctica los interrogatorios de las partes y que hagan los judicantes no son los más idóneos y sutiles para tratar a una víctima de delitos tan graves como los sexuales e intrafamiliares, a lo que se suma el atropello de los jueces en las audiencias que siempre pretender imponer el orden y el respeto con conductas agresivas, intimidatorias y abusivas para enmascarar ignorancias, fallas o falta de preparación, desconociendo que el respeto sea gana de otro modo.

Por su parte MIRANDA ESTRAMPES nos dice que el Tribunal Supremo español ha venido admitiendo que la declaración de la víctima constituye un elemento probatorio adecuado e idóneo para formar la convicción judicial y apto, por tanto, para destruir la presunción de inocencia, incluso en aquellos supuestos en que sea la única prueba existente, atribuyéndose el valor de mínima actividad probatoria de cargo legítima; que su admisión como prueba de cargo tiene lugar, fundamentalmente en relación a los delitos de libertad sexual, en base a otras consideraciones, al marco de la clandestinidad en que suelen consumarse los mismos, que hacen que el testimonio de la víctima tenga carácter fundamental al ser, en la mayoría de los casos el único medio probatorio para la demostración de la infracción penal,

²⁰⁸ Jordi NIEVA FENOLL. Ob. cit. pp. 242 y ss.

todo ello sin perjuicio –indica- que su deposición ha sido aceptada en otros tipos de delitos, como robo con violencia, robo con violación, robo con intimidación, lesiones, entre otros.

En cuanto a su naturaleza –indica el precitado autor- el Tribunal Supremo español reconoce a la víctima como “testigo” al aportar datos de hecho de los cuales ha tenido conocimiento por su propia percepción, indistintamente de su constitución en el proceso como acusador, lo que se fundamenta en el hecho que la parte acusadora –con exclusión del Ministerio Público- puede declarar como testigo en el proceso penal, lo que a juicio del MIRANDA ESTRAMPES no resulta lo importante –la naturaleza- sino la inexistencia de obstáculos para admitir el medio probatorio.²⁰⁹

El tema tratado resulta interesante y complicado, especialmente en nuestro sistema de procedimiento penal donde la víctima tiene derecho a presentar su acusación particular o adherirse a la del fiscal del Ministerio Público, caso en el cual pasa a ser parte en el proceso donde no solo por su interés sino por su condición procesal la declaración que de ella se reciba será como de parte –declaración de parte- que puede tener o no fines confesorios sean sea *pro se* o *contra se* declaración; en tanto que si no se producen los eventos señalados de presentar la víctima una acusación particular o adherir se a la del fiscal, la declaración que de ella se reciba en audiencia será como de tercero, como testimonial. El problema que se plantea a nivel de doctrina es la contradicción evidente de considerar como tercero a una víctima que lógicamente como agredido por el hecho punible además de su interés personal en obtener justicia, no podemos considerarla como un tercero que y como consecuencia de ello conduzca a considerar que su declaración en el proceso entra como testimonial y no como declaración de parte. En todo caso y conforme a nuestro actual diseño de procedimiento penal, esta contradicción existe y es permitida, de manera que la declaración de la víctima ingresará al proceso como testimonial o como declaración de parte, según presente o no una acusación propia o de adhiera a la acusación fiscal.

3.17. Testimonio y testigo de cargo.

Hemos dicho citando a MIRANDA ESTRAMPES que la prueba de cargo es aquella de signo incriminatorio o inculpatario, de la cual se infiere racionalmente la culpabilidad del acusado o su participación en un hecho punible o delictivo. Se trata de una prueba de la cual el órgano jurisdiccional pueda obtener la convicción sobre la participación del acusado en el hecho punible.²¹⁰ Trasladando esta

²⁰⁹ Manuel MIRANDA ESTRAMPES. Ob. cit. pp. 182 y ss.

²¹⁰ Manuel MIRANDA ESTRAMPES. Ob. cit. p. 176.

definición al tema de la prueba testimonial, se trata que la declaración del testigo para que pueda ser considerada de cargo, debe conducir a la incriminación o inculpación del acusado, aportando fuentes que permitan determinar que éste es responsable, a participado o se encuentra relacionado con el hecho delictivo objeto de la acusación, para lo cual deberá ser valorado en la forma y conforme a los elementos de la sana crítica que estudiaremos en su oportunidad.

Destaquemos en este apartado que y como lo hemos expresado en otro momento, lo que puede considerarse como prueba de cargo, es aquella formada en el proceso judicial, debatida o controvertida en bilateralidad en la audiencia de juicio, salvo la figura de la anticipación, de manera que aquellos actos de investigación realizados a través de medios probatorios y hasta que no se produzca su judicialización, controvertiendo el órgano probatorio en la audiencia pública y oral, se tratará de una mera fuente probatoria preconstituida que no sirve como prueba de cargo; igualmente recordemos lo dicho en cuanto a que si bien esos actos de investigación que preconstituyen fuentes probatorias con vocación probatoria pero carentes de ser considerados como prueba de cargo, son documentados, no pueden confundirse el acto documentado con la documentación, de manera que su tratamiento en juicio no puede ser como documental, so pena de infracción a los derechos constitucionales de la defensa, tutela judicial efectiva, debido proceso y derecho al sistema probatorio, como por ejemplo sucede con entrevistas, experticias tradicionales o científicas de carácter criminalístico, inspecciones, intervenciones corporales, telefónicas, incautaciones en allanamiento, entre otros.

4. REQUISITOS DE LA PRUEBA POR TESTIMONIO.

Siguiendo con el análisis de los requisitos de los medios de prueba judicial en función a su existencia, validez y eficacia, analicemos cada uno de ellos, conforme al esquema trazado por el maestro Hernando DEVIS ECHANDÍA.²¹¹

4.1. Requisitos de existencia.

4.1.1. Debe referirse a una declaración personal.

El testimonio como medio de prueba judicial debe ser rendido directamente por la persona que ha tenido conocimiento de los hechos que se debaten en el proceso por haber caído en el ámbito de sus sentidos, porque los percibió, presenció, oyó –testigo de oídas- olfateó, degustó o simplemente realizó, lo que involucra que no puede rendirse la declaración reconstructiva o reproductiva de los hechos pasados –

²¹¹ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. pp. 94 y ss.

histórica- mediante mandatarios o representantes, debe tratarse de un testimonio personal de quien se dice percibió en forma directa o indirecta los hechos anteriores debatidos en la dialéctica del proceso, de manera que el testimonio realizado en nombre de otro, no existe.

4.1.2. Debe tratarse de la declaración de un tercero ajeno al proceso.

Ya hemos señalado que el testimonio es un medio de prueba judicial consistente en la declaración que un tercero ajeno al proceso, hace sobre hechos que ha percibido y que se debaten en el mismo, aún cuando en sentido general puede hablarse que las partes al narrar hechos que le favorecen, también producen testimonios de parte –no confesiones- pero que no son considerados ni tenidos como prueba testimonial propiamente dicha por la ausencia de la extraneidad -a que se refirió el maestro ALSINA-²¹² en la causa que se debate. En sentido estricto y en cuanto a la prueba en estudio, debe tratarse de una declaración de quien no es parte en el proceso judicial, aún cuando –insistimos- la declaración de las partes, a favor o en contra puede ser tomada como testimonios en otros procesos donde no sean partes –prueba trasladada- .

4.1.3. Debe tratarse de un acto realizado en sede judicial.

El testimonio es un medio de prueba judicial y como tal su existencia solo se da en la medida que exista proceso donde se proponga, admita y materialice, pues como medio de prueba judicial tiene por finalidad llevar al proceso fuentes probatorias mediante la deposición del testigo, que permitan verificar los hechos mediante su comparación con los enunciados de hecho debatidos y crear la convicción judicial traducido en certeza no ausencia de error, de manera que la prueba en comento es un acto netamente procesal, aún cuando es viable que pueda realizarse en sede de procedimientos no contenciosos –que sigue siendo un acto jurisdiccional o judicial- ante notarios –justificativos para perpetua memoria- o en procedimientos administrativos, pero que en todo caso al ser llevados al proceso, deben ser ratificados para su control y contradicción, convirtiéndose en definitiva en un acto procesal.

También destacamos que como acto procesal y especialmente en el sistema de los procedimientos orales, es fundamental que la prueba se realice y forme en el proceso, concretamente en la audiencia oral y pública regulada en cada procedimiento, sin perjuicio del adelantamiento o anticipación del medio probatorio, pues y como veremos al analizar los requisitos de eficacia, sólo la prueba formada en

²¹² Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. p. 539.

audiencia con inmediación, bilateralidad y contradictorio será aquella que pueda servir al judicante para formar su convicción judicial respecto a los hechos enunciados y debatidos.

4.1.4. Debe versar sobre cuestiones de hecho y que además deben haber ocurrido antes de la declaración.

Como todo medio de prueba judicial la testimonial debe recaer sobre hechos o cuestiones de hecho, aún cuando hemos expresado que pueden realizarse en las declaraciones, calificaciones jurídicas permisibles que no invalidan la prueba judicial, así como juicios de hecho, calificaciones, percepciones o deducciones que no invadan el campo de la experticia cuando se trata de testigos técnicos o que no contengan criterios subjetivos personales, circunstancia éstas que mas bien afectan la eficacia de la prueba no a su existencia. El testimonio como medio de prueba judicial debe tener por tema hechos, sean o no controvertidos, pues esto también es cuestión que afecta la eficacia probatoria; pero también la declaración debe tratarse de hechos pasados, ocurridos antes de producirse la declaración judicial, aún cuando puedan subsistir al momento de producirse la misma –de ahí ese carácter histórico, representativa y reconstructivo que hemos estudiado en otro momento- mas no puede recaer –como sucede con la experticia- sobre hechos futuros no percibidos por el testigo –salvo casos excepcionales como el perito o experto traído al proceso como testigo para que exponga sus máximas de experiencia y conocimientos especializados sobre determinados hechos debatidos en el proceso sin llegar a una experticia formal mediante informe- pues como hemos expresado la prueba por testigo se basa en el conocimiento que tiene un tercero ajeno al proceso que mediante su discurso narrativo, reconstruye o reproduce hechos pasados que ha percibido y que no eran controvertidos, pero que en el presente, cuando se produce la deposición, se controvierten judicialmente.

4.1.5. Debe tratarse de una declaración representativa o reconstructiva de hechos pasados.

El testimonio debe tratar sobre hechos pasados que son narrados en el proceso judicial, de manera que puedan reconstruirse o reproducirse mediante el dicho del testigo, para formar la convicción del operador de justicia, en cuando a su ocurrencia o no, a la forma como ocurrieron los hechos y poder establecerse los hechos que servirán de sustento de la sentencia judicial, que como prueba histórica se centra en la representatividad o reconstrucción de esos hechos pretéritos, lo contrario, cuando buscamos las causas,

motivos o circunstancias de hechos presentes o futuros, ya no estamos en el mundo de los testigos sino de eventualmente de los expertos tradicionales o en su calidad de testigo como hemos estudiado al tratar al “perito-testigo”.

4.1.6. Debe tener significación probatoria.

El último de los requisitos de existencia es precisamente que la narración o discurso narrativo del testigo tenga significación probatoria, demostrando a través de la reproducción o reconstrucción de los hechos, aquellos que se discuten o controvierten en el proceso donde es rendida la declaración del tercero, de manera que la prueba por testigos está dirigida a formar la convicción del operador de justicia aportando la fuente que sirve para verificar esos hechos enunciados y debatidos que son el presupuesto de las normas que contienen las consecuencias jurídicas buscadas por las partes y que son el fundamento de sus pretensiones o excepciones, acusaciones o defensas.

4.2. Requisitos de validez.

4.2.1. Que la prueba sea legalmente propuesta y ordenada.

Como requisito de validez de la prueba por testimonio, debe indefectiblemente producirse su proposición en forma legal, dentro de los lapsos legales señalados en cada sistema de procedimiento, cumpliendo con los requisitos de proponibilidad y admisión -que serán analizados posteriormente- acto seguido del cual el tribunal deberá verificar si el medio probatorio propuesto es legal, pertinente, relevante, conducente o idónea, tempestiva, lícita y si se encuentra regularmente propuesta, lo que dará paso a la providenciación de la misma, que de ser admitida se fijará la oportunidad para la celebración del acto de evacuación de la prueba por testimonios, sin perjuicio que en materia de juicios orales esto queda reservado a la audiencia oral y pública. En este sentido tenemos que en materia civil, mercantil, aeronáutico, marítimo, penal, laboral, de niños, niñas y adolescentes, agrario, contencioso administrativo y tributario regidos por el principio dispositivo atenuado o penetrado por el inquisitivo, los medios probatorios deben ser propuestas por las partes, salvo la actividad probatoria que se le permite al operador de justicia, siendo éstas -las partes- quienes deben proponerlas en sus oportunidades pertinentes, cumplimiento con los requisitos mínimos de admisión, aún cuando existe la posibilidad -artículo 401.3 del Código de Procedimiento Civil- que el operador de justicia puede oficiosamente proponer la prueba testimonial. Si la prueba de testigos propuesta oportunamente llena los extremos de ley, debe producirse su admisión y fijación de la oportunidad para que se materialice, siendo esto a lo que se refiere el primer requisito de

validez, al cumplimiento de las formalidades legales de promoción, admisión y evacuación de la prueba, ya que de no cumplirse con los mismos no solo la prueba está infectada de invalidez, sino que puede ser atacada vía recursiva por infracción de ley -artículo 313.2 *ejusdem*- por vulnerarse normas jurídicas expresas sobre el establecimiento de las pruebas, vale decir, del procedimiento de la prueba, por lo que aún cuando la prueba haya sido evacuada, si se han quebrantado las normas del procedimiento –promoción, oposición, admisión, recurribilidad y evacuación- la sentencia que las aprecie y valore será demolible – artículo 320 *ibidem*- tal como sucede cuando se trate de una prueba de testigos irregularmente propuesta al no haberse identificado el objeto de la misma conforme al análisis que detenidamente hemos hecho en otro momento y sobre el cual volveremos al tratar el procedimiento de la prueba testimonial.

En definitiva, como requisito de validez se exige el cumplimiento de los requisitos legales de promoción, oposición o contradicción, admisión y evacuación, así como de control de la prueba, lo cual involucra las normas que regulan el establecimiento de las pruebas –artículo 320 del Código de Procedimiento Civil- y cuando se incumple con alguno de los requisitos se produce un error de derecho al juzgar los hechos que es censurable vía recursiva por infracción de ley, específicamente por falsa aplicación de la norma jurídica, producto de haberse establecido erradamente los hechos mediante la prueba que no debió ser apreciada por violar la norma jurídica expresa de establecimiento de los hechos, en otras palabras, la prueba utilizada y apreciada para establecer los hechos, al quebrantar las normas de proposición, oposición, admisión y evacuación –establecimiento de las pruebas- produce que dichos hechos no puedan tenerse por fijados y al haberse subsumido en la norma que se utilizó para resolver el conflicto judicial, se produjo una falsa aplicación de la norma jurídica que constituye una infracción indirecta que de ser determinante o influyente puede conducir a la demolición del acto sentencial.

4.2.2. Legitimación para proponer la prueba testimonial, para admitirla, evacuarla o recibirla y apreciarla.

El primer punto se refiere a la legitimación del sujeto en el proceso judicial para solicitar o proponer la prueba por testigos, lo cual nos ubica generalmente en la persona del apoderado judicial, quien teniendo facultad para defender a su patrocinado en el proceso, no requiere de facultad expresa para poder proponer pruebas, pues se entiende que se trata de facultades implícitas o tácitas que lo legitiman para proponer, oponerse e intervenir en la evacuación de cualquier medio de prueba producido en el proceso, sin perjuicio -lógicamente- que por antonomasia esta carga corresponde a la parte que careciendo de capacidad de postulación debe actuar por conducto de su apoderado o asistido de abogado.

En cuanto a la legitimación del judicante para proponer la prueba, admitirla, evacuarla y valorarla, se refiere a la competencia y facultad de órgano jurisdiccional, que como hemos estudiado en otro momento se ubica en la actividad oficiosa del judicante a través de diligencias que tenga fines probatorios o simplemente aclaratorios, tal como ocurren en el sistema de procedimiento civil escrito y oral a través de las diligencias probatorias del artículo 401 del Código de Procedimiento Civil y de los autos para mejor proveer del artículo 514 ejsdem; igualmente en otros sistemas de procedimiento se regula la actividad oficiosa –como hemos visto- como sucede en materia penal, marítimo, aeronáutico, laboral, niños y adolescentes –*donde especialmente en el artículo 480 se da permisología al judicante para que orden la declaración de cualquier persona como testigo que se encuentre en la audiencia, como los padres, madres, representantes, responsables y parientes de los niños, niñas y adolescentes*- agrario, contencioso administrativo y tributario, donde se hace viable la utilización de la figura oficiosa probatoria o aclaratoria, destacando en cada caso que estamos ante un derecho constitucional de naturaleza procesal –derecho constitucional de acceso al sistema probatoria- que permite al judicante utilizar facultades oficiosas con fines probatorios, siempre que no sea para suplir las cargas probatorias de parte, lo que nos permite afirmar la existencia de legitimación del judicante para ordenar de oficio la prueba testimonial, aunque no se regule en forma expresa en cada Ley de procedimiento, pues insistimos, se trata de un derecho constitucionalizado. También la legitimación para la admisión de la prueba de testigo promovida por las partes su ordenación y valoración, compete al órgano jurisdiccional.

4.2.3. Capacidad o habilidad jurídica del testigo.

Este requisito de validez se refiere a las inhabilidades absolutas o relativas de los sujetos para ser testigos en los procesos judiciales determinados o en toda clase de procesos judiciales, a lo que se suma el régimen de incompatibilidades a que hemos hecho referencia, pues en principio y en la teoría existen personas que no pueden declarar en ningún proceso judicial, como es el caso del entredicho, loco, sordomudo, el imbécil, el niño o niña que no tenga discernimiento; en tanto que existen otros sujetos que no pueden declarar en determinados procesos, como los cónyuges, socios, amigos, parientes, enemigos, el magistrado en la causa, el abogado de las partes, el coimputado, ministros de culto, médicos y otros profesionales de la salud –régimen de incompatibilidades- entre otros sujetos, de manera que el legislador –como sucede en la nuestra en específico en materia civil, penal, laboral- se encarga de prever un conjunto

de causas o motivos de inhabilidad o incompatibilidades para ser testigo, bien sea de carácter absolutas o relativas, que legalmente involucra la capacidad del testigo.

Pero y como hemos visto todas estas causas son reminiscencia del sistema de procedimiento escrito y del régimen de la tasación de la prueba, que como fósil antijurídico y anacrónico todavía está incrustado en la mente de los juristas y legisladores, trasladándolos a los textos legales como requisitos de admisibilidad, cuando realmente estamos en primer lugar en un tema de eficacia o valoración de la prueba, que para nada debe impedir su promoción y admisión, incluso evacuación, pues todas estas causas de inhabilidad, incapacidad o incompatibilidad deben quedar en manos del judicante para ser analizadas cuidadosamente al momento de su valoración, de manera que debe apostarse a la admisión del medio con reserva de su valoración en la definida. También observamos y como explicaremos más adelante, que este fósil jurídico de regímenes de incapacidad e incompatibilidad, son insostenibles en los sistemas de procedimiento oral regidos por la libertad probatoria y la valoración de la actividad probatoria mediante la sana crítica, especialmente cuando el tema probatorio está constitucionalizado y forma parte del sistema garantista, de ahí que hemos sostenido que estas limitaciones a la prueba deben reverse o eliminarse mediante la desaplicación por control difuso o la reinterpretación constitucional y garantista de las normas probatorias.

El maestro DEVIS ECHANDÍA al tratar el tema nos enseña que deben ser eliminadas todas las cortapisas o limitaciones para recibir las declaraciones testimoniales, sustituyéndose por la libertad del operador de justicia de evaluar en la sentencia, si el testigo estaba o no capacitado para rendir declaración, si tenía o no condiciones físicas o psíquicas para rendir declaración. Que respecto a las inhabilidades, puede existir inhabilidad concreta o determinada por causas mentales, como sucede en momentos de perturbación mental transitoria, indisposición del testigo en el momento de producirse la declaración; inhabilidad moral, producido por la existencia de vínculos afectivos, de enemistad, de consanguinidad, afinidad o jurídicos con alguna de las partes en el proceso –inhabilidad relativa- que también invalidan el dicho del testigo por su posible parcialidad tendiente a producir un resultado que beneficie o perjudique a una determinada parte en el proceso; inhabilidad física para rendir el testimonio, mas no cuando existe inhabilidad física que no impida la comunicación del testigo, ya que si no puede hablar, puede comunicarse con señas o en forma escrita, si no puede ver, puede oír, sino puede oír, puede leer, de manera que lo importante es que al testigo pueda comunicársele las preguntas y éste responder.

Nos dice el maestro citado que respecto a aquellas personas que aún pudiendo leer u oír las preguntas, no pueden dar respuesta de alguna manera, lo cual involucra la invalidez de la prueba, pero si puede afirmar o negar con la cabeza u otros gestos y al juzgador no le queda duda en cuanto a la respuesta, la prueba es válida; que en cuanto a la intervención de un intérprete de los gestos del testigo, como abrir

la boca, dejarla cerrada, el parpadear de los ojos o cualquier otro, no se trata de una prueba de testigos válida al no referirse a la declaración del testigo original que percibió los hechos, sino que mas bien se estará en presencia de un testimonio de oídas que pudiera ser apreciado, pues quien da las respuestas no es el testigo directamente sino un interprete que analiza los gestos o bien, un experto que puede interpretar los gestos de las personas, pero en éstos casos, no se produce realmente una prueba de testigos.²¹³

4.2.4. Debe referirse a un acto consciente y libre de coacción.

Este requisito se refiere a que la prueba por testigos siendo una declaración de ciencia o conocimiento, que se realiza en forma consciente, de manera que no se trata de una declaración de voluntad, sino de conocimiento sobre los hechos que ha percibido el testigo y que conoce, lo que involucra que no deben existir elementos internos o externos que afecten la conciencia del testigo, sean temporales o transitorios, ni elementos de fuerza, coacción física o psicológica que afecten la conciencia del testigo para narrar los hechos. Luego, la prueba por testimonio se trata de una declaración de conocimiento y consciente de los hechos que ha percibido el testigo por sus sentidos y que son reconstruidos o reproducidos en el proceso, mediante el discurso narrativo que realiza a las preguntas que se le formule.

4.2.5. La declaración debe realizarse previo el juramento de ley.

Sobre este tema ya nos hemos pronunciados al tratar el tema de la prueba de posiciones juradas o confesión provocada, constituyendo en materia de testigos uno de los requisitos de validez de la misma, como una “supuesta” garantía de veracidad u honestidad que tendrá el testigo al declarar, ubicado en el artículo 486 del Código de Procedimiento Civil, que señala [...] *El testigo antes de contestar prestará juramento de decir verdad*** y declarará su nombre y apellido, edad, estado, profesión y domicilio y si tiene impedimento para declarar, a cuyo efecto se le leerán los correspondientes artículos de esta sección.”**

El juramento constituye el elemento comprometedor de la verdad, el elemento que se utiliza para comprometer al testigo a decir la verdad o lo que cree que es verdad de los hechos que percibió mediante su actividad sensorial, que serán reconstruidos o reproducidos en el discurso narrativo que realice al declarar libremente o al declarar conforme al interrogatorio dirigido, so pena de incurrir en falso

²¹³ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. pp. 102 y ss.

testimonio o perjurio perseguible penalmente, lo que atraviesa por tres momentos: la manifestación del operador de justicia al testigo invitándolo a prestar el juramento de ley, a decir la verdad o lo que crea que es verdad según su conciencia, de los hechos que se le pregunten; la pronunciación por parte del operador de justicia de la fórmula que considere idónea para la toma del juramento; y la aceptación o juramento que haga el testigo de decir la verdad de lo que se le pregunte.

Se dice que el juramento previo es uno de los requisitos sin los cuales la prueba de testigos o por testigos resulta inválida, existente pero de manera inválida e inapreciable judicialmente, utilizado por tiempos primitivos donde se invocaba a Dios como testigo de la verdad, colocándose el elemento religioso como constrictor de la verdad, de decir la verdad cuando se declarara, so pena de ofender a la divinidad.

GORPHE indica que el juramento constituye un solemne llamado a la conciencia, con invocación, expresa o no a Dios, a una divinidad o aquello que se tiene por sagrado; que [...] *Su eficacia depende la conciencia, moral o religiosa, del testigo: no sirve sino para los creyentes o lo honrados. Bien es verdad que tal eficacia se refuerza por el temor de la sanción penal que lleva consigo el perjurio; pero es muy sabido que demasiados perjuros se libran de ella en razón de la dificultad existente para confundir a los falsos testigos hábiles, sobre todo para la prueba de la intención del culpable, que apenas suele distinguirse del error. La experiencia de la curia demuestra que resultaría ingenuo apoyarse en esa relativa granaría, a menor de conocer las cualidades morales del testigo. El carácter obligatorio del juramento lo ha convertido en una formalidad usual y lo ha privado de valor; el juramento facultativo sería prestado, sin duda con mayor sinceridad.*²¹⁴

El punto de mayor discusión es la validez de la prueba ante la ausencia de juramento, temática que abordaremos conforme a la siguiente interrogante: **¿la falta de juramento invalida la prueba testimonial?** Para responder la interrogante repasemos que desde tiempos antiguos la fórmula del juramento tuvo siempre presencia religiosa, pero con el pasar del tiempo la misma fue cambiando por el honor y reputación del testigo hasta llegar simplemente a solicitarle el juramento de decir la verdad so pena de incurrir en falso testimonio perseguible penalmente; pero el problema real es conocer si en estos tiempos de nuevo siglo, donde hay una pérdida absoluta de valores, de la palabra, la sinceridad, la honestidad, donde la gente se vende por ideales políticos y por prebendas, el mantener la prueba por testigos -incluso su validez- dependiente del previo juramento de ley, resulta correcto y lógico, más aún, si luego que el testigo declara pero sin juramento la declaración puede ser válida y apreciable pro el judicante en la sentencia.

Al respecto y como lo hemos señalado en materia de posiciones juradas con juramento previo, afirmamos que con la poca credibilidad que tiene nuestro político Sistema de Justicia, especialmente el

²¹⁴ Francois GORPHE. *Apreciación Judicial de las Pruebas*. Editorial Temis. Bogotá, 1998. p. 313.

Poder Judicial en cabeza del Tribunal Supremo de Justicia, con la poca credibilidad en nuestros magistrados y jueces designados por meras cuestiones políticas -especialmente en la máxima instancia judicial donde observamos magistrados con pocas credenciales académicas que van desde no tener postgrado hasta simples especializaciones, carentes de maestrías y doctorados, así como de trabajos jurídicos escritos de calidad y reconocidos por la comunidad científica y académica, a propósito de aquellos casos de jueces destituidos del Poder Judicial que ahora ocupan plazas de flamantes magistrados de la República- con la pérdida de los valores humanos, de los principios éticos y morales de la sociedad, con una sociedad en descenso y activa solo ante los valores económicos e intereses patrimoniales, incluso con lo nefasta, irregular, politiquería e ideologías trasnochadas que llevan a pique a nuestro país, así como nuestra mediocre justicia penal que se ha prestado como órgano represivo de persecución, resulta difícil pensar que un sujeto –salvo un analfabeta- se vea comprometido con la justicia y con el Estado al tomársele el juramento; que se sienta realmente obligado a decir la verdad de lo que se le pregunte, so pena de violar las leyes divinas, su honor, credibilidad, honestidad e incluso de ser perseguido por el delito de perjurio, pensar lo contrario es desconocer la triste realidad social de nuestro país, nuestro podrido Sistema de Justicia y la politización de la oficina de gobierno llamada Poder Judicial, es sencillamente tener una visión miope del funcionamiento del Sistema de Justicia y de la sociedad misma, la cual no se mueve por la honestidad, la justicia, la verdad, el derecho y los valores, sino por el egoísta interés, la política y el dinero fácil, de manera que no podemos seguir fingiendo y engañándonos como si nada ha pasado especialmente en estos últimos dieciseis años de descomposición.

Partiendo de estas premisas, afirmamos que la falta de juramento de los testigos no puede volcarse en la invalidez de la prueba, preguntándonos si por ejemplo ¿en el sistema de procedimiento civil escrito, qué juez presencia el acto de evacuación de la prueba testimonial para percibir la conducta del testigo y calificar si está o no diciendo la verdad? La respuesta es evidente, los jueces no tienen contacto con el público que acuden ante ellos a pedir –mendigar- justicia, especialmente con ese instrumento maligno implementado por los ilustres magistrados que grismente pasaron por el Tribunal Supremo de Justicia, llamado “*Iuris 2000*”.

¿Es que realmente el juramento es garantía de seguridad, de veracidad, de honestidad, de verdad? Afirmamos que no, el juramento previo no es garantía –ni siquiera por amenaza de persecución penal- de verdad, de que el testigo dirá la verdad, solo su conciencia, su formación, sus valores y principios serán los que lo lleven a decir la verdad, no el juramento, pues ¿cuántos testigos juramentados han sido falsos al declarar?. Es imposible saberlo, pero precisamente el juramento no es el elemento que mueve al testigo a decir la verdad, serán otros los elementos que lo muevan, sobre todo en una sociedad enferma de política, corrompida y sin valores como hemos dicho, es que ¿más vale la palabra

de un hombre honesto sin juramento que la de un pillo juramentado? A nuestro entender la ausencia del juramento previo no vicia la prueba de invalidez, pues su presencia no es garantía de verdad, sinceridad y seriedad de la declaración y su ausencia, no exime al testigo de su responsabilidad de decir la verdad o lo que cree que es verdad, de manera que la ausencia de juramento no produce la invalidez de la prueba ello en función a lo siguiente argumentos que quedarían resumidos de la siguiente manera:

- a. El testigo no obstante a la falta de juramento, sigue obligado a decir la verdad de lo que se le pregunte.
- b. El juramento es un requisito banal en una sociedad en decadencia, enferma de política y sin valores ni principios.
- c. El juramento como requisito para exigir la responsabilidad penal por falso testimonio, resulta innecesario pues el mismo no garantiza que el testigo diga la verdad.
- d. El juramento, aún tomado, no es garantía de verdad, sinceridad, honestidad ni seriedad en la declaración.
- e. La falta de juramento puede ser convalidado por las partes, al no reclamarse en el mismo acto.

En este orden de ideas ya nuestro antecesor el maestro Humberto BELLO LOZANO, al escribir sobre el tema en el año de 1979, habría manifestado que el juez no podía de oficio declarar la nulidad de la declaración sin juramento; que la misma sólo podría declararse a instancia de parte; que si no se hacía el reclamo en el mismo acto, la prueba por testigo resultaba válida.²¹⁵ Por su parte nuestro padre el maestro Humberto BELLO-LOZANO MÁRQUEZ, también se inclinaría por la validez y eficacia de la prueba testimonial cuando no existiera el juramento y la parte no reclamara en el acto de testigos, agregando que el juez no podría esquivar su convicción en cuanto a lo afirmado por el testigo por la ausencia de juramento, siendo distinto el caso que la parte hubiera solicitado la nulidad, pues le impediría al operador de justicia observar el testimonio, tratándose el caso como si no se hubiere rendido la declaración, de manera que la nulidad solía declararse a instancia de parte y no de oficio.²¹⁶

Sin perjuicio de lo dicho, veamos cual ha sido el criterio sentado por el Tribunal de Casación en sede Civil, conforme a la sentencia que se transcribe a continuación.

La Sala para decidir, observa:

En el caso bajo estudio el Juez de la sentencia recurrida, **declaró nula la decisión emanada del a quo y ordenó reponer la causa al estado en el cual se tomara nuevamente declaración al testigo Rafael**

²¹⁵ Humberto BELLO LOZANO, ob. cit. p. 268.

²¹⁶ Humberto BELLO LOZANO MÁRQUEZ, ob. cit. p. 223.

González Fermín, cumpliendo previamente con la formalidad del juramento.

Ante dicha declaratoria, corresponde a esta Sala determinar si la reposición acordada por el Juez de alzada estuvo ajustada a derecho o si, por el contrario, contravino la ley y en consecuencia, violó el derecho a la defensa de la demandada hoy recurrente, al acordar una reposición indebida.

A tales efectos, se observa lo siguiente:

La ley ha rodeado a la prueba de testigos de garantías y solemnidades tendientes a asegurar su valor. Pues bien, de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Civil, se plantea:

1.- **El testigo antes de contestar prestará juramento de decir la verdad** y declarará su nombre y apellido, edad, estado, profesión y domicilio y si tiene impedimento para declarar (artículo 486).

2.- Los testigos serán examinados en público, reservada y separadamente unos de otros (artículo 485).

3.- El interrogatorio será formulado de viva voz por la parte promovente del testigo o por su apoderado (artículo 485).

4.- El testigo no podrá leer ningún papel o escrito para contestar: contestará verbalmente por sí solo a las preguntas que se le hicieren. Sin embargo, oídas las partes, podrá el Tribunal permitirle que consulte sus notas cuando se trate de cantidades y también en los casos difíciles o complicados en que la prudencia del Tribunal lo estimare necesario (artículo 498).

5.- Concluido el interrogatorio, la parte contraria o su apoderado, podrá repreguntar de palabra al testigo sobre los hechos a que se ha referido el interrogatorio u otros que tiendan a esclarecer, rectificar o invalidar el dicho del testigo (artículo 485).

6.-Cada pregunta y repregunta versará sobre un solo hecho (artículo 485).

7.- Sólo el Juez podrá interrumpir a los testigos en el acto de declarar, para corregir algún exceso. Deberá protegerlos contra todo insulto y hacer efectiva toda la libertad que deben tener para decir la verdad (artículo 488).

8.- El Juez podrá hacer al testigo las preguntas que crea convenientes para ilustrar su propio juicio (artículo 487).

9.- La declaración del testigo se hará constar en un acta que firmarán el Juez, el Secretario, el testigo y las partes o sus apoderados presentes, salvo que se haga uso de algún medio técnico de reproducción o grabación del acto, caso en el cual se procederá como se indica en el artículo 189 del Código de Procedimiento Civil (artículo 485).

10.- Terminada que sea la declaración y redactada el acta se la leerá al testigo para que manifieste su conformidad o haga las observaciones que se le ocurran; y luego la firmará con el Tribunal y las partes que hayan concurrido, si el testigo y las partes supieren y pudieren hacerlo (artículo 491).

11.- No podrán ser testigos en juicio: el menor de doce años, quienes se hallen en interdicción por causa de demencia, y quienes hagan profesión de testificar en juicio. (artículo 477)

12.- No puede tampoco testificar el magistrado en la causa en que esté conociendo; el abogado o apoderado por la parte a quien represente; el vendedor, en causas de evicción, sobre la cosa vendida; los socios en asuntos que pertenezcan a la compañía. El heredero presunto, el donatario, el que tenga interés, aunque sea indirecto, en las resultas de un pleito, y el amigo íntimo, no pueden testificar en favor de aquellos con quienes les comprenda estas relaciones. El enemigo no puede testificar contra su enemigo. (artículo 478)

13.- Nadie puede ser testigo en contra, ni en favor de sus ascendientes, o descendientes, o de su cónyuge. El sirviente doméstico no podrá ser testigo ni en favor ni en contra de quien lo tenga a su servicio. (artículo 479)

14.- Tampoco pueden ser testigos en favor de las partes que los presenten, los parientes consanguíneos o afines: los primeros hasta el cuarto grado, y los demás hasta el segundo grado, ambos inclusive. Se exceptúan aquellos casos en que se trate de probar parentesco o edad, en los cuales pueden ser testigos los parientes, aun cuando sean ascendientes o descendientes. (artículo 480)

16.- Toda persona hábil para ser testigo debe dar declaración. Podrán sin embargo, excusarse:

1º Los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado y los afines hasta el segundo.

2° Quienes por su estado o profesión deben guardar secreto respecto del hecho de que se trate. (artículo 481)

El que la ley rodee este medio de prueba de tantas garantías nos indica que no es potestativo de los tribunales subvertir estas reglas legales para la tramitación de la prueba, pues su estricta observancia es materia íntimamente ligada al orden público.

La juramentación del testigo antes de contestar, es un requisito establecido en el artículo 486 del Código de Procedimiento Civil, de cuyo cumplimiento se debe dejar constancia en el acta de examen del testigo conforme lo ordena el ordinal 2° del artículo 492 eiusdem.

El requisito de juramentación de los testigos se remonta al propio derecho romano y se ha conservado en numerosas legislaciones, incluida la venezolana. La doctrina moderna debate si la falta de juramentación del testigo acarrea la nulidad del acto o no. Sobre la función del juramento del testigo, el Tratadista Hernando Devis Echandía, en su obra Teoría Judicial de la Prueba Judicial, pp. 55, 56 y 110, señala lo siguiente:

“...Como una garantía de la veracidad del testimonio, se suele exigir el requisito del juramento previo; es un requisito formal para el debido cumplimiento del aspecto sustancial o de fondo de declarar todo lo que se sabe y nada más que esto, tal como se cree que es la verdad.

La efectividad del juramento se basa en la sanción penal por el perjurio y, en forma muy secundaria, en la fuerza moral del acto y las creencias religiosas del testigo; ese segundo aspecto ha perdido importancia, debido al relajamiento de las costumbres y a la disminución del fervor religioso. (...)

Cuando la ley exige, como en Colombia y Argentina –y también en Venezuela-, esta formalidad del juramento, el juez no puede excusarla ni las partes pueden renunciar a ella, porque se considera que el juramento garantiza el deber de veracidad...

Nosotros no vacilamos en considerar que es un requisito esencial para la validez del testimonio, salvo exoneración legal...”. (Subrayado de la Sala).

Dentro del régimen de nulidades desarrollado en el Código de Procedimiento Civil, el artículo 206 señala que la nulidad de los actos procesales no se declarará sino en los casos determinados por la ley, o cuando haya dejado de cumplirse en el acto alguna formalidad esencial a su validez.

En este sentido, desde el momento que el artículo 486 eiusdem, establece como requisito que el testigo antes de contestar debe estar juramentado, sin lugar a dudas estamos en presencia de una formalidad exigida por la ley para la validez del acto, por lo que su omisión acarreará la nulidad del mismo, nulidad ésta que, de conformidad con doctrina reciente de la Sala establecida en sentencia de fecha 13 de abril de 2000 caso José Manuel Hernández contra la sociedad mercantil Punto Tres C.A., expediente N° 99-825, sentencia N° 112, **no puede ser subsanada o convalidada por las partes,** pues si tal fuere el caso, la consecuencia de la subsanación sería precisamente borrar el vicio cometido **y, en consecuencia, que el testimonio, desde el punto de vista formal, sea válido.**

Sostener que la falta de juramentación de un testigo no acarrea su nulidad da lugar a dos posibles consecuencias, ambas indeseables: la primera que no obstante el mandato contenido en la ley para la juramentación del testigo, éste pueda ser ignorado por los jueces, en cuyo caso la ley sería letra muerta; y la segunda que, por las faltas de los jueces en el cumplimiento de las formalidades con que la ley ha revestido determinados actos procesales, las partes vieran disminuidas o lesionadas sus respectivas posiciones procesales.

Cuando la recurrida desecha el dicho del testigo por su falta de juramentación, no lo hace como consecuencia de un proceso de sana crítica, en el que le niega fe al testimonio, **sino que, por el contrario, lo desecha en forma objetiva por la falta de cumplimiento de una formalidad específica exigida por la Ley, esto es, la previa juramentación.**

Desechar del proceso una prueba promovida por una de las partes por un hecho imputable al Juez, como lo es el que no haya juramentado al testigo previamente a su declaración, es privar el

derecho probatorio del promovente y el de la comunidad de la prueba del contrario, por un hecho no imputable a éstas, con lo cual se estaría atentando directamente contra al derecho al debido proceso consagrado en artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Cuando un juez omite juramentar al testigo antes de que declare no sólo deja de observar el cumplimiento de una formalidad indispensable para la validez del acto, con todas las consecuencias que ésto le acarrea al proceso, sino que también quebranta disposiciones expresas de eminente orden público y constitucional en lo atinente al debido proceso.

En otro orden de ideas vale señalar, que omitir juramentar a un testigo antes de contestar, desvirtúa la solemnidad del acto y el carácter sancionador de la norma penal establecida en el artículo 243 del Código Penal, que castiga con prisión de quince días a quince meses al que deponiendo como testigo ante autoridad judicial, afirme lo falso, niegue lo cierto o calle, total o parcialmente, lo que sepa en relación a los hechos, sobre los cuales es interrogado, pues sin juramento previo será imposible subsumirlo dentro del supuesto delictual.

Por todas las razones antes expuestas esta Sala establece:

La falta de juramentación de un testigo, antes de contestar, constituye una irregularidad sustancial en la evacuación de la prueba, imputable al juez y que no puede ser subsanada o convalidada por las partes y que ocasiona la nulidad de ese acto aislado del procedimiento por la falta de cumplimiento de una formalidad esencial para su validez, y da lugar a la reposición para la renovación del mismo.

Como un correctivo a la doctrina antes expuesta y protegiendo en todo momento la utilidad de la reposición, esta Sala establece que **no será admisible la reposición para la renovación del acto de testigos por falta de juramento cuando:**

1.- La declaración del testigo verse sobre un hecho sin congruencia

alguna con los hechos litigiosos es decir, que no exista relación entre los hechos sobre los cuales el testigo va a declarar y los hechos controvertidos. De esta forma se descarta la posibilidad de declarar la reposición por una declaración referida a hechos manifiestamente impertinentes con lo discutido en el proceso.

2.- Los hechos sobre los cuales el testigo va a declarar no admitan, por voluntad de la ley, ser probados a través de la prueba de testigos o prohibidos por alguna otra regla legal expresa para el establecimiento de los hechos o de las pruebas.

3.- La prueba de testigo sea ineficaz por no haber sido promovida de conformidad con los requisitos establecidos en la ley, como sucede, con la prueba promovida extemporáneamente. En otras palabras, la prueba ha debido ser configurada sin quebrantar ninguna norma jurídica expresa para su establecimiento.

4.- La prueba de testigos sea inadmisibile de conformidad con alguna disposición expresa de la ley.

5.- La prueba sea manifiestamente ilegal.

6.- En el caso de que se haya dictado la sentencia definitiva en segunda instancia, los hechos sobre los cuales el testigo va a declarar hayan quedado soberanamente establecidos por otros medios de pruebas valorados por el juez o establecidos con base en otra prueba que por disposición de la ley tiene mayor eficacia probatoria.

Con los postulados antes expuestos se complementa la doctrina establecida por esta Sala en sentencia de fecha 24 de mayo de 1972, caso Compañía Anónima Sanher contra la Compañía Anónima Odarycca, sentencia N° 61, la cual es del tenor siguiente:

“...En efecto, este caso de infracción de regla de valoración probatoria se configura cuando (los jueces) a una prueba que no reúna lo requisitos exigidos por la Ley, le hayan dado, sin embargo, los

efectos que ésta le atribuye, como si estuviera debidamente hecha. Es decir, que el Juez no debe acoger el mérito de una prueba que adolece de irregularidad sustancial cometida en su promoción o en su evacuación, como sería por ejemplo, el caso de una prueba promovida extemporáneamente, o el de un testigo que haya rendido declaración sin haber sido previamente juramentado...” (Gaceta Forense N° 76, p. 547) (Subrayado de la Sala).

En consecuencia, el Juez no puede acoger el mérito de la prueba de testigos cuando el testigo rinda declaración sin haberse juramentado previamente, pues la prueba adolece de irregularidad sustancial cometida en su evacuación.

Ahora bien, de conformidad con la doctrina establecida en el presente fallo, **la falta de juramento puede dar origen a la renovación del acto si se pretende un fin útil y se cumplen los supuestos previstos en la presente decisión.** Así se establece.²¹⁷

De la sentencia antes transcrita puede apreciarse que el juramento previo para la declaración del testigo, es considerado por la Sala de Casación Civil como un requisito de validez de la prueba, tal como lo sostiene DEVIS ECHANDÍA, quien es citado como argumento de autoridad, de manera que la falta de juramentación del testigo obedece a una cuestión de orden público que no puede ser desatendida o inobservada por el operador de justicia, que produce la nulidad del acto aislado del proceso y la eventual reposición de la causa para la renovación del acto, ello a propósito de no ser el vicio convalidable. Los dos argumentos fundamentales para sostener la tesis en comento, se basan en que se trata de un requisito procesal de orden público que no puede ser inobservado por el juzgador, quien además, no podría aplicar o no la norma –conteniva del juramento- cuando le complaciera, a su libre voluntad y que produciría una vulneración de la posición procesal de las partes, lo cual lleva a la Sala Civil a establecer que estas son

²¹⁷ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, N° 482, de fecha 20 de diciembre de 2001, con ponencia del magistrado Carlos OBERTO VÉLEZ, expediente N° 00-1046. Este criterio también se sostuvo en sentencia de fecha 13 de Abril de 2000, N° 112, con ponencia del magistrado Antonio RAMÍREZ JIMÉNEZ, expediente N° 99-825. Igualmente la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en decisión de fecha 16 de Diciembre de 2003, N° RC803, con ponencia del magistrado Juan RAFAEL PERDOMO, expediente N° 03382, mantiene el criterio de la nulidad de la prueba cuando no se toma el juramento previo, siendo un requisito de orden público no convalidable. Mas recientemente puede consultarse la sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, N° RC-00042, de fecha 29 de Marzo de 2005, con ponencia de la magistrado Isbelia PÉREZ DE CABALLERO, expediente N° 03778.

dos consecuencias no deseadas, pero hagamos algunas observaciones siguiendo los párrafos de la decisión.

Señala la sentencia de la Sala de Casación Civil, que [...] *Sostener que la falta de juramentación de un testigo no acarrea su nulidad da lugar a dos posibles consecuencias, ambas indeseables: la primera que no obstante el mandato contenido en la ley para la juramentación del testigo, éste pueda ser ignorado por los jueces, en cuyo caso la ley sería letra muerta; y la segunda que, por las faltas de los jueces en el cumplimiento de las formalidades con que la ley ha revestido determinados actos procesales, las partes vieran disminuidas o lesionadas sus respectivas posiciones procesales.*”. Al respecto observamos que la Sala de Casación Civil enfoca en forma errada el planteamiento del problema, pues lo que se debate no es que el juez pueda o no obviar la norma del juramento, ni que sea letra muerta en la ley, mucho menos que quede a su discreción, el punto o tema realmente abordado es si la prueba testimonial resulta válida cuando el operador de justicia, por motivos de descuido u olvido no tomó el juramento de ley. En este sentido el enfoque de la Sala Civil resulta incorrecto, pues es cierto que la ley reviste al acto de una formalidad previa, como lo es el juramento, que no quede a disposición o discreción del juez, sino que es su obligación tomar el juramento previo, pero el problema es saber si la prueba resulta válida o no, cuando el juez no toma el juramento, por lo que partiendo de lo que realmente es el problema que se plantea –no el señalado por la Sala Civil, pues en cuanto a la obligación de tomar el juramento y al carácter de orden público de la norma, nadie lo discute- no existe concordancia entre el problema original y lo decidido por la Sala, motivo por el cual los argumentos esgrimidos no dan una solución al problema de la validez de la prueba sin juramento, el cual puede solucionarse dándole validez a la prueba no obstante a la falta de juramento, pero apercibiendo al juzgador a que no vuelva a inobservar la ley.

Siguiendo con el punto anterior observemos que la Sala Civil solo se limita a declarar la nulidad del acto aislado –prueba testimonial sin juramento- y a ordenar la reposición de la causa, sin tomar en consideración que puede suceder que esa prueba no pueda realizarse nuevamente –renovarse el acto- bien por incapacidad o muerte sobrevenida del testigo, incluso por renuncia que haga la parte, la cual sería válida pues la prueba evacuada o materializada fue anulada y al no constar la resueltas en las actas procesales no se activa el principio de la comunidad de la prueba, pudiendo suceder también que las nuevas declaraciones no sean ya espontáneas como las primeras y el testigo cambiara su versión. Estos son típicos problemas que pudieran presentarse en este nuevo acto de testigos, el cual insistimos pudiera ser una prueba fundamental cuya renovación se habría acordado, pero que no llegara a materializarse posteriormente, por lo cual nos preguntamos ¿cómo queda el derecho constitucional de acceso al sistema probatorio, a la defensa y de la tutela judicial efectiva?. La solución no es tan fácil como lo pretende la Sala -especialmente el ponente de la sentencia que en su pasar por el Tribunal de Casación nada de

importancia aportó al asunto civil y de la casación- que por demás cambia totalmente el rumbo de lo realmente discutido, vale decir, si la falta de juramento produce la nulidad del acto, a lo que afirmamos que la falta de juramentación del testigo no invalidará la prueba, lo cual nada tiene que ver con la obligatoriedad o carácter de orden público o no de la norma procesal que consagra el juramento previo.

El otro argumento de la Sala de Casación Civil, referido a que [...] *las partes vieran disminuidas o lesionadas sus respectivas posiciones procesales...*” afirmamos que nada tiene que ver con el problema real, pues el falta de juramento o no, en nada afecta la posición de las partes, ya que siguiendo con el criterio de la Sala el vicio se convalidaría con la renovación del acto; pero al contrario de lo sostenido por la Sala Civil, si habría una lesión de las posiciones procesales de las partes, si la prueba fuera anulada, ordenada su renovación y no pudiera volverse a materializar la misma.

Posteriormente sostiene la Sala de Casación Civil [...] *Desechar del proceso una prueba promovida por una de las partes por un hecho imputable al Juez, como lo es el que no haya juramentado al testigo previamente a su declaración, es privar el derecho probatorio del promovente y el de la comunidad de la prueba del contrario, por un hecho no imputable a éstas, con lo cual se estaría atentando directamente contra al derecho al debido proceso consagrado en artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.*” Este argumento se contradice con la propia decisión, pues si sostenemos que la falta de juramento no invalida la prueba testimonial, se garantizaría el derecho del proponente y de su contendor judicial vía comunidad de la prueba, ya que declarar la nulidad del acto y su renovación si la prueba no se materializara nuevamente, sí habría vulneración constitucional. Pero la Sala de Casación Civil, nuevamente entra con contradicción, señalando que no obstante a que la falta de juramento del testigo es cuestión de orden público que no puede ser convalidada por las partes, que genera la nulidad del acto y su renovación, luego expresa que [...] *no será admisible la reposición para la renovación del acto de testigos por falta de juramento cuando...*”, estableciendo un conjunto de casos donde la falta de juramentación del testigo no sería viable para declarar la nulidad y consecuencia reposición y renonación del acto, casos que se refieren a la pertinencia, relevancia, conducencia y legalidad de la prueba testimonial. Observemos que como hemos señalado, el testigo en el nuevo acto que se hace vía renovación, perfectamente pueda producir una declaración diferente que sí resulte pertinente, idónea, conducente, legal, incluso lícita, circunstancia esta por donde no se paseo la Sala de Casación Civil, que produce no solo una doctrina errática, sino contradictoria, de manera que en puridad de verdad, los casos excepcionales que según la Sala Civil no

producen la nulidad del acto por falta de juramentación del testigo, tienden más bien a no producir nulidades y reposiciones inútiles y a no fomentar tanto la casación inútil como la múltiple.

Sin perjuicio de lo dicho y de nuestra posición respecto a la validez de la prueba cuando falta el juramento, siguiendo con el estudio de esta institución nos preguntamos: **¿como podría ser la fórmula del juramento?** Al respecto el maestro PARRA QUIJANO refiriéndose al artículo 227 del Código de Procedimiento Civil colombiano, señala que el juez podría exigir el juramento de decir lo que le conste sobre los hechos que se le pregunten y de que tenga conocimiento, previniéndolo sobre la responsabilidad penal en que incurre quien jura en falso, de manera que pudiera formularse de la siguiente forma: *“jura el testigo decir lo que le conste sobre los hechos que se le pregunten y de que tenga conocimiento, so pena de ser responsable por incurrir en falso juramento”*.²¹⁸ Por su parte maestro DEVIS ECHANDÍA nos ofrece la siguiente fórmula: *“jura usted declarar todo lo que sepa y nada mas que esto, de acuerdo a lo que de buena fe considera usted que es la verdad, sobre los hechos que serán objeto del interrogatorio”*.²¹⁹ ROCCO señala la siguiente fórmula del juramento: [...] *Consciente de las responsabilidades que con el juramento asumís ante Dios y ante los hombres, juráis decir la verdad, nada más que la verdad.”*²²⁰

Una fórmula sencilla pudiera ser esta: *“jura decir la verdad sobre los hecho objeto del interrogatorio”* o *“jura el testigo por su honor decir la verdad o lo que según su creencia sea verdad, de los hechos controvertidos que se le pregunten en el interrogatorio y de los cuales tenga conocimiento”*. Lo importante es destacar que no existe una fórmula determinada, quedando en la persona del operador de justicia utilizar la que considere más conveniente, e invocando el carácter constrictor que considere más correcto.

Pero **¿qué pasa cuando el testigo se rehúsa a dar juramento?** La respuesta nos la ofrece el maestro Hugo ALSINA señalando que al efecto importará la negativa del testigo a declarar y consecuentemente incurrirá en el delito de desobediencia. Respecto a la persona que siendo funcionario público es llamado como testigo en un caso determinado, pero no en condición de tal –funcionario- debe prestar el juramento, pero cuando es llamado en función a su oficio público no requiere del juramento pues ello lo hizo al tomar posesión del cargo.²²¹

4.2.6. La prueba debe cumplir los demás requisitos de modo, lugar y tiempo.

²¹⁸ Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. p. 207.

²¹⁹ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. p. 110.

²²⁰ Ugo ROCCO. Ob. cit. V. III. p. 140.

²²¹ Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. pp. 598 y ss. Puede verse igualmente a Lino Enrique PALACIO. Ob. cit. T. IV. p. 618.

Para la validez de la prueba por testimonio, deben conjugarse los elementos de modo, tiempo y lugar para la celebración del acto de declaración o deposición del testigo, sin lo cual la prueba no resulta válida, so pena de incurrir en violación de norma jurídica expresa contentiva del establecimiento de las pruebas, especialmente de la prueba en estudio conforme a lo previsto en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil. Sobre este punto y concretamente el estudio del lugar, modo y tiempo de la prueba por testigos, será analizado más adelante.

4.2.7. Ausencia de elementos que invaliden el proceso y consecuentemente la prueba.

Se refiere a que la prueba por testimonio se haya producido en un proceso limpio o inmaculado, incluso, que la prueba sea limpia o inmaculada, pues de producirse la nulidad procesal que afecte la prueba por testigos, lógicamente que ésta será nula, mas si existe la nulidad de las actas del proceso y la consecuente reposición de la causa, puede que la prueba de testigos no se afecte por haberse garantizado en la misma los derechos constitucionales de control y contradicción. La nulidad del proceso por subversión del mismo, si la declaración testimonial se ha producido cumpliéndose las garantías constitucionales procesales, la prueba no debe afectarse por la nulidad de los demás actos del proceso, de manera que no requiera que se repita la misma, pero si se ha producido o materializado en un proceso plagado de vicios, donde no se haya respetado el derecho a la defensa de las partes, especialmente el derecho a controlar y contradecir la prueba de testimonio, la misma será nula, estará viciada y deberá repetirse.

4.3. Requisitos de eficacia.

4.3.1. La conducencia o idoneidad de la prueba.

Como todo los medios de prueba judicial es necesario para que la misma sea eficaz, que cumpla con el requisito de conducencia o idoneidad del medio, que el medio sea viable para demostrar el hecho concreto de que se trate tal como lo hemos expuesto en otro momento, pues existen algunos hechos que solo aguantan un andarivel probatorio, tal es el caso de los actos solemnes que deben estar contenidos en instrumento públicos *ad solemnitaten*, tales como el matrimonio, la garantía hipotecaria, capitulaciones matrimoniales entre otros, no siendo en consecuencia la prueba por testigos idónea para la demostración de dichos hechos, volviéndola ineficaz, de manera que la conducencia o idoneidad del medio de prueba es indispensable como requisito de eficacia de la prueba testimonial, pero **¿en qué momento se determina la conducencia o idoneidad del medio probatorio?**

La respuesta a esta pregunta se ubica en la admisibilidad de la prueba por testimonio, donde es exigido el requisito de la identificación del objeto de la prueba o apostillamiento, de manera que la parte proponente debe señalar qué hechos controvertidos, discutidos o debatidos pretenden demostrarse con la prueba de testigos, lo que no significa que deba aportarse anticipadamente el interrogatorio, pues no se exige –salvo el caso excepcional de las personas que están exceptuadas de comparecer al tribunal a declarar, previsto en el artículo 495 del Código de Procedimiento Civil- bastando que se pueda saber, qué hechos debatidos pretenden demostrar con la prueba propuesta, circunstancia esta de suma importancia y que permite al juzgador y al contendor judicial no promovente, determinar la legalidad, relevancia, pertinencia, conducencia o idoneidad de la prueba por testigo, incluso la licitud de la misma. En este sentido la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado:

Esta Sala comparte los criterios expuestos por el citado autor, acogidos por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, **pero con el añadido que también en los casos de prueba de testigos y de confesión debe indicarse el objeto de ellas; es decir, los hechos que se tratan de probar con tales medios.**

En efecto, sólo de esa manera se puede explicar el texto del artículo 398 del Código de Procedimiento Civil, cuando señala que en el auto de admisión de las pruebas el Juez “...*ordenará que se omita toda declaración o prueba sobre aquéllos hechos en que aparezcan claramente convenidas las partes*” (Subrayado de la Sala).

Lo anterior no significa que al momento de promover la prueba, el interesado deba dejar constancia detallada de las preguntas que formulará al testigo o a la contraparte sino que debe exponer la materia u objeto sobre la cual versará la declaración, permitiendo de esa manera saber si lo que trata de probar, con la prueba de testigos, es una obligación superior a dos mil bolívares o lo contrario a lo que contiene un documento público, o si la confesión versará sobre hechos pertinentes de los cuales la parte tenga conocimiento personal o si se trata de hechos realizados por el apoderado en nombre de su poderdante. Si no se cumple con este requisito no existirá prueba válidamente promovida, hecho que se equipara al defecto u omisión de promoción de prueba.

Lógicamente, para que pueda existir el vicio de silencio de pruebas es menester que existan pruebas válidamente promovidas desde luego que, de lo contrario, cada vez que un juez valore las resultas de una prueba promovida sin señalar su objeto específico estará quebrantando su deber de decidir conforme a lo alegado y violando el principio de igualdad procesal por sacar

elementos de convicción de fuera del proceso, ya que, como se dijo en el punto previo III de este fallo, la actuación procesal inválida equivale a actuación inexistente y por ende ningún efecto puede producir.²²²

Como se observa en materia de prueba por testigos, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia también exige el requisito de la identificación del objeto de la prueba, criterio contrario al sostenido por alguna doctrina,²²³ que venía señalando que por vía de excepción para su promoción no se requería el señalamiento expreso del objeto de las mismas, pues al ser formuladas las preguntas respectivamente, al momento de la materialización o evacuación de las pruebas, era hasta ese momento cuando podría verificarse la pertinencia, relevancia, conducencia, legalidad o licitud de la prueba, quedando de esta manera diferida la oposición para el momento de la evacuación de la prueba - oposición diferida- donde podía la parte oponerse “diferidamente” a la prueba, por ser ilegal, impertinente, irrelevante, inconducente o ilícita, haciendo uso al efecto de la vía de la reclamación o reclamo contenida en el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil, quedando obligado el operador de justicia a pronunciarse sobre esta circunstancia en el mismo acto, pero el criterio sostenido por la Sala Civil extiende el requisito de la identificación del objeto de la prueba a la prueba por testigos, exigiéndose al promovente señalar en forma expresa, no las preguntas que se formularán, sino la materia u objeto sobre la cual versará la declaración, todo lo cual permite precisar si la prueba promovida es legal, pertinente, irrelevante, conducente o lícita.

Observamos que se trata mas bien de un requisito de admisibilidad que debe ser determinado por el operador de justicia al momento de providenciar las testimoniales propuestas, mas si la prueba irregularmente propuesta logra burlar la barrera de la admisión, deberá ser desechada en la sentencia definitiva por irregularmente promovida, indistintamente que se haya evacuado, e incluso, su no valoración no produce el vicio de silencio de pruebas, ya que se trata de una prueba irregularmente propuesta.

El profesor español CHOZAS ALONSO al tratar el tema en el marco de la L.E.C. 1/2000, nos dice que [...] *Aunque la LEC no lo prevea expresamente como requisito formal, debiera ser consustancial a la dinámica de proposición y admisión de la prueba testimonial que el proponente precise con claridad la materia sobre la que desea preguntar a un testigo y su razón de ciencia. De no ser así, difícilmente la otra parte podrá objetar la admisión de dicho*

²²² Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, N° 363, de fecha 16 de noviembre de 2001, con ponencia del magistrado Franklin ARRIECHE GUTIERREZ, expediente N° 00-132. Igualmente puede verse en sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 3406 de fecha 04 de diciembre de 2.003, con ponencia del “ilustre” Jesús Eduardo CABRERA ROMERO, expediente N° 03-1336.

²²³ Jesús Eduardo CABRERA ROMERO. Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre. T. I. Ediciones Jurídicas ALVA S.R.L. Caracas, 1997.

*testimonio y, lo que es más importante, el juez carecerá de elementos suficientes para decidir acerca de la pertinencia de la prueba propuesta.”*²²⁴

4.3.2. Pertinencia del hecho objeto del testimonio y que el mismo sea útil.

Resulta otro de los elementos esenciales de toda prueba judicial y que también hemos analizado ampliamente, ya que en el proceso el tema de la prueba judicial son los hechos enunciados por las partes como fundamentos de sus diversas pretensiones o excepciones, controvertidos y no eximidos de prueba, de manera que solo los hechos enunciados y discutidos serán tema de la prueba judicial y siendo la declaración testimonial un medio de prueba judicial, no escapa de la pertinencia que debe recaer sobre los hechos que se reconocen, sin lo cual la prueba no será eficaz.

En cuanto a la utilidad del medio probatorio, se identifica con la relevancia de la prueba por testigos, que efectivamente la prueba o la declaración rendida haya servido para reconstruir o reproducir los hechos sean que relevantes para la solución del conflicto judicial. La prueba testimonial para demostrar hechos presumidos por la ley, notorios, indefinidos, afirmativos o negativo absolutos o hechos no traídos a los autos por las partes, resulta una prueba inútil.

En cuanto al requisito que el hecho haya sido alegado por las partes, encontramos que también se refiere a los elementos esenciales de todo medio de prueba judicial, pues solo aquellos hechos que han sido aportados –enunciados de manera institucional- por las partes en el proceso judicial, a través del envoltorio del alegato de pretensión o exceptivo, de acusación o defensa, es que podrá ser tema de la prueba judicial, dado que si el hecho no ha sido aportado por las partes, el operador de justicia no puede oficiosamente traerlo al proceso, como consecuencia de la prohibición que le impone el principio dispositivo, de manera que para que el hecho declarado vía testimonial pueda ser eficaz, en otros términos, para que la prueba por testigos pueda ser eficaz, debe indefectiblemente tratarse de un hecho aportado o traído al proceso por las partes, bien como alegatos de pretensión o de excepción, de la acusación o la defensa.

4.3.3. Que la declaración tenga causa y objeto lícito, no siendo dolosa o fraudulenta.

Este requisito también se ubica en todas las pruebas judiciales, pues se trata de la regulación constitucional que prohíbe la prueba ilícita –artículo 49 constitucional- que lógicamente se exige en materia de prueba por testigos, debiendo ser la misma lícita tanto en su causa como en su objeto, no pudiendo ser

²²⁴ José Manuel CHOZAS ALONSO. Ob. cit. p. 104.

consecuencia de procedimiento dolosos o fraudulentos, punto éste ampliamente analizado en otro momento.

4.3.4. Que el testigo tenga capacidad mental al momento de percibir el hecho.

Este requisito de eficacia se encuentra dirigido a que el testigo para el momento que percibió los hechos a través de su actividad sensorial o simplemente los presencié o captó, se encontrara en pleno uso y goce de sus facultades mentales, no existiendo elementos internos o externos, temporales o permanentes que afectaron la condición mental del testigo al momento en que percibió el hecho, como demencia temporal, alucinaciones, efectos o trastornos psicológicos, estado de ebriedad, trastornos, crisis emocional, enfermedad, traumatismos, estar dopado o drogado, o cualquier otro agente que afectara su capacidad mental para percibir, captar y almacenar el hecho en su memoria, pues lógicamente, una persona que no está en pleno goce de sus capacidades mentales, mal puede percibir los hechos en una forma correcta o idéntica a como sucedieron, siendo propenso a adicionar o suprimir datos esenciales de los hechos percibidos, hasta el punto de cambiar totalmente la versión de cómo sucedieron los hechos. Este requisito se refiere a la sanidad mental del testigo, no al declarar en el proceso judicial, sino al momento de percibir los hechos que puede narrar posteriormente, pues puede suceder que en el momento que percibió los hechos no se encontraba en plena capacidad mental, la cual sí puede tener al momento de rendir la declaración.

Pero la incapacidad puede no ser total sino parcial, que no sea capaz de alterar por completo los sentidos del testigo al momento de percibir los hechos, como sucede en los casos de ebriedad parcial, que el testigo haya tomado una cantidad modesta de licor sin llegar a perder la conciencia y recordándose de lo sucedido, incluso trastornos y alucinaciones producidas por la ingesta de drogas que no dejen en estado de incapacidad total al testigo, casos en los cuales el judicante debe tener en cuenta las circunstancias y apreciar, mas aún, evaluar cada caso concreto para darle o no eficacia al dicho del testigo.

4.3.5. Que el testigo no adolezca de falta total o defectos del órgano por medio del cual dice haber percibido los hechos.

Es lógico que el testigo no resulta apreciable si declara haber visto los hechos que se debaten en el proceso, cuando para el momento de su ocurrencia era ciego; que oyó los hechos cuando desde que nació es sordo, vale decir, que la prueba no es eficaz cuando el testigo adolece o tiene problemas con los sentidos que pudo haber utilizado para captar o percibir los hechos sobre los cuales recae se discurso

narrativo. También puede darse el caso que el testigo declare haber visto a una determinada persona, pero que se demuestre que el mismo es miope de fórmula avanzada y no tenía puesto para ese momento los lentes, incluso que no tenía el aparato auricular cuando dice haber oído los hechos. En caso de defecto temporal o que pueda ser corregido –como la vista o el oído- el operador de justicia debe evaluar cada caso en específico para determinar si la prueba es eficaz o no.

4.3.6. Que el testigo tenga una capacidad memorativa normal, de acuerdo a la antigüedad de los hechos y a su edad.

Como hemos expresado en puntos anteriores puede transcurrir mucho tiempo desde el momento que el testigo percibió los hechos y el momento en que efectivamente los reproduce o reconstruye mediante su discurso narrativo judicial, circunstancia ésta a la cual se suma el avance de la edad del testigo, que hace mermar su memoria. En estos casos para la eficacia de la prueba testimonial se requiere que el testigo tenga una memoria normal, de manera que un testigo que declara en forma exacta, sin equivocación sobre la forma como ocurrieron los hechos, con la expresión de los mínimos detalles existiendo un tiempo abultado entre el momento en que ocurrieron y su declaración, puede considerarse perfectamente como un testigo preparado y sospechoso, pues las máximas de experiencia deben llevar al operador de justicia a precisar, que no resulta lógico ni creíble que mucho tiempo después de ocurridos los hechos y con el avance de edad del testigo que hace mellas en la memoria, se produzca una reproducción o reconstrucción exacta, detallada y precisa de los hechos, aún cuando es posible que existan esta clase de personas cuya memoria es privilegiada, pero en todo caso, esto debe ser apreciado por el juzgador para la eficacia probatoria de la declaración testimonial.

Por otro lado el operador de justicia debe apreciar la capacidad memorativa del testigo, pues un testigo que al responder insiste en no acordarse de los hechos por haber transcurrido mucho tiempo, que tiene un recuerdo vago, resulta un testigo que no ofrece credibilidad y eficacia para establecer los hechos tal como ocurrieron.

4.3.7. Inexistencia de circunstancias objetivas o subjetivas que alteren la fidelidad de las percepciones o la memoria del testigo.

Se trata de cualquier elemento interno o externo diferente a la pérdida de la memoria, al tiempo lejano en que ocurrieron los hechos, así como incapacidad mental permanente o transitoria del testigo, que puedan alterar, tanto la percepción de los hechos como su memoria, como pudiera suceder en los casos de

descuido, de falta de atención a los hechos, de atención a otros hechos diferentes a los discutidos en el proceso y que ocurrieron paralelamente con los hechos debatidos y percibidos por el testigo, el ruido que pudo existir en un momento determinado que afectó el sentido auditivo, el pánico o miedo, incluso la alegría que se tenía en un momento determinado, que perfectamente pueden influir en la captación de los hechos y en la memoria del testigo restándole eficacia probatoria a la declaración.

4.3.8. Que no exista interés personal o familiar del testigo en el proceso o interés sobre el hecho a declarar.

Esto se refiere a la inexistencia de causales de inhabilidad o incompatibilidad relativa del testigo para declarar en procesos donde sean partes su cónyuge, parientes consanguíneos o afines, que lógicamente influyen en el ánimo de imparcialidad del testigo, los cuales analizaremos posteriormente; pero el interés también puede girar en torno a los hechos sobre los cuales depone, circunstancias éstas que también afectan la eficacia probatoria de la declaración, pues el testigo siempre debe ser imparcial, tanto con relación a la causa como en relación a los hechos que deponga.

El tema de las inhabilidades e incompatibilidades como hemos estudiado se conecta con la valoración de la prueba, como su eficacia, quedando a la prudencia del juez mediante la utilización de la sana crítica el analizar si la persona del testigo o su declaración evidencian algún interés, que de alguna manera puedan afectar la veracidad de su declaración, como el caso de los abogados de las partes, víctima, coimputados, amigos, enemigos, sirvientes domésticos, socios y cualquier otro que permita, por su relación con las partes en el proceso evidenciar algún interés que haga sospechoso su testimonio. En todo caso la prueba es admisible y toda limitación al respecto a través del método o sistema de inhabilidades o incompatibilidades, debe reverse por control difuso o reinterpretación constitucional de las normas procesales y probatorias, al tratarse de un requisito que debe ser apreciado al momento de valorar la prueba, tal y como lo hemos dejado de manifiesto.

4.3.9. Ausencia de antecedentes de perjurio, falsedad o deshonestidad del testigo.

Es un requisito fundamental que quien tiene antecedentes de ser una persona deshonesto, mentiroso, que ha incurrido y se le ha declarado judicialmente el perjurio o la falsedad, resulta un testigo ineficaz, cuya declaración debe ser apreciada cuidadosamente por el operador de justicia. Las condiciones del testigos, su vida, cultura, formación y desarrollo, son elementos esenciales que debe apreciar el juez, para

determinar la veracidad o falsedad de lo que declara e imprimirle a su declaración mayor o menor eficacia probatoria, incluso, negarle toda eficacia probatoria.

4.3.10. Que el testimonio contenga el denominado “razón del dicho” o los motivos o fundamentos de la ciencia o conocimiento del testigo.

Este resulta uno de los requisitos fundamentales para la eficacia de la prueba testimonial y que debe ser cuidadosamente apreciada por el operador de justicia, referido a que el testigo debe fundamentar o motivar su dicho, su ciencia o conocimiento de los hechos percibidos a través de su actividad sensorial, lo cual ha recibido el nombre de “razón del dicho”.

Pero ¿qué es la razón del dicho del testigo?

PARRA QUIJANO al referirse al tema lo denomina “razón de la ciencia o conocimiento del testigo” señalando que el testigo debe dar la razón de su dicho, explicando suficientemente cuáles fueron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que llegaron a su conocimiento los hechos que narra.²²⁵

DEVIS ECHANDÍA al referirse al tema expresa que la ciencia o razón del dicho se encuentra referida al deber que tiene el testigo de explicar o fundamentar sus respuestas.²²⁶

ALSINA también se refiere al asunto que nos ocupa escribiendo que [...] *Los testigos deberán dar la razón de su dicho; si no lo dieran el juez la exigirá (art. 193). Si el juez no conociese el motivo en que el testigo funda su declaración, o sea las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que conoció el hecho sobre el cual depone, carecería de un elemento fundamental para valorar el testimonial, pues ello le permitirá establecer si se trata de un testigo presencial o de referencia, si su testimonio importa sólo una opinión o es en realidad la relación de un hecho visto u oído, si hay o no complacencia en su declaración. Cuando las preguntas versen sobre hechos personales, no es indispensable que explique la razón de su dicho, pues bastará referirse a la intervención que ha tenido en ello, lo cual resultará además de su propia declaración. La razón del dicho puede darse al contestar cada pregunta o a la terminación del examen, pues no se trata de una formalidad sino de una convicción que se cumple de cualquier modo que se explique la forma de conocimiento por parte del testigo.*”²²⁷

²²⁵ Jairo PARRA QUIJANO, ob. cit. p. 299.

²²⁶ Hernando DEVIS ECHANDÍA, ob. cit. p. 122.

²²⁷ Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. pp. 607 y ss.

BACRE también hace referencia a la razón del dicho en los términos del artículo 445 del CPN que indica [...] *El testigo contestará sin poder leer notas o apuntes, a menos que por la índole de la pregunta, se le autorizara. En este caso, se dejará constancia en el acta de las respuestas dadas mediante lectura. Deberá dar siempre la razón de su dicho; si no lo hiciera, el juez la exigirá.*” Indica que la razón del dicho constituye un deber del testigo expresarlo, exponer las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que conoció el hecho sobre el cual depone, para que el juez pueda conocerlo si es testigo personal o de referencia, si su testimonio importa sólo una opinión o es en realidad la relación de un hecho percibido por sus sentidos, si hay o no comparecencia en su declaración y en definitiva, para poder valorar dicho testimonio.²²⁸

La **razón de la ciencia o conocimiento del dicho del testigo o la razón del dicho del testigo**, no es otra cosa que las explicaciones, fundamentos o razones que debe dar el testigo en las respuestas que dé al interrogatorio que se le haga, para que reconstruya o reproduzca los hechos controvertidos que percibió en un momento anterior, pero que pueden subsistir al momento del discurso narrativo, razón del dicho que debe realizarse en relación a dos circunstancias a saber: primeramente el modo, lugar y tiempo en que ocurrieron los hechos sobre los cuales versan sus respuestas; y en segundo término, lugar, modo y tiempo cómo percibió los hechos. De esta manera el testigo debe explicar en el proceso, al momento de reproducir o reconstruir los hechos, dónde, cómo y cuándo sucedieron los mismos y dónde, cómo y cuándo los percibió, pues serán éstos los elementos que le indicarán al juzgador, si efectivamente el testigo estuvo presente en el lugar o momento donde ocurrieron los hechos o si los pudo percibir, así como el hecho referido a si el testigo efectivamente pudo percibirlos, razón del dicho que será imprescindible para la eficacia probatoria de la declaración testimonial, lo que podrá realizar al responder cada pregunta o al final del interrogatorio, de manera que pudiéramos sugerir en la práctica que al final del interrogatorio dirigido, la parte le preguntara al testigo la razón de su dicho, dónde, cómo y cuando ocurrieron los hechos y la forma como los percibió, incluso si fueron realizados directamente por él, la forma en que efectivamente ocurrieron.

Cuando el testigo declara que no conoce los hechos, que no los presenció o las respuestas no contienen motivación, fundamento o razón de la ciencia o conocimiento del testigo, la misma deberá ser inapreciada por el operador de justicia, pues debe existir en el proceso, en las respuestas la explicación de dónde, cómo y cuándo ocurrieron y se percibieron los hechos sobre los cuales declara el testigo, circunstancias éstas que serán apreciadas por el judicante a través de la sana crítica cuya lesión puede ser censurada vía recursiva ordinaria o extraordinaria.

²²⁸ Aldo BACRE. Ob. cit. T. III. p0. 260 y ss. Véase también a Jorge L. KIEMANOVICH. Ob. cit. pp. 234 y ss.

La razón de la ciencia o conocimiento del testigo, debe aparecer en la declaración, en forma clara, precisa, determinada, exacta, completa, posible, no solo en cuanto a la ocurrencia del hecho sino y como dijimos a su percepción por el testigo, lo que se analizará al momento de la sentencia y permitirá al juez conocer si el testigo está diciendo la verdad o no sobre lo que se le ha preguntado.

4.3.11. Que no aparezca imposible la ocurrencia del hecho en las circunstancias de modo, tiempo y lugar y que el conocimiento del testigo se encuentra en sintonía con la razón de su dicho.

Estos requisitos resultan consecuencia de lo anterior, pues solo con la explicación del modo, tiempo y lugar de la ocurrencia de los hechos y como los percibió el testigo, es que podría apreciar el operador de justicia que resulta posible que el testigo haya presenciado los hechos, que los mismos efectivamente hayan ocurrido, lo que se refiere a que el hecho sea metafísica o físicamente posible o realizable, de manera que un hecho imposible o un hecho que resulta improbable que haya ocurrido o haya sido percibido por el testigo, resta eficacia a su declaración, incluso podría restarla toda eficacia probatoria; pero igualmente debe existir una sintonía entre el conocimiento que tiene el testigo de los hechos y la razón de su dicho, la forma de dónde, cómo y cuándo ocurrieron y dónde, cómo y cuándo los percibió, pues si el hecho ocurrió un día lunes a las dos de la tarde en sitio determinado y el testigo dice haber percibido los mismos, pero se encontraba en otro lado, lógicamente existe una falta de sintonía entre la ocurrencia del hecho y su percepción que hace ineficaz la prueba por testigos.

4.3.12. Que lo dicho por el testigo no se encuentre en contradicción con hechos presumidos por la ley, hechos notorios, máximas de experiencia o pasados en autoridad de cosa juzgada.

Cuando el hecho sobre el cual recae la declaración del testigo resultan contrarios a un hecho notorio, presumido por la ley en forma indeseable o *iure et de iure*, contra una máxima de experiencia, incluso contrario a un hecho declarado en una sentencia judicial con autoridad de cosa juzgada, el operador de justicia debe inclinarse por el hecho notorio, la máxima de experiencia, la presunción o la cosa juzgada y desechar la declaración rendida por resultar ineficaz, ya que en todos éstos casos, los hechos no son tema de la prueba judicial y no pueden ser objeto de la testimonial como medio de prueba judicial.

4.3.13. Que el hecho sea metafísica o físicamente posible.

Si el hecho sobre el cual recae la declaración testimonial resulta contrario a las leyes naturales o aparece como imposible de haber ocurrido, lógicamente que la prueba resulta ineficaz, como sería el caso de viajar de Caracas a Maracaibo en un día y a pié; que tirado un cuerpo sólido al vacío, este no cayó. Los hechos imposibles o inverosímiles, metafísica, física, natural, ordinaria o comúnmente imposibles, no pueden ser objeto o tema de la prueba judicial, siendo que se trata de hechos metafísicamente imposibles aquellos que se opongan al principio de contradicción, bien porque sus elementos constitutivos se excluyan o porque la causa que se le imputa lo excluya radicalmente, como sucede en el caso que el testigo declare que un sujeto el mismo día a la misma hora se encontraba viajando a dos destinos diferentes; en tanto que son hechos físicamente imposibles, a los que oponen a las leyes naturales. En estos casos si declaración testimonial versa sobre hechos metafísica o físicamente imposibles, la prueba resulta ineficaz.

4.3.14. Que los hechos declarados por el testigo no se contradigan entre sí.

Este requisito se refiere a que las declaraciones de los testigos, deben ser concordantes, consistentes, conexas, no solo relacionadas con las demás pruebas cursantes en el proceso judicial, incluso de otros testigos, sino relacionado con las propias respuestas dadas por el testigo, especialmente con la razón de su dicho, por lo que de existir contradicciones sobre la ocurrencia o percepción de hechos fundamentales de lugar, modo y tiempo de los hechos, su ocurrencia y percepción, el testigo no será creíble ni veraz, lo cual le resta eficacia probatoria incluso la perdida total de tal eficacia, contradicciones que pueden producirse como consecuencia del conainterrogatorio; pero cuando la contradicción se refiere a elementos secundarios e irrelevantes, de importancia mínima, no se produce la ineficacia de la prueba.

Esto también se traslada a los casos en que el testigo ha declarado varias veces en el mismo proceso, incluso en procesos anteriores o en retardos perjudiciales, hasta en justificativos para perpetua memoria, pues de existir contradicción la prueba no tendría eficacia por su carácter sospechoso.

4.3.15. Que lo dicho por el testigo no se encuentre en contradicción con otras pruebas de mayor valor legal o mayor grado o fuerza de convicción.

En principio este requisito es perfectamente aplicable en nuestra legislación civil escrita u oral, dado que regida por un sistema de valoración de pruebas mixtos, donde se conjugan la tarifa legal y la sana crítica, la declaración de un testigo no puede tener mayor valor probatorio o grado de convicción que por ejemplo la prueba instrumental o la prueba de confesión judicial o extrajudicial, de manera que ante las contradicciones, debe privilegiarse a la prueba que sea mas eficaz y tenga mayor grado de convicción,

sobre todo por que como hemos dichos la prueba por testigos resulta una de las pruebas mas inestables y que menos certeza y seguridad crea en la mente del juzgador, todo ello aunado al hecho de la existencia de limitaciones a la prueba testimonial, como se verá mas adelante. La prueba testimonial también puede entrar en contradicción con otras pruebas que igual valor probatorio, como pudiera ser otras declaraciones testimoniales, caso en el cual el operador de justicia debe analizar cada caso y declaración en concreto y precisar cual merece eficacia probatoria y cual no, pues lógicamente una de las declaraciones es falsa o ambas son falsas, pero nunca pueden serlas dos verdaderas.

Sin perjuicio de lo dicho, tanto en el tema del sistema de los procedimientos escrito y con mucho y más en el de los procedimientos orales, el tema de la tarificación de la prueba y la preeminencia de unos medios sobre otro, no resulta sostenible en el marco constitucional y garantista, pues todas las pruebas deben ser apreciadas por la sana crítica del judicante y en caso de contradicción, debe considerar aquella que pueda ser corroborada por otros medios probatorios, la que resulte más creíble a criterio del judicante, al punto que de no existir un medio probatorio capaz de verificar la contradicción, de hacer que un medio pueda ser apreciado frente a otro, deberá desecharlos todos y aplicar el principio de la carga probatoria, que en materia penal y ante la ausencia de una prueba de cargo suficiente para desvirtuar o penetrar la presunción de inocencia, debe necesariamente y en aplicación del estado de inocencia absolver al acusado.

En definitiva ese criterio de la inferioridad de la prueba por testigos frente a otros medios probatorios, así como la inadmisibilidad por causas que estudiaremos más adelante, deben reverse y exterminarse de nuestro pensamiento procesal, por ser insostenible –como indicamos- en el marco de un sistema constitucional y garantista, donde la prueba ha tomado dimensiones constitucionales –derecho de acceso al sistema probatorio-; pero ello no quiere decir que esto revea la necesidad de pruebas solemnes y que a través de la testimonial pueda demostrar por ejemplo la propiedad de inmuebles, la condena a presidio, el matrimonio, capitulaciones matrimoniales, hipoteca, entre otras.

4.3.16. Que el dicho del testigo no exceda del objeto propio del testimonio.

Ya hemos expresado que el testigo se limita a reconstruir o reproducir los hechos mediante su narración discursiva o discurso narrativo que debe contener la razón o ciencia de su dicho, que no puede separarse de ciertas deducciones, opiniones o juicios de hechos que realiza el testigo, no solo al momento de percibir los hechos, sino al momento de comprenderlos, almacenarlos en la memoria y narrarlos posteriormente, pero éste nunca puede emitir juicios subjetivos de valor que califiquen, justifiquen o condenen las conductas o hechos, sus causas, sus efectos, ni siquiera cuando se refiere a testigos técnicos, por lo que

cuando el testigo emite juicios de valor, criterios subjetivos, deja de ser imparcial y se excede del objeto del testimonio lo cual produce su ineficacia probatoria, no en toda la declaración –como expusiéramos- sino solo en aquella parte del exceso, salvo que se produzca una inevitable parcialidad que conlleva a su total ineficacia.

También se ubican dentro de los requisitos de eficacia, que no se haya violado el secreto profesional, que se hayan cumplido todas las formalidades para la recepción del testimonio y que no se trate de testigo profesionales.

5. LIMITACIONES A LA PRUEBA POR TESTIGOS.

El testimonio como todos los medios probatorios regulados en nuestro sistema de procedimiento, tiene por finalidad llevar al proceso las fuentes probatorias que servirán para verificar los hechos por comparación con los hechos enunciados por las partes como fundamento de su pretensión, excepción, acusación o defensa, al ser presupuesto de la normas que consagran las consecuencias jurídicas que buscan, lo que permitirá al judicante la convicción judicial respecto a los mismos traducido en certeza no ausente de error; esta circunstancia trae aparejado que el medio probatorio –testimonio- se encuentra sometido o regido por las mismas reglas generales que se exigen a todo medio probatorio, como la pertinencia, relevancia, legalidad, idoneidad o conducencia, tempestividad, licitud y regularidad en su promoción, requisitos todos que miran a la admisibilidad del medio y que para nada –como hemos enunciado en su momento- a la eficacia o valoración del medio; no obstante a ello en esta materia se regulan un conjunto de limitaciones propias para la admisión del medio probatorio que se ubican en la ilegalidad e idoneidad del mismo, lo que la doctrina ha denominado “*limitación a la prueba testimonial*” y que es precisamente el punto que abordaremos en este momento.

Las limitaciones que se presentan en materia de admisión de la prueba de testigos para demostrar determinados hechos enunciados y debatidos en el proceso, podemos agruparlas de la siguiente manera:

- a. **Las referidas a la cualidad o condición del testigo** –régimen de inhabilidades e incompatibilidades-.
- b. **Las referidas a la idoneidad del medio para la demostración del hecho o acto jurídico** – cuando se requiera de un acto solemne contenido en un instrumento *ad solemnitatem* o *ad substantiam actus*, lo que descarta el caso de los instrumentos *ad probationem*, así cuando la única prueba permita sea la instrumental-.
- c. **Las referidas al valor de las obligaciones discutidas en el proceso.**

- d. **Las referidos a la prueba instrumental** –cuando se pretenda desvirtuar o modificar su contenido-.

Pero estas limitaciones es un resabio del sistema de procedimiento escrito y tarifado, que como hemos venido expresando resulta insostenible en el marco del sistema de procedimiento actual por varias razones: en primer lugar indiquemos que si nuestro constituyente nos ha empujado a un sistema de procedimiento oral, dentro de los principio que lo rigen fundamentalmente se ubica la libre utilización de los medios probatorios sin limitaciones o cortapisas que no tengan fundamento constitucional, para proteger otros derechos constitucionales o fundamentales, así como en la libre apreciación de la prueba por parte del judicante a través de la sana crítica, lo que se traduce en la incompatibilidad del sistema oral con las limitaciones probatorias y las tarifas legales de los medios y fuentes respecto a su valoración, de ahí que por ejemplo en los procedimientos como el penal, laboral, niños y adolescentes, agrario, contencioso administrativo y tributario, marítimo y aeronáutico se ha acogido el sistema de valoración de pruebas mediante la sana crítica; en segundo lugar indicamos que el tema de la actividad probatoria se encuentra constitucionalizado –derecho de acceso al sistema probatorio- lo que apareja que el legislador ordinario si bien es quien constitucionalmente tiene la competencia para regular los sistemas de procedimientos y las normas procesales, en el tema probatorio no puede regular limitaciones que impidan la utilización de medios probatorios, salvo que tenga justificación también constitucional por ejemplo para la protección de otros derechos de igual categoría; también y en esta misma línea argumentativa el legislador tiene interdicción de tasar previamente el valor probatorio de los medios y fuentes, lo que al final se vuelca nuevamente en la incompatibilidad del sistema constitucional y garantista en materia probatoria con la limitación de la actividad probatoria y valorativa.

Lo dicho nos permite afirmar –nuevamente- que toda limitación a la utilización de medios probatorios que no tenga base constitucional en la forma indicada, así como la tarifa en la valoración de la actividad probatoria, por su carácter inconstitucional y antigarantista debe reverse mediante el control difuso de la constitucionalidad o reinterpretación constitucional y garantista de las normas procesales y especialmente probatorias para dar acceso al sistema constitucional probatorio. Consecuencia de ello es precisamente que estas limitaciones se presentan como verdaderos fósiles jurídicos, anacrónicos, inconstitucionales y antigarantistas que riñen e irritan el derecho constitucional de acceso al sistema probatorio, así como al sistema de procedimiento oral, siendo verdaderos monumentos del pasado, de la tarifa legal y del sistema escrito que y como indicamos, hoy día son insostenibles, lo que ha dado paso a que en los procedimientos que han adoptado la forma oral –como indicamos- no existe en materia de testigos ningún tipo de limitación más allá a las propias de todos los medios probatorios, que por demás debe comprenderse de manera flexible, amplia y proporcional, para que en caso de duda siempre se

favorezca a la admisión del medio probatorio; pero el problema sigue presente en el sistema de procedimiento civil -quizás producto de la política mediocre y desinteresada de quienes han regentado el cargo de “magistrados” de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, cuyo compromiso solo ha sido con el partido de gobierno de turno para dar piso legal y constitucional a la anarquía, el totalitarismo y militarismo de la última década, sin perjuicio de la ignorancia sobre el tema, especialmente cuando y últimamente los magistrados carecen de las mayores credenciales académicas siendo meros especialistas y carentes de trabajos jurídicos reconocidos, personas premiadas con el más alto cargo judicial por meras cuestiones políticas y de obediencia, incluso por acuerdos acomodaticios entre partidos políticos, pero que carecen de suficientes y sólidas credenciales académicas y morales en algunos casos, así como se conocen conocimientos científicos propios de quienes debe ser magistrado de la República- donde nuestro legislador mantiene limitaciones propias para la admisión de la prueba por testigos, que y sin el interés de fomentar una reforma -pues ha quedado demostrado que en ésta última década, cada vez que se reforma una ley o Código y especialmente de procedimiento, el producto final es un pasquín, una mamarrachada o adefesio jurídico como por ejemplo la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa- desde la entrada en vigencia del texto constitucional de 1999, necesariamente debieron reverse las limitaciones para dar paso al medio probatorio en cualquier caso, en cualquier clase de obligación y permitir la valoración libre del medio.

Las limitaciones a la admisión de la prueba testimonial por razones referidas al valor de las obligaciones discutidas en el proceso y a la prueba instrumental, fundamentalmente descansa en la desconfianza hacia la misma -testimonial- y al entendimiento de la existencia de la prueba instrumental sobre la testimonial, lo que como observamos es propio del sistema escrito y de la tarifa legal, de la previa regulación y tasación de la prueba y de la intención que las relaciones jurídicas de importancia -en base al interés económico que se trate- queden documentadas preconstituyéndose la fuente probatoria para ser utilizada en futuros procesos. Estas razones que pudieran haber tenido lógica en el pasado donde el sistema de procedimiento era diferente, donde el legislador desconfiaba -todavía nosotros lo hacemos- de sus jueces y le daba de antemano una tarifa legal, lo que ha sido el producto de la evolución de los sistemas, donde la prueba principal pasó de ser la el testimonio y la confesión a la instrumental y que ahora se piensa que la magia se ubica en los indicios, hoy día no tienen justificación, no solo por la existencia de la libertad probatoria de medios, sino por el carácter constitucional del proceso y la nueva figura del judicante como sujeto a quien se dirige la actividad probatoria y quien debe hacerse su juicio lógico, racional y razonable sobre el tema debatido, para luego de analizar la actividad probatoria pueda convencerse o de la ocurrencia o no de los hechos, de su existe o no para poder tenerlos como ciertos en la sentencia, donde incluso el tema de la “verdad” como fin de la prueba y del proceso ha sido

totalmente cuestionado hasta el punto de desterrarlo de la noción de prueba –como lo hemos hecho nosotros al rectificar nuestra definición de prueba en sentido judicial-. La consecuencia de lo dicho – insistimos- es la libertad en la utilización de la prueba testimonial, aunque existan circunstancias donde el testigo pueda ser inhábil, ubicarse en un estado de incapacidad o incompatibilidad, indistintamente del valor de las obligaciones discutidas o de las limitaciones respecto a la prueba instrumental -claro ésta con excepción de los casos en que se exija un medio probatorio documental solemne como en casos de matrimonio, condenatoria a presidio, capitulaciones matrimoniales, garantías hipotecarias, propiedad de inmuebles, entre otros- quedando en manos del judicante el análisis de cada testimonial y de cada testigo mediante la aplicación de reglas lógicas, de la experiencia y los conocimientos científicos para valorar si su deposición fue capaz y es idónea para la verificación de los hechos enunciados y debatidos en un proceso judicial.

El maestro DEVIS ECHANDÍA al tratar este tema nos enseña que estas limitaciones se deben principalmente al lamentable estado en que encontraba la ciencia de la crítica del testimonio, cuando el Código de Napoleón y los que lo siguieron en el siglo XIX fueron adoptados, lo que en su mayor parte no se justifican hoy, ello como consecuencia del gran desarrollo que han tenido la psicología y la psiquiatría judiciales, lo mismo que la divulgación de doctrinas y jurisprudencias sobre la materia, ofreciendo instrumentos eficaces para controlar gran parte de esos peligros que se presentan en la prueba testimonial, sin que ello pueda considerarse como una eliminación total de las mismas –limitaciones-; que la solución al problema de los peligros del testimonio no está en limitar la admisibilidad o conducencia de esta prueba, sino en que le juez extreme su rigor crítico, inclusive cuando existan varios testimonios que coincidan en la afirmación o negación del hecho, en tal forma que únicamente si cada uno reúne los requisitos para su validez y eficacia y el conjunto no deja menor duda sobre la veracidad, se le reconozca, por sí sola, valor probatorio pleno; finalmente indica el maestro que [...] *Estas restricciones no son incompatibles con un sistema de libre valoración de la prueba, porque una cosa es determinar el grado de convicción que merece y otra su conducencia abstracta como medio apto o inepto para establecer ciertos hechos, cualquiera sea su contenido. No se trata, por consiguiente, de normas que consagran tarifa legal.*” A criterio del maestro las restricciones o limitaciones del medio probatorio por motivos de la cualidad del testigo, la naturaleza del hecho por probar, por su valor y sus relaciones con la prueba documental, se refieren a motivos de inadmisión por “inconducencia” del medio probatorio que no riñen con la libre valoración de la prueba, al señalar que una cosa es determinar el grado de convicción que merece y otra su conducencia abstracta como medio apto o inepto para establecer ciertos hechos.²²⁹

²²⁹ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. pp. 160 y ss.

Data venia al ilustre maestro, debemos separarlos de lo dicho pues si bien a las limitaciones a la admisibilidad del medio testimonial por razones de inconducencia, se presentan respecto a hechos determinados que solo aguantan un carril probatorio cuando fundamentalmente se refiere a actos solemnes que debe estar contenidos en documentos *ad solemnitatem*, respecto a los otros motivos o limitaciones no conseguimos justificación para sostenerlo en el sistema de procedimiento oral y a nuestro entender, sí riñen con el sistema de libre valoración al efectivamente tratarse de normas que regulan una tarifa legal, lo que en el estado actual del sistema procesal resulta inconstitucional y antigarantista, especialmente cuando y como hemos repetido infinitamente, el tema del acceso al sistema probatorio hoy es un derecho constitucional y humano que no puede limitarse ni tarifarse, a lo que agregamos también que la convicción judicial no puede tasarse. Sí coincidimos respecto a que el tema de la prueba testimonial para demostrar hechos que por ejemplo requieren un medio de prueba solemne, que requieran de conocimientos especiales, científicos, artísticos no resulta admisible por inidónea o inconducente y que ello es un problema propio de la admisión y de la valoración de la prueba, pero en cuanto al tema del valor de las obligaciones, la existencia de contratos escritos –salvo la precitada solemnidad- la inhabilidad o incompatibilidad del testigo, no son temas conectados con la admisión sino con la valoración del medio probatorio, con la convicción judicial que mediante la sana crítica debe apreciar el juez en la sentencia, de manera que las limitaciones respecto a estos aspectos que tocan la cuestión de la admisibilidad, se trata en definitiva de una verdadera tarifa legal inconstitucional que limita la libertad del juez respecto a la formación de su convicción judicial y que debe reverse en la forma que hemos expresado.

El maestro CHIOVENDA nos dice que las limitaciones a la admisión de la prueba testimonial provienen directamente de la ley francesa y que su origen en Francia hay que buscarla no tanto en la poca fe del legislador respecto de los testigos, como en la necesidad de poner un término a las increíbles complicaciones que acompañan a la prueba testimonial en el proceso del Parlamento de París; que después de una serie de disposiciones dirigidas a este fin –Ordenanzas de Carlos III, Luís XII, Francisco I- se recurrió al remedio radical de suprimir la prueba testimonial para todos los contratos cuyo valor excediera de cien francos (Ordenanza de *Moulins* de 1566- y una vez incorporada esta limitación en la legislación francesa, los comentaristas lo dieron como justificación, en vez de su verdadera razón histórica, la razón que se hizo tradicional como lo fue la escasa atendibilidad de este medio de prueba. Indica que [...] *Así entendida, la limitación no se justifica en absoluto, y la verdad es que no lo han recogido los derechos más modernos y progresivos. No obstante sus inconvenientes, el testimonio sigue siendo el camino más frecuente de la formación y propagación de conocimientos y noticias; y no hay razón para que en el proceso tenga una función más limitada de la que desempeña en la vida; siendo así en el proceso su mayor atendibilidad está garantizada tanto por la solemnidad*

del juicio como por la presencia del juez, cuyo espíritu crítico debe presumirse mejor ejercitado que el ordinario. Los estudios de lógica y psicología forense, hoy tan abundantes, con sus análisis de los testimonios y sus defectos y peligros, no deben conducir a excluir esta prueba de los juicios, sino a proveer al juez de instrumentos más refinados de discriminación. Lo que debe hacer como en efecto se ha hecho en las legislaciones más modernas, es despojar la prueba testifical de formalismos, poniendo al juez en condición es de ejercitar su espíritu crítico, lo cual sólo es posible en el proceso oral y concentrado. Se dirá con mucha razón que las convenciones y contratos son el objeto que menos se presta a ser atestiguado con la exactitud y determinación necesaria, y que toda convención que exceda de un valor dado, suelen las partes extender documentos, por las ventajas inherentes a la escritura como documentación, de donde la falta de documento escrito en el caso concreto induce a establecer una presunción contraria a la verdad de la convención afirmada. Esto es muy verdad; pero debe dejársele al juez valorar esta falta según las circunstancias que concurran en cada caso.”²³⁰

En esta misma línea del maestro italiano, Lino Enrique PALACIO al tratar el tema de las limitaciones indica que este criterio se originaría en la difusión de la escritura como medio de documentar los negocios jurídicos cuando en la desconfianza que suscita el testimonio del hombre expuesto, a diferencia de la prueba documental, a los efectos que produce en la memoria el transcurso del tiempo, así como a la posibilidad de influencias corruptoras, todo lo que se remonta al apogeo del sistema de las *Moulins*, promulgada por Carlos IX en el año 1566, que prohibió la prueba de testigos para los contratos cuyos montos excedieran de cien libras; criterio que igualmente sería recogido por la *Ordonnance* de Luís XIV de 1667, de donde pasaría al Código francés –artículo 1.341- que constituye la fuente de limitaciones semejantes contenidas en la mayor partes de los ordenamientos jurídicos vigentes,²³¹ como ocurren con nuestro Código Civil de 1982.

REDENTI también hace mención a las limitaciones a la prueba testimonial aduciendo que se trata de un medio del que muy justamente se desconfía y limitando su empleo donde sea posible la prueba instrumental –por documentos- se tiende a promover la armadura preventiva en defensa de los derechos.²³²

MICHELI también se refiere al punto en estudio señalando que la prueba testimonial tan extendida en la práctica judicial, está limitada por el legislador en su utilización procesal también por otro orden de motivos que se refieren a la credibilidad de los testigos, cuando el objeto de sus deposiciones son hechos que se refieren a relaciones jurídicas respecto de las cuales la forma escrita es considerada de tal importancia que, en absoluto el testimonio puede sustituir a la escritura. Indica que en el Código Civil se ubican una serie de reglas que limitan la libertad del juez en la admisión de este tipo de prueba

²³⁰ Guisepe CHIOVENDA. Ob. cit. V. III. pp. 176 y 177.

²³¹ Lino Enrique PALACIO. Ob. cit. T. IV. p. 569. Igualmente Antonio ROCHA ALVIRA. Ob. cit. p. 389.

²³² Enrico REDENTI. Ob. cit. T. I. p. 295.

considerado con disfavor por el legislador, por la inseguridad que el mismo –prueba histórica- lleva faltamente en sí, dada la dificultad de que el testigo recuerde las circunstancias sobre las cuales debe deponer y que las exponga de un modo comprensible, no sobreponiendo de manera inconsciente, valoraciones al recuerdo, objetivaciones que pasen a formar parte de las declaraciones; que [...] *Por eso, si se puede auspiciar la instauración de un sistema en que el testimonio sea admitido sin ninguna limitación o casi sin ella, se debe tener presente, de otro lado, que es necesario introducir los institutos que permitan al juez valorar las deposiciones, interrogando al testigo con aquella amplitud y con una persuasión prudente sobre el grado de atendibilidad del testigo en general y en relación a las circunstancias específicas sobre las cuales él ha depuesto.*”²³³

Dicho esto e insistiendo en la inconstitucionalidad y lesión al sistema garantista de éstas limitaciones, que simplemente son un fósil jurídico, restricciones antijurídicas, retrógradas y en extinción, pasemos al estudio de cada una de ellas.

5.1. Limitación de la prueba testimonial en razón de calidad o condición del testigo.

Esta causa o motivo de limitación a la admisión de la prueba de testigo, se presenta en aquellos casos donde por determinadas circunstancias de inhabilidad o incompatibilidad prevista en la ley, se impide que determinadas personas puedan declarar en el proceso como testigo, por su condición de sospecha a causa de las relaciones que puedan tener con las partes o con el objeto del litigio, que dado su interés hacen ineficaz sus dichos. Estas restricciones en consecuencia se centran en aquellas prohibiciones que la legislación prevé para la recepción del testimonio de determinadas personas, conocidas generalmente como “inhabilidades” que pueden ser absolutas o relativas y más modernamente como “incompatibilidades” a las cuales nos referiremos más adelante.

Pero y como hemos dicho en otro momento, estas limitaciones e incompatibilidades más que a causas o motivos que interdictan la admisión de la prueba testimonial, se refieren a circunstancias de eficacia de la prueba que deben ser analizadas al momento de la sentencia definitiva; también recordemos que las mismas son reminiscencias del pasado, verdaderos fósiles jurídicos anacrónicos e insostenibles en el actual estado constitucional y garantista que enmarca al tema de la actividad probatoria como un derecho constitucional y fundamental, especialmente en el marco del sistema de los procedimientos orales donde debe existir la absoluta libertad de valoración de pruebas por parte del judicante a través de la sana crítica, quedando en sus manos analizar en cada caso si la existencia de vínculos de los testigos con las partes, con el tema y objeto del litigio y en definitiva por cualquier circunstancias que evidencien

²³³ Gian Antonio MICHELI. Ob. Cit. V. II. pp. 176 y ss.

algún interés, puede conducir a la exclusión o desestimación de la declaración del testigo, lo que insistimos, es tema de eficacia y no de existencia, validez ni admisión del medio probatorio.

Sin perjuicio de lo dicho, el maestro DEVIS ECHANDÍA no ubica dentro de estas limitaciones las inhabilidades e incompatibilidades, refiriéndose únicamente a que la restricción opera en los casos que haya de recibirse una declaración testimonial de personas que en razón del desempeño de un cargo público y respecto a los asuntos que maneja, tenga interdicción en declarar, como los casos de secretos de la nación y para la defensa de la nación, documentos reservados; también se refiere a los casos donde deba guardarse el secreto profesional, casos que a su decir se ubican no en la inconducencia del medio probatorio –causal de admisión- sino de eficacia. A este respecto y conforme a la línea argumentativa y de investigación que nos ocupa en este momento, solo indicaremos que también ponemos en tela de juicio estas limitaciones cuando el tema de la actividad probatoria tiene carácter constitucional y cuando estamos en presencia de un sistema teóricamente garantista, de manera que incluso es discutible que las limitaciones probatorias en materia de documentos reservados, seguridad y defensa de la nación y secreto profesional –a que se refiere el maestro- puedan considerarse constitucionales, cuando por ejemplo pudieran tomarse otras medidas para recibir el testimonio y no revelar la información a terceros ajenos al proceso, quien además están obligados –las partes- a mantener la reserva correspondiente cuando es impuesta judicialmente –expediente reservados a que se refiere el artículo 24 del Código de Procedimiento Civil- también pudiera darse el caso que el testigo pudiera responder sin revelar el secreto o los datos que se relacionan con la seguridad de la nación, militar, científico, artístico, industrial, entre otros,²³⁴ de manera que realmente no se trata de motivos de inadmisibilidad sino eventualmente de eficacia probatoria.

5.2. Limitación de la prueba testimonial en razón de la idoneidad del medio para la demostración del hecho o acto jurídico.

Respecto a la misma ya nos hemos pronunciado, en tratándose de una restricción que puede ser analizada desde dos ángulos: el primero referido a la causa de inadmisión del medio probatorio que aplica a todos, referidos a la inconducencia o inidoneidad del medio por el tipo de hecho que se trate, tomando en consideración que no todos los hechos pueden acreditarse por cualquier medio probatorio, sino que por el contrario algunos tipos sólo aguantan un andarivel probatorio, lo que incluso su prueba se presenta como la solemnidad del acto, sin el cual no solo hay ausencia de medio probatorio y de fuente que pueda servir para su verificación, sino que como tal no existe acto jurídico. El caso de la idoneidad del medio

²³⁴ Véase a Lino Enrique PALACIO. Ob. cit. T. IV. p. 594.

testimonial a que nos referimos en función del tipo de hecho, por ejemplo se presenta en aquellos casos donde aquél para su verificación requiera de medios técnicos, científicos, artísticos, culturales y en general especializados, como sucede con la experticia o el perito-testigo.

El segundo ángulo como puede abordarse esta causal se refiere –como indicamos- a la necesidad de un medio probatorio documental solemne, de un acto solemne documentado sin el cual, no solo inexistirá la prueba del hecho sino el acto mismo, se trata de los denominados documentos o instrumentos *ad solemnitatem* –por oposición a los *ad probationem* que sólo tienen a demostrar o a la acreditación de un hecho- se tratado de actos solemnes *-ad substantiam actus-* que deben estar documentados –instrumentos *ad solemnitatem-* como en el caso de la propiedad sobre inmuebles, hipoteca, capitulaciones matrimoniales, matrimonio, defunción, en materia mercantil y conforme al artículo 126 del Código de Comercio, cuando exista la necesidad de la forma escrita del contrato, donde no será admisible ningún otra prueba, en el entendido que su falta de escritura conducirá a tener como no celebrado el contrato, también cuando se trata de una letra de cambio.

El requerimiento de un medio de prueba solemne inmediatamente excluye, no solo la prueba testimonial sino cualquier otro medio probatorio,²³⁵ aunque y como veremos en materia de testigos y por vía excepcional, si el acto fue documentado y el mismo –título o instrumento- que le servía de prueba hubiera sido perdido por el acreedor como consecuencia de un acto fortuito o de fuerza mayor, sería admisible la testimonial, lo que involucra no solo la pérdida del instrumento original en manos del acreedor, sino de la destrucción o pérdida por los motivos señalados del instrumento inscrito en la oficina pública –Notaría o Registro por ejemplo-.²³⁶

5.3. Limitación de la prueba testimonial en razón del valor de las obligaciones discutidas en el proceso.

La historia de esta restricción la explica BONNIER citado por DEVIS ECHANDÍA quien como hemos visto la ubica en la inconducencia del medio, señalando que en Roma en materia de convenciones la prueba no tendría limitaciones, siendo sólo en Constantinopla durante el reinado de Justiniano, que se

²³⁵ Véase a Guisepe CHIOVENDA quien nos dice [...] *La prueba por testigos no es admisible, además de los casos en que la ley exige la solemnidad el documento escrito (y entonces no se excluye sólo la prueba testimonial, sino toda la prueba distinta de la documental, incluso el juramento, supra núm 329).*” Ob. cit. V. III. p. 176.

²³⁶ Al respecto pueden consultarse: Guisepe CHIOVENDA. Ob. cit. V. III. p. 177 y ss. Enrico REDENTI. Ob. cit. T. I. pp. 295 y ss. Gian Antonio MICHELI. Ob. cit. V. II. pp. 177 y ss. Jaime GUASP. Ob. cit.. T. I. p. 343. Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. p. 559. Lino Enrique PALACIO. Ob. cit. T. IV. p. 568. Jorge L. KIELMANOVICH. Ob. cit. pp. 146 y ss. Aldo BACRE. Ob. cit. T. III. p. 224. Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. pp. 165 y ss. Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. pp. 313 y ss.

introdujo una limitación relativa para la prueba del pago, cuando las partes habían consignado por escrito la deuda, exigiéndose otro medio escrito o cinco testigos; que la prueba testimonial era inconducente contra el documento según las sentencias de Paulo que fueran reproducidas en la Ley 1ª de *De testibus*; que en la Edad Media el restringido uso de la escritura no permitió limitar la prueba testimonial de los contratos, siendo solo a partir del siglo XV, cuando aparecerían estas restricciones, primero en los estatutos italianos de Bolonia de 1453, aprobados por el Papa Nicolás V, luego en los de Milán en 1498 y más tarde en Francia durante el siglo XVI en la Ordenanza de *Moulins* de 1566, estatutos donde se restringiría la conducencia del testimonio para probar las convenciones y pagos de cierto valor en adelante. Indica el maestro que en el Código de Napoleón se acogería la Ordenanza de Moulins y de los estatutos italianos, consagrando esta restricción que pasaría a los diferentes códigos,²³⁷ como ha sucedido entre nosotros –agregamos- con el Código Civil de 1982.

Esta restricción a la prueba testimonial se encuentra regulada en el artículo 1.387 del Código Civil, referido a la inadmisibilidad de la misma para demostrar la existencia de una convención celebrada con el fin de establecer una obligación o extinguirla, cuando su valor excede de la cantidad de dos mil bolívares. Dice la precitada norma [...] **No es admisible la prueba de testigo para probar la existencia de una convención celebrada con el fin de establecer una obligación o de extinguirla, cuando el valor del objeto exceda de dos mil bolívares.** *Tampoco es admisible para probar lo contrario de una convención contenida en instrumentos públicos o privados o lo que la modifique, ni para justificar lo que se hubiese dicho antes, al tiempo o después de su otorgamiento, aunque se trate en ellos de un valor menor a de dos mil bolívares. **Queda, sin embargo, en vigor lo que se establece en las leyes relativas al comercio.***” Su justificación aparente se ubica en la seguridad social en los negocios jurídicos que por su importancia y en base a su valor se tiende a documentarlo, evitando así que se modifique lo que se hubiese dicho antes, al momento o posterior a la convención, especialmente por el temor que los testigos del acto puedan ser corrompidos y declaren lo que no ha sido, de manera que la forma documental evita esta situación basada en la citada desconfianza de los testigos; pero también se aducen motivos de poca preparación de nuestros jueces en el tema probatorio, en psicología y psiquiatría, así como en ciencias sociales experimentales aplicadas a la crítica testimonial, que le resta importancia a la prueba testimonial conduciendo a su limitación, especialmente cuando se presenta mayor seguridad al respecto cuando el acto es documentado.

La norma en comento regula una causa de prohibición o limitación a la prueba por testigo, que se refiere a que la misma no podrá utilizarse en los casos señalados por ser ilegal, tratándose tal motivo -ilegalidad- como una causal de inadmisibilidad del medio probatorio que puede ser aducido por la parte no proponente como motivo de oposición para su no admisión e incluso, debe ser resuelta revisada por

²³⁷ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. p. 169.

el judicante y declarada aunque no se hubiese hecho oposición por tal motivo, dado el carácter público de los extremos de admisibilidad de los medios probatorios. Se trata de una prohibición expresa de la ley de utilizar el medio probatorio para demostrar determinados hechos, como la existencia de una convención o contrato realizado entre dos o mas personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico, tal como lo prevé el artículo 1.133 del Código Civil, en aquellos casos que su valor excede de dos mil bolívares, de manera que la convención celebrada entre las partes para establecer –constituir- o extinguir una obligación cuando su valor excede de la precitada suma no puede demostrarse mediante testigos.

Esta limitación en función del valor de las obligaciones para demostrar las convenciones a que se refiere el citado artículo 1.387 *ejusdem*, expresamente se refiere al establecimiento –constitución- o extinción de obligaciones, concretamente a la existencia de convenciones o contratos para establecer o extinguir obligaciones, sin hacer mención de la legalidad para demostrar los demás elementos de la convención a que se refiere el artículo 1.136 *ibidem*, referidos a la reglamentación, transmisión y modificación el vínculo jurídicos existente entre dos o mas personas, ni a los casos de convenciones que no tienen por objeto establecer entre las partes un vínculo jurídico, lo que en apariencia pudiera ser objeto de la prueba en comento; igualmente la limitación que se analiza se refiere a convenciones, contratos, a acuerdo de voluntades entre dos o mas personas, convenciones, contratos o acuerdos de carácter bilateral que se separan de los actos unilaterales que sí pudieran ser demostrados mediante testimonios de terceros, así como hechos jurídicos humanos involuntarios, hechos de la naturaleza, de manera que esta primera limitación no se encuentra referida a actos unilaterales –pues se refiere a contratos o convenciones bilaterales- actos de voluntad humana unilateral ejecutados con la finalidad de producir determinados efectos jurídicos, tampoco a actos naturales, actos u omisiones sean lícitas o ilícitas, hechos ilícitos, responsabilidad delictual y extracontractual, salvo y como hemos visto que se requiera una prueba *ad solemnitatem*. En **definitiva**, la restricción a la utilización a la prueba testimonial que estudiamos “**sólo se refiere a la prueba de convenciones o contratos –actos bilaterales- para su constitución o extinción en función de su valor.**”

Esta limitación nos dice el maestro DEVIS ECHANDÍA, no puede aplicarse a terceros ajenos al contrato o convención, al encontrarse limitada a convenciones que presupone estar referido a las partes involucradas en la misma, bien para constituir o extinguir obligaciones, circunstancia esta que pudiéramos sustentarlo en el contenido del artículo 1.360 del Código Civil, donde a los tercero se les permite demostrar la “simulación” con cualquier medio de prueba, incluso la testimonial, que se basa en la imposibilidad que tendrían éstos para suministrar la prueba escrita que fuera contra la constitución o extinción de una obligación mayor a dos mil bolívares, conforme a lo previsto en el artículo 1.393 *ejusdem*.

En estos casos de simulación los terceros tienen libertad absoluta para probar, incluso cuando se atacan actos o instrumentos solemnes, por ejemplo en los términos del 1.281 *ibidem* que permite que los acreedores puedan también pedir la declaratoria de simulación de los actos ejecutados por el deudor. Dice el precitado maestro que la restricción a la prueba testimonial tampoco tiene aplicación cuando el proceso es entre una de las partes contratantes y un tercero.²³⁸

Pero **¿podrá demostrarse por testigo el incumplimiento de obligaciones, convenciones o contratos cuyo valor exceda de dos mil bolívares?** Al respecto y como hemos señalado partamos de la premisa que la limitación solo se refiere a convenciones o contratos suscritos con la finalidad de constituir o extinguir obligaciones en función del valor, lo que se traduce en un acto “bilateral”; pero respecto al incumplimiento de obligaciones contractuales se trata de un acto “unilateral”, aún cuando puede existir incumplimiento de ambas partes, de manera que el incumplimiento de obligaciones no se trata de la constitución o extinción de la obligación, sino de la causa que motiva la reclamación judicial y que puede terminar con una condena. El incumplimiento resulta un acto posterior a la celebración de la convención o contrato que no depende de la voluntad de ambas partes –convención- lo que hace viable su demostración mediante la prueba testimonial cuando la obligación exceda de dos mil bolívares, tal como lo explica el maestro RICCI al señalar que el mismo –incumplimiento- si bien es el resultado de una convención, no forma parte de éste y constituye un acto jurídico unilateral, aunque como hemos dicho, puede existir incumplimiento de ambos contratantes, pero en este caso igualmente se trata de actos unilaterales de ambas partes y no de actos bilaterales.²³⁹

Otra interrogante que nos motiva en este momento es la siguiente: **¿puede probarse con testigos el pago que produce como efecto la extinción de las obligaciones, cuando la misma el valor previsto en la norma?**

Para responder la interrogante comencemos diciendo que el pago constituye uno de los medios o modos de extinguir las obligaciones, mediante su cumplimiento, constituyendo –naturaleza- un acto unilateral del deudor y la limitación o legalidad del medio de prueba testimonial a que se refiere el artículo 1.387 del Código Civil, se fundamenta en una convención o contrato celebrado entre dos o mas personas, para constituir o extinguir una obligación que exceda de dos mil bolívares, vale decir, que se trata de un acto “bilateral” que no ocurre con el pago de las obligaciones que insistimos, no se trata de una convención sino de un acto unilateral; el pago resulta un acto posterior a la convención o contrato, aún cuando es producto de éste, no constituyendo la extinción de la obligación solo la prueba del hecho –cumplimiento

²³⁸ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. p. 174.

²³⁹ Francisco RICCI. Ob. cit. T. I. p. 409

de la obligación- que trae como consecuencia la extinción de la obligación; el pago no requiere del consentimiento del acreedor, pues incluso de no contar de su voluntad puede realizarse judicialmente mediante el procedimiento de oferta real y depósito, lo que debe conducir a considerar la viabilidad de la prueba de testigos para demostrar el pago, sin perjuicio que se trata de un medio poco seguro lo que y como hemos dicho, no es tema de la admisión de la prueba sino de su eficacia que debe ser apreciado por el judicante al momento de la sentencia definitiva a través de la sana crítica. Respecto a esto último – oferta de pago y rechazo por el acreedor- al no tratarse de actos bilaterales sino de simples actos o hechos jurídicos unilaterales, también resulta admisible la prueba en comento sin limitación del valor

En estos términos por ejemplo CHIOVENDA nos dice que [...] *En ningún caso se puede considerar el pago como una convención, sin forzar las palabras de la ley e interpretar torcidamente la definición del artículo 1908 del Código Civil; que al hablar de acuerdo para deshacer el vínculo jurídico, se refiere a los acuerdos autónomos de voluntad libre, y no al pago, en el cual la voluntad de pagar o la de recibir el pago aparecen sólo en relación de consecuencia con la precedente obligación, de la que nace el deber de pagar y el deber de recibir. Nuestra ley limita la prueba testimonial de los contratos y la prueba testifical en materia de contratos.*²⁴⁰

Pero siguiendo con el contenido del artículo 1.387 del Código Civil, la prueba testimonial resulta legal para demostrar –aún cuando la obligación exceda del valor establecido- el lugar, la forma, la fecha y demás elementos del pago; así como las circunstancias o condiciones, interpretaciones, verdadero significado de los contratos, siempre que no se altere su contenido o modifique, la causa que lo originó – si no está expresada en el documento- al no tratarse de probar lo contrario al escrito, ni adicionarlo sino de corroborarlo, si de su interpretación se trata, incluso para establecer hechos diferentes relacionados con el contrato; también nos enseña DEVIS ECHANDÍA resulta viable la prueba de los vicios del consentimiento que hayan existido al momento de la celebración de contrato, tratándose de circunstancias diferentes a sus estipulaciones, así como para el reconocimiento de deudas por el deudor; dice el precitado maestro que la prueba testimonial resulta viable para demostrar –cualquier sea el valor de la obligación- la “renuncia” y la “remisión de la deuda” al tratarse de actos unilaterales, salvo que fueran como consecuencia de una “transacción” u otro contrato que se refiere a actos bilaterales, lo que también sucede con la “compensación voluntaria” y la “novación” que requieren de la concurrencia de voluntades, la primera cuando hay deuda recíprocas que se originan en una acto bilateral, salvo que una de las obligaciones o de ambas tenga su origen en hechos jurídicos no convencionales, lo que permitirá utilizar libremente la prueba testimonial sin limitación en cuanto al valor.²⁴¹

²⁴⁰ Guiseppe CHIOVENDA. Ob. cit. V. III. p. 177.

²⁴¹ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. pp. 191 y ss.

Por su parte ALSINA indica que la prueba es admisible en casos de vicios del consentimiento, el error, dolo, violencia, fraude o falsedad, son demostrables sin restricción mediante testigos, pues no se trata de la prueba de una convención o contrato, tampoco de su extinción, se trata de un invalidez, de su destrucción de manera por ejemplo que en nuestra sistema,²⁴² no resultan ubicables estos supuestos en el artículo 1.387.

Concluyendo tenemos que la limitación en estudio solo se refiere a convenciones o contratos que constituyan o extingan obligaciones cuyo valor exceda de dos mil bolívares, salvo que la reclamación exceda de dos mil bolívares, cuando el exceso se deba a la acumulación de los intereses, tal como lo regula el artículo 1.388 *ejudem* que dispone [...] *La prueba de testigos se admite en el caso de que la acción exceda de dos mil bolívares, cuando el exceso se deba a la acumulación de los intereses.*” Pero cuando la demanda exceda originalmente de dos mil bolívares, no será admisible la prueba testimonial en los casos señalados, aún cuando el accionante restrinja o limite –mediante reforma- la demanda a un monto menor, ello a tenor del contenido del artículo 1.399 del Código Civil; tampoco resulta admisible cuando la cantidad demandada sea menor a dos mil bolívares, pero como consecuencia de ser esta un residuo o remanente –parte del crédito- de una obligación que excede de dos mil bolívares, que no esté probado por escrito, por lo que si no existe la prueba escrita es viable la prueba testimonial –artículo 1.391 del Código Civil-; por último si se demandan en el mismo proceso –acumulan- varias obligaciones que en suma excedan de dos mil bolívares, será viable la prueba de testigos, respecto de los créditos provenientes de diferentes causas o que se hayan contraído en épocas diferentes, siempre que ninguna exceda de dos mil bolívares, por lo que si fueron contraídas las obligaciones reclamadas y aculadas en la misma época y provienen de una misma causa, si exceden de dos mil bolívares no resulta admisible la prueba por testigos –artículo 1.391 del Código Civil-.

La limitación a la utilización del medio probatorio testimonial en función del valor de las obligaciones bilaterales que hemos estudiado, por remisión expresa del artículo 1.387 del Código Civil, **no tiene aplicación en materia mercantil**, regulando el artículo 124 del Código de Comercio que [...] *Las obligaciones mercantiles y su liberación se prueba: Con documentos públicos. Con documentos privados. Con extractos de los libros de los corredores, firmados por las partes, en la forma prescrita en el artículo 73. Con los libros de los corredores, según lo establecido en el artículo 72. Con facturas aceptadas. Con libros mercantiles de las partes contratantes, según lo establecido en el artículo 38. Con telegramas, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1.375 del Código Civil. Con declaraciones de testigos. Con cualquier otro medio de prueba admitido por la ley civil.” **Tampoco es aplicable esta limitación a la prueba testimonial en materia penal, marítima, aeronáutica, laboral, tránsito,***

²⁴² Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. p. 576.

niños y adolescentes, agrario, contencioso administrativo y tributario, pues los hechos ilícitos, punitivos, la responsabilidad civil extracontractual, en materia laboral y de niños y adolescentes como hemos visto, la prueba testimonial resulta de suma importancia para la demostración de los hechos que en relación a estas materias pueden controvertirse en los procesos, incluso resultan pruebas de esencial importancia en materia como violación, violencia intrafamiliar, delitos de violencia del género, divorcios, instituciones familiares, hechos punibles en general, casos todos estos donde la valoración de la declaración quedará a la sana crítica del judicante como requisito de eficacia y no de existencia, validez ni de admisión.

Con relación a la limitación de la prueba testimonial en función del valor de la obligación, la Sala de Casación Civil, con motivo a una demanda que tenía por objeto un contrato de comodato, estableció:

Adaptando las doctrinas precedentemente expuestas al caso bajo decisión considera esta Sala que, siendo el comodato o préstamo de uso el contrato real por el cual una de las partes entrega a la otra gratuitamente una cosa, para que ésta se sirva de ella, por tiempo o para uso determinado, con cargo de restituirla (artículo 1.724 del Código Civil), resulta fácil determinar el valor del objeto del contrato en razón, como previamente se indicó, de los estrechos nexos que median entre la prestación del comodante de entregar una cosa al comodatario, y la contraprestación de este último, de restituirla al primero una vez vencido el término del contrato. Aquí las prestaciones están indisolublemente vinculadas con la cosa y es ésta última la que determina el valor del objeto del contrato y no el hecho de que el mismo sea gratuito, como lo afirmaron los formalizantes.

Ahora bien, visto que de conformidad con lo establecido en el artículo 1.387 del Código Civil, no es admisible la prueba de testigos para probar la existencia de una convención celebrada con el fin de establecer una obligación o de extinguirla, cuando el valor del objeto del contrato o convención exceda de dos mil bolívares, **considera esta Sala que en el caso bajo decisión no era admisible la prueba de testigos para probar, la existencia del contrato de comodato, como lo pretendió la parte actora, en razón de que el bien sobre el cual recae lo acordado por las partes al celebrar el contrato es un inmueble, cuyo valor excede y sobrepasa los dos mil bolívares y, así se declara.**

En consecuencia, la recurrida no infringió por errónea interpretación el artículo 1.387

del Código Civil, y la presente denuncia se declara improcedente. Así se decide.²⁴³

La sentencia parcialmente transcrita, determina la interpretación que debe dársele al artículo 1.387 del Código Civil, en el sentido que la prueba por testigos resulta inadmisibles cuando pretenda demostrarse la existencia de una convención o contrato que establezca o extinga una obligación, cuando el valor de su objeto -de las obligaciones o prestaciones- excedan de dos mil bolívares, lo que se traduce en que la prueba resulta ilegal cuando: a. Se refiera a un contrato o convención –acto bilateral-; b. Esa convención o contrato se haya realizado para constituir o extinguir una obligación; c. La obligación o prestación – objeto del contrato- exceda de la cantidad de dos mil bolívares, requisitos todos éstos concurrentes.

Para terminar este apartado nuevamente insistiremos en que hoy día resulta insostenible esta limitación a la admisión de la prueba testimonial, por ser lesivo al derecho constitucional de acceso al sistema probatorio, así como al sistema garantista, debiéndose dejar en manos del juez el análisis de la situación, no como elemento de admisibilidad sino de eficacia probatoria a través de la aplicación de las reglas de la sana crítica; consecuencia de ello es que necesariamente el juez hasta tanto no se produzca una reforma que elimine esta restricción, debe reverla mediante el control difuso de la constitucionalidad o la reinterpretación constitucional a la que nos hemos referidos suficientemente en este trabajo, teniendo presente que no cabe limitación a la actividad probatoria salvo que se trate de la protección de otros derechos constitucionales, lo que no ocurre con la estudiada restricción en materia de convenciones o contratos como actos bilaterales que tiendan demostrar la constitución o extinción de obligaciones en función de su valor, elemento este último que por demás no se encuentran en sintonía con la economía actual y con la devaluación e hiperinflación consecuencias de las erradas políticas del Ejecutivo Nacional en la última década.

5.4. Limitación de la prueba testimonial en razón a la prueba instrumental.

La última de las limitaciones al medio probatorio testimonial que analizaremos, tiene ocasión en razón de la prueba documental y concretamente la instrumental a que se refiere el artículo 1.387 del Código Civil, que señala [...] *Tampoco es admisible para probar lo contrario de una convención contenida en instrumentos*

²⁴³ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, N° 81, de fecha 30 de marzo de 2000, con ponencia del magistrado Carlos OBERTO VÉLEZ, expediente N° 99-312.

públicos o privados o lo que la modifique, ni para justificar lo que se hubiese dicho antes, al tiempo o después de su otorgamiento, aunque se trate en ellos de un valor menor a de dos mil bolívares.” Se trata de otra causal de inadmisión por razones de “ilegalidad” cuando se pretenda demostrar lo contrario a una convención o contrato – acto bilateral- que se encuentra contenido en un instrumento público o privado -simple o reconocido- o que lo modifique, así como tampoco lo que se hubiese dicho antes o después de realizados los instrumentos –otorgados- aún cuando su valor fuere inferior a dos mil bolívares.

Pero esta limitación como nos dice por ejemplo el maestro ALSINA sólo se refiere a las partes, a los contratantes y no a los terceros, quienes tienen plena libertad en la utilización de los medios probatorios incluida la testimonial, para probar en contra del contenido de los documentos – instrumentos- así como para establecer las estipulaciones adicionales que las partes hayan convenido, si le son favorables. En nuestra legislación y en los términos del 1.359 del Código Civil, el instrumento público hace plena fe, así entre las partes como respecto de terceros, mientras no sea declarado falso respecto: a. De los hechos jurídicos que el funcionario declara haber efectuado, si tenía facultad para efectuarlos; b. De los hechos jurídicos que el funcionario público declara haber visto u oído, siempre que esté facultado para hacerlo constar y en concordancia con el artículo 1.360 *ejusdem*, el instrumento público hace plena fe, así entre las partes como respecto a los terceros, de la verdad de las declaraciones formuladas por los otorgantes acerca de la realización del hecho jurídico a que el instrumento se contrae, salvo que en los casos y con los medios permitidos por la ley se demuestre la simulación, de manera que la prueba de testigos por ejemplo será admisible para los terceros a los fines de la prueba de la simulación del acto documento, de la verdad de las declaraciones de los otorgantes la cual no queda enmantada o cobijada con la fe pública que le imprime el funcionario al realizar el acto, lo que no ocurre cuando la simulación es cuestionada por las propias partes, quienes sólo pueden utilizar como medio probatorio para la demostración de un verdad diferente a la documentada al conocido “contradocumento” o “contraescritura” a que se refiere el artículo 1362 *ibidem*. Lo propio puede decirse del instrumento privado en los términos del artículo 1363, que una vez que se ha producido su reconocimiento tiene entre las partes y respecto a los terceros, la misma fuerza probatoria que el público en lo que se refiere al hecho material de las declaraciones, no así respecto a la verdad de ellas que quedan amparadas por la presunción de buena fe, pero que pueden ser destruidas con prueba en contrario donde cabe la testimonial.

En todos los casos de simulación si la pretensión judicial es ejercitada por un tercero resultan admisibles todas las pruebas, no siéndole oponible por ejemplo el contradocumento. También el acreedor que intenta la denominada “acción pauliana” para devolver al patrimonio del deudor un bien simuladamente salido el mismo –patrimonio- es considerado un tercero y no queda atado a la restricción

de la prueba por testigos, quien por demás está ante la imposibilidad de acceder al contradocumento –si existe- para probar tal hecho.

Sin perjuicio de lo escrito y como finalizaríamos en el punto anterior, se trata de una limitación inconstitucional y antigarantista, que debe reverse por el control de la constitucional o reinterpretación constitucional y garantista del tema, permitiendo siempre la admisión del medio y dejando en manos del judicante el análisis y valoración de la prueba a través del sistema de la sana crítica o libre convicción razonada, mediante las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos, en tratándose en consecuencia de motivos de eficacia y no de admibilidad del medio probatorio.

6. EXCEPCIONES A LA LIMITACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.

Las inconstitucionales y antigarantistas limitaciones o restricciones a la prueba testimonial analizadas en los puntos anteriores, que en nuestro sistema de procedimiento civil –Código de Procedimiento Civil y Código Civil- son tratadas como requisitos de admisibilidad y no de eficacia o valoración, se ven atenuadas por las excepciones contenidas en los artículos 1.392 y 1.393, que y sin perjuicio de tratarse de demostrar la existencia de convenciones o contratos que tengan como fin la constitución de extinción de obligaciones superiores a determinado valor, así como para demostrar lo contrario a las mismas –convenciones o contratos- documentados en instrumentos públicos o privados, para modificarlos, para justificar lo que se hubiese dicho antes, al tiempo o después de su otorgamiento, aunque su valor fuere menor al establecido en la ley, permiten la admisión de la prueba por testigos, como son los casos de: **a. La existencia de un principio de prueba; b. La existencia de indicios contingentes; c. La imposibilidad material o moral para el acreedor de obtener una prueba escrita de las obligaciones; d. La pérdida por parte del acreedor del título que le servía de prueba de las obligaciones, por casos fortuito o fuerza mayor; y e. Cuando el acto es atacado por ilicitud de la causa.**

Sin perjuicio –reiteramos- de que estas limitaciones son inconstitucionales y antigarantistas, insostenibles en el actual estado constitucional donde el tema de la actividad probatoria tiene carácter constitucional, así como de la constitucionalización del sistema oral que necesariamente debe apostar a la sana crítica como regla de valoración de la actividad probatoria y que en consecuencia, hacen inútil e inaplicables estas excepciones a la regla de inadmisión de la prueba testimonial, teniendo en consideración que la ignorancia y poca preparación de nuestros jueces sobre el tema probatoria, producto de la política judicial que se lleva desde el Tribunal Supremo de Justicia, no les ha permitido el entendimiento del

carácter constitucional de la actividad probatoria, quienes siguen manteniendo y acatando estas restricciones inconstitucionales, de seguidas analizaremos cada una de ellas.

6.1. La existencia de un principio de prueba por escrito.

Esta primera causal de excepción a la limitación a la admisión a la prueba testimonial, se encuentra regulada en el artículo 1.392 del Código Civil, referida a que la misma resulta admisible cuando exista un principio de prueba por escrito, entendida como cualquier escrito que emane del contendor judicial de aquel que propone la prueba o de su representante, que haga verosímil –creíble o posible- el hecho que trate de demostrarse con la prueba testimonial. Dicha norma expresa [...] **También es admisible la prueba de testigos cuando hay un principio de prueba por escrito. Este principio de prueba por escrito resulta de todo escrito emanado de aquel a quien se le opondrá, o de aquél a quien él representa, que haga verosímil el hecho alegado. Es, asimismo, admisible dicha prueba, cuando las presunciones o indicios resultados de hechos ciertos probados, no por testigos, sean bastantes para determinar la admisión de la prueba.**”

Pero ¿qué se entiende por principio de prueba por escrito?

CHIOVENDA se refiere a él como cualquier escrito proveniente de aquel contra quien se propone la demanda o por su representante, que haga aparecer como verosímil el hecho alegado.²⁴⁴

Al respecto ALSINA nos dice que se entiende por principio de prueba por escrito todo documento o manifestación constatada en juicio –esto último no regulado en nuestra legislación- que emane del adversario, antecesores o de parte interesada en la contestación –esto tampoco regulado en nuestra legislación- o que tuviere interés si viviera, que haga verosímil el hecho litigioso; que se trata no solamente del documento que es uno de los modos de expresión, sino toda manifestación de voluntad, porque constatada ésta, constituye un suplemento de prueba suficiente para eliminar el equívoco que acompaña siempre a la prueba testimonial, volviéndose entonces a la regla originaria que no contiene límites de admisibilidad. Indica el maestro que tratándose de documentos, el principio de prueba por escrito se distingue de la prueba escrita en que ésta sirve para probar el contrato, en tanto que aquélla lo

²⁴⁴ Guiseppe CHIOVENDA. Ob. cit. V. III. p. 178. En idénticos términos Enrico Tullio LIEBMAN. Ob. cit. p. 362, Gean Antonio MICHELI. Ob. cit. V. II. pp. 178 y ss.

hace sólo “*verosímil*”, lo que constituye –la verosimilitud– una cuestión de hecho apreciable por el juez, aunque el concepto supone necesariamente una relación entre el contenido del escrito que se propone como principio de la prueba y el hecho que se trata de probar, al referirse al contrato o lo mencione, simplemente que indique algo que conduzca a él, de modo que faltando esa relación el documento no servirá como principio de prueba por escrito; que no es necesario la existencia de un reconocimiento expresa del hecho, pues aquí no se trataría de un principio de prueba por escrito sino de una prueba escrita completa, de manera que servirán instrumentos privados no reconocidos.

El documento –indica el precitado maestro– debe emanar de la parte a la cual se opone, o de quien lo representa legalmente, como su padre, tutor, curador, mandatario y aun el gestor de negocios cuando hubiese mediado ratificación expresa o tácita por parte del interesado; que puede emanar de un tercero no interesado, como sería el instrumento nulo por falta de capacidad del funcionario público, así como aquel que aunque no estuviese firmado por la parte si constara que lo hizo porque no podía o sabía firmar; el instrumento no necesariamente debe estar firmado por la persona de quien emane, sino basta que se pruebe que emana de él, por ejemplo cuando lo haya hecho con su puño y letra, prueba que no podría hacerse por testigos sino mediante experticia grafotécnica y termina expresando que [...] *El documento debe ser agregado a los autos, pero en caso de pérdida o destrucción puede justificarse su existencia y contenido por testigos, aplicándose las reglas expuestas precedentemente para cuando hubiere imposibilidad de presentar la prueba escrita. Importan igualmente como principio de prueba, según hemos visto, las situaciones procesales de las que el juez pueda inducir un reconocimiento implícito del hecho litigioso. Entre ellas la jurisprudencia ha reconocido como tales la admisión de los hechos al contestar la demanda, aunque sólo sea parcial; la falta de contestación o la contestación evasiva; las manifestaciones hechas en la absolución de posiciones; confesión ficta; la confesión extrajudicial.*”²⁴⁵

BACRE al tratar el tema nos dice que para la existencia del principio de prueba por escrito, debe tratarse de documentos que se refieran al contrato, lo mencionen, indiquen algo que conduzca a él, pues la testimoniales completarán la certeza, siendo necesario que exista una relación entre el contenido del escrito que se propone como principio de prueba y el hecho que se trata de probar, de modo que faltando esa relación el documento no servirá como principio de prueba por escrito. Indica que [...] *En general, el principio de prueba por escrito es, en el fondo, un indicio, una verosimilitud del hecho controvertido; es decir, por vía de inducción, de un hecho conocido (hecho indicador que aparece demostrado en el escrito) se pretende llegar a un hecho desconocido, por fuerza del nexo de causalidad entre los dos, utilizando una prueba complementaria como es la testimonial.*”²⁴⁶ Este es precisamente uno de los supuestos a que se refiere el artículo 1.392 del Código Civil

²⁴⁵ Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. pp. 568 y ss. En los mismo términos véase a Lino Enrique PALACIO. Ob. cit. T. IV. pp. 571 y ss.

²⁴⁶ Aldo BACRE. Ob. cit. T. III. pp. 230 y ss.

al señalar [...] *Es, asimismo, admisible dicha prueba, cuando las presunciones o indicios resultados de hechos ciertos probados, no por testigos, sean bastantes para determinar la admisión de la prueba.*”

En los términos del artículo que estudiamos -1.392- se entiende por principio de prueba todo escrito emanado de aquel a quien se le opone o de aquél a quien él representa, que haga verosímil el hecho alegado, de donde se pueden apreciar la necesidad de la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a. Que se trate de un escrito pero no del contrato mismo que se presenta como una prueba completa.²⁴⁷
- b. Que provenga de aquel que se le opone, del contendor judicial de quien la aporte, de su causahabiente o representante. Respecto a este requisito tanto DEVIS ECHANDÍA como PARRA QUIJANO son del parecer que requiere acreditarse su autenticidad, lo que incluso colocan como un requisito adicional bajo la denominación “Que el escrito goce de autenticidad o que ésta se pruebe”, aduciendo que los testimonios son admisibles y conducentes porque no se trata de probar la convención, sino el hecho de la firma del escrito, no rigiendo por consiguiente la limitación legal; que no hace falta que el escrito esté firmado, cuando proviene de la propia parte a quien se opone hecho con su puño y letra.²⁴⁸
- c. Que el escrito haga verosímil, viable, posible, probable, creíble el hecho alegado que pretende demostrarse con la prueba de testigos, cuando se trate de convenciones o contratos celebrados para la constitución o extinción de obligaciones con un monto mayor al señalado en la ley, así como para probar lo contrario a una convención contenida en instrumentos públicos o privados, para modificarlo o para probar lo que se hubiera dicho antes, al tiempo o después de su otorgamiento, de manera que se trata de la existencia de fundados motivos para creer que el acto se ha efectuado, que se ha celebrado. La verisimilitud puede ser al estar referido el principio de prueba al contrato, a la obligación, a la convención, que lo indiquen o menciones o simplemente que lo relacione.²⁴⁹
- d. Que exista una relación entre el contenido del escrito que sirve como principio de prueba y el hecho que se quiere probar –señalado en el punto anterior-.
- e. Debe promoverse conjuntamente con la testimonial, lo que en el caso del procedimiento civil – donde aplican estas reglas- es en el lapso de promoción de pruebas, según el procedimiento sea escrito u oral.

²⁴⁷ Esto último como lo indica Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. pp. 319 y ss.

²⁴⁸ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. pp. 204 y ss y Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. pp. 320 y ss.

²⁴⁹ Véase a Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. I. pp. 299 y ss.

En definitiva el principio de prueba por escrito no se trata de un escrito o instrumento que contenga la convención o contrato, basta que se mencione en el mismo o que se refiere a él, que se relacione, pues de esta manera habrá la plausibilidad o viabilidad del hecho alegado para que pueda decirse que existe la misma verosimilitud, relación que el operador de justicia podrá establecer mediante razonamiento racionales, razonables y lógicos, para en definitiva analizar si es admisible la prueba testimonial. Son ejemplos de principio de prueba por escrito cuando por afirmarse en un proceso que alguien ha prestado a la parte que se demanda determinada cantidad de dinero y se presenta una carta emanada del demandado en la cual solicita el préstamo, incluso agradeciéndole por el préstamo hecho; la presentación de un recibo de pago que haga verosímil la celebración de un contrato a plazos; las cartas enviadas, telegramas, fax, correos electrónicos, anotaciones en libros o cuadernos, pagaré, letra de cambio o cheque que no cumplan con los requisitos de ley, que hacen verosímil el pago o la celebración de un contrato.²⁵⁰

6.2. Existencia de indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos y probados, que lleven al juzgador a establecer la necesidad de admitir la prueba testimonial.

La segunda de las excepciones a las limitaciones para la admisión de la prueba por testigos, igualmente se encuentra regulada en el artículo 1.392 del Código Civil que dispone [...] *Es, asimismo, admisible dicha prueba, cuando las presunciones o indicios resultados de hechos ciertos probados, no por testigos, sean bastantes para determinar la admisión de la prueba.*” Como hemos indicado y aún cuando la norma trata de manera indistinta la figura del “indicio” y la “presunción” en el marco del proceso judicial donde existen restricciones a la admisión de la prueba testimonial cuando se trate de convenciones o contratos celebrados para la constitución o extinción de obligaciones con un monto mayor al señalado en la ley, así como para probar lo contrario a una convención contenida en instrumentos públicos o privados, para modificarlo o para probar lo que se hubiera dicho antes, al tiempo o después de su otorgamiento, de manera que se trata de la existencia de fundados motivos para creer que el acto se ha efectuado, que se ha celebrado, en la medida que la parte proponente de la prueba testimonial alegue y demuestre la existencia de indicios, de hechos indicantes que mediante un razonamiento lógico y racional del judicante –presunción hominis- puedan conducir a demostrar el hecho indicado, como lo es la existencia de convenciones que constituyan o extingan obligaciones mayores al valor limitante, lo contrario a una convención contenida en

²⁵⁰ Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. pp. 324 y ss.

instrumentos públicos o privados, que lo modifique, así como lo que se hubiese dicho antes, al tiempo o después de su otorgamiento, será admisible el medio probatorio.

A tal fin y encontrándonos que la admisión de la testimonial dependerá de una prueba indiciaria, es necesario que se reúnan los siguientes requisitos:

- a. Que se trata de indicios plurales, esto es, de varios indicios, aunque no descartamos que sea uno necesario.
- b. Que sean alegados y demostrados con pruebas que no sean testimoniales, ello en los términos del artículo 1.399 del Código Civil que dispone [...] *Las presunciones que no estén establecidas por la ley quedarán a la prudencia del Juez, quien no debe admitir sino las que san graves, precisas y concordantes, y solamente en los casos en que la Ley admite la prueba testimonial.*” Destacamos desde ahora la lamentable confusión de nuestro legislador que trata al indicio como si fuera una presunción.
- c. Que los indicios de ser plurales sean graves, precisos, concurrentes o concordantes y convergentes.
- d. Que al promoverse la prueba testimonial conjuntamente se cumplan con los requisitos de la prueba indiciaria.

Al proponente de la prueba testimonial sólo corresponde la carga de construir y probar los hechos indicantes, así como su relación con el o los hechos indicados, más la presunción que los une queda a la apreciación del judicante quien debe aplicar las reglas de la experiencia y la lógica.

6.3. Imposibilidad material o moral de obtener la prueba escrita.

Junto con los casos excepcionales donde resulta admisible la prueba testimonial en los casos señalados en el artículo 1.387, el legislador en el artículo 1.393.1 del Código Civil se refiere a la imposibilidad material o moral que pudo tener el acreedor para obtener la prueba escrita de de las obligaciones, de manera que en tratándose de casos donde la prueba testimonial resulta inadmisibile y a los cuales hemos hecho referencia, si se presenta el supuesto de la precitada imposibilidad por vía excepcional el medio probatorio sería admisible. En este sentido la última de las normas indica [...] *Es igualmente admisible la prueba de testigos en los casos siguientes: 1º En los casos en que haya existido para el acreedor la imposibilidad material o moral de obtener una prueba de la obligación;*”

Este caso excepcional de la imposibilidad para el acreedor de obtener la prueba escrita contentiva de la obligación reclamada en el proceso judicial, debe existir al momento en que se forma la obligación y puede ser “**material**” cuando existen condiciones de tiempo, lugar que no se presten para obtener la

escritura, como casos de emergencia, cuando se trate de hechos punibles, responsabilidad civil extracontractual, incendio, quiebra, hundimiento de buques, daños entre otros; o “moral”, cuando por relaciones con las personas –familiares, de gratitud, respeto, subordinación o dependencia, cónyuge, padres, hijos, hermanos, servicios profesionales como médicos o abogados, amantes, relaciones patrono trabajador, por causas religiosas, ventas en ferias, entre otros, no fuera posible obtener la prueba escrita, siempre y cuando no se exija un acto e instrumento *ad solemnitatem* como hemos visto, salvo que se pretendiera demostrar la simulación o fraude como también hemos visto.

Estas circunstancias deben ser alegadas y eventualmente acreditadas por el promovente de la prueba testimonial, como en el caso de relaciones familiares con la prueba pertinente de ello que permita al judicante deducir la existencia de esa imposibilidad señalada como excepción para la admisión de la prueba por testigos, no debiéndose confundir la imposibilidad a que se refiere la norma legal estudiada, con la dificultad de proveerse un prueba escrita de las obligaciones, lo que en todo caso deberá ser analizado por el judicante para acceder o no a la admisión de la prueba en este caso excepcional.

6.4. Pérdida del título que servía de prueba como consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor.

Esta excepción a la prueba testimonial también se ubica en el citado artículo 1.393.2 del Código Civil que prevé [...] 2º *Cuando el acreedor haya perdido el título que le servía de prueba, como consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor.*” Esta causal no sólo pudiera operar en la eventualidad de la pérdida, sino que debiera extenderse a la destrucción por los mismos motivos, lo que tiene su justificación en el efectivo cumplimiento de las partes de proveerse de una prueba instrumental que demostrara las obligaciones, pero por causas no imputables a ellas, dicha prueba ha desaparecido o destruido lo que habilita por vía de excepción a la utilización de la prueba testimonial, bien se trata de un instrumento *ad probationem* o *ad solemnitatem*, pues insistimos, en este último caso hubo prueba documentada y la realización del acto solemne, pero el instrumento se ha perdido o destruido, por ejemplo por causas de un incendio, inundación, terremoto, robo en las oficinas públicas donde reposan los protocolos de los actos solemnes, entre otros.

El problema de la pérdida del título que servía de prueba como argumento para proponer la prueba testimonial, se basa fundamentalmente en el hecho de conocer el criterio a seguir respecto al motivo de la pérdida del título por caso fortuito o fuerza mayor, pues al respecto se establecen tres tesis a saber: a. La que exige la prueba de una fuerza mayor o caso fortuito; b. La que acepta la pérdida

inculpable del documento; y c. La que se conforma con que la pérdida haya sido involuntaria. Analicemos cada una.

6.4.1. Tesis que exige la prueba de una fuerza mayor o caso fortuito.

Se basa en que la invocación de la pérdida del título para proponer la prueba testimonial vía excepcional, por casos de fuerza mayor o fortuitos, debe ser demostrado por el proponente, teniendo sus antecedentes el principio de Justiniano contenida en la Ley 18, título De testibus del Código que regulaba [...] *Sin vero facta quidem per scripturam securitas est, fortuito autem casu vel incendi, vel naufragio, ves alterius infortuni perempta, tunc liceas his qui hoc perpassi sunt, causam perentionis probantibus, etiam debitu solutionem per testem probare damnunque ex amissione instrumenti effagere.*” Luego pasaría al artículo 1.348.4 del Código Civil francés y en el mismo artículo y mismo numeral del Código Civil italiano.

Como ejemplos de este caso se aduce la entrega del título a un tercero que muere sin ser posible encontrarlo u obtener su entrega por los herederos; cuando la pérdida se debe a un hecho delictuoso; cuando el documento ha sido consignado a un tercero y éste lo destruye; cuando existiendo el documento éste es ilegible por el paso del tiempo, por manchas, corrosiones u otras causas; cuando el expediente se condigna en un expediente judicial y es sustraído; casos de robo, inundación, incendio, naufragio, guerra, tumultos, saqueos y similares. En estos casos se hace necesaria la prueba tanto de la imprevisibilidad o inevitabilidad absoluta de la pérdida por el caso fortuito o fuerza mayor, así como de la ocurrencia de éstos y la existencia del documento perdido por ésta causa.

6.4.2. Tesis que acepta la pérdida inculpable del documento.

Dice el maestro DEVIS ECHANDIA que si las partes han cumplido con la formalidad legal y pueden demostrarlo, resulta injusto rechazar la prueba de la pérdida inculpable del documento, para darle cabida supletoria a los testimonios de quienes lo conocieron; que esa ausencia de culpa es razón suficiente y cuando la ley no exija expresamente la fuerza mayor o el caso fortuito, resultando una exageración exigirlo. Se trata de la pérdida del título por casos de fuerza mayor o caso fortuito sin culpa ni intención del portador del título que promueve la prueba de testigos o simplemente a la parte interesada, de manera

que no se haya tratado de negligencia de éste, por causas imputables al mismo relacionado con la causa que produjo su pérdida.²⁵¹

Pero en los términos contenidos en el artículo 1.393.2 de nuestro Código Civil al expresar que la pérdida del título se deba a caso fortuito o fuerza mayor, necesariamente excluye la ausencia de culpa o inculpabilidad, bastando demostrar la ocurrencia de alguno de esos hechos y que la pérdida del título se debió a ello, para acceder a la prueba testimonial, sin necesidad de acreditar o demostrar la ausencia de culpa que como hecho negativo deberá acreditarse mediante un hecho positivo como lo es la diligencia, celo o prudencia en la conservación del documento, elemento no exigido por nuestro legislador y que por disponibilidad o facilidad probatoria –criterios correctivos de las reglas sobre distribución de carga probatoria- recaerán no sobre el proponente de la prueba testimonial sino sobre su contendor judicial.

Esta tesis es acogida por PARRA QUIJANO quien se aparta de DEVIS ECHANDÍA que acoge la última de las tesis que analizaremos, argumentando al efecto que [...] *Frente a las tres tesis, no dudamos en acoger la segunda, esto es, la que demanda que la pérdida del documento haya sido sin culpa del que invoca su existencia. Es innegable que los tiempos modernos exigen que las personas en todos sus actos empleen el mayor cuidado y diligencia posible. Por tanto, si alguien pretende derivar consecuencia de derecho material, valiéndose de documentos, debe cuidarlos con prudencia, con diligencia, con celo si se quiere; si a pesar de ello se extravían, hay lugar a utilizar la prueba testimonial. Si, por ejemplo, se tiene el documento en que consta la existencia de una obligación de considerable valor y se procede a depositarlo en una caja o cajilla de seguridad de un banco y ocurre su pérdida, ésta se produce sin culpa del depositante, por lo tanto puede recurrirse a la declaración de terceros; pero si, en el mismo caso, el interesado deja el documento, sin que implique abandono, sobre una mesa de su casa de habitación y es destruido, verbigracia por un infante que lo tuvo a su alcance, o desechado por alguien que aseaba la casa, en ese evento se ha perdido por negligencia del propietario, por su culpa, y no podrá valerse de la prueba testimonial para obtener su reconstrucción.*²⁵² Respecto a lo dicho por el maestro nos parece que los ejemplos desde una visión del proceso judicial son poco probables, pues respecto al proponente de la prueba testimonial, obviamente que si la pérdida fue por su culpa nunca lo dirá, nunca alegará que fue descuidado o imprudente; pero si se refiere a la otra parte y en los ejemplos citados, nos preguntamos ¿cómo tendría conocimiento de tal circunstancia cuando se han producidos los eventos en la intimidad de la casa de habitación?, de manera que nos parece que el tema de la prueba de la ausencia de culpa –no exigida en nuestra legislación- es muy subjetivo y peligroso, lo que abona a sostener más bien la tesis que sigue como lo hace DEVIS ECHANDÍA.

²⁵¹ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. pp. 216 y ss.

²⁵² Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. p. 335.

6.4.3. Tesis que se conforma con que la pérdida haya sido involuntaria.

La última tesis descansa en el simple hecho que la pérdida del documento por caso fortuito o fuerza mayor sea ajena a la voluntad del interesado, sin que importe que haya mediado culpa negligente o falta de previsión, pues lo contrario conduciría a sancionar prácticamente con la pérdida del derecho sustancial, la simple culpa en la custodia del documento lo que resulta antijurídico como explica el maestro DEVIS ECHANDÍA. Indica que la destrucción voluntaria o el haber arrojado a sabiendas el documento a un lugar donde necesariamente debía extraviarse significan su abandono y debe presumirse, si se tenía capacidad jurídica, que se renuncia a sus ventajas y al derecho sustancial que sólo así se podía probar.²⁵³

Esta última tesis nos parece aplicable en nuestro sistema donde el Código Civil sólo regula como motivo para la proposición excepcional de la prueba testimonial, la pérdida del título por caso fortuito o fuerza mayor sin que exija su prueba al efecto, de manera que basta la involuntariedad del interesado en la pérdida del documento para que pueda aducirse la causal en estudio, lo que como hecho negativo bastará con su alegación o acreditamiento argumentativo sin necesidad de prueba de tal circunstancia, la que en todo caso corresponderá a la parte contraria que debe alegar el hecho positivo en contrario – voluntariedad en la pérdida del documento- y probarlo. En todo caso para la invocación de esta causal la doctrina requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:²⁵⁴

- a. La acreditación de la preexistencia del documento cuya pérdida se alegue y su clase o naturaleza, si se trata de instrumento público o auténtico o privado, reconocido o no, que en los casos de actos solemnes y documentos *ad solemnitatem* permiten apreciar si se cumplió con el requisito de su otorgamiento en forma legal.
- b. La demostración del hecho de la pérdida o extravío del documento, con la determinación de las circunstancias de lugar, modo y tiempo, aunque la misma no debe exigirse de manera rigurosa por su eventual imposibilidad, lo que se ubica más en el acreditamiento de la verosimilitud.
- c. La demostración de la existencia del caso fortuito o fuerza mayor que produjo la pérdida del documento y la involuntariedad.
- d. Que no es posible la obtención de una copia cuando se trata de escrituras públicas.

²⁵³ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. p. 217.

²⁵⁴ Véase a Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. pp. 218 y ss. También a Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. pp. 336 y ss. Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. p. 568. Entre nosotros el maestro Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. I. p. 302.

- e. La exposición del contenido del documento, lo que resulta fundamental para poder admitir la prueba testimonial que debe referirse precisamente al contenido del mismo –instrumento- referidos a la convención o contrato para la constitución o extinción de las obligaciones, lo contrario a las convenciones documentadas, que lo modifiquen o para justificar lo que se hubiese dicho antes, al tiempo o después de su otorgamiento.

6.5. Cuando el acto sea atacado por ilicitud de la causa.

Se trata del último caso excepcional donde es permitida la prueba por testigos, contenido en el artículo 1.393.3 del Código Civil, que señala [...] *Cuando el acto es atacado por ilicitud de la causa.*”, entendida como un motivo de declaratoria sin efecto de las obligaciones fundadas en causas falsas o ilícitas que se produce cuando el motivo determinante del acto o que lo hace posible –causa- en definitiva el fin de las obligaciones en virtud de la cual una persona se obliga con la otra, es contraria a la ley, las buenas costumbres o al orden público, donde resultan aplicables todo tipo de prueba incluyendo la testimonial, tal como sería el caso de reclamaciones judiciales de obligaciones que tuvieran su causa en juegos de azar o envite, tal como nos enseña el maestro Humberto BELLO LOZANO.²⁵⁵

Para terminar el estudio de las excepciones que permiten la admisión de la prueba testimonial, reiteraremos que de por sí las limitaciones al medio de prueba –con muy limitadas excepciones como la conducencia- se presentan como inconstitucionales y antigarantistas, que deben reverse mediante el control de la constitucionalidad o la reinterpretación de las normas procesales y probatorias, circunstancia ésta que influye definitivamente en las precitadas excepciones, pues de reverse las limitaciones no se justificarían las excepciones.

7. INHABILIDADES DEL TESTIGO E INCOMPATIBILIDADES.

Sobre este tema nos hemos referido al tratar las limitaciones a la prueba testimonial donde hemos dicho que se presenta en aquellos casos donde por determinadas circunstancias de inhabilidad o incompatibilidad prevista en la ley, se impide que determinadas personas puedan declarar en el proceso como testigo, por su condición de sospecha a causa de las relaciones que puedan tener con las partes o

²⁵⁵ Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. II. p. 301 y ss.

con el objeto del litigio, que dado su interés hacen ineficaz sus dichos; restricciones que se centran en aquellas prohibiciones que la legislación prevé para la recepción del testimonio de determinadas personas, conocidas generalmente como “inhabilidades” que pueden ser absolutas o relativas y que modernamente son tratadas como regímenes de “incompatibilidades” al considerar la “capacidad” como la regla de admisión de la prueba, de manera que cuando se trate de declaraciones de testigos sospechosos o *suspectus* –que en la tarifa legal se tratan como inhabilidades- se estará en presencia de las precitadas “incompatibilidades” que deben ser apreciadas por el juez en la sentencia correspondiente, conectándose así no con la admisión sino con la eficacia de la prueba.

Estas limitaciones e incompatibilidades más que a causas o motivos que interdicen la admisión de la prueba testimonial, se refieren a circunstancias de eficacia de la prueba que deben ser analizadas al momento de la sentencia definitiva, constituyendo reminiscencias del pasado, verdaderos fósiles jurídicos anacrónicos e insostenibles en el actual estado constitucional y garantista que enmarca al tema de la actividad probatoria como un derecho constitucional y fundamental, particularmente en el marco del sistema de los procedimientos orales donde debe existir la absoluta libertad de valoración de pruebas por parte del juez a través de la sana crítica, quedando en sus manos analizar en cada caso si la existencia de vínculos de los testigos con las partes, con el tema y objeto del litigio y en definitiva por cualquier circunstancias que evidencien algún interés, puede conducir a la exclusión o desestimación de la declaración del testigo, lo que insistimos, es tema de eficacia y no de existencia, validez ni admisión del medio probatorio, de manera que debe reverse estas inhabilidades vía control de la constitucionalidad o reinterpretación constitucional para dar paso –como premisa- a la admisión de la prueba, especialmente cuando la capacidad o habilidad para testimoniar es la regla y la inhabilidad la excepción.

En definitiva y no obstante a que la doctrina moderna apuesta por la eliminación de las inhabilidades e incompatibilidades reguladas en la ley para que las personas puedan declarar en el proceso judicial, sobre todo en materia de procedimientos orales y de regulación de sistemas de libre valoración de pruebas, al ser sustituida por facultades que se le otorguen al operador de justicia para apreciar sanamente la capacidad o no que pueda tener el testigo, convirtiéndose en regla que todos los sujetos son capaces para declarar y solo el juez podría desechar en la sentencia definitiva aquellas declaraciones de personas inhábiles, incapaces o incompatibles para deponer en cualquier clase de procesos o en procesos judiciales determinados, ello no obstante a la posibilidad de tacha que tendrían las partes, nuestro legislador y especialmente el civil –fiel a la regla limitada y ortodoxa- regula en forma expresa, tanto motivos de inhabilidad absoluta como relativa para ser testigo, que en definitiva no son más que limitaciones inconstitucionales y antigarantistas a la prueba testimonial con ocasión al sujeto que es presentado como testigo, los cuales analizaremos de seguidas.

7.1. Inhabilidades absolutas.

Las inhabilidades o limitaciones absolutas en materia testimonial, expresamente de las personas que no pueden declarar en ningún proceso judicial se encuentra regulado en el artículo 477 del Código de Procedimiento Civil, que expresa [...] *No podrán ser testigos en juicio: el menor de doce años, quienes se hallen en interdicción por causa de demencia, y quienes hagan profesión de testificar en juicio.*” Pero analicemos cada uno por separado. MUÑOZ SABATÉ bajo la denominación de “testigo *inhabilis*” indica que el principio general es que puede ser testigo toda persona física capacitada para percibir un hecho y comunicar su recepción, de manera que sólo pueden ser testigos las personas físicas quienes únicamente se hallan dotadas de órganos sensoriales, a diferencia de las personas jurídicas que sólo pueden informar mas no testificar.²⁵⁶

7.1.1. El menor de doce años –niños o niñas-.

El primero de los sujetos que en principio no puede ser testigo en ningún proceso judicial, se refiere a los menores de doce años, lo que igualmente se repite en el artículo 98 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y que originalmente tiene su fundamento en la falta de discernimiento que tiene un niño o niña considerados por el artículo 2º de la Ley Orgánica Para la Protección del Niño, Niña y Adolescente, como toda persona menor de doce años, de manera que la ley regula la causa de inhabilidad partiendo de la “presunción” que el menor de catorce años al no tener discernimiento no resulta viable como testigo por su fácil impresionabilidad, aunque lo cierto es que no existe justificación alguna al respecto, pues es altamente conocido que en el estado actual de la sociedad un niños menor de catorce años no solo es plenamente hábil para percibir los hechos y trasladarlos a un proceso, sino que goza de pleno discernimiento para distinguir lo que es bueno y malo, lo que es verdad o mentira, lo que debe ser evaluada por el judicante no para determinar si la prueba es o no admisible, sino para darle eficacia probatoria a la declaración vertida por el niño o niña; también destacamos que esta limitación retrógrada es propia del sistema de procedimiento escrito y de la tarifa legal, insostenible en el marco de los procedimientos orales y de la sana crítica como criterio de valoración de las pruebas, de ahí que por ejemplo BETANCUR JARAMILLO y GARCÍA SIERRA nos dicen que en muchas de las veces el niño puede percibir y luego relatar ante el juez ciertos acontecimientos con mayor objetividad y sin malicia que como ocurre con una

²⁵⁶ Lluís MUÑOZ SABATE. Ob. cit. p. 357.

persona adulta, de manera que el niño puede resultar más sincero en su declaración y por consiguiente, un mejor órgano de prueba.²⁵⁷

MUÑOZ SABATÉ al tratar el tema nos dice que en la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil española esta limitación estaba prevista, lo que ha sido eliminado en la LEC 1/2000, quienes pueden declarar si a juicio del tribunal poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente, aunque si son menores de edad no se le exigirá el juramento ni promesa de decir la verdad; que respecto a ellos hay que diferenciar lo que es propiamente dicho el “interrogatorio formal testifical”, que sólo podrá practicarse si el tribunal lo considera pertinente conforme al precitado discernimiento y la “exploración” que consiste en un interrogatorio informal generalmente limitado a recabar su parecer y explorar las áreas de su afectividad que particularmente tiene aplicación en procesos de separación, divorcio, nulidad de matrimonio, entre otros,²⁵⁸ tal como por ejemplo se prevé en nuestro sistema de procedimiento de niños y adolescentes conforme al artículo 480 de la Ley Orgánica para la Protección del Niños, Niñas y Adolescentes que prevé [...] *Pueden ser testigos bajo juramento todas las personas mayores de doce años de edad, que no estén sujetas a interdicción o que no hagan profesión de testificar en juicio. Serán hábiles para testificar en los procesos referidos a Instituciones Familiares o a los asuntos contenidos en el Título III de esta Ley, los parientes consanguíneos y afines de las partes, las personas que integren una unión estable de hecho, el amigo íntimo, la amiga íntima, el trabajador doméstico o la trabajadora doméstica. No procede la tacha del testigo, pero se apreciarán sus declaraciones de acuerdo con la libre convicción razonada. **Excepcionalmente, cuando el juez o jueza lo estime imprescindible para comprobar un hecho, puede testificar un niño o niña sin juramento. En estos casos será el juez o jueza quien realice las preguntas y repreguntas, para lo cual las partes le informarán en la oportunidad procesal, sin la presencia del niño o niña, aquellas que desean formular. Los niños, niñas y adolescentes testificarán en los espacios dispuestos especialmente para su atención en el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, quedando prohibido hacerlo en la sala de audiencias. En todos estos casos, el juez o jueza puede solicitar los servicios auxiliares del equipo multidisciplinario del Tribunal.** En búsqueda de la verdad, el juez o jueza puede ordenar declare como testigo a cualquier persona que se encuentre en la audiencia, especialmente a los padres, las madres, representantes, responsables o parientes de los niños, niñas y adolescentes.”*

Como podemos apreciar en nuestra legislación la declaración de menores de doce años se hará sin juramento y más que una declaración formal es “**explorativa**”, realizada por el judicante quien realizará las preguntas que les indiquen las partes y que a bien tenga señalar, lo que se hará en espacios especiales diseñados para ello y utilizando el auxilio de equipos multidisciplinarios de ser el caso,

²⁵⁷ Carlos BETANCUR JARAMILLO y Alfonso GARCÍA SIERRA. Ob. cit. p. 381.

²⁵⁸ Lluís MUÑOZ SABATÉ. Ob. cit. p. 358.

regulación ésta que perfectamente es trasladable y aplicable en el sistema de procedimiento civil y laboral que prevén la limitación en cuestión, para lo cual y ante la ausencia de los espacios especiales para ello o de los equipos multidisciplinares se nos ocurre que perfectamente pudieran pedir la colaboración de los Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes, incluso pudieran librar exhortos o rogatorios al respecto; pero lo fundamental es entender que el límite de edad que refleja eventualmente el discernimiento del testigo, no es cuestión que corresponda a la admisión de la prueba, sino a la eficacia, donde el judicante luego de ese “interrogatorio explorativo” estará en capacidad de determinar si existe o no tal discernimiento y si la declaración sirve como fuente para la verificación de los hechos, pero que no tiene razón de ser, pues a nuestro criterio, existen niños y niñas menores de doce años que perfectamente son capaces de declarar, narrar, reconstruir o reproducir los hechos, para entender lo que ha sucedido, percibir los hechos a través de sus sentidos y lógicamente almacenarlos en su mente.

Respecto de lo dicho también observamos el criterio de ROCCO quien nos dice que el menor de catorce años, sin límites de edad, puede declarar sin juramento cuando el judicante conceptúe útil o necesaria la audiencia de ellos, siendo la razón de la ausencia del juramento su no imputabilidad por el delito de perjuicio.²⁵⁹

Los niños y niñas no son incapaces, son personas con pleno discernimiento, con plena capacidad para presenciar, percibir, entender y almacenar en su mente los hechos ocurridos en el mundo exterior, quienes perfectamente pueden reproducirlos o reconstruirlos a través de su discurso narrativo judicial, sobre todo si se tiene en cuenta que a éstos no se le exige su experiencia, su conocimiento personal, científico, técnico, su cultura, solo se le exige que narre lo que percibieron sobre determinados hechos ocurridos en un momento anterior y que fueron por ellos percibidos, de manera que resulta limitativo y poco feliz la previsión legal en estudio sobre todo cuando el niño o la niña pueden perfectamente opinar en asuntos judiciales sobre cuestiones que afecten su interés –artículo 80 de la Ley Orgánica Para la Protección del Niño, Niña y Adolescente- resultando ortodoxo y anticuado que exista esta limitación, cuando lo constitucional y garantista es su eliminación y sustitución por la libertad del operador de justicia para determinar si el niño o niña tiene capacidad o no para percibir los hechos y reconstruirlos o reproducirlos en el proceso judicial, si resulta hábil o no para ser testigo en el proceso judicial, por lo que en definitiva y hasta tanto no se produzca la eliminación legislativa esta restricción debe reverse mediante el control difuso o reinterpretación constitucional y garantista del tema, cuando especialmente estamos en presencia de un derecho constitucional referido al acceso al sistema probatorio.

²⁵⁹ Ugo ROCCO. Ob. Cit. V. III. p. 139. En iguales términos puede verse a Enrico Tullio LIEBMAN. Ob. cit. p. 364.

En estos términos por ejemplo Hernán Fabio LÓPEZ BLANCO escribe que la restricción en estudio a todas luces resulta equivocada al no poderse privar la búsqueda de la verdad de las valiosas ayudas que pueden provenir de las declaraciones de los menores de edad pues es lo cierto –aduce– que salvo obvios eventos determinados por el natural desarrollo físico de la persona, numerosos menores están en capacidad de declarar y su testimonio debe ser recaudado sin juramento; que una cosa es la inhabilidad del menor y otra muy diferente la forma como se debe realizar la crítica del testimonio del menor, dados los numerosos estudios que existen acerca de la psicología del niño y que ponen de una particular manera ciertos hechos, de manera que no siempre sea igual la percepción de un niños de cuatro años a la de uno de ocho, pero de allí a privar al proceso de esta prueba, grande es la diferencia.²⁶⁰

Uno de los problema fundamentales que se presentan en esta limitante y que ha generado mayores controversias, es la de saber si la minoridad se toma en cuenta para el momento en que se percibieron los hechos o cuando se va a declarar, inclinándose la mayoría de la doctrina por el primero de los supuestos como indica MONTERO AROCA al indicar [...] *Para ser testigo hace falta tener esa edad en el momento de la percepción sensorial de los hechos, de modo que no basta con ser mayor de catorce años en el día de la declaración.*”²⁶¹

7.1.2. Quines se hallen en interdicción por causas de demencia.

Estos resultan otros sujetos que no pueden ser testigos en ningún proceso judicial conforme a lo previsto en los artículos 477 del Código de Procedimiento Civil y 98 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que a criterio de GORPHE citado por PARRA QUIJANO tampoco tiene justificación, ya que la capacidad para testimoniar del alienado es variable según la forma y el grado de perturbación mental, siendo mas recomendable que se le otorgue al juzgador la plena capacidad para analizar la condición del sujeto y la capacidad, para restarla a su testimonio fuerza probatoria o sencillamente desecharlo.²⁶² Esta causal se refiere a interdicción por causa de demencia no declarada en un momento anterior a través de un proceso judicial de interdicción, donde se hubieran realizado las pruebas de experticia mental pertinentes, aún cuando la norma nada dice al respecto, pues de ser así existe plena justificación para que se active la inhabilidad absoluta que ha sido estudiada y demostrada en un proceso previo, lo que no quiere decir que el sujeto pudiera en un momento determinado percibir hechos y que abona el terreno para habilitar la

²⁶⁰ Hernán Fabio LÓPEZ BLANCO. Ob. cit. T. III. pp. 164 y ss.

²⁶¹ Juan MONTERO AROCA. La Prueba en el Proceso Civil. p. 226.

²⁶² Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. p. 307.

declaración del testimonio dejando a la sana crítica del judicante el estudio de la situación al momento de la valoración de la prueba –requisito de eficacia- en definitiva, la limitación no se justifica cuando no exista previa declaración judicial de la interdicción por causa de demencia, caso en el cual el estado del testigo que pueda conducir a desechar su declaración, debe hacerla en juez en la sentencia y no se conecta con la admisión.

Ante la falta de declaración judicial siempre quedará al juez la sana crítica para apreciar el testimonio de aquella persona que se muestre con perturbaciones mentales que pudieran afectar no solo el percibimiento de los hechos sino su narración en el proceso, pues y como indicamos la norma no se refiere a la interdicción declarada judicialmente, lo que hace surgir el problema de aquel sujeto enajenado mentalmente pero que no ha sido declarado como tal en un proceso judicial como hemos expresado; otra problemática se refiere al hecho que ese sujeto pueda tener perturbaciones mentales o ser enajenado, pero en un momento anterior a esta circunstancia y cuando ocurrieron los hechos y los captó, se encontraba en plena capacidad mental, lo cual podría eventualmente ser apreciado en el proceso judicial por el juzgador con el auxilio de otras pruebas como el testigo-experto –médico tratante- o de la propia experticia tradicional que permitan acreditar si el testigo pudo haber tenido momentos de lucidez para percibir o captar los hechos debatidos en el proceso, lo que nuevamente nos permite afirmar la necesidad de la admisión de la prueba dejando para la sentencia su apreciación, especialmente y como indica PARRA QUIJANO cuando una cosa es la inhabilidad para testimoniar y otra la testimonial del interdicto por demencia tenga eficacia probatoria,²⁶³ la primera que se conecta con la admisión y la segunda con la valoración.

7.1.3. Quienes hagan profesión de testificar en el proceso judicial.

Finalmente se regula como causa de inhabilidad absoluta los casos de testigos que haga de su profesión el testificar quienes pueden ser o no pagados, que por obvio de ser testigos prefabricados, preparados y que no tienen conocimiento sobre los hechos que se debaten, no resultan imparciales aprendiéndose sólo

²⁶³ Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. p. 308.

aprenden un guión para su interpretación en el proceso judicial, casos que se presentan con frecuencia en materia de justificativos de testigos y de títulos supletorios como hemos analizado en puntos anteriores. Este tipo de testigos son descubribles cuando se hace la exigencia de la razón del dicho o de la ciencia del testigo, pues tratándose de testigos falsos será evidente que no podrá dar una respuesta terminante y congruente respecto a cómo, cuándo y dónde percibió el hecho, así como de su ocurrencia, pues en general estos testigos se limitan a responder brevemente las preguntas que se le hacen en el interrogatorio dirigido, mediante fórmulas como “sí se” o “sí me consta”, de manera que al final deben ser desechados por el juez.

Pero y sin perjuicio de la existencia de esta causal que se analiza y que es prevista por el legislador como motivo de inhabilidad que interdicta la admisión de la prueba, al igual que ocurren en los supuestos anteriores resulta necesario entender que y salvo que exista antes del testimonio pruebas que demuestren que el testigo hace de su profesión el testificar, como podrían ser las copias de actas procesales de otros expedientes donde el testigo ha sido el mismo, el medio probatorio debe ser admitido dejando en manos del juez la valoración de la causal pero desde una noción de eficacia probatoria que en nada afecte y toque el tema de la admisión, tratándose en todo caso de testigos sospechosos.

Pero ¿qué pasa con las prostitutas? ¿Podrán declarar en los procesos judiciales?

Al respecto el maestro BELLO LOZANO nos indica que su testimonio en el proceso resulta totalmente inválido, existiendo en ellas una incapacidad producida por la desconfianza que merecen y sobre su conocido arte de mentir o fingir; que el testimonio de las prostitutas no debe tomarse en cuenta, pues la meretriz debe fingir todo, disimularlo todo, hasta la sonrisa que florece en sus labios, aunque las tempestades más impetuosas suscitada por el hundimiento completo de un paso honesto y por la desalentadora oscuridad del porvenir, hagan rabiar su pobre alma; desde el interés que demuestra por el primero que recibe, hasta el escalofrío erótico que simula al contacto de las caricias no deseadas, todo en ella es artificial y falso, de manera que a criterio de nuestro antecesor mediato su testimonio no merezca confianza y se convierta en una especie de inhabilidad para declarar en el proceso.²⁶⁴ Data venia a nuestro ilustre maestro, nos separamos de tal afirmación pues la declaración de la prostituta no necesariamente se trata de una declaración falsa, ni por el hecho de trabajar en su profesión la hace inhábil para declarar, por el contrario no se trata de un elemento de admisión o validez de la prueba sino de eficacia, donde el operador de justicia debe evaluar la condición del testigo –prostituta- y su profesión, para darle

²⁶⁴ Humberto BELLO LOZANO, ob. cit. p. 310.

credibilidad o veracidad a sus dichos lo que deberá hacerlo al momento de la sentencia a través de las reglas de la sana crítica, pudiendo en consecuencia valorarse o no sus dichos.

7.2. Inhabilidad relativa.

Al lado de las causales de inhabilidad absoluta en los procesos judiciales que hemos analizado aplicables en teoría en cualquier clase de procesos, el legislador civil regula otro conjunto de inhabilidades que se denominan “relativas” por referirse a casos especiales o específicos donde el testigo no puede declarar en determinados procesos judiciales, lo que se regulan en los artículos 478, 479 y 480 del Código de Procedimiento Civil, señalando la primera de las normas [...] *No puede tampoco testificar el magistrado en la causa en que esté conociendo; el abogado o apoderado por la parte a quien represente; el vendedor, en causas de evicción, sobre la cosa vendida; los socios en asuntos que pertenezcan a la compañía. El heredero presunto, el donatario, el que tenga interés, aunque sea indirecto, en las resultas de un pleito, y el amigo íntimo, no pueden testificar en favor de aquellos con quienes les comprenda estas relaciones. El enemigo no puede testificar contra su enemigo.*”

Como hemos indicado más que casos de inhabilidad, se trata de casos de “incompatibilidad” al referirse a testigos sospechosos por el interés que pueden tener, tales como son los siguientes casos:

- a. El magistrado –judicante- en la causa que esté conociendo, lo que se justifica por el hecho que el mismo ejercita y encarna la función jurisdiccional y de tener conocimiento de los hechos que puedan afectar su estado de ánimo para juzgar con imparcialidad u objetividad, debe apartarse del conocimiento del asunto a través de la “inhibición” lo que eventualmente pudiera permitir que en el proceso seguido ante otro juzgado de igual categoría, fuera propuesto como testigo.
- b. El abogado o apoderado por la parte a quien represente, lo que en teoría se justifica por el hecho de la parcialidad y falta de objetividad en la declaración, salvo que el mandato se haya extinguido y no exista motivo de reserva o secreto profesional que le impida declarar como testigo, aunque puede haber un motivo de tacha. En este sentido dice MUÑOZ SABATÉ que si la prueba la propone la propia parte, dado el interés manifiesto se trata de un testigo sospechoso; pero si la propone la contraparte puede apreciarse el testimonio aunque el problema pudiera quedar zanjado por la manifestación del abogado del deber de guardar secreto profesional que como “incompatibilidad” constitucionalmente puede eximirlo de responder algunas preguntas vinculadas con esa relación abogado cliente, salvo que éste último lo hubiese eximido.²⁶⁵

²⁶⁵ Lluís MUÑOZ SABATÉ. Ob. cit. pp. 359 y ss.

- c. El vendedor en causas de evicción, sobre la cosa vendida, que también se justifica por el interés que muestra en el proceso y en sus resultados.
- d. Los socios en asuntos que pertenezcan a la compañía.
- e. El heredero presunto y el donatario y el que tenga interés, aunque sea indirecto, en las resultados de un pleito.
- f. El amigo íntimo con quienes tiene esta relación.
- g. El enemigo contra su enemigo

Los precitados casos se presentan como causas determinadas de inhabilidad del testigo para declarar en procesos determinados, motivado en general por su carácter parcializado –sospechosos- a favor o en contra de los sujetos procesales, salvo el primero de los casos donde verdaderamente el motivo se refiere al papel que juega el judicante en el proceso y que genera una causal de “incompatibilidad”; pero más que como motivos de admisibilidad, de inhabilidad que interdictan la admisión de la prueba testimonial, el interés que se mueve en los precitados supuestos afecta es a la eficacia de la declaración del testimonio, lo que debe ser evaluado no apriorísticamente para la admisión señalada, sino para la verificación de los hechos mediante la comparación entre las fuentes probatorias y los hechos enunciados y debatidos, de manera que y como hemos indicado se trata de casos de “incompatibilidades” producto de la sospecha del testigo. Además en mucho de estos supuestos la prueba testimonial es fundamental para determinados procesos, como por ejemplo la declaración judicial de concubinato –mero declarativa de relación concubinaria- donde precisamente los testigos fundamentales son los amigos; y que decir del procedimiento de divorcio cuando se alegan causas como abandono voluntaria, exceso, sevicias e injurias graves que hagan imposible la en común, el alcoholismo y que uno de los cónyuges sea farmacodependiente, que y como indicamos precisamente la prueba testimonial esencial es la referida a la declaración de las personas más allegadas a las partes.

Lo dicho nuevamente nos permite afirmar que estas causas de inhabilidad que se reflejan en la admisión del medio probatorio y que más bien se trata de casos de incompatibilidad, deben reverse por inconstitucional y antigarantistas, para dar paso a su admisión y que sea en la sentencia correspondiente cuando se aprecie los precitados motivos de “incompatibilidad” para valorar o no las declaraciones que se viertan en el proceso.

Siguiendo con el análisis de las causas de inhabilidad relativa nos ubicamos en los artículos 479 y 480 del Código de Procedimiento Civil, el primero que expresa [...] *Nadie puede ser testigo en contra, ni en favor de sus ascendientes, o descendientes, o de su cónyuge. El sirviente doméstico no podrá ser testigo ni en favor ni en contra de quien lo tenga a su servicio.*”, por su parte el segundo de los citados artículos señala [...] *Tampoco pueden ser testigos en favor de las partes que los presenten, los parientes consanguíneos o afines: los primeros hasta el cuarto grado, y los*

demás hasta el segundo grado, ambos inclusive. Se exceptúan aquellos casos en que se trate de probar parentesco o edad, en los cuales pueden ser testigos los parientes, aun cuando sean ascendientes o descendientes.”

Aunque previsto como causales de inhabilidad que se conectan erradamente con la admisión del medio probatorio, propio del sistema de procedimiento escrito y de la tarifa legal que por ejemplo rige en nuestro procedimiento civil, realmente se trata de causales de “incompatibilidad” que hacen sospechoso y eventualmente desechable las declaraciones de los testigos que se encuentran en las condiciones indicadas y que pueden generar declaraciones manipuladas, no objetivas ni imparciales, pero esto es cosa que corresponde al análisis del judicante en la sentencia, que no se conecta con la admisión y que deben reverse para dar andamio al medio probatorio. Indiquemos que al igual que en los casos anteriores, muchos de estos supuestos de “incompatibilidad” resultan testigos esenciales en determinados procesos de familia, más allá de la mera excepción que hace el citado artículo 480, como por ejemplo los ascendientes y descendientes, el cónyuge, el sirviente doméstico, parientes consanguíneos hasta el cuarto grado –bisabuelo, abuelo, padre, descendientes, bisnietos, nietos, hijos- o afines hasta el segundo grado –hermanos y tíos- ambos inclusive, en casos como de concubinato, matrimonio entre otros, a causa de ese mayor contacto con las partes y ser quienes conocen con mayor precisión, incluso llegan a ser los únicos que conocen la forma de ser de determinadas personas en su intimidad o privacidad, en sus tratos, amistades, enemigos y en fin, el desarrollo de sus vidas; ¿quién mas que el sirviente doméstico para conocer a las personas, su rutina, sus amistades, sus vicios, sus pesares, sus costumbres, sus ánimos, sus desordenes, en fin, su forma diaria de vivir?, y ni decir de la familia, pero realmente, el servicio conoce mas a las personas que la familia que no cohabita con ellas.

Para terminar este apartado indiquemos que en el sistema oral regido por la sana crítica el modelo de la incapacidad o inhabilidad de los testigos que se conecta con la admisión del medio probatorio, debe reverse por el tantas veces señalado control de constitucionalidad o reinterpretación constitucional, siendo más viable y ajustándose al modelo constitucional y garantista el modelo de las “incompatibilidades” que se conecta con la eficacia y valoración de la declaración de aquellos testigos que se consideran sospechosos por los vínculos e intereses que puedan tener en la causa, pero cuya declaración es recepcionada en el proceso para que sea analizada por la sana crítica del juzgador, de manera que esas mismas “inhabilidades” deben reconducirse a través de las “incompatibilidades”

8. DEBER DE TESTIMONIAR. EXENCIONES

Insistiremos que la prueba en su noción procesal tiene como finalidad la verificación de los hechos mediante la comparación de las fuentes con los hechos enunciados y debatidos, para formar la convicción judicial, lo que permitirá cumplir el fin público del proceso para el mantenimiento de la paz y armonía social, mediante la recta y sana administración de justicia; por su parte el testigo como medio de prueba –órgano de prueba- a través del cual puede llevarse al proceso fuentes probatorias igualmente cumple una función social, como lo es reproducirle o reconstruir la ocurrencia de hechos pasados que haya percibido, para que sirvan como las precisas fuentes que mediante la comparación puedan producir la verificación a que nos hemos referido, colaborando con la justicia y de manera indirecta con la paz social el mantenimiento del Estado Democrático, situación está que lo coloca –al testigo- ante un “deber” jurídico de declarar en tal condición cuando es llamado al proceso, tal como lo regula el artículo 481 del Código de Procedimiento Civil, que señala [...] *Toda persona hábil para ser testigo debe dar declaración. Podrán sin embargo, excusarse: 1º Los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado y los afines hasta el segundo. 2º Quienes por su estado o profesión deben guardar secreto respecto del hecho de que se trate.*”, y el artículo artículos 208 del Código Orgánico Procesal Penal, que dispone [...] *Todo habitante del país o persona que se halle en el tendrá el deber de concurrir a la citación practicada por un tribunal con el fin de que preste declaración testimonial, de declarar la verdad de cuanto sepa y le sea preguntado sobre el objeto de la investigación, y de no ocultar hechos, circunstancias o elementos sobre el contenido de su declaración. Se observarán los tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República Bolivariana de Venezuela, que establezcan excepciones a esta regla.*”

Este deber de declarar es legado por el sistema de procedimiento romano y concretamente por disposición de Justiniano que lo consagraría legalmente –Lib. 16. Código de Testib-; en el Derecho canónico el deber incluso era exigido con tortura para obligar al testigo a declarar eliminando toda libertad de conciencia, lo que y como nos indica el maestro DEVIS ECHANDÍA, durante siglos se procuraría la comparecencia de los testigos desconocidos de las partes y del juez mediante admoniciones hechas en las iglesias católicas por los prelados católicos denominados “monitorios”, lo que ocurriría tanto en los procedimientos penales como civiles; en el Derecho español el deber en cuestión estaría contenido en el Fuero Real –ley 20, tít. 9, Lib. 2- en las Partidas –Partida 3ª, ley 35, tít. 26 y Partida 1ª, título 2, Lib. 2- así como en la Novísima Recopilación.

Pero el deber de testimoniar no es absoluto, pues el legislador prevé motivos que eximen –exenciones- el mismo a determinadas personas, como lo indica el citado artículo 481 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 210 del Código Orgánico Procesal Penal prevé [...] *No están obligados a declarar: 1. El o la cónyuge, o la persona con quien el imputado o imputada tenga relación estable de hecho; sus ascendientes y descendientes y demás parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, sus padres adoptantes y su hijo adoptivo o hija adoptiva. 2. Los ministros o ministras de cualquier culto respecto de las noticias que se le hubieren*

revelado en el ejercicio de las funciones propias de su ministerio. 3. Los abogados o abogadas respecto de las instrucciones y explicaciones que reciban de sus clientes. 4. Los médicos o médicas y demás profesionales de la salud con relación a sus pacientes.” Como observamos testigo tiene en el marco del proceso judicial, cuando es promovido y llevado por las partes al tribunal para deponer, así como en los casos en que es llamado –citado o notificado– por el órgano jurisdiccional, el deber de declarar y colaborar en consecuencia con la justicia, hasta el punto de poder ser conducido por la fuerza en los términos del artículo 212 del Código Orgánico Procesal Penal al señalar [...] *Si el o la testigo no se presenta a la primera citación, se le hará comparecer por medio de la fuerza pública. Si después de comparecer se niega a declarar sin derecho a hacerlo, se comunicará ese hecho al Ministerio Público para que proceda a realizar la investigación.”*, sin perjuicio de la ocurrencia del delito en los términos del artículo 238 del Código Penal que expresa [...] *Todo individuo que llamado por la autoridad judicial en calidad de testigo, experto, médico, cirujano o interprete, se excuse de comparecer sin motivo justificado, será castigado con prisión de quince días a tres meses. El que habiendo comparecido rehusé sin razón legal sus deposiciones o el cumplimiento del oficio que ha motivado su citación, incurrirá en la misma pena. Además de la prisión se impondrá al culpable la inhabilitación en el ejercicio de su profesión o arte por un tiempo igual al de la prisión, terminada esta. Las penas establecidas en este artículo no se aplicarán sino en los casos en que disposiciones especiales no establezcan otra cosa.”*; en el sistema de procedimiento civil el artículo 494 prevé una multa al contumaz o arresto; como hemos indicado se trata de un deber jurídico para con el Estado de declarar sobre aquellos hechos que ha percibido y que pueden interesar al proceso judicial como instrumento de paz social, lo que descarta que se trata de una carga –salvo cuando existen causas de exención y éste decide no obstante declarar– de manera que como “deber” es exigible y hasta sancionable.

También observemos que las causales que eximen o generan exención al testigo para declarar, se presentan como potestades o facultades del mismo para no prestar declaración – que y como dijimos no le impide hacerlo aunque estemos en presencia de un testimonio sospechoso por la eventual incompatibilidad que viene dado, lo que es tema de la apreciación de la prueba y valorable por la sana crítica del judicante– y giran alrededor de motivos que pueden resumirse de la siguiente manera: **a. Relacionadas con vínculos familiares, de consanguinidad, afinidad, relaciones conyugales y relación estable de hecho; y b. Deber de guardar secreto**; no obstante debemos advertir que eventualmente pueden surgir otros motivos que permiten al testigo eximirse de declarar, como en caso de enfermedad o imposibilidad física o mental, incapacidad.

En relación al primer motivo que genera exención de declarar, insistimos que se trata de una facultad, que y si no es ejercitada o invocada y el testigo decide declarar estaremos en presencia de un testimonio y testigo *suspectus*, cuya versión debe ser recibida en el proceso al tratarse de un problema – incompatibilidad– de valoración probatoria y no de admisión del medio, de manera que queda en manos

del judicante el análisis de la persona del testigo y su declaración conforme al criterio de la sana crítica para valorar o desechar al medio probatorio; respecto al segundo motivo expresado –deber de guardar secreto- tenemos por causas de un determinado estado o profesión existe el deber legal de guardar el secreto respecto del hecho de que se trate, como sucede con el casos de los abogados, médicos, psicólogos, psiquiatras, sacerdotes católicos respecto a confesiones religiosas y funcionarios públicos en relación con los secretos de Estado, de manera que aún cuando se trata de personas hábiles para declarar, se presenta una exención en el deber que estudiamos a causa del mentado secreto, cuya revelación puede generar un delito perseguible penalmente en los términos del artículo 189 del Código Penal conforme al cual [...] *El que teniendo razón de estado, funciones, profesión, arte u oficio, conocimiento de algún secreto cuya divulgación pueda causar algún perjuicio, lo revela, no obstante, sin justo motivo, será castigado con prisión de cinco a treinta años.*”, sin perjuicio que en ciertos casos no habrá carácter punible ante la revelación del secreto, cuando por ejemplo se trate de supuestos de legítima defensa o de estado de necesidad, conforme al artículo 28 del Código de Ética Profesional del Abogado Venezolano que expresa [...] *Si un asesorado, patrocinado o defendido comunica a su abogado la intención de cometer un hecho punible, éste agotará todos los medios necesarios para persuadirlo, de tal propósito y, en caso de no lograrlo, puede hacer las revelaciones necesarias para perseguir el acto delictuoso o proteger a las personas y a los bienes amenazados.*” ello a propósito del artículo 27 del precitado Código que prevé [...] *El abogado que fuere acusado judicialmente o denunciado por su patrocinado ante el Tribunal Disciplinario del mismo colegio, estará dispensado de su obligación de guardar el secreto profesional, en, los límites necesarios e indispensables para su propia defensa.*” También exista la excepción al deber de guardar secreto cuando la propia ley establece el deber de testimoniar y cuando quien deba guardarlo es eximido de hacerlo por la persona a quien afecte dicha revelación, de manera que en nuestro sistema puede afirmarse que el deber no es absoluto y la propia ley regula excepciones que atienden al orden público y al interés social por encima del propio deber.

Pero ¿qué es el secreto profesional?

Nos dice la profesora María Candelaria DOMINGUEZ GUILLÉN es [...] *la obligación de mantener reservado todo lo que el sujeto conozca en razón o con ocasión de su profesión, arte u oficio.*”²⁶⁶

Respecto al secreto médico conocido como “juramento de Hipócrates” que se presenta como el decálogo de los médicos, el mismo está previsto en el artículo 46 de la Ley de Ejercicio de la Medicina que señala [...] *Todo aquello que llegare a conocimiento del médico con motivo o en razón de su ejercicio, no podrá darse a conocer y constituye el secreto médico. El secreto médico es inherente al ejercicio de la medicina y se impone para la protección*

²⁶⁶ María Candelaria DOMINGUEZ GUILLÉN. El Secreto Profesional y el Deber de Testimoniar. En Estudios de Derecho Procesal Civil. Libro homenaje a Humberto Cuenca. Fernando Parra Aranguren. Editor. Tribunal Supremo de Justicia. Colección libros homenaje. N° 6. Caracas, 2002. p. 247.

del paciente, el amparo y salvaguarda del honor del médico y de la dignidad de la ciencia. El secreto médico es inviolable y el profesional está en la obligación de guardarlo. Igual obligación y en las mismas condiciones se impone a los estudiantes de medicina y a los miembros de profesiones y oficios para médicos y auxiliares de la medicina.”, aunque el mismo puede revelarse sin violación en los casos señalados en el artículo 47 que indica [...] No hay violación del secreto médico en los casos siguientes: 1. Cuando la revelación se hace por mandato de Ley. 2. Cuando el paciente autoriza al médico para que lo revele. 3. Cuando el médico, en su calidad de experto de una empresa o institución, y previo consentimiento por escrito del paciente, rinde su informe sobre las personas sometidas a exámenes al Departamento Médico de aquella. 4. Cuando el médico ha sido encargado por la autoridad competente para dictaminar sobre el estado físico o mental de una persona. 5. Cuando actúa en el desempeño de sus funciones como médico forense o médico legista. 6. Cuando hace la denuncia de los casos de enfermedades notificables de que tenga conocimiento ante las autoridades sanitarias. 7. Cuando expide un certificado de nacimiento o de defunción o cualquiera otro relacionado con un hecho vital, destinado a las autoridades judiciales, sanitarias, de estadísticas o del registro civil. 8. Cuando los representantes legales del menor exijan por escrito al médico la revelación del secreto. Sin embargo, el médico podrá, en interés del menor, abstenerse de dicha revelación. 9. Cuando se trate de salvar la vida o el honor de las personas. 10. Cuando se trate de impedir la condena de un inocente. 11. Cuando se informe a los organismos gremiales médicos de asuntos relacionados con la salud de la comunidad en cuanto atañe al ejercicio de la medicina. Esta información no releva de la obligación a que se refiere el ordinal 1 del artículo 25 de esta Ley.”

En el caso de los comunicadores sociales también existe el secreto profesional en los términos del artículo 8 de la Ley de Ejercicio del Periodismo conforme a la cual [...] *El secreto profesional es derecho y responsabilidad del periodista. Ningún periodista está obligado a revelar la fuente informativa de hechos de los que hayan tenido conocimiento en el ejercicio de su profesión.”*; también el Código Penal en los artículos 134, 205 y 339, contienen previsiones respecto al secreto político y militar concerniente a la seguridad de la República, el que corresponde a los funcionarios públicos y respecto a invenciones y descubrimientos científicos e industriales, respectivamente.

Ya para terminar este punto resulta importante destacar que en los casos de exenciones para declarar, especialmente cuando estamos en presencia del deber de guardar secreto, la oportunidad procesal correspondiente para su invocación lo será en el propio momento de rendir la declaración, lo que nos permite afirmar que el testigo —y salvo los casos que estudiaremos en el próximo tema— está en el deber de comparecer al tribunal a declarar y una vez que tiene conocimiento sobre el contenido del interrogatorio es que en base a ello podrá invocar la exención de declarar, pues si el interrogatorio versa sobre hechos que no quedan amparados por el secreto, habrá el deber de testimoniar, quedando en manos del judicante la valoración del testigo ante la eventual incompatibilidad en los términos que hemos estudiado.

CAPITULO V

PROCEDIMIENTO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

SUMARIO. 1. Promoción de la prueba testimonial. Oportunidad. Requisitos. Admisión. Comisión judicial. 2. Acto de declaración del testigo. 2.1. Lugar del acto. Aplicación de la videoconferencia en materia testimonial. 2.2. El juramento y las “generales de ley”. 2.3. El interrogatorio de los testigos. Técnica “narrativa” e “interrogativa”. 2.3.1. Técnica narrativa. 2.3.2. Técnica interrogativa. El interrogatorio propiamente dicho. Interrogatorio “directo”, “contrainterrogatorio”, “redirecto” y “reindirecto”. 2.4. Fórmula de las preguntas en el interrogatorio. 2.4.1. Interrogatorio directo. 2.4.2. Interrogatorio sugestivo, capcioso y otras fórmulas prohibidas. 2.4.3. El interrogatorio “indirecto” o “contrainterrogatorio”. 2.4.4. El interrogatorio “redirecto” o “reindirecto”. 2.4.5. Actividad del judicante durante la práctica de la prueba de testigos. 2.4.6. Casos de testimonio de varios testigos. 2.4.7. Respuesta del testigo. 2.4.8. Retracción testimonial. 2.4.9. Acta de la declaración testimonial. 3. Obligación de comparecencia del testigo. Excepciones. Personas que no están obligadas a declarar. Indemnización por perjuicios y gastos. 4. Tacha testimonial. 4.1. Definición. 4.2. Motivos o causas de la tacha testimonial. 4.3. Procedimiento de la tacha testimonial. 5. El careo. 5.1. Etimología y definición. 5.2. Sujetos entre los que puede hacerse el careo. 5.3. Procedimiento del careo. 6. La Prueba de testigos en el sistema de procedimientos orales. 6.1. La prueba testimonial en el sistema de procedimiento civil oral. 6.2. La prueba testimonial en el sistema de procedimiento penal. 6.2.1. El testimonio del niño y del adolescente en el procedimiento penal. 6.3. La prueba testimonial en el sistema de procedimiento laboral. 7. Apreciación y valoración de la prueba testimonial.

1. PROMOCIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL. OPORTUNIDAD. REQUISITOS. ADMISIÓN. COMISIÓN JUDICIAL.

En el marco del **sistema de procedimiento civil escrito**, la declaración de testigos como todos los demás medios probatorios –de promoción no excepcional- debe proponerse o promoverse en el lapso ordinario para ello de quince días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de emplazamiento, para lo cual su proponente debe cumplir con todos y cada uno de los requisitos exigido para su promoción y especialmente debe identificar el objeto de la prueba –apostillamiento- lo que significa, que debe señalar en el escrito de promoción los hechos controvertidos o discutidos que se pretenden demostrar mediante la prueba testimonial que se propone, que son fundamento de la pretensión o excepción por ser presupuesto de la norma que consagra la consecuencia jurídica que persiguen, lo cual permitirá al contendor judicial contradecir la prueba al poder determinar si la misma resulta idónea, conducente, legal, relevante o lícita para demostrar los hechos debatidos e igualmente, permitirá al operador de justicia precisar éstos elementos para determinar su admisibilidad o no, requisitos de admisibilidad que como hemos estudiado en otro momento son de orden público verificables de oficio por el judicante y ubicados en el derecho constitucional de acceso al sistema probatorio; pero lo indicado bajo ninguna circunstancia –como ocurriera en el Código de Procedimiento Civil de 1916- significa que junto al escrito de promoción de pruebas debe acompañarse un pliego contentivo de las preguntas, bastando que simplemente se haga

señalamiento, bien al momento de promocionar el medio probatorio o al final, de los hechos en general que siendo controvertidos o discutidos pretenden acreditarse a través de la deposición del testigo que y como hemos también visto, aporta una fuente probatoria que mediante la comparación con los hechos institucionales enunciados, permitirán su verificación y conducirán a la convicción judicial traducido en certeza no carente de falencia.

En este orden de ideas en el sistema de procedimiento civil el artículo 482 del Código de Procedimiento Civil, exige que el proponente del medio probatorio que estudiamos señale el domicilio de los testigos, lo cual y solo mediante criterios y argumentos formalistas, inconstitucionales y antigarantistas pudiera considerarse como un requisito de admisibilidad cuya ausencia devendría en la inadmisión del medio propuesto, pues con el mismo solo se pretende determinar si la declaración se hará en el tribunal de la causa o deberá comisionarse para tal fin, por lo que en todo caso su no señalamiento involucrará la existencia de una renuncia al fuero territorial o del domicilio –de haberlo- entendiéndose así que el testigo comparecerá a declarar ante el tribunal de la causa, todo lo cual evidencia que la promoción de la prueba no requiere de mayor técnica, salvo –como señalamos- que se identifique el objeto de la prueba y que se identifique la persona del testigo, pues el propio artículo en comento nos expresa que debe presentarse la lista de los testigos, lo que nos da a entender que se debe señalar e identificar las personas que comparecerán al proceso a declarar como testigos. En este sentido señala la precita norma [...] *Al promover la prueba de testigos, la parte presentará al **Tribunal la lista de los que deban declarar, con expresión del domicilio de cada uno.***”

Al respecto el profesor Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA al tratar este tema del domicilio y relacionado con la admisión nos dice [...] *La falta de indicación del nombre del testigo, así como de su domicilio, implican la infracción o violación de los requisitos formales de promoción de la prueba y, en consecuencia, podrá ser negada la admisión de la prueba testimonial promovida por manifiesta ilegalidad, bien sea que la parte no promovente el testigo haya hecho oposición oportuna a la admisión de esa prueba y el Juez así lo haya acordado o bien sea que el Juez haya percibido dicha ilegalidad manifiesta y haya decidió negar la admisión de la prueba testimonial, todo ello de conformidad con lo establecido por el único aparte del artículo 397 y del artículo 398, ambos del Código de Procedimiento Civil.*”²⁶⁷ Al respecto nos separamos del criterio de nuestro apreciado amigo pues y como hemos expresado, inadmitir el medio probatorio por el tema del domicilio, se presenta como un formalismo inconstitucional y antigarantista, especialmente cuando dicho previsión solo se identifica con la necesidad o no de comisionar para su práctica pero cuya falta de señalamiento, encuentra su solución en la propia ley, tal y como lo veremos más adelante en este mismo punto al tratar el tema de la comisión.

²⁶⁷ Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA. Ob. cit. p. 623.

Pero ¿en esa identificación del testigo se requiere la colocación de la cédula de identidad?

La interrogante resulta interesante por ejemplo cuando se proponen como testigos a personas con identidad de nombres y apellidos, como por ejemplo la promoción como testigo del ciudadano Humberto BELLO domiciliado en Caracas, sin más señalamiento aunque sea el caso que con tal nombre existen varias personas a saber: Humberto BELLO LOZANO, Humberto BELLO MÁRQUEZ y Humberto BELLO TABARES, lo que y como será lógica ante la forma como se ha propuesto la prueba con la sola mención del nombre y del apellido sin más, habría imposibilidad real de identificar e individualizar al testigo que efectivamente a propuesto la parte, de ahí que en determinados casos no debe existir conformidad con esta simple técnica de promoción debiendo el proponente acudir a otros datos que permitan la precitada individualización de la persona del testigo, como por ejemplo el segundo nombre y apellido, incluso el número de la cédula de identidad o cualquier otro documento de identidad según la Ley Orgánica de Identificación que en su artículo 2 define identificación de la siguiente manera [...] *Se entiende por identificación, el conjunto de datos básicos que individualizan y diferencian a una persona con respecto a otros individuos, y que sirve de fuente de información para su reconocimiento.*”, y en su artículo 3 expresa [...] *A los efectos de esta Ley, se entenderá por medios de identificación: la partida de nacimiento, cédula de identidad y pasaporte.*” Es importante destacar que el tema de la debida identificación que permite la individualización del testigo se conecta no tanto con la admisión del medio probatorio, sino especialmente con la materialización del medio probatorio, con el acto de testigo como tal pues y una vez llegado el momento de rendir declaración, esa falta expresa de identificación impedirá en este acto conocer realmente cuál ha sido la persona que a que el proponente se refirió cuando promovió la prueba y puede generar fraude, de manera que ante esta problemática que se presente nos inclinamos por la imposibilidad de evacuar la prueba por causas imputables al propio promovente, salvo que este alegue el desconocimiento de los datos que permitieran la precitada individualización, que en tratándose de un hecho negativo no tendrá que ser demostrado, correspondiéndole por facilidad probatoria a su contendor judicial aducir el hecho positivo en contrario –que sí tenía el promovente conocimiento de la identidad del testigo- y probarlo.

La circunstancia anotada y conforme al ejemplo que hemos colocado permite apreciar, que el único elemento que diferencia a los testigos es el segundo apellido y legalmente la cédula de identidad que y conforme al contenido del artículo 16 de la Ley Orgánica de Identificación es el documento que permite la identificación en los actos judiciales, expresando la citada norma [...] *La cédula de identidad constituye el documento principal de identificación para los actos civiles, mercantiles, administrativos, judiciales y para todos aquellos casos en los cuales su presentación sea exigida por la ley. Su expedición será de carácter gratuito y de uso personal e intransferible.*”, la que concatenamos con la contenida en el artículo 17 que expresa [...] *El Ejecutivo Nacional, por órgano del ministerio con competencia en materia de identificación de los habitantes de la República, otorgará*

a cada cédula de identidad que expida, un número que será llevado en serie y se le asignará a cada persona de por vida. Dicho número será inherente a la identificación de la persona titular del mismo. El número de la cédula de identidad de los venezolanos o venezolanas estará precedido por la letra V, y el de los extranjeros o extranjeras por la letra E.”, aunque eventualmente y ante la falta de cédula de identidad la identificación podría acreditarse por cualquiera de los otros documentos a que se refiere el artículo 3 de la Ley Orgánica de Identificación citada; en el caso que comentamos el caso se trata que como el proponente no hizo distinción –identificación completa- alguna pudiera pensarse que los HUMBERTO BELLO señalados por el proponente son los dos primeros que se encuentran muertos, por lo que se habría propuesto como testigo a personas fallecidas, circunstancia esta que nos lleva a expresar que la identificación del testigo –de ser posible- debe ser completa, con el primero y segundo nombre –de haberlo- y primer y segundo apellido –de haberlo- además del número de la cédula de identidad, que es precisa y legalmente el elemento que determinará a que persona se refirió el proponente, mas nuestro legislador no se paseó por esta circunstancia, siendo a nuestro entender ilegal exigirlo como requisito de admisibilidad pero y como indicamos, llegado el momento de la evacuación de la prueba, si existe incertidumbre, no podría subsanarse el error sobrevenidamente y la prueba sería inevacuable, producto de la torpeza del proponente o de la falta de datos pertinentes, con la excepción predicha del desconocimiento de los datos de identificación, de manera que insistimos no se trata de un problema de admisión para lo cual se exija la identificación, se trata de un problema que se presenta en la evacuación, no respecto a la identificación de la persona que ha comparecido como testigo –que y como vimos se prueba con la documentos a que se refiere la Ley Orgánica de Identificación y especialmente para actos judiciales con la cédula de identidad- sino a su identificación con respecto a otras personas que tienen iguales nombres pero que al momento de la promoción no se aportaron los datos que permitieran tal identificación o individualización.

Sobre este punto nos dice el profesor Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA lo siguiente [...] En relación con el modo de promoción, la misma deberá realizarse por escrito como parte integrante del escrito de promoción de pruebas, debiendo cumplirse con los requisitos legales establecidos por el artículo 482 del Código de Procedimiento Civil, esto es, que al momento de promoverse la prueba de testigos deberá la parte presentar la lista de los testigos que deberán declarar (en la práctica esa lista es el simple enunciado de los nombres de los testigos efectuado en el escrito de promoción de pruebas) con la expresión del domicilio de cada uno. En relación con la identificación del testigo, como quiera que en algunos casos puede haber muchas personas con nombres y apellidos coincidentes, consideramos prudente que se impongan los requisitos de identificación que consagra la Ley Orgánica de Identificación de 2006 en su artículo 3: la partida de nacimiento, la cédula de identidad personal y el pasaporte. La presentación de cualquiera de estos medios de identificación deberá ser considerada como suficiente para dar por identificado al testigo. En este orden de ideas, lo correcto sería que, aunque el Código de

Procedimiento Civil no lo indique, el promovente sí exprese el número de cédula de identidad –o del pasaporte, si es transeúnte- del testigo que es la forma de identificación legal por excelencia en el ordenamiento jurídico venezolano.”²⁶⁸

Propuesto el medio probatorio en tiempo oportuno, el tribunal deberá verificar si el mismo es legal –si no existen limitaciones ni excepciones a las limitaciones antes analizadas- si es pertinente, conducente o idónea, lícita, tempestiva y ha sido regularmente propuesta, caso en el cual procederá a su admisión, fijando al efecto el día y hora para la evacuación de la prueba que tendrá lugar el tercer día de despacho siguiente, tal como lo regula el artículo 483 del Código de Procedimiento Civil que expresa [...] **Admitida la prueba, el Juez fijará una hora del tercer día siguiente para el examen de los testigos, sin necesidad de citación, a menos que la parte la solicite expresamente. Cada parte tendrá la carga de presentar al Tribunal los testigos que no necesiten citación en la oportunidad señalada. Puede, con todo, el Tribunal, fijar oportunidades diferentes para el examen de los testigos de una y otra parte.** En los casos de comisión dada a otro Juez de la misma localidad para recibir la declaración del testigo, la fijación la hará el Juez comisionado. Si en la oportunidad señalada no compareciere algún testigo, podrá la parte solicitar la fijación de nuevo día y hora para su declaración, siempre que el lapso no se haya agotado. Los testigos domiciliados fuera del lugar del juicio podrán ser presentados por la parte para su examen ante el Juez de la causa u otro comisionado del mismo lugar, a cuyo efecto la parte hará el correspondiente anuncio en el acto de la promoción. En caso contrario, el testigo rendirá su declaración ante el Juez de su domicilio o residencia, comisionado al efecto.”

Pero ¿qué sucede si el operador de justicia fija la oportunidad para la evacuación de la prueba antes del tercer día?, ¿qué sucede si no puede materializarse toda la prueba de testigos en ese día por tratarse de la promoción de muchos testigos?

Para responder la primera de las interrogantes que nos formulamos debemos comenzar señalando que la oportunidad procesal establecida por el legislador en el citado artículo 483 del Código de Procedimiento Civil, comprende un término procesal que se ubica dentro del debido proceso, como regla de orden público que no puede ser desatendida o relajada por el operador de justicia so pena de incurrir en infracción de normas jurídicas expresas referidas a la mecánica de la prueba testimonial, de manera que la oportunidad para la evacuación de este medio probatorio es el señalado en la norma y no otro, que de ser alterado por ejemplo con la fijación de la oportunidad para la evacuación de la prueba antes del término –primero o segundo día de despacho siguiente a la admisión de la prueba- se vulneraría el debido proceso legal, pudiendo igualmente vulnerarse el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva, especialmente el derecho de asistir al acto y controlar la prueba; ante este supuesto de fijación del día de evacuación del medio probatorio para una oportunidad diferente a la prevista legalmente, la

²⁶⁸ Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA. Ob. cit. pp. 621 y ss.

nulidad del acto procesal no tendría lugar si las partes comparecieran al mismo, al producirse una convalidación tácita del vicio que pudiera afectar al acto, aún cuando hicieran el reclamo respectivo, pues declarar la nulidad y reponer la causa sería totalmente inútil, pero si no hubo la comparecencia al acto de alguna de las partes y al haberse subvertido el proceso, la nulidad como remedio procesal está al alcance de las partes.

Interesa destacar que en aquellos procesos donde se encuentran entremezclados o entrelazados los lapsos de promoción, oposición, admisión y evacuación de pruebas, como sucede en materia del procedimiento breve, donde la prueba de testigos pudiera ser propuesta el octavo o noveno día del lapso, creemos que aplicando la norma en comento la prueba lógicamente sería inevacuable, pues ese tercer día caería en el lapso de sentenciar; pero si la prueba no fue propuesta antes, por causas ajenas a la falta de diligencia de la parte como por ejemplo que no tenía conocimiento de la existencia del testigo, pudiera pensarse en la fijación de un día para su evacuación, antes del vencimiento del lapso de pruebas, lo cual sería una solución viable siempre que no se vulnerara el derecho que tienen las partes de controlar la prueba, lo que significa -siguiendo con el supuesto que se promoviera la prueba de testigos al octavo día del lapso de diez días de despacho de evacuación- que si el juez fijara al segundo día de despacho a una hora determinada para la evacuación de la prueba, que estaría dentro del cómputo de los lapsos procesales y especialmente en el lapso probatorio –obsérvese que el término no se ha fijado conforme a lo previsto en el artículo 483 del Código de Procedimiento Civil- pudiera evacuarse la misma, solución que creemos sería válida si las partes estuvieran presentes y pudieran ejercer el derecho de controlar la prueba, mas si alguna de ellas no estuvo presente, sobre todo la no proponente del testigo, esta posible solución vulneraría su derecho a la defensa, de manera que ante estas situaciones el juez debe ser prudente y garantizar los derechos constitucionales procesales de las partes, como por ejemplo pudiera ser la extensión del lapso de pruebas para evacuar la precitada testimonial con presencia de las partes, incluso la reapertura del lapso de ser el caso, ambos a pedimento de partes y conforme a la justificación de tratarse de una prueba propuesta a cierto tiempo del vencimiento del lapso mixto de pruebas, por causas que no son imputables al proponente –desconocimiento de la existencia del testigo según estamos tratando-; lo que nunca pudiera hacer el juez es fijar la prueba para el mismo día en que se promovió –piénsese que se promueva la prueba al décimo día del lapso probatorio- salvo que las partes estuvieran presentes, pues precisamente uno de los fundamentos de la previsión legal que indica la fijación de la evacuación de los testigos para el tercer día, es precisamente permitir a las partes conocer la oportunidad en que se realizará la prueba, a través del acceso al expediente y que se ubica precisamente en el principio de publicidad aplicado al sistema probatorio, de ahí que para cualquiera de los supuestos de anticipación de la oportunidad para la evacuación de las testimoniales, debe contar con el previo conocimiento de las partes

o que éstas comparezcan al acto, lo contrario es lesionar el derecho a la defensa y especialmente el derecho al sistema probatorio traducido en el control y contradicción de la prueba, su tratamiento bilateral o en contradictorio.

Si se trata de una prueba testimonial que deba celebrarse ante un tribunal comisionado, resulta lógico que la fijación quede a la libre voluntad del comisionado, pues la norma que se analiza solo regula la oportunidad para la evacuación de la prueba por testigos ante el tribunal de la causa, incluso es el mismo artículo 483 del Código de Procedimiento Civil, quien señala que la fijación la hará el comisionado sin indicar la oportunidad, lo que –insistimos- deja a la prudencia del juez la fijación del acto, siempre que se ubique dentro del lapso probatorio para lo cual y como estudiamos en otra oportunidad, al librarse la correspondiente comisión de pruebas, el comitente indicará el número de días de despacho que transcurrieron en el tribunal respecto al lapso de evacuación, lo que permitirá al comisionado conocer cuanto tiempo del precitado lapso le resta para materializar la prueba.

En cuanto a la segunda de las interrogantes que nos hemos planteado, debemos señalar que existen casos donde son propuestos un número significativo de personas para que depongan en el proceso, los cuales a tenor del artículo 483 del Código de Procedimiento Civil, debieran deponer a la hora que el juez fije del tercer día de despacho siguiente a la admisión de la prueba –incluso de su notificación, si fue producida la admisión extemporáneamente- pero es muy frecuente que los mismos no pueda declarar en ese día, lo cual no obsta para que el operador de justicia fije la hora de los días consecutivos para su evacuación, sin que puedan decirse que se ha vulnerado el debido proceso, mas aún, no se vulnera el mismo cuando la evacuación se fija para una hora de un día diferente del señalado en la norma, con tal que no se refiera al primero o segundo día siguiente a la admisión de la prueba, posibilidad permitida por el mismo artículo 483 del Código de Procedimiento Civil, al señalar que el tribunal puede fijar oportunidades diferentes para el examen de los testigos propuestos por las partes, oportunidad que insistimos puede ser posterior al tercer día pero no antes.

Siguiendo con el análisis del precitado artículo 483 del Código de Procedimiento Civil, observamos que los testigos propuestos por las partes deben comparecer al día y hora fijado para que se les tome la declaración y “**sin necesidad de citación**”, salvo que así expresamente lo soliciten las partes, caso en el cual el auto de admisión de la prueba debe fijar el tercer día de despacho o el día de despacho que considere el juez, siguiente a la constancia en autos de la citación del testigo, situación ésta que en forma idéntica debe ocurrir en caso de comisión cuando se solicite al comisionado la citación del testigo; pero no solicitada por las partes la citación del testigo, éstas tienen la carga procesal de llevarlos en la

oportunidad que haya fijado el tribunal, de manera que llegado el día y hora fijado para que tenga lugar el acto de testigos, pueden presentarse los siguientes escenarios a saber:

a. Que no comparezca el testigo.

En este supuesto deberá declararse desierto el acto y la prueba no se tendrá como desistida, pudiendo el proponente de la misma en el mismo acto o en acto posterior, solicitar al tribunal fije nueva oportunidad para la evacuación de la prueba, incluso que se cite al testigo mediante boleta; este punto resulta importante e interesante, pues algunos operadores de justicia ignorantes del Derecho Procesal, consideran tácitamente desistida la prueba y hay hasta quienes señalan, que al no haberse “ratificado su promoción” la misma quedó tácitamente desistida –mayor exabrupto jurídico que no constituye un ejemplo abstracto de mi mente, sino una realidad de nuestro mediocre Poder Judicial- lo que no encuentra regulación alguna en nuestro sistema de procedimiento civil, de manera que mal puede el judicante establecer esta sanción que además de no prevista, lesiona directamente el derecho constitucional de acceso al sistema probatorio, cuando precisamente la parte promovente a cumplido con sus cargas procesales y probatorias en los términos previstos en la ley.

Como veremos ha sido criterio del Tribunal Supremo de Justicia que ante la incomparecencia del testigo, incluso de su proponente al acto de evacuación del medio probatorio, esto es considerado como un desistimiento tácito de la prueba, salvo que en el mismo acto la parte proponente –ante la incomparecencia del testigo- solicite nuevamente la fijación de la oportunidad para la declaración, lo que evidencia una arbitrariedad al aplicarse una sanción no prevista en la ley, desconociendo que el tema probatorio se trata de un derecho constitucional. En este sentido ha dicho la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha doctrinado:

“Artículo 483: Admitida la prueba, el Juez fijará una hora del tercer día siguiente para el examen de los testigos, sin necesidad de citación a menos que la parte lo solicite expresamente.

Cada parte tendrá la carga de presentar al Tribunal los testigos que no necesiten citación en la oportunidad señalada. Puede, con todo, el Tribunal, fijar oportunidades diferentes para el examen de los testigos de una y otra parte.

En los casos de comisión dada a otro Juez de la misma localidad para recibir la declaración del testigo, la fijación la hará el Juez comisionado.

Si en la oportunidad señalada no compareciere algún testigo, podrá la parte solicitar la fijación de nuevo día y hora para su declaración, siempre que el lapso

no se haya agotado.

Los testigos domiciliados fuera del lugar del juicio podrán ser representados por la parte para su examen ante el juez de la causa u otro comisionado del mismo lugar, a cuyo efecto la parte hará el correspondiente anuncio en el acto de promoción. En caso contrario, el testigo rendirá su declaración ante el Juez de su domicilio o residencia comisionado al efecto". (Destacado de esta Sala).

Del análisis de la citada norma, se observa que una vez admitida la prueba debe el Tribunal fijar una hora del tercer día siguiente a aquel en que fue admitida, para que tenga lugar el examen de los testigos, ello sin necesidad de citación salvo que así sea expresamente solicitado.

Asimismo, prevé dicha normativa en su tercer aparte que cuando algún testigo no compareciere en la oportunidad fijada por el Tribunal, podrá la parte promovente solicitar la fijación de una nueva oportunidad, para que el testigo que no compareció en esa ocasión, rinda su declaración, siempre que no hubiere vencido el lapso de evacuación de pruebas.

Señalado lo anterior, advierte la Sala que en el caso de autos, el *a quo* fijó por auto de fecha 15 de marzo de 2002, para el tercer día de despacho siguiente a las diez de la mañana (10:00 a.m.), la oportunidad para recibir los testimonios de los testigos Juan Brito y Gustavo R. Hernández; acto éste que fue diferido según se desprende del auto de fecha 22 de marzo de 2002, para el quinto día de despacho siguiente a las diez de la mañana (10:00 a.m.) y diez y media (10:30 a.m.), respectivamente. **En este sentido, el 08 de abril de 2002, oportunidad señalada por el tribunal para que tuviera lugar la evacuación de la señalada prueba, no comparecieron los testigos ni el apoderado judicial de la promovente, dejándose expresa constancia de tal circunstancia.**

No obstante lo anterior, el 10 de abril de 2002, la representación de la promovente solicitó se fijara una nueva oportunidad para la realización de la referida prueba, pedimento que fue declarado improcedente por el Tribunal de la causa, con fundamento en la jurisprudencia de esta Sala, considerando así que *"los Apoderados Judiciales de la recurrente debieron solicitar el establecimiento de la nueva oportunidad, en aquella que les fuera acordada en principio por este Órgano jurisdiccional, entendiéndose el desinterés de la parte en la evacuación de la probanza in commento y, por tal, su desistimiento tácito..."*

Siguiendo el prefijado orden de ideas, observa este Alto Tribunal que la contribuyente promovente apeló de tal pronunciamiento judicial por considerar que la interpretación

dada por el juez *a quo* a la disposición contenida en el artículo 483 del Código de Procedimiento Civil vulnera su derecho a las probanzas en juicio y, en consecuencia, su derecho a la defensa por cuanto, a su decir, el mencionado precepto legal sólo condiciona la posibilidad de fijar de una nueva oportunidad para la declaración de testigos a la circunstancia de que no hubiere transcurrido el lapso de evacuación.

Ahora bien, sobre el referido particular ya esta Sala en ocasión precedente al decidir un caso similar al de autos ha tenido la oportunidad de pronunciarse, señalando lo siguiente:

“... del contenido de la norma que prevé la evacuación de la prueba de testigos, se desprende que la solicitud de una nueva oportunidad para que tenga lugar el acto testimonial, debe ser presentada por el promovente en el momento en que fue fijada la primera para la evacuación del testigo.

En efecto, esta Sala considera que la nueva oportunidad para la evacuación del testigo puede ser fijada en cualquier momento, siempre que el lapso de evacuación no haya culminado, no obstante, es deber del promovente solicitar la fijación de una nueva fecha y hora para la deposición de un testigo, en la primera oportunidad fijada, ya que lo contrario traería como consecuencia el desistimiento tácito de la prueba promovida, efecto que se produce no como consecuencia de la inasistencia del testigo, sino de la falta de comparecencia del promovente, lo cual se traduce en una falta de interés en evacuar la prueba promovida y un incumplimiento de su carga procesal. Así se decide.” Sentencia N° 2177 del 10/10/01, caso Automecánica Superautos, C.A.

En efecto, la disposición contenida en el *supra* citado artículo 483 del Código de Procedimiento Civil, expresamente establece que “... Si en la oportunidad señalada no compareciere algún testigo, podrá la parte solicitar la fijación de nuevo día y hora su declaración, siempre que el lapso no se haya agotado”, resultando así que tal solicitud debe ser presentada por la parte promovente, interesada en la evacuación del testimonio de los testigos, en la oportunidad que fue inicial o subsiguientemente fijada por el Tribunal para la evacuación del testigo; motivo este por el cual observa la Sala, que la decisión interlocutoria objeto de la

presente controversia fue dictada por el juez *a quo* con estricto apego a derecho. Así se decide.²⁶⁹ (Resaltado nuestro).

De esta flamante decisión de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de la mano de sus ilustrados ponentes –muchos de los cuales ahora lavan sus culpas en la Academia, especialmente en los Postgrados de la Universidad Central de Venezuela, luego de su actuar fuera del contexto legal y constitucional- puede apreciarse claramente que el momento para solicitar la fijación de una nueva oportunidad para la materialización de la deposición del testigo que no compareció al acto inicial fijado por el órgano jurisdiccional, es en ese mismo acto que se declare desierto producto de la precitada incomparecencia, de manera que si en ese acto inicial fijado no se solicita la fijación de esa nueva oportunidad, lo que puede ser producto de la incomparecencia del proponente de la prueba, se entenderá que existe un desistimiento tácito de la misma por la falta de interés del proponente en evacuar la prueba, siendo que en todo caso y de solicitarse en ese momento la fijación de una nueva oportunidad, el órgano jurisdiccional podrá fijar “en cualquier momento” la oportunidad para el nuevo acto, siempre que no haya culminado el lapso probatorio. Este criterio sostenido en esta ilustre decisión del Tribunal Supremo de Justicia, se trata de un verdadero disparate, un adefesio contrario al derecho a la defensa y de acceso al sistema probatorio como parte del derecho constitucional al debido proceso a que se refiere el artículo 49 constitucional, a propósito de estarse aplicando una consecuencia jurídica no prevista legislativamente.

Como ya hemos analizado en otro momento lo que constituye y conforma el derecho constitucional de acceso al sistema probatorio, entre otros aspectos es precisamente el derecho a la evacuación del medio probatorio una vez admitida, derecho este que está unido al principio de *favor probationis* y que en el caso en comento, de una simple lectura del artículo 483 del Código de Procedimiento Civil, puede apreciarse claramente que ante la incomparecencia del testigo al acto de deposición, el proponente se encuentra en el derecho de solicitar al órgano jurisdiccional la fijación de una nueva oportunidad, solicitud que no se encuentra restringida legislativamente, mucho menos bajo pena de preclusión o pérdida de interés en cuanto al momento en que debe ser realizada la misma, en otras palabras, no indica el legislador en qué oportunidad –preclusiva- debe o puede hacerse la petición de fijación de nueva oportunidad, en todo caso lo único que exige es que no se haya agotado el lapso de evacuación de pruebas, de manera que en tratándose de un lapso que según la regla ordinaria es de treinta (30) días de despacho, de lógica es que la petición pueda hacerse en cualquier momento siempre que

²⁶⁹ Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, N° 1590, de fecha 16 de Octubre de 2.003, con ponencia del magistrado Levis Ignacio ZERPA, expediente N° 2002-0498, ratificada en sentencia N° 00936, de fecha 20 de Abril de 2.006, con ponencia de la magistrado Evelyn MARRERO ORTIZ, expediente N° 1996-13201, así como en sentencia N° 02229, de fecha 11 de Octubre de 2.006, con ponencia del magistrado Hadel MOSTAFÁ PAOLINI, expediente N° 1999-16523.

dicho lapso no se encuentre vencido, pues de suyo es que se trata de un lapso amplio dentro del cual pueden realizarse los actos de prueba.

Insistimos que el Código de Procedimiento Civil no establece una oportunidad preclusiva para la solicitud de fijación de nueva oportunidad para la materialización de la deposición del testigo, por lo que mal puede el intérprete -como en este caso es la ilustre Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia- no solo imponer una oportunidad preclusiva para la petición de nueva oportunidad, como lo es el mismo acto declarado desierto por incomparecencia del testigo, lo que y como indicamos no encuentra respaldo legal, sino que mas aún, no puede establecer una pena o sanción procesal tampoco prevista, como lo es el desistimiento tácito de la prueba por la incomparecencia del proponente que a juicio de la flamante Sala y de su ilustrado ponente, se erige como una falta de interés en la prueba, dado que en relación a las sanciones procesales no pueden aplicarse si no están previstas legislativamente y en todo caso, su interpretación por la naturaleza sancionatoria, debe ser de carácter restrictiva; pero es que ni siquiera la no comparecencia al acto de la prueba por parte del proponente de la misma aún cuando compareciera el testigo, es sancionado por el Código de Procedimiento Civil, siendo ilegal, inconstitucional y antigarantista la postura que se critica al considerar un desistimiento tácito por falta de interés, sumado al hecho que dicha falta tampoco podría considerarse como un desistimiento tácito de la prueba que pueda ser reconocido por el tribunal mediante decisión, de manera que sólo nos resta manifestar que se trata de una lamentable decisión que posiblemente es producto del orden y la descomposición del Poder Judicial, incluso de la poca preparación de quienes ocupan los cargos de magistrados del máximo tribunal, plagado de simples especialistas.²⁷⁰

b. Que comparezca el testigo y no el proponente de la prueba.

En este segundo escenario y al igual que el anterior se declarará desierto el acto, sin que pueda el no proponente que haya asistido al acto preguntar al testigo, pues este solo tiene el derecho de repreguntas y no de preguntas como tal, circunstancia ésta que no vulnera el derecho a la defensa ni el principio de comunidad de la prueba, pues insistimos, quien tiene derecho a preguntar al testigo es el proponente y el derecho que asiste al no proponente es el de repreguntas para invalidar el dicho del testigo, vale decir, su

²⁷⁰ Lo mas insólito de la flamante decisión de nuestro Máximo Tribunal de la República, es que si bien limita inconstitucionalmente la oportunidad -preclusiva- para la solicitud de fijación de nueva oportunidad, so pena de considerar tácitamente desistida la misma por falta de interés, la fijación de esa nueva oportunidad por parte del órgano jurisdiccional, podrá realizarse en cualquier momento, olvidándose así que el operador de justicia no puede actuar cuando le plazca -en cualquier momento- sino cuando le indica la Ley y a falta de indicación, debe aplicarse el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, que establece tres (3) días para proveer.

función como sujeto de la actividad probatoria no es precisamente la de inducir declaraciones que sirvan para la verificación de los hechos, aunque eventualmente esto pudiera presentarse, por lo que si esa era su intención debía haberlo propuesto como medio probatorio en su oportunidad, no pudiendo ampararse en el citado principio para realizar preguntas en el caso que comentamos; respecto al judicante y su posibilidad de preguntar al testigo cuando no comparezca el proponente y preguntante, el mismo tampoco podría preguntarlo ya que no se trata de una diligencia probatoria oficiosa y la facultad prevista en el artículo 487 del Código de Procedimiento Civil, se encuentra referida a preguntas luego de evacuado el testigo, vale decir, preguntado y eventualmente repreguntado, para ilustrar mejor su criterio.

Pero ¿de no comparecer el proponente y sí el testigo, podría solicitarse la fijación de una nueva oportunidad?

Sin perjuicio del criterio que sostiene el Tribunal Supremo de Justicia y que comentamos en el punto anterior, esta situación no fue prevista en la legislación, aunque es nuestro criterio que la posibilidad de fijar la oportunidad para evacuar la prueba no debe tener mayor límite que el vencimiento del lapso de evacuación, de manera que ante este escenario nada impide que se solicite y se fije nueva oportunidad, especialmente cuando estamos en presencia de un derecho constitucional, argumentación esta garantista que nos separa de lo que en otro momento escribiéramos al tratar este asunto, cuando sugerimos precisamente que la fijación de una nueva oportunidad dependería de la justificación de la incomparecencia del proponente, lo que quedaría a la soberanía del operador de justicia y que no sería controlable en sede casacional; por el contrario, este criterio sostenido se presenta como limitativo y lesivo del derecho de acceso al sistema probatorio, antigarantista y que riñe con el principio de *favor probationis*, lo que nos hace afirmar que nada impide que se fije nueva oportunidad para la prueba de testigos, incluso sin necesidad de justificar tal situación, lo que se presentaría como una exigencia no prevista legalmente.

c. Que comparezca el testigo y el proponente no así el no proponente.

En este tercer escenario la prueba de materializará o evacuará normalmente, pero sin que tenga lugar las repreguntas, pues esto no es una obligación sino una carga procesal.

d. Que comparezca el testigo, el proponente y el no proponente.

Es el último de los escenarios donde el medio probatorio se evacuará de la forma que veremos mas adelante.

Siguiendo el estudio del artículo 483 del Código de Procedimiento Civil y respecto a la **comisión**, encontramos que si el testigo se encuentra domiciliado fuera de lugar donde el tribunal ejerce su competencia territorial, deberá darse comisión para que declaren ante el tribunal de su domicilio o residencia, salvo que la parte proponente al momento de la promoción haga uso del derecho de traerlos al tribunal de la causa a declarar, pero en todo caso si no se hace el anuncio respectivo y que según la norma debe ser en la promoción de la prueba, los testigos deberán declarar ante el tribunal comisionado; pero cuando varios testigos han sido promovidos por una misma parte para declarar fuera del lugar del proceso y en domicilios diferentes, si el proponente no hizo uso del derecho de anunciar que iban a declarar ante el tribunal de la causa, se librarán los respectivos despachos separados a los tribunales comisionados, tal como lo regula el artículo 484 *eiusdem*, que expresa [...] **Cuando varios testigos sean promovidos por una misma parte para declarar fuera del lugar del juicio y en domicilios diferentes, si la parte promovente no hiciera uso de la facultad que le confiere la última parte del artículo 483, se emitirán despachos de pruebas separados a los distintos jueces comisionados, tomándose en cuenta la regla de cómputo a que se refiere el artículo 400, numeral 2º de este Código. Del mismo modo se procederá cuando se trate de diversos medios de prueba a evacuarse en distintos lugares, fuera de la sede del Tribunal de la causa.**” Nótese que al final de la norma se indica “...Del mismo modo se procederá cuando se trate de diversos medios de prueba a evacuarse en distintos lugares, fuera de la sede del Tribunal de la causa.”, párrafo este totalmente desatinado o incoherente y sobre todo fuera de lugar, pues su ubicación se encuentra en el Capítulo y Sección referido a la prueba de testigos, cuando se refiere a la evacuación de otros medios probatorios diferentes a los testigos, norma que debería estar ubicada en el Título II, Capítulo II referido a los medios de prueba, promoción y evacuación, de manera que se trata de una norma de contrabando en materia de testigos.

Puede también suceder que un mismo testigo sea promovido por las partes, vale decir, tanto por el demandante como por el demandado lo que nos conduce a la siguiente interrogante: **¿cómo debe fijarse su evacuación?**

Al respecto y como veremos en la mecánica de la prueba de testigos, quien haya promovido el testigo es quien tendrá el derecho a formular las preguntas, en tanto que el no proponente será quien tenga derecho a formular el contrainterrogatorio o repreguntas, será el sujeto contradictor del medio probatorio propuesto que realmente –aunque no en forma necesaria- asume el papel de refutación del testigo y de su dicho, no de provocador de la actividad probatoria tendiente a producir fuentes probatorias que sirvan para la verificación de los hechos debatidos por comparación, de manera que los actos tienen finalidades diferentes: el primero para preguntar sobre los hechos controvertidos más aún, para que se reproduzcan o reconstruyan mediante el discurso narrativo, que permitan verificar los enunciados en que

se fundamentan las diferentes pretensiones, por comparación con las fuentes que se produzcan con la deposición del testigo; y el segundo –contra interrogatorio- que tendrá por objeto los hechos sobre los cuales ha declarado el testigo u otros que tengan por finalidad esclarecer, rectificar o invalidar al testigo o sus dichos, de lo que se desprende que la repregunta como tal, no tiende a que el testigo reproduzca o reconstruya los hechos –lo cual es propio del interrogatorio original- ni a la verificación de los hechos, sino que versa sobre el interrogatorio mismo y sobre la persona del testigo, por lo que tratándose de dos actividades diferentes, resulta claro que las partes que han promovido al mismo testigo, tienen recíprocamente el derecho de preguntar y de repreguntar al mismo, ambas figuras como que representan el derecho de acceso al sistema probatorio en el marco de la prueba testimonial, permitiendo el debido control, contradicción o bilateralidad en el interrogatorio, situación esta que nos permite sugerir y especialmente en el ámbito del procedimiento civil escrito, lo que nada obsta para que se aplique en el sistema de procedimientos orales, que en el momento de la admisión de las testimoniales del mismo testigo, debe fijarse la oportunidad para que se celebre el acto de testigos de una de las partes, como sería el demandante y donde su contendor judicial tendría el derecho a las repreguntas, así como un acto para que el testigo responda las preguntas que le formule el demandado, pudiendo repreguntar su contendor judicial –demandante- garantizándose así el derecho que asiste a las partes, tanto de preguntar como de repreguntar al testigo, actos que bien pudieran realizarse el mismo día, en la medida que el primero de los actos no fuera fatigoso para el testigo, que por la obligación de protección que pesa sobre el judicante, de ser el caso, tendría que fijar otra oportunidad para que se recibiera la declaración del mismo testigo pero con inversión de los sujetos en la actividad probatoria como hemos explicado, todo lo que sólo podrá conocerse en el momento de la realización del primer acto de declaración.

2. ACTO DE DECLARACIÓN DEL TESTIGO.

2.1. Lugar del acto. Aplicación de la videoconferencia en materia testimonial.

Como hemos expresado en puntos anteriores y salvo que el testigo tenga su domicilio fuera de la sede del tribunal en los casos que la parte haya solicitado la comisión respectiva, la prueba tendrá lugar en el tribunal de la causa, lo que incluso es obligatorio en caso de interrogatorio de menores y en casos de interdicción e inhabilitación donde la comisión no es permitida –artículo 234 del Código de Procedimiento Civil- todo en los términos del estudiado artículo 483 *ejusdem* que establece [...] ***En los casos de comisión dada a otro Juez de la misma localidad para recibir la declaración del testigo, la fijación la hará el Juez comisionado. Si en la oportunidad señalada no compareciere algún testigo, podrá la parte solicitar la fijación de nuevo día y hora para su declaración, siempre que el lapso no se haya agotado. Los testigos domiciliados fuera del lugar del juicio podrán ser presentados por la parte para su examen ante***

el Juez de la causa u otro comisionado del mismo lugar, a cuyo efecto la parte hará el correspondiente anuncio en el acto de la promoción. En caso contrario, el testigo rendirá su declaración ante el Juez de su domicilio o residencia, comisionado al efecto.”

La prueba testimonial por lo menos en lo referido al sistema de procedimiento civil escrito, permite la comisión lo que de por sí se resiente con la famosa “inmediación” del judicante respecto al medio probatorio, problema que se ve superado en el sistema de procedimiento oral que presenta como uno de sus principios fundamentales a la precitada “inmediación” y donde el único medio probatorio y fuente apreciable o valorable será aquella realizada en audiencia con inmediación, concentración y bilateralidad, salvo la anticipación del medio probatorio en los casos permitidos y conforme a los requisitos exigidos en cada supuesto, de manera que si el medio probatorio no se ha formado en audiencia y con bilateralidad, no podrá sustentarse la convicción judicial en tal actividad so pena de infracción de las normas de procedimiento y los principios de la oralidad; pero precisamente con el avance de la tecnología existen formas que permiten la “inmediación” de primer grado y la celebración del acto en tiempo real y a distancia, mediante el sistema de “**videoconferencia**” cuando el testigo se encuentra en una zona distante a la sede del tribunal, que si bien no encuentra regulación en nuestra legislación, resulta perfectamente aplicable y utilizable a proposición de las partes incluso de oficio por el judicante como forma libre de llevar a cabo la recepción del testimonio.

La “**videoconferencia**” en una forma de comunicación a distancia en tiempo real, un sistema interactivo bidireccional que permite a sus usuarios mantener una conversación virtual por medio de la transmisión en tiempo real de video, sonido y texto a través de Internet, que requiere para el caso de la declaración del testigo a distancia, sea que se encuentre fuera del territorio de la República, en otra circunscripción judicial diferente a aquella donde se encuentra situado el tribunal, incluso ante imposibilidad física o material para que el testigo acuda a la sede del tribunal de la causa o comisionado, de sendos equipos interconectados –por cable, módem analógico, Internet u otros- de dos ordenadores con procesador Pentium de 90 Mhs o similar, 16 Mb de memoria RAM –como mínimo-, una cámara de video compatible con la captura de imágenes para Windows –o equivalente- un adaptador de sonido con micrófono y auriculares o altavoces que permitan visualizar las imágenes en el propio monitor del ordenador o pantalla suplementarias, también en televisores entre otros, tal como nos los explica el profesor español CHOZAS ALONSO quien expresa que [...] Sin duda alguna la videoconferencia, al permitir la presencia virtual del declarante, en tiempo real o cuasi real (mero desfase de segundos en algunos casos), permite que se cumplan los principios fundamentales que el legislador ha exigido en la práctica de la actividad probatoria: oralidad, publicidad, inmediación y concentración, así como que se cumpla escrupulosamente el procedimiento legal del interrogatorio interactivo del testigo, lo que permite

evitar el retardo procesal de la incomparecencias de los testigos así como los gastos que puedan generarse en su traslado a la sede del tribunal.²⁷¹

Este sistema permitirá que en tiempo real cuando existe distancia entre la persona del testigo y el tribunal que ha de tomar la declaración, puede realizarse el acto con la misma inmediación que se presenta cuando aquel acude al órgano jurisdiccional, que a nuestro modo de ver las cosas se muestra como una herramienta esencial en la práctica judicial en aquellos casos que la precitada distancia imponga la necesidad, bien porque el testigo no puede comparecer al tribunal por causas físicas o materiales, por estar fuera del país o en un lugar distante al tribunal, lo que pudiera incluso aplicarse cuando la imposibilidad de asistencia física al tribunal lo fuera de las partes o sus abogados y en general de cualquier sujeto procesal y de la prueba que no pueda estar presente en el acto ha celebrar en la sede del tribunal de la causa, en cuyo caso resultará necesario que el proponente del medio probatorio que quiera echar mano a esta tecnología, deba proponerlo al momento de promover el medio probatorio, debiendo incluso poner a disposición del tribunal los instrumentos necesarios para tal fin, en la medida que el tribunal no esté provisto de los mismos. Esta tecnología en materia de testigos por ejemplo, pudiera conducir a desechar la comisión judicial, que quedaría para los casos de no poderse realizar la videoconferencia por carencia de los instrumentos para tal fin, pero y de existir los mismos en teoría no habría justificación para sostener la precitada comisión que por demás se resiente con la inmediación.

En la práctica es sugerible que en el lugar distante a la sede del tribunal donde se encuentre el testigo, se cuente con un funcionario público como pudiera ser un notario o juez que certifique el acto y el cumplimiento de las formalidades legales, que por demás serán señaladas por el tribunal de la causa, sin perjuicio que y ante su ausencia baste el personal técnico para que instale, lo que apareja el inconveniente de no permitir velar por el cumplimiento de algunas formalidades de la prueba, como la identificación del testigo, la interdicción de lectura, de comunicación con otras personas. Ya instalado el sistema de la videoconferencia, el acto se celebrará en forma normal y en tiempo real como indicamos, con la debida adaptación a la tecnología como en el caso de la firma del acta, que como es lógico no podría realizarse por la distancia entre el testigo y el tribunal que realiza el acto; iniciado el mismo y certificada la identidad del testigo, juramentado e interrogado sobre las “generales de ley”, se procederá al interrogatorio en la forma que veremos más adelante.

2.2. El juramento y las “generales de ley”.

²⁷¹ José Manuel CHOZAS ALONSO. Ob. cit. pp. 108 y ss.

En el sistema de procedimiento civil escrito que estudiamos, promovido como haya sido oportunamente el medio probatorio testimonial y llenos como se encuentran los extremos de ley, el judicante deberá dictar el auto de admisión de la misma fijando la hora del tercer día para que tenga lugar el acto de evacuación de la prueba testimonial y llegado ese momento, bien en el tribunal de la causa o ante el comisionado, con o sin citación del testigo, tal como lo hemos expresado pueden presentarse cuatro escenarios a saber: a. Que no comparezca el testigo indistintamente que comparezca el proponente y el no proponente de la prueba; b. Que comparezca el testigo, la parte no proponente de la prueba, mas no el proponente de la misma; c. Que comparezca el testigo, el proponente de la prueba, mas no el contendor judicial; y d. Que comparezca el testigo, el proponente de la prueba y el contendor judicial o no proponente de la misma. En los dos primeros escenarios ya hemos visto lo que sucede y su tratamiento, por lo que nos ocuparemos de los escenarios restantes a la luz del contenido del artículo 485 del Código de Procedimiento Civil, que expresa [...] *Los testigos serán examinados en público, reservada y separadamente unos de otros. El interrogatorio será formulado de viva voz por la parte promovente del testigo o por su apoderado. Concluido el interrogatorio, la parte contraria o su apoderado, podrá repreguntar de palabra al testigo sobre los hechos a que se ha referido el interrogatorio u otros que tiendan a esclarecer, rectificar o invalidar el dicho del testigo. Cada pregunta y repregunta versará sobre un solo hecho. En todo caso, el Juez podrá considerar suficientemente examinado el testigo y declarar terminado el interrogatorio. La declaración del testigo se hará constar en un acta que firmarán el Juez, el Secretario, el testigo y las partes o sus apoderados presentes, salvo que se haga uso de algún medio técnico de reproducción o grabación del acto, caso en el cual se procederá como se indica en el artículo 189 de este Código.*”

Llegado el día y hora para que tenga lugar el acto de declaración de testigos propuestos en el proceso judicial, el alguacil del tribunal hará el anuncio en las puertas del mismo, acto seguido del cual el testigo se presentará ante el judicante quien deberá ser debidamente identificado para establecer la identidad entre el testigo promovido y quien ha comparecido, todo en los términos que hemos expuesto al inicio de este estudio, lo que se hará –identificación- mediante la documentación legal e idónea para ello como lo es la cédula de identidad y excepcionalmente por la partida de nacimiento o pasaporte, en los términos del artículo 3 de la Ley Orgánica de Identificación que expresa [...] *A los efectos de esta Ley, se entenderá por medios de identificación: la partida de nacimiento, cédula de identidad y pasaporte.*” En caso que el testigo no posea para el acto de la declaración ningún documento de identidad que le permita ser identificado, a nuestro juicio y por no poderse comprobar que es la persona que dice ser y que fuera promovida como testigo, no deberá tomársele la declaración, sin perjuicio que pudiera solicitarse y fijarse nueva oportunidad al efecto y donde se presente un documento de identidad; no obstante a ello el maestro BELLO LOZANO citando la doctrina de Casación nos dice [...] *La jurisprudencia ha establecido en reiterados fallos que el no tener cédula de identidad el testigo no puede conceptuarse como falta de identificación, ya que ésta puede ser*

*suministrada por otros medios, y es de notar que ni el Código de Procedimiento Civil exige la presentación de dicho documento, ni las Leyes y Reglamentos que rigen la identificación, contemplan la nulificación de un acto por su no presentación.”*²⁷²

Data venia a nuestro ilustre maestro y antecesor, nos separamos del precitado criterio sostenido, primeramente por el hecho que mediante la presentación de alguno de los citados documentos de identificación es que puede determinarse la identidad del compareciente como testigo y conocer, si se trata de la misma persona llamada o citada como tal y promovida; pero además es la propia Ley Orgánica de Identificación la que señala a la cédula de identidad como el documento de identificación idóneo para los actos judiciales, tal como lo regula el artículo 16 al expresar [...] **La cédula de identidad constituye el documento principal de identificación para los actos civiles, mercantiles, administrativos, judiciales** y para todos aquellos casos en los cuales su presentación sea exigida por la ley. Su expedición será de carácter gratuito y de uso personal e intransferible.”, por tales motivos consideramos necesario la presentación de la cédula de identidad u otro documento de los precitados, sin lo cual no podrá realizarse la prueba testimonial.

Una vez identificado al testigo en la forma señalada, conforme a lo dispuesto en el artículo 486 del Código de Procedimiento Civil, será debidamente juramentado –aunque su ausencia no invalida el acto ni le resta eficacia al medio como lo hemos afirmado en otro momento- debiendo declarar su nombre y apellido, edad, estado, profesión, domicilio y si tiene impedimento para declarar, leyéndosele al efecto los correspondientes artículos de la sección del Código de Procedimiento Civil, que tratan de la prueba testimonial y especialmente de las inhabilidades para declarar –norma idéntica que se ubica en el artículo 213 del Código Orgánico Procesal Penal- expresando la citada norma [...] *El testigo antes de contestar prestará juramento de decir verdad y declarará su nombre y apellido, edad, estado, profesión y domicilio y si tiene impedimento para declarar, a cuyo efecto se le leerán los correspondientes artículos de esta sección.”*; pero en la práctica lo dicho se torna letra muerta pues generalmente y luego del juramento tomado por el judicante sin cumplir con las demás exigencias, el testigo pasa con el funcionario del tribunal –escribiente- ante quien se llevará el acto, lo que no sucede en el sistema de procedimiento oral que y como veremos en su momento, el acto es más formal y en presencia del judicante en audiencia pública y oral, cosa que insistimos no sucede en el sistema escrito, aunque en los orales como sucede en materia contencioso administrativa, la práctica errada igualmente ha tomado como premisa que el acto no se realice con la presencia física del judicante.

El contenido del artículo transcrito no es más un interrogatorio preliminar conocido o denominado “**generales de ley**” que se refieren a preguntas que oficiosamente hace el judicante antes de comenzar el interrogatorio y que constarán en el acta que se levante al efecto, referidas a la

²⁷² Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. I. p. 270.

identificación del testigo y a la determinación de las relaciones que pudiera tener o entrelazarlo con alguna de las parte o con el resultado del proceso, como la existencia de inhabilidades, incompatibilidades que puedan conducir a su eventual exclusión, al derecho a no declarar o para tener en consideración estas circunstancias que evidencien algún interés que y como hemos visto, no se conectan con la admisión sino con la valoración del medio probatorio, de manera que esta advertencia permitirá a las partes y al judicante conocer la situación del testigo y someter a la prueba a un nivel más idóneo y adecuado en su atendibilidad; pero advertimos inmediatamente que si al responder el testigo a las “generales de ley” se evidencia algún motivo de inhabilidad o incompatibilidad superable en los términos que hemos estudiado, no debe excluirse al medio probatorio ni dejar de tomarse la declaración al testigo,²⁷³ pues al igual como pasa con la tacha que estudiaremos, la declaración debe llevarse a cabo y la existencia de algún motivo de los expresados –inhabilidad o incompatibilidad, más aún, de cualquier interés del testigo- es cuestión que corresponde a la valoración del medio probatorio y que no habilita al judicante a eximirse del deber de tomar la declaración y valorarla.

De lo dicho podemos afirmar que las generales de ley son fórmulas o preguntas que el legislador prevé con la finalidad de advertir la presencia de elementos que puedan afectar la valoración del dicho del testigo y del testigo mismo, que se conectan con la valoración y no con la evacuación del medio probatorio.

Pero las generales de ley también deben comprender la advertencia respecto a las consecuencias jurídicas que se presentan en caso de “**falso testimonio**” cuyo delito se ubica en el artículo 242 del Código Penal que señala [...] *El que deponiendo como testigo ante la autoridad judicial, afirme lo falso o niegue lo cierto o calle, total o parcialmente, lo que sepa con relación a los hechos sobre los cuales es interrogado será castigado con prisión de quince días a quince meses. Si el falso testimonio se ha dado contra algún indiciado por delito o en el curso de un juicio criminal, la prisión será de seis a treinta meses, y si concurren esas dos circunstancias, será de dieciocho meses a tres años. Si el falso testimonio ha sido la causa de una sentencia condenatoria a pena de presidio, la prisión será de tres a cinco años. Si el testimonio se hubiere dado sin juramento, la pena se reducirá de una sexta a una tercera parte.*” Véase de la norma transcrita que incluso el delito se presente, pero con una reducción de la pena cuando el testimonio es rendido sin juramento, de manera que y como hemos expresado en otro momento, la figura del juramento hoy día resulta tan inútil e improductora del germen de nulidad absoluta, que su ausencia no

²⁷³ Criterio contrario sostiene MONTERO AROCA al expresar que [...] *Si al contestar a estas preguntas el testigo pone de manifiesto que en él concurre alguna causa de inhabilidad, de las de los artículos 1.246 y 1.247 del CC, la declaración no debe continuar. Si lo que se pone de manifiesto es alguna causa de tacha, la declaración continuará y entonces ya no será preciso que la parte utilice el procedimientos de tachas.*” La Prueba en el Proceso Civil. p. 239. Ver igualmente Derecho Jurisdiccional II. pp. 335 y ss.

exime la responsabilidad punitiva ante el falso testimonio. Destaquemos también que no serán sujetos del delito en comento aquellos excepcionados en el artículo 243 que dispone [...] *Estará exento de toda pena por el delito previsto en el artículo precedente: 1º. El testigo que si hubiere dicho la verdad habría expuesto inevitablemente su propia persona, la de un pariente cercano, amigo íntimo o bienhechor a un peligro grave, tocante a la libertad o al honor. 2º. El individuo que habiendo manifestado ante la autoridad su nombre y circunstancias, no debió haberse considerado como testigo o no se le advirtió la facultad que tenía de abstenerse de declarar. Si el falso testimonio ha expuesto a alguna persona otra persona a procedimiento criminal o a una condena, la pena se reducirá solamente a la mitad a las dos terceras partes.*”

Por último nos parece que también pudieran incluirse en las “generales de ley” el señalamiento, incluso exigencia por parte del judicante al testigo que éste indique la “razón de la ciencia, conocimiento o del dicho”, de manera que explique en cada respuesta o al final de las mismas las circunstancias de lugar, modo y tiempo en que ocurrieron los hechos y la forma como los percibió o llegaron a su conocimiento, tal como lo señala el maestro PARRA QUIJANO al referirse a la recepción del testimonio en la legislación colombiana.²⁷⁴

Pero ¿de faltar el interrogatorio sobre las “generales de ley” se afecta la validez de la prueba?

Al respecto vemos que el maestro ALSINA al referirse a las generales de ley ha dicho que [...] *Llámanse así las preguntas que el juez debe formular al testigo antes de examinarlo al tenor del interrogatorio y las cuales tienen por objeto establecer que se trata de la misma persona citada para el efecto y determinar el valor de su testimonio. Se llaman generales, porque son las mismas para todos los testigos, a diferencia de las particulares o útiles que son las que se formulan en cada juicio sobre hechos diversos. Sin embargo no es indispensable para la validez del testimonio, que estas preguntas se hagan de una manera formal al comienzo del examen y la declaración será válida si aparecen contestadas en el curso de la exposición.*”²⁷⁵ Como podemos apreciar el maestro nos ofrece una visión interesante del tema y relacionado con la interrogante que nos planteamos, pues nos indica que su falta –de las generales de ley– no es indispensable, supeditando su validez a que en el interrogatorio aparecieran contestadas aquellas.

PALACIO por su parte y al tratar el tema nos dice que las “generales de ley” esencialmente tienen o persiguen los siguientes objetivos: a. Las referidas al nombre, edad, estado, profesión y domicilio, a identificar al testigo para determinar si se trata de la misma persona que fue oportunamente propuesto en aquella calidad y respecto a la edad, para comprobar si se trata de un testigo hábil o no; b. Las relativas al parentesco tienden a comprobar si el compareciente es un testigo excluido conforme a las causales de inhabilidad; y c. Las referidas al interés directo o indirecto y en qué grado, si es amigo o enemigo de las

²⁷⁴ Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. 404.

²⁷⁵ Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. p. 599.

partes, dependiente, acreedor, deudor o si tiene alguna relación, a suministrar el judicante elementos de juicio para apreciar en ocasión de dictar sentencia definitiva conforme a las reglas de la sana crítica. Termina señalando que [...] *La declaración es en principio inválida si no consta en el acta que se haya efectuado el interrogatorio preliminar. Tratándose, sin embargo, de una nulidad relativa, no cabe, como contrariamente se ha sostenido, su invocación en cualquier momento.*²⁷⁶ Vemos que las “generales de ley” en criterio del maestro en comento se presentan como de orden público relativas y en consecuencia convalidables, de manera que su ausencia así como su falta de reclamo, no conducen a la nulidad del medio probatorio.

KIELMANOVICH también se pronuncia sobre las “generales de ley” identificándolas con aquel cuestionario que tiende a identificar al testigo y determinar las relaciones que pudieren identificarlo o relacionarlo con alguna de las partes, así como con el resultado del proceso, cuya ausencia reputa a la prueba como nula, en tanto se la hubiese prestado con violación de alguna regla de exclusión de orden público, así por ejemplo –indica- cuando declara un pariente consanguíneo en línea directa con alguna de las partes, lo que configura un supuesto de nulidad absoluta; que también sería nula la declaración en este orden de ideas, si como resultado de la falta de interrogatorio se hubiese violentado el derecho a la defensa en juicio de la parte contraria a la que ofreció el testigo, al inducirla a error en cuando a la persona del testigo en relación con alguna de las partes, aunque este caso lo considera como de nulidad relativa; que la validez o invalidez habrá que considerarla en cada caso concreto y conforme con los antecedentes de la causa, pues por ejemplo –indica- si las relaciones y cualidades del testigo han quedado suficientemente expresadas o acreditadas a lo largo del interrogatorio principal, carecería de todo sentido práctico disponer la nulidad misma y concluyendo diciendo [...] *Si el testigo ha podido ser identificado en lo sustancial permitiendo a su vez el contralor de la contraria, no cabe pues la nulidad sin perjuicio, máxime que en este punto debe estarse por la subsistencia de la prueba, al igual que cuando falta el juramento o la promesa de decir verdad.*²⁷⁷

Por nuestra parte hemos sostenido que el tema de las inhabilidades e incompatibilidades no se conecta con el tema de la admisión del medio probatorio sino con su valoración, de manera que aún existiendo elementos que puedan conducir a pensar que el testigo no es hábil, que se encuentra en un régimen de incompatibilidad que hace sospechosa –*suspectus*- su declaración o su persona, se trata de cuestiones que deben ser analizadas por el judicante en la sentencia mediante la sana crítica, siendo precisamente las “generales de ley” aquel interrogatorio que pretende desde el inicio revelar estas causas que le restarán valor al testigo y a su testimonio, pero que en nada impide que la declaración se lleve a

²⁷⁶ Lino Enrique PALACIO. Ob. cit. T. IV. pp. 619 y ss.

²⁷⁷ Jorge L. KIELMANOVICH. Ob. cit. pp. 216 y ss.

cabo, por lo que su ausencia a nuestro entender no es tema de orden público, ni absoluto ni relativo – convalidable- que pueda afectar el medio probatorio.

En la práctica estas “generales de ley” suelen cumplirse mediante un interrogatorio mínimo de la identidad, edad, domicilio, profesión u oficio, estado civil, vecindad y relaciones de parentesco con las partes o interés en declarar, interrogatorio que incluso no es hecho por el judicante, pues a manera de formato ya se encuentra en el acta que se levanta al efecto y que como hemos visto, buscan conocer de antemano la existencia de causas de inhabilidad, incompatibilidad, el grado de instrucción del testigo, su relación con las partes, su interés en el proceso y demás datos que sirven para perfilar la persona del testigo y para la valoración del mismo, que en caso de presentarse no impide la toma de la declaración, de ahí que no vemos problemas de nulidad ante su ausencia al tratarse –repetimos- de cuestiones atinentes a la valoración; incluso y en los términos del artículo 486 del Código de Procedimiento Civil que nos indica que las generales de ley se harán luego de juramentado el testigo, no vemos ningún germen de nulidad si el juramento se hace con posterioridad, pues y como hemos expresado hay que restarle importancia al tema del juramento.

Sin perjuicio de lo dicho, juramentado el testigo e interrogado sobre las “generales de ley” se procederá al interrogatorio, que en el marco del sistema de procedimientos en general y salvo el penal, se tratará de un interrogatorio, preparado y dirigido por las partes, comenzando con el proponente de la prueba, seguido por el no proponente y eventualmente con las que formule el tribunal.

2.3. El interrogatorio de los testigos. Técnica “narrativa” e “interrogativa”.

El interrogatorio constituye la serie de preguntas que se realizará o formulará al testigo con respecto a los hechos que han sido enunciado en el procedo y que es debatido entre las partes, con la finalidad que el testigo narre lo que conoce sobre los mismos, reproduzca y reconstruya conforme a su versión, los hechos que son tema de la prueba judicial; pero este interrogatorio dependiente del sistema de procedimiento varía, pues en algunas ocasiones asume una técnica o forma “**narrativa**” y otras “**interrogativa**”. Veamos cada uno.

2.3.1. Técnica narrativa.

Se trata de una fórmula de interrogatorio no interventiva o invasiva donde simplemente se le induce al testigo para que declare sobre los hechos que conoce y que se debaten en el proceso, los cuales se le exponen o enuncian brevemente para orientarlo sobre el tema debatido si no tiene conocimiento sobre los mismos, tal y como ocurre en nuestro sistema de procedimiento penal conforme al contenido del artículo 339 del Código Orgánico Procesal Penal que señala [...] **Después de juramentar e interrogar al experto o experta o testigo sobre su Identidad personal y las circunstancias generales para apreciar su informe o declaración, el Juez o Jueza le concederá la palabra para que indique lo que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de prueba.** Al finalizar el relato, permitirá el interrogatorio directo. Iniciará quien lo propuso, continuarán las otras partes, en el orden que el Juez o Jueza considere conveniente, y se procurará que la defensa interroge de último. Luego, el tribunal podrá interrogar al experto o experta o al o la testigo. El Juez o Jueza moderará el interrogatorio y evitará que el o la declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, procurará que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas. Las partes podrán solicitar la revocación de las decisiones al Juez o Jueza cuando limiten el interrogatorio, u objetar las preguntas que se formulen. Los expertos o las expertas y testigos expresarán la razón de sus informaciones y el origen de su conocimiento.

Explica el profesor NIEVA FENOLL que esta técnica del interrogatorio requiere de paciencia, tanto para escuchar al declarante que habla sin parar y sin concretar realmente, o perdiéndose en detalles inútiles, como al que da informaciones cortas, demasiado resumidas y es incapaz de recordar algo si no se ve cuestionado; que tanto en un tipo de persona como en la otra, el interrogador tiene que hacer un uso muy prudente de su intervención, pues con relación al primero bastará encauzarlo en lo relevante y en cuanto al segundo, habrá que motivarlo para que declare lo que sepa, realizándole preguntas concretas pero sin suministrarle información, de manera que pueda ir hilvanando su relato con datos auténticamente propios del declarante y no del interrogador.²⁷⁸

Este tipo de interrogatorio resulta el más idóneo o adecuado en la técnica de la prueba pues permite una mayor espontaneidad de la declaración del testigo, no dirigido por las preguntas que se formulan en los interrogatorios “directos”, “contrainterrogatorios”, “redirectos” y “reindirectos” a los que nos referiremos más adelante, a lo que se suma el hecho de permitir al judicante y a las partes descubrir con facilidad si se está en presencia de un testigo prefabricado o falso, que es incapaz de ofrecer con las características que expresa el citado profesor español que comprenden las circunstancias objetivas de valoración de las declaraciones que se van adaptando en cada momento, a saber: a. Coherencia de la

²⁷⁸ Jordi NIEVA FENOLL. Fundamentos de Derecho Procesal Penal. pp. 237 y ss.

declaración; b. Contextualización del relato; c. Existencia de corroboraciones del relato a través de otros elementos de prueba; y d. La presencia o ausencia de comentarios oportunistas del declarante,²⁷⁹ elementos estos que analizaremos en su oportunidad al tratar la valoración de este medio probatorio.

PARRA QUIJANO al tratar el tema conforme a la legislación colombiana y bajo la denominación de de “exposición espontánea” nos indica que el juez exhortará al testigo para que relate los hechos de que tenga conocimiento y en el evento que afirme no saber porqué o para qué se le citó, el juez le explicará el objeto del proceso a fin de que haga un relato lo más concreto posible, como por ejemplo cuando en un proceso civil se cita a un testigo con la finalidad que rinda declaración en una separación de cuerpos y afirma no saber para qué se ha ordenado su comparecencia, caso en el cual el funcionario le pondrá al tanto de lo que trata el proceso: una separación de cuerpos, quienes son los cónyuges, entre otros aspectos relevantes del mismo, para dar paso luego a la declaración del testigo a los fines que exponga lo que sabe al respecto; que este sistema o método para averiguar lo que sabe el testigo –indica el maestro- es el más adecuado y útil, sosteniendo GORPHE que BINET y todos los psicólogos después de él, ha estudiado experimentalmente la cuestión –espontaneidad de las declaraciones- destacando las diferencias de conjunto entre el valor de la deposición espontánea –*rapport* o *révit*- o el de la provocada por preguntas –interrogatorio- ésta última que tiene más extensión, pero menos fidelidad que la primera; que el interrogatorio tiene la ventaja de soltar lenguas, de llamar la atención del testigo sobre puntos de los que no había tenido idea de hablar, o de ayudarle a evocar recuerdos, pero le resta espontaneidad y fidelidad, considerando al interrogador como un estímulo amnésico para que el testigo evoque circunstancias que fueron olvidadas o porque hace decir “circunstancias que aparecían como importantes”.

Termina indicando el citado maestro que una vez terminado de exponer con el estímulo del juez, sin hacerle preguntas en concreto puede éste interrogarlo sobre lo que considere necesario, así como las partes podrán hacer lo propio –interrogatorio directo-; que se podría objetar en algún evento, que la narración del testigo es tan completa que el juez no tiene nada que preguntar, para lo cual explica que nada más inexacto, pues el juez que no interroga al testigo para lograr ciertas precisiones y verificar su sinceridad, está dando paso abierto a las preguntas interesadas de las partes, a lo que se suma el hecho que tal actuar es ubicar al juez en un rol netamente dispositivo que no resulta apropiado, debiendo el juez a través del interrogatorio conocer con más claridad la fidelidad de lo que ha narrado el testigo.²⁸⁰

²⁷⁹ Jordi NIEVA FENOLL. Ob. cit. p. 235.

²⁸⁰ Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. pp. 338 y ss.

Puesto en este estado el asunto y sin perjuicio del punto siguiente donde abordaremos la técnica del interrogatorio propiamente dicho o conocido como “directo”, “contrainterrogatorio”, “redirecto” y “reindirecto” en definitiva, interrogatorios dirigidos, diremos que en el marco de un proceso judicial por su carácter público, constitucional y garantista, sumado al hecho de tratarse el tema de la prueba de un derecho constitucional que hemos estudiado a través del prisma del derecho constitucional de acceso al sistema probatorio que comprende el derecho a la materialización del medio probatorio, nos resulta constitucional y garantista la necesaria aplicación de esta técnica “narrativa”, “expositiva” o “espontánea” en los interrogatorios que se lleven a cabo en cualquier clase de procedimiento, tenga o no regulación expresa como se presenta en materia procesal penal, pues ello permite no solo la espontaneidad del testigo, su fiabilidad y la fidelidad de su declaración, sino que es un instrumento eficaz para derrotar el fraude y desenmascarar a los testigos falsos que han previamente ensayado una línea argumentativa en base a preguntas que las partes le han dado, así como a eventuales repreguntas que pudieran hacerseles, de manera que una vez juramentado el testigo y que ha respondido a las “generales de ley” el judicante interrogará al mismo sobre el conocimiento que tiene de su llamado al proceso y de ser afirmativa la respuesta, invitarlo a que declare lo que sabe sobre el tema que se debate judicialmente; en caso que el testigo manifieste el desconocimiento sobre su presencia en el proceso, el judicante de manera simple y sin mayor precisión y abundamiento, explicará el porqué de su llamado y el contenido del proceso, el tema sobre el cual versa, las partes y en general lo que se debate en el proceso para que proceda a declarar sobre lo que sabe al respecto.

Como indicamos esta técnica ayuda a la depuración de la declaración del testigo, permitiéndole que comience con una narración de los hechos que conoce sin presión ni interrogatorios dirigidos por las partes, lo que abona a la espontaneidad del testigo y su dicho sin ataduras a los intereses de las partes a través de sus preguntas dirigidas, siendo luego de esta declaración que tanto las partes como el judicante podrán realizar preguntas concretas y dirigidas al testigo, vale decir, el interrogatorio propiamente dicho; pero también se advierte que el judicante en esta declaración espontánea puede guiar la misma de manera de tratar de extraer del testigo el mayor cúmulo de conocimiento expositivo sobre el tema debatido, a través de simples preguntas que sirvan como recordatorios o para llevar una hilvanación coherente para luego –insistimos- dar paso a los interrogatorios dirigidos, fórmula o técnica que en base al sistema de procedimiento constitucional y garantista, aún sin previsión legal pero que tiene un marcado fundamento constitucional, debe adoptarse en todos los sistemas de procedimiento como elemento previo al interrogatorio dirigido.

2.3.2. Técnica interrogativa. El interrogatorio propiamente dicho. Interrogatorio “directo”, “contrainterrogatorio”, “redirecto” y “reindirecto”.

Al lado de la técnica “narrativa” que hemos expresado en el punto anterior y como complemento del sistema o procedimiento del medio probatorio testimonial, ubicamos el interrogatorio propiamente dicho o técnica “interrogativa” que como su propio nombre lo indica consiste en ir formulando preguntas al interrogado, quien irá respondiendo una por una y que se presenta como la fórmula más utilizada por su facilidad, rapidez y por permitir a los interesados ir fijando los hechos a lo largo del interrogatorio, cubriendo los más mínimos detalles conforme a sus intereses. El “interrogatorio” nos dice FIERRO-MENDEZ es el cuestionario o preguntas que se le formulan al testigo con respecto a un determinado asunto que se quiere conocer o hacer claridad en el juicio oral, lo que constituye –indica- la segunda fase de la prueba que está precedida por la exposición libre del interrogado que puede ser “encauzado” por el juez no mediante preguntas que sugieran la respuesta –como generalmente pasa en el interrogatorio directo- ni induciendo la explicación, sino mediante recordatorios que permitan al testigo producir su versión espontánea sobre los hechos.²⁸¹

El interrogatorio dirigido por las partes también está comprendido por varias etapas a saber:

- a. **Interrogatorio directo:** Conformado por las preguntas dirigidas o formuladas al testigo directamente por la parte que lo ha propuesto.
- b. **Interrogatorio indirecto o contrainterrogatorio:** Conformado por las preguntas que formulará la parte no proponente de la prueba, luego de concluir el interrogatorio directo y que versan sobre el mismo -interrogatorio directo realizado- cuya finalidad esencialmente se base en tratar de destruir el dicho del testigo o al mismo propiamente dicho, para la refutación o cuestionamiento al testigo y/o sus dichos sin perjuicio que mediante este sistema interrogativo puedan verificarse hechos conforme a las respuestas que ofrezca el testigo, conforme al principio de la comunidad de la prueba, aunque y como hemos expresado, la finalidad de este tipo de interrogatorio no es propiamente dicho la verificación de los hechos –propio del interrogatorio directo- sino restar validez o acreditar la falsedad o error del dicho del testigo, así como su interés en el proceso que lo hacen un testigo sospechoso que no debe ser valorado en la sentencia, especialmente cuando el mismo debe versar sobre el interrogatorio directo formulado y las respuestas dadas al respecto.

²⁸¹ Heliodoro FIERRO-MENDEZ. Ob. La Prueba en el Derecho Procesal Penal. Sistema Acusatorio. pp. 170 y ss.

- c. **Interrogatorio redirecto:** Que corresponde al proponente del testigo luego de recibida la declaración del contrainterrogatorio o interrogatorio indirecto, con la sola finalidad de aclarar los puntos debatidos en éste último –contrainterrogatorio- concretamente sobre las respuestas dadas en el interrogatorio indirecto.
- d. **Interrogatorio reindirecto:** Que corresponde nuevamente a quien ha contrainterrogado, para aclarar –si lo considera necesario- las respuestas dadas al interrogatorio redirecto.

En nuestro sistema de procedimiento y en la práctica judicial en general, solo tienen aplicabilidad los interrogatorios “directos” e “indirectos”, lo que para nada significa que pueda permitirse la aplicación de los interrogatorios “redirectos” y “reindirectos” a petición de parte, lo que tendrá un basamento constitucional y garantista que obra en pro del derecho de acceso al sistema probatorio y a la defensa de las partes, al tratamiento bilateral del medio probatorio para ilustrar mejor el criterio judicial al momento de valorar la fuente probatoria en la sentencia correspondiente, de manera que no existe una justificación razonada para que el judicante interdicte estos tipos de interrogatorio, mucho menos con argumentos tan vagos y poco académicos con su falta de regulación.

2.4. Fórmula de las preguntas en el interrogatorio.

Como hemos dicho luego que el testigo rinde su declaración “narrativa” y “espontánea” comienza el verdadero interrogatorio dirigido por las partes, quienes deberán hacerlo a viva voz, tal como lo regula el artículo 485 del Código de Procedimiento Civil, que expresa [...] *Los testigos serán examinados en público, reservada y separadamente unos de otros. **El interrogatorio será formulado de viva voz por la parte promovente del testigo o por su apoderado. Concluido el interrogatorio, la parte contraria o su apoderado, podrá repreguntar de palabra al testigo sobre los hechos a que se ha referido el interrogatorio u otros que tiendan a esclarecer, rectificar o invalidar el dicho del testigo. Cada pregunta y repregunta versará sobre un solo hecho.** En todo caso, el Juez podrá considerar suficientemente examinado el testigo y declarar terminado el interrogatorio. La declaración del testigo se hará constar en un acta que firmarán el Juez, el Secretario, el testigo y las partes o sus apoderados presentes, salvo que se haga uso de algún medio técnico de reproducción o grabación del acto, caso en el cual se procederá como se indica en el artículo 189 de este Código.”*

Pero ¿cómo debe ser el interrogatorio dirigido por las partes?

La respuesta a la interrogante formulada dependerá del tipo de interrogatorio dirigido pues y como hemos visto, el “directo” tiene como finalidad preguntas que tiendan a que el testigo exponga los hechos que son presupuesto de las normas que contienen las consecuencias jurídicas que benefician a las partes, que son el fundamento de sus pretensiones, acusaciones, excepciones o defensas, que sirven para

allegar al proceso fuentes probatorias para la verificación de los hechos enunciados y debatidos mediante la comparación que hemos estudiado en este trabajo, para llegar a la convicción judicial traducido en certeza no ausente de error, de manera que el interrogatorio busca acreditar o verificar los hechos enunciados en el proceso y debatidos, recayendo sobre los mismos en la forma que veremos; pero el interrogatorio “indirecto” o “contrainterrogatorio” en principio no versará sobre los hechos debatidos con la finalidad de establecerlos, fijarlos o verificarlos, sino que tiende a atacar o cuestionar a la persona del testigo o sus dichos, debiendo recaer sobre el contenido del interrogatorio directo o la persona del testigo, no directamente sobre los hechos debatidos con la finalidad de su verificación –o que es propio del interrogatorio directo- pues el papel que juega el contrainterrogador no proponente de la prueba, no es precisamente la de verificación de los hechos –como hemos visto- aunque eventualmente y conforme al principio de la comunidad de la prueba, de las respuestas que al interrogatorio indirecto haga el testigo, pudieran acreditarse o verificarse hechos controvertidos; respecto al interrogatorio “redirecto” y “reindirecto” tampoco tienen como finalidad directa o inmediata el acreditamiento o verificación de los hechos, sino aclarar el contenido de las respuestas dadas en el interrogatorio “indirecto” y “redirecto”, de manera que en estos casos no será permitido para el proponente de la prueba y para su no proponente dirigir preguntas no relacionadas con las respuestas al interrogatorio “indirecto” o “redirecto”.

Pero decimos que de manera indirecta o mediata el interrogatorio “indirecto”, “redirecto” y “reindirecto” no tienden al acreditamiento o verificación de los hechos, pues y como hemos expresado deben referirse directamente a la persona del testigo o al contenido de las respuestas del interrogatorio directo, de manera que buscan cuestionar o poner en tela de juicio el dicho o la persona del testigo en el primero, y en los demás aclarar las respuestas que dieran en cada caso el testigo; pero nada impide que de las respuestas que se presenten en cada caso y conforme a estos tipos interrogativos, puedan producirse una fuente probatoria que sirva para la verificación de los hechos por comparación, aunque en principio las preguntas no versaban directamente sobre los hechos debatidos, por lo que en base al principio de la comunidad de la prueba, en los citados interrogatorios pudieran de manera mediata producirse el acreditamiento de los hechos principales debatidos en el proceso judicial.

2.4.1. Interrogatorio directo.

Como hemos dicho el interrogatorio “directo” tiene como finalidad preguntas que tiendan a que el testigo exponga los hechos que son presupuesto de las normas que contienen las consecuencias jurídicas que benefician a las partes, que son el fundamento de sus pretensiones, acusaciones, excepciones o defensas, que sirven para allegar al proceso fuentes probatorias para la verificación de los hechos enunciados y

debatidos mediante la comparación que hemos estudiado en este trabajo, para llegar a la convicción judicial traducido en certeza no ausente de error, de manera que el interrogatorio busca acreditar o verificar los hechos enunciados en el proceso y debatidos. Respecto a su **fórmula** tenemos:

- a. Debe versar sobre hechos institucionales enunciados por las partes como fundamentos de sus pretensiones o excepciones, controvertidos y no eximidos de prueba.
- b. Estos hechos sobre los cuales versen las preguntas, deben ser pertinentes y relevantes a la causa, tendientes a demostrar los hechos enunciados debatidos o controvertidos y que sean útiles para la solución de la problemática judicial.
- c. Cada pregunta debe contener un solo hecho, o dicho de otra manera, debe ser un hecho por pregunta, de manera que en la técnica del interrogatorio, el proponente debe desglosar y distribuir los hechos sobre los cuales versará el mismo en cada pregunta.
- d. Las preguntas deben ser claras, concisas, precisas, de fácil entendimiento para el testigo y que no generen confusión.
- e. Deben realizar en forma “interrogativa” o “indagativa”, para inquirir lo que conoce el testigo sobre los hechos que se le pregunten, de manera que se descartan las fórmulas asertivas o afirmativas como sucede en materia de posiciones juradas, que por demás son contrarias al sistema de la prueba testimonial al inducir al testigo a la respuesta –sugestivas- lo que está interdictado en este tema.²⁸² Se trata de una técnica “responsiva” como indica KIELMANOVICH que consiste en provocar las respuestas mediante continuas preguntas concretas y no a través de la del relato.
- f. Las preguntas deben ser determinantes, imparciales, neutras, descartando toda clase de insinuación o subjetividad que induzcan al testigo.
- g. No deben suministrar al testigo muchos detalles que puedan inducir a algún tipo de respuesta o simplemente que en ellas contenga la respuesta a lo que se pregunta.
- h. Las preguntas no pueden ser sugerentes o sugestivas ni capciosas, así como de ninguna otra forma que puedan ilustrar o inducir al testigo a producir un tipo de respuesta determinado y buscado por el interrogador.

Como hemos señalado uno de los elementos o requisitos fundamentales de la eficacia de la prueba por testigos, es que las respuestas que se presenten contenga la denominada razón de dicho o ciencia del dicho, referidos al lugar, modo y tiempo en que ocurrieron los hechos y como los percibió el testigo, de manera que dentro de la técnica del interrogatorio, el preguntante debe inquirir o indagar del

²⁸² Jorge L. KIELMANOVICH. Ob. cit. p. 229.

testigo, sobre el lugar, modo y tiempo de la ocurrencia de los hechos y el lugar modo y tiempo como fueron percibidos esos hechos, para que pueda ser eficaz la prueba y servir así para demostrar efectivamente los hechos controvertidos que se pretenden por conducto de la prueba judicial, pues una mala técnica del interrogatorio que no escudriñe sobre la ciencia del dicho o razón del dicho, que en las preguntas no se indague sobre la ciencia del dicho, estará destinada a su desecho por ineficaz. Lo dichos nos permite afirmar que en la técnica del interrogatorio especialmente el proponente quien es el sujeto interesado en que el testigo a través de su discurso narrativo reproduzca y reconstruya los hechos pasados, enunciados y debatidos en el proceso, para producir esa fuente que sirva de verificación por comparación de los mismos, para crear la convicción judicial, debe preguntar directamente sobre los hechos en cuestión a través de esas preguntas neutras, imparciales o determinantes diseminadas a lo largo del interrogatorio coherente, así como las circunstancias de lugar, modo y tiempo de la ocurrencia de los hechos y de la percepción de los mismos por el testigo, si de sus respuestas no se puede extraer los mismos o no lo contienen.

BELLO LOZANO al tratar el tema que nos ocupa nos enseña que [...] *la técnica aconseja que las preguntas sean claras, sencillas y no contengan términos demasiado técnicos, especialmente cuando van dirigidas a personas comunes y corrientes o neófitas en lo que se pretende establecer; y debe evitarse el referimiento a términos o calificaciones jurídicas ya que ello no es propio del testimonio, sino de la apreciación del Juez, quien está facultado por Ley para decir derecho.*²⁸³

Por su parte FIERRO-MENDEZ nos dice que la técnica del interrogatorio debe estar formulada mediante un cuestionamiento que gire alrededor de los siguientes elementos:

- a. Reconstrucción de los hechos.
- b. Diferenciar deducciones o hipótesis que, del acaecimiento hace el testigo de los hechos mismos.
- c. Establecer si en el relato se ha ocultado alguna información.
- d. La razón de ser de su declaración y por qué tuvo conocimiento de los hechos que depone.
- e. La sensación que el hecho le hubiere dejado y los efectos que le produjo.
- f. Evitar contradicciones o si ellas se presentan, precisar la razón de las mismas.
- g. Que el testigo no conteste con evasivas.²⁸⁴

2.4.2. Interrogatorio sugestivo, capcioso y otras fórmulas prohibidas.

²⁸³ Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. I. p. 274.

²⁸⁴ Heliodoro FIERRO-MENDEZ. Ob. cit. pp. 170 y ss.

Insistamos que el interrogatorio debe realizarse a través de preguntas neutras, determinantes, interrogativas e imparciales, inmediatamente debemos afirmar que existe la interdicción de todas aquellas modalidades de preguntas asertivas, parcializadas, que ofrezcan o induzcan a un tipo de respuesta, confusas, contradictorias y en general que resten espontaneidad y libertad en la respuesta del testigo, lo que nos coloca precisamente ante este tipo de preguntas erróneas y prohibidas para cuyo análisis comenzaremos con las preguntas sugerentes conforme a la siguiente interrogante: **¿qué son preguntas sugerentes, sugestivas o capciosas?**

Las preguntas sugerentes o sugeridas son preguntas dirigidas que tienden o tienen por objeto obtener una respuesta determinada y buscada por el interrogador, que dejan al testigo sin libertad de dar respuestas, acorralándolo e induciéndolo a responder de la forma querida, desvirtuando así el contenido de los hechos e incluso desfigurando o alterando la ciencia del dicho o del conocimiento del testigo, ya que no existe la libertad de responder en la forma que quiere y como efectivamente sucedieron los hechos pasados que se representarán o reconstruirán mediante el discurso narrativo, así como la forma en que fueron percibidos, quedando limitado a las respuestas que dirige el sujeto –interrogador- mediante las preguntas.

Al respecto el maestro DEVIS ECHANDÍA señala que las preguntas deben referirse a hechos, no induciendo ni sugiriendo respuestas que quietan espontaneidad al dicho del testigo, ello no obstante a que siempre es permitido un cierto grado de sugestividad que resulta inevitable en el interrogatorio, debiéndose siempre desechar aquellas que contengan afirmaciones o negaciones de hecho; que la sugestión es fraudulenta e ilícita cuando son utilizadas preguntas “**capciosos**”, artificiosas vale decir, arteras, dobles, fingidas, aparentadas o “**insidiosas**”, malintencionadas, malévolas, maléficas, perniciosas, dañinas, siendo preguntas “**capciosas**” o “**insidiosas**” aquellas que se hacen con mala intención al testigo, donde a través de un equívoco, tergiversación, ambigüedad o engaño, falsedad, falacia, se le induce a dar una determinada respuesta que el interrogante expresa en un sentido y se hace constar en otro –tergiversación de la verdad para producir una respuesta deseada-; se trata de preguntas falsas, mentirosas, tergiversadas y malintencionadas o perniciosas, que se hacen para obtener una respuesta deseada, que puede comprometer al testigo, valiéndose de la presentación de la verdad, totalmente desfigurada.²⁸⁵

Por su parte el maestro PARRA QUIJANO al referirse a las preguntas sugestivas o sugerentes, denominadas por el mismo “preguntas-respuestas” y también conocidas como “conductivas”, no enseña al referirse a su significación que la misma proviene del latín “**suggestus**”, acción de sugerir, que significa hacer entrar en el ánimo de alguno una idea o especie, insinuándosela, inspirándosela o haciéndole caer

²⁸⁵ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. pp. 241 y ss.

en ella, tratándose la pregunta sugestiva contraria a la neutral que admite cualquier respuesta, en tanto que la sugerida limita al deponente para conducirlo a una contestación buscada por quien formula el cuestionamiento, que hace perder la originalidad del testimonio así obtenido, ya que en la mayoría de los casos si el testigo es perezoso , poco crítico o indiferente, aceptará, incluso de manera inconsciente, dar la respuesta a la que ha sido llevado; que el “conducto” a medida que pregunta, se va adueñando paulatinamente del absolvente, para terminar reemplazándolo entera o parcialmente respecto al recuerdo que tenía de los hechos, hasta llegar a ser reemplazante de la percepción.

Refiriéndose a esta clase de preguntas que coartan la libertad del testigo, el maestro colombiano nos ofrece algunos ejemplos que permiten ilustrar el tema, como son:

a. Primer caso.

Respuesta buscada: Que el testigo diga quien tomó el inmueble en arrendamiento.

Pregunta sugestiva: Diga el testigo si le consta que el ciudadano X es el arrendatario del inmueble y es quien paga el cánón de arrendamiento.

Pregunta correcta:

- Diga el testigo si tiene conocimiento que el inmueble X se encuentra arrendado.
- Diga el testigo si tiene conocimiento de quien es el arrendador.
- Diga el testigo si tiene conocimiento de quien paga los cánones de arrendamiento.

b. Segundo caso.

Respuesta buscada: Que el testigo diga que el ciudadano X era quien pagaba el alquiler y le proporcionaba a la ciudadana X los medios de subsistencia, vestimenta y atención médica, porque se encontraba embarazada.

Pregunta sugestiva: Diga el testigo si le consta y es cierto que el ciudadano X era quien pagaba y daba los medios de subsistencia, vestimenta y atención médica a la ciudadana X, porque ésta se encontraba embarazada.

Pregunta correcta:

- Diga el testigo si conoce a los ciudadanos W y W.
- Diga el testigo si tiene conocimiento de quien pagaba el alquiler.

- Diga el testigo si el ciudadano X le proporcionaba a la ciudadana X los medios de subsistencia, vestimenta y atención médica.

Otro ejemplo que podríamos colocar en materia laboral podría ser:

Respuesta buscada: Que el testigo diga si el trabajador fue despedido como consecuencia de la discusión que tuvo con el patrono.

Pregunta sugestiva: Diga el testigo si el ciudadano X tuvo una pelea con el patrono lo que motivó a su despido.

Pregunta correcta:

- Diga el testigo si conoce a los ciudadanos X y X.
- Diga el testigo si el ciudadano X tuvo algún tipo de problema con el ciudadano X.
- Diga el testigo que clase de problemas tuvo el ciudadano X con el ciudadano X-

Siguiendo con el análisis de la técnica del interrogatorio el citado maestro se refiere a otra clase de preguntas parciales, sugerentes o sugestivas que no deben ser permitidas en el interrogatorio, pues el mismo debe referirse a preguntas imparciales, neutras, donde el testigo tenga plena libertad de responder lo que sabe de lo que se le pregunte, tales como las siguientes:

- Preguntas afirmativas por conjeturas:** Son aquellas donde se pregunta un hecho con el deseo que sea admitido otro, del cual el primero es predicado, incorporado o representado, como sucede en el caso que se pregunte, ¿de qué tamaño era la pared?, ¿cuántas personas se encontraban presentes?. Estas preguntas envuelven en sí la existencia del hecho que pretende que se declare, como lo es que existía una pared o que había gente, no importando la respuesta referida al tamaño de la pared o del número de personas, de manera que se trata de preguntas que se refieren a un hecho pero con la intención que con la respuesta que se otorgue, se admita otro que en se encuentra inmerso en el mismo hecho original.
- Preguntas disyuntivas parciales:** Son aquellas donde se coloca al testigo en un “micro” evitando cualquier otra posibilidad, donde las preguntas llevan al testigo a dar dos posibles respuestas o no cabe otra posibilidad para responder, lo cual limita toda libertad de respuesta, tal como sucede cuando se le pregunta al testigo ¿la pared era color rojo a amarillo?, ¿se encontraban presentes hombres o mujeres? En estos casos no cabe la posibilidad de respuestas como que la pared era blanca o que habían animales, niños, adolescentes, pues se refiere a dos hechos disyuntivos que no permiten al testigo dar una respuesta fuera de ellos, o es uno o es otro.

- c. **Preguntas condicionales:** Son aquellas que orientan al testigo hacia determinada respuesta, como sucede en el caso de preguntarse ¿caso no era de ladrillo la pared? o ¿no había personas en el lugar? En estos casos se coloca un elemento condicional que limita la respuesta del testigo.
- d. **Preguntas diferenciales:** Son aquellas que indican en forma indiferente las respuestas, como por ejemplo ¿es de ladrillo la pared? o ¿habían personas en el lugar?
- e. **Preguntas disyuntivas completas:** Son aquellas que colocan en alternativa dos hechos, uno de los cuales es verdadero, como sucede cuando se pregunta ¿es la pared de ladrillo o no?, o ¿había gente en el lugar o no?²⁸⁶

Las preguntas deben ser neutras, donde no se induzcan o sugieran respuestas, sean afirmativas, negativas, disyuntivas, diferenciales, de conjetura, indiferente, se trata –insistimos- de preguntas que dejen al testigo en plena libertad de dar respuesta según la forma como ocurrieron los hechos y como los percibió, siendo que otras modalidades que no garanticen la libertad, resultan improcedentes en el interrogatorio y deben ser reformuladas o desechadas por el juzgador. En este sentido y ante preguntas con las características erráticas que hemos descrito, sean formuladas en el interrogatorio directo, indirecto, redirecto o reindirecto, la parte contraria al formulante puede oponerse a la pregunta a los fines que sea corregida o reformulada en forma correcta, sin perjuicio de la potestad que tiene oficiosamente el judicante de advertir esta situación y ordenar lo pertinente –corrección o reformulación- en los términos del artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, con la advertencia que y a diferencia de lo que sucede en materia de posiciones juradas, la errada formulación de la pregunta no conduce a la pérdida de la misma sino a la precitada corrección o reformulación, aunado al hecho que en esta materia –testigos- no existe límite de preguntas aunque el judicante puede considerar en las repreguntas, preguntas “redirectas” o “reindirectas” que el testigo se encuentra suficientemente preguntado dando por terminado el acto – artículo 485 *ejusdem*-.

En este sentido nos dice KIELMANOVICH que [...] *Cada una de las partes podrá formular oposición a las preguntas formuladas por su contraria, en tanto las mismas se refieran a hechos no alegados o no controvertidos; sugieran o insinúen las respuestas; no estén redactadas de manera interrogativa; aprehendan más de un hecho; no sean claras y concretas; o contengan referencia de carácter técnico con relación a un testigo que carezca de esos conocimientos, etcétera, sin perjuicio de su oportuna valoración por el juez, aun en la ausencia de impugnación en tal contexto. Las oposiciones habrán de ser resultas por el juez en el mismo acto de la audiencia, debiendo estarse, como en toda la materia de la prueba, a favor de la procedencia de la pregunta en caso de duda.*²⁸⁷

²⁸⁶ Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. pp. 348 y ss

²⁸⁷ Jorge L. KIELMANOVICH. Ob. cit. p. 225.

2.4.3. El interrogatorio “indirecto” o “contrainterrogatorio”.

Siguiendo con el estudio del procedimiento de la prueba testimonial encontramos, que el artículo 485 del Código de Procedimiento Civil, regula que luego de juramentado el testigo y de declarado sobre los elementos a que se refiere el artículo 486 *ejusdem*, procederá el proponente a preguntar a su testigo y luego de culminada la actividad, corresponderá al no proponente el derecho de contrainterrogar al mismo, en cumplimiento al derecho constitucional de la defensa y de control de la prueba ubicado en el derecho de acceso al sistema probatorio como hemos estudiado, pero ¿qué es el “contrainterrogatorio”?

El “contrainterrogatorio” o interrogatorio “indirecto”, se trata de un instituto que encuentra sus raíces en la “*cross examination*” o “interrogatorio cruzado” del sistema anglosajón,²⁸⁸ se presenta como la materialización del derecho a la contradicción o bilateralidad en la prueba testimonial, en tratándose del derecho que tiene el no proponente de la prueba testimonial a realizar repreguntas al testigo, luego de culminada la respuesta al interrogatorio original o “directo”, que fundamentalmente debe estar dirigido o versar sobre los hechos a que se ha referido el precitado interrogatorio “directo” y las respuestas que al efecto ha dado el testigo, sobre la persona del testigo y en general sobre cualquier otra clase de hechos que tiendan a aclarar, esclarecer, rectificar o invalidar el dicho del testigo, el cual debe realizarse igualmente a viva voz en el propio acto, de manera que y como hemos indicado, en principio este interrogatorio no tiende a la verificación inmediata o directa de los hechos controvertidos, sino a invalidar a la persona –se trata de la impugnación de la credibilidad del testigo, cuya finalidad es cuestionar ante el judicante su credibilidad y consecuentemente la del testimonio con respecto a la naturaleza inverosímil o increíble del testimonio, la capacidad para percibir el hecho, recordar o comunicarse, la existencia de prejuicios, intereses u otros móviles que no lo hagan imparcial- o al dicho del testigo, aunque de manera indirecta y de las respuestas que se ofrezcan pudiera de manera mediata acreditarse o verificarse los hechos esenciales, institucionales y controvertidos en el proceso.

Consecuencia de lo dicho es precisamente que en este tipo de interrogatorio las repreguntas no son libres, de manera que su proponente no tiene el derecho a preguntar lo que le plazca, por el contrario, sus repreguntas deben limitarse al contenido del interrogatorio original y a las respuestas dadas por el

²⁸⁸ Al respecto nos dice el maestro uruguayo Eduardo J. COUTURE que el *cross examination* o examen cruzado consiste en el interrogatorio del testigo primero por la parte que lo ha presentado y luego por la parte adversa, que procura atacar la veracidad del testigo con relación a lo que ya ha dicho o apoyar sus propias razones, pudiendo asimismo volver sobre lo dicho en el examen de la parte adversa, siempre bajo la vigilancia del judicante. El “Cross Examination” en la Prueba de Testigos en Estudios de Derecho Procesal Civil. T. II. pp. 231 y ss.

testigo, a hechos que rectifiquen, esclarezcan, aclaren o invaliden el dicho del testigo, que le haga desmerecer veracidad o sinceridad al operador de justicia, pues la intención es precisamente tratar de eliminarle eficacia probatoria a la declaración, bien por no ser ciertos los hechos que se declaran, por ser diferentes a como han sido narrados, por haber ocurridos de otra manera, por haber sido imposible que los haya percibido el testigo, por que el testigo no resulte imparcial en sus declaraciones, aunque en materia de contrainterrogatorio se hacen patente las mismas reglas que se presentan para el interrogatorio, en el sentido de la forma y requisitos que deben cumplir las preguntas –repreguntas- eliminando o interdictándose todo tipo de pregunta sugerente, sugestiva, capciosa, afirmativa de conjetura, disyuntivas completas o parcial, condicionales, diferenciales, debiendo ser neutras, imparciales, determinantes, claras y precisas, en forma interrogativa o indagativa, tal como lo hemos expresado en el punto anterior.

No obstante a los dicho nos dice ALSINA que [...] *Sobre la base de estas consideraciones y con invocación expresa de las mismas, la jurisprudencia ha resultado que las repreguntas a los testigos pueden versar sobre cualquier sobre cualquier hecho conducente al litigio, siendo infundada la exigencia de que ellas deben guardar únicamente relación con el interrogatorio a que fue sometido.*²⁸⁹

En iguales términos PALACIO quien indica que [...] *La norma transcrita –que comprende a las denominadas “repreguntas”- adhiere al criterio amplio que terminó por prevalecer en la doctrina y jurisprudencia anteriores a la promulgada ley 17.454, y en cuya virtud aquéllas no deben necesariamente circunscribirse al contenido de las preguntas ya formuladas o al de las respuestas emitidas al solo objeto de aclarar o precisar el contenido de estas últimas, sino que pueden versar sobre cualquier hecho pertinente y conducente al pleito, aunque no se relacione con los hechos incluidos en el interrogatorio presentado por la parte contraria. En cubano a su contenido, por consiguiente, la admisibilidad de las repreguntas se halla supeditada al requisito de que versen sobre hechos controvertidos en el proceso y que sean además susceptibles de incidir en su decisión final.*²⁹⁰

Al respecto y conforme a lo que hemos expuesto nos separamos del criterio de los maestros, pues sólo de manera indirecta o mediata la finalidad del interrogatorio indirecto busca la verificación de los hechos controvertidos, que precisamente es lo que permitiría un interrogatorio libre respecto al tipo de preguntas sobre cualquier clase de hecho relevante y pertinente, más si el objetivo de la parte no proponente de la prueba era la de utilizar la declaración del testigo para la corroboración directa o inmediata de los hechos mediante la producción de fuentes provenientes del dicho del testigo, resulta necesario que éste hubiese promovido al mismo. A nuestro entender no puede considerarse de manera

²⁸⁹ Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. p. 604.

²⁹⁰ Lino Enrique PALACIO. Ob. cit. T. IV. pp. 626 y ss. Igualmente y en este mismo sentido Jorge L. KIELMANOVICH. Ob. cit. pp. 222 y 225 y Aldo BACRE. Ob. cit. T. III. p. 259.

indiferente la posición de los sujetos procesales en el tema de la prueba de testigo, concretamente la posición del proponente y del no proponente, el primero que quiere reconstruir los hechos con la narración testimonial aportando una fuente que sirva para verificar los hechos, en tanto que el no proponente asume una posición de contendor probatorio cuyo objetivo es invalidar la persona o el dicho del testigo para que no sea valorado en la sentencia, aunque nada obsta para que y como indicamos, mediante las respuestas al interrogatorio “indirecto” pudieran fijarse hechos debatidos, lo que en base al principio de la comunidad de la prueba –como lo hemos expresado- pudiera ser utilizado por no proponente como medio que sirve para acreditar sus extremos de hecho en que se basa su pretensión o excepción.

Pero ¿qué sucede cuando las preguntas del interrogatorio “directo” o repreguntas del “indirecto” han sido erradamente formuladas, por referirse a varios hechos, ser sugerentes, capciosas o insidiosas, referirse a hechos impertinentes o irrelevantes, tratar puntos de derecho, ser incompreensible o enredada, ser parcializada, o pretender que el testigo emita algún tipo de juicio de valor que le haga desaparecer la apariencia de imparcialidad?

En estos casos las partes o sus apoderados deben formular el reclamo correspondiente a las preguntas formuladas en el mismo acto, mediante la correspondiente oposición a la pregunta, debiendo explicar el motivo por el cual se encuentran mal formuladas, caso en el cual el preguntante o repreguntante -según se trate- podrá cambiar la pregunta, rectificarla, aclararla, modificarla o simplemente insistir en la misma. Ante esta situación el operador de justicia debe resolver en el mismo acto, pudiendo ordenar que se corrija, reformule, aclare o cambie la pregunta, que se responda la misma salvo su apreciación en la sentencia definitiva por considerar que la pregunta está bien formulada y finalmente, puede relevar al testigo de responder, decisiones éstas que tratándose de un acto judicial, pueden ser impugnadas a través del andarivel del recurso de revocación o reconsideración en audiencia como lo prevé el artículo 437 del Código Orgánico Procesal Penal, sin perjuicio del reclamo a que se refiere 188 del Código de Procedimiento Civil, no obstante los recursos ordinarios o extraordinarios que puedan ejercitarse contra la sentencia definitiva que comprenda el pronunciamiento sobre el tema tratado.

Es importante destacar que ante la formulación de un interrogatorio que no reúna las características que hemos estudiado, especialmente la imparcialidad, objetividad, neutralidad o determinación de la pregunta interrogativa o indagativa formulada, incluso faltando la oposición de parte, el judicante debe controlar las fórmulas utilizadas en el interrogatorio y en caso de observar preguntas sugerentes, sugestivas, capciosas, insidiosas o de otras de las modalidades analizadas, debe inadmitir la pregunta u ordenar su reformulación, más si la pregunta está correctamente formulada y el testigo se

niega a responder, no tratándose de casos que puedan conducir responsabilidad penal, punitiva o administrativa al testigo, ni de casos de personas exentas de declarar, éste no puede a *mutu proprio* negarse a responder so pena de desobediencia al mandato de la autoridad judicial y eventualmente perjurio, pues el único que puede hacer tal relevo es el judicante.

Aunado a lo anterior debemos señalar que el contrainterrogatorio, no es un deber procesal, por el contrario se encuentra en las filas de las cargas, lo que se traduce que queda a la facultad y voluntad del no proponente, tanto el derecho de asistir al acto de testigos como de hacer repreguntas cuando comparezca al mismo.

2.4.4. El interrogatorio “redirecto” o “reindirecto”

Al respecto ya hemos dicho que luego de realizado el interrogatorio “indirecto” o “contrainterrogatorio, el proponente de la prueba con vista al contenido de las preguntas del precitado interrogatorio “indirecto” así como de sus respuestas, tiene el derecho de realizar el interrogatorio “**redirecto**”, que cuya finalidad se limita a formular preguntas que tienda a aclarar las respuestas realizadas en el interrogatorio “indirecto”; igualmente y de haberse realizado este tipo de interrogatorio, habrá posibilidad de realizar el interrogatorio “**reindirecto**” por medio del cual el no proponente de la prueba podrá realizar preguntas que tiendan a aclarar las respuestas realizadas en el interrogatorio “redirecto”.

2.4.5. Actividad del judicante durante la práctica de la prueba de testigos.

Siguiendo con el análisis de la norma del artículo 485 del Código de Procedimiento Civil, el operador de justicia tiene la facultad de hacer cesar el acto de preguntas o repreguntas cuando considere que se encuentra suficientemente preguntado o repreguntado –incluso redirectamente preguntado o reindirectamente preguntado-; tiene la potestad de interrumpir la declaración del testigo para corregir algún exceso –artículo 488 *eiusdem*-; puede hacer las preguntas que considere pertinente, no confines probatorios, sino para ilustrar mejor su criterio –aclararlo- tal como lo permite el artículo 487 *ibidem* que expresa [...] *El Juez podrá hacer al testigo las preguntas que crea convenientes para ilustrar su propio juicio.*”

2.4.6. Casos de testimonio de varios testigos.

Por último y de tratarse de varios testigos estos declararán separadamente los unos de otros, no pudiendo estar presentes en los interrogatorios, si no han rendido declaración, pero **¿qué sucede si el testigo hace caso omiso de tal previsión legal y se encuentra presente en el interrogatorio del testigo fijado para que declare antes que él?**

Esta situación no encuentra previsión legal, lo cual a nuestro criterio no invalida la declaración ni podría conllevar a imponerle sanciones no previstas, por lo que lo mas que podría hacerse es ordenar su desalojo del recinto del tribunal o si ya se ha producido la declaración anterior, evaluar la situación al momento de sentenciar y determinar el grado de eficacia de su declaración, tomando en cuenta que sus respuestas puedan estar influenciadas por el interrogatorio que presencié y sus respuestas.

2.4.7. Respuesta del testigo.

El tema relacionado con las respuestas del testigo y su forma, se encuentra regulado en el artículo 498 del Código de Procedimiento Civil, que señala [...] *El testigo no podrá leer ningún papel o escrito para contestar: contestará verbalmente por sí solo a las preguntas que se le hicieren. Sin embargo, oídas las partes, podrá el Tribunal permitirle que consulte sus notas cuando se trate de cantidades y también en los casos difíciles o complicados en que la prudencia del Tribunal lo estimare necesario.*” Como vemos las respuestas que debe dar el testigo serán igualmente a viva voz e inmediatamente luego de formulada la pregunta o repregunta, sin que pueda leer ningún papel o escrito, preguntar o consultar con algún sujeto, salvo que el tribunal se lo permita luego de oídas las partes por motivo de tratarse de casos difíciles o complicados a criterio del operador de justicia, lo cual eventualmente pudiera ser impugnado por la revocatoria o reclamo en audiencia; igualmente tenemos que las respuestas deben ser claras, concretas, categóricas, aunque el testigo puede extenderse sobre aspectos vinculados directamente con el hecho interrogado.

Las respuestas necesariamente deben contener la “razón de la ciencia del conocimiento o del dicho”, refiriéndose al cómo, cuándo y donde ocurrieron los hechos y los percibió o conoció, que y como hemos expresado se presenta como un requisito esencial para la eficacia del medio probatorio; este requisito puede estar inserto en cada una de las respuestas que dé al interrogatorio que se le formule o al final del interrogatorio, bien que se haga a petición de la propia parte preguntante o del judicante, pues recordemos que hemos considerado que dentro de las “generales de ley” deben incluirse ésta exigencia al testigo al momento de dar respuesta a las preguntas que se le formulen; lo dicho nos permite afirmar que no serán consideradas como buenas y consecuentemente la declaración testimonial será desechada en la sentencia, cuando el testigo se limita a indicar que sí sabe o le consta los hechos que se le pregunten,

que sí tiene conocimiento, que sí o no sabe de los hechos que se les interroga, respuestas éstas que no permiten comprender la forma cómo ocurrieron los hechos y como fueron percibidos por el testigo, conduciendo a considerar que se trata de un testigo falso.

2.4.8. Retracción y rectificación del testimonial.

En cuanto a la “**retractibilidad de la declaración del testigo**”, tenemos que nada impide que el testigo pueda retractar su declaración sea en forma total o parcial, incluso rectificarla en caso de error, no haciendo falta prueba en contrario que lo demuestre para que su valor probatorio desaparezca, no requiriéndose excusas de error ni de ausencia de dolo, bastando la simple voluntad del testigo y la expresión de haber declarado lo que no era o en la forma que no era, simplemente que no había declarado la verdad de la forma como ocurrieron los hechos o como los había percibido, lo que representa un eximente de responsabilidad en los casos previstos en el artículo 244 del Código Penal que señala [...] *Estará exento de toda pena con relación al delito previsto en el artículo 242: el que habiendo declarado en el curso de un procedimiento penal, se retracte de su falso testimonio y deponga conforme a la verdad, antes de concluirse la averiguación sumaria por auto de no haber lugar a proseguirla o el proceso por auto de sobreseimiento fundado en no haber méritos para cargos o antes de que se descubra la falsedad del testimonio. Si la retractación se efectúa después o si se refiere a una falsa disposición en juicio civil, la pena se disminuirá de una tercera parte a la mitad, siempre que la retractación tenga lugar antes del fallo definitivo del asunto. Si el solo falso testimonio ha sido causa de la detención de una persona o de algún otro grave perjuicio para la misma, únicamente se rebajará un tercio de la pena en el caso de la parte primera del presente artículo y un sexto, en el caso del primer aparte.”*

La “**retractación**” del testimonio es el acto por medio del cual la persona que declaró en el proceso, le manifiesta al judicante que no es cierto lo que dijo anteriormente o lo que es lo mismo que es falso lo declarado, tal como sucede con la retractación de la confesión estudiado en su oportunidad, con la diferencia que en ésta última tratándose de un error de hecho que hace viable tal retractación, debe acreditarse o demostrarse, sin perjuicio que no se trata de declarar lo que es falso, lo que y como observamos no es exigido en materia testimonial, de manera que el testigo goza de plena libertad y amplitud para retractar su declaración, sin necesidad de acreditar los motivos o causas que lo han generado, aunque puede ser objeto de sanciones penales conforme a la norma trascrita; diferente es la “**rectificación**” del testimonio cuando ha existido por parte del testigo algún error en su declaración – no así la falsedad en la misma que se refiere a la retractación- sea en su memoria, lo que recuerda, de percepción o cualquier otro motivo que pueda conducir a la alteración del testimonio, el hábito, sugestión, tendencia afectiva, personalidad del declarnte, edad, sexo, profesión, cultura, estado anímico, entre otras,

como nos lo explica nuestro maestro y antecesor BELLO LOZANO,²⁹¹ circunstancia ésta que no conduce a responsabilidad punitiva pero que eventualmente es un elemento fundamental a tener en consideración al momento de valorar la prueba, donde el judicante por tales motivos deberá prestar mayor atención para valorar la declaración tomando en consideración que esa “rectificación” puede influir en la confiabilidad del testigo.

El precitado maestro al tratar el tema de falso testimonio nos enseña que [...] *Son dos cosas muy diferentes el declarar falsamente y hacerlo erradamente, tanto en un caso como en el otro se ha dicho la verdad; en lo primero ha habido la dañada intención de mentir y ello lleva al rechazo de su declaración por desconfianza que ha de inspirar al sentenciador, pero cuando el testimonio es errado, se falta a la verdad sin intención, en forma involuntaria; puesto que todo ser humano, por veraz que sea es capaz de errar, y por ello, la Ley no autoriza a prescindir de su declaración sino únicamente en el punto donde ha incidido el error.*”²⁹² Destacamos de lo dicho por el maestro que la presencia de error en la declaración testimonial en principio no conduce al desecho del medio probatorio en su totalidad, sino solo en lo que se refiere al precitado error y agregamos, que en todo caso lo cierto es que el error es un motivo de desconfianza que tiene que tener el judicante presente a los fines de la valoración de la prueba, de manera que si el error no es trascendental y el declaración puede salvarse haciendo caso omiso de la precitada falencia, al no presentarse una contradicción insuperable, el testigo debe ser apreciado en la medida que el contenido de su deposición pueda corroborarse por ejemplo con otros medios probatorios.²⁹³ También observamos que el elemento que califica y diferencia la “retractación” de la “rectificación”, además de la declaración falsa de la primera, es que ella es producto de una conducta intencional del testigo, lo que no se presenta en el segundo de los casos.

Al referirse a la retractación del testimonio nos dice PARRA QUIJANO que no se trata de una causal que pos sí misma destruya de inmediato lo afirmado por el testigo en sus declaraciones precedentes; que el trabajo que debe emprender el intérprete del testimonio debe ser de análisis de las versiones y no de eliminación; que quien se retracta tiene motivos, que pueden consistir ordinariamente en un relato de conciencia que lo induce a relatar las cosas tal como sucedieron, o de un interés propio o ajeno que lo lleva a negar lo que sí percibió; y por último que la retractación sólo podrá admitirse cuando se trate de un acto espontáneo y sincero de quien lo hace, siempre que lo expuesto a última hora por el sujeto sea verosímil y acorde con las demás comprobaciones del proceso.²⁹⁴

²⁹¹ Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. I. p. 288.

²⁹² Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. I. p. 287.

²⁹³ En este sentido puede verse al maestro Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. p. 232.

²⁹⁴ Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. pp. 376 y ss.

El problema de la retractación del testimonio fundamentalmente radica en la valoración de la prueba, pues ante esta situación resulta lógico que el judicante deba poner sumo cuidado al momento de apreciar la prueba, ya que está acreditado en las actas del proceso que el testigo en principio habría mentido respecto a la declarado, lo que lo pondría ante la perplejidad de saber si la declaración conforme a la realidad de los hechos es la retractada o la nueva, aunque ello puede determinarse del análisis comparativo y conjunto de todos los medios probatorios que pudieran corroborar una u otra versión; en todo caso la retractación conducirá a un escenario de testigo sospechoso.

2.4.9. Acta de la declaración testimonial.

Del acto de testigos se levantará un acta en los términos del artículo 492 del Código de Procedimiento Civil, que señala [...] *El acta de examen de un testigo contendrá: 1° La indicación del día, hora, mes y año en que se haya verificado el examen del testigo y la del diferimiento que se haya hecho para otro día si no se hubiere concluido la declaración en el mismo. 2° La mención de haberse llenado los requisitos del artículo 486. 3° Las contestaciones que haya dado al interrogatorio, y las razones en que haya fundado su dicho. 4° Las preguntas que le haya dirigido la parte contraria, su representante, o el Juez, y las respectivas contestaciones. 5° Si el testigo ha pedido indemnización, y cuál haya sido la cantidad acordada. 6° La constancia de haberse dado lectura a la deposición, la conformidad que haya prestado el testigo, o las observaciones que haya hecho. 7° Las firmas del Juez y su Secretario. 8° La firma del testigo, si supiere y pudiere firmar, o la constancia de que no sabe o no puede hacerlo. 9° Las firmas de los intérpretes, si los hubiere y las de las partes y apoderados que hayan asistido al acto.*”

Destacamos del contenido del acta especialmente la necesidad de inclusión de las “generales de ley” aún cuando hemos dicho que su ausencia no invalida el acto en los términos estudiados, así como la necesidad de la “razón del dicho” que se presenta como requisito de eficacia de la prueba y que como tal su ausencia tampoco invalida el acto testimonial al tratarse de una cuestión de valoración que debe ser analizado en la sentencia correspondiente. El maestro BELLO LOZANO al tratar el tema de las “generales de ley” y del juramento nos diría [...] *El requisito del juramento y examen previo de las generales de Ley son esenciales a la declaración, no pudiendo ser omitidas porque la hace invalidable con las salvedades a que antes nos hemos referido al tratar el juramento. No es necesario, sin embargo, que conste haberse leído al testigo el artículo donde están contenidas, si previamente ha manifestado no tener impedimento para declarar. No creemos que la circunstancia de dejarse de mencionar algunos de los datos de identificación, que no sea el nombre y el apellido, haga prosperar la correspondiente impugnación de nulidad, si existen en autos medios acreditativos de la identidad del deponente, y a tal respecto se ha*

pronunciado Casación en su sentencia de 23-5-1912.”²⁹⁵ En otro momento al tratar el acta expresaría [...] Esta acta se perfila como un documento auténtico, es una constancia perenne que no se invalida aunque el juicio termine, porque puede presentarse copia certificada de la misma en un nuevo proceso entre las partes. La supresión de algunas de las indicaciones no anula el acta, a menos que sea sustancial. Si intervino el intérprete, también se dejará nota de ello. Por el contrario, si la omisión fuere sustancial o de fondo, la declaración será nula; pero a petición de parte, se puede volver a efectuar el acto dentro del término que señalará el Tribunal.”²⁹⁶

Una vez evacuada la prueba de testigos, terminada que sea la declaración y redactada el acta a que se refiere el artículo 485 del Código de Procedimiento Civil, se la leerá al testigo para que manifieste su conformidad o haga las observaciones que se le ocurran, debiendo ser firmará por las partes que hayan concurrido, si el testigo y las partes supieren y pudieren hacerlo, tal como lo regula el artículo 491 *ejusdem*; pero en este caso pudieran hacerse observaciones al acta, lo cual se corregirá inmediatamente, mas luego de firmada por el testigo no podrá modificar su declaración, salvo el derecho a retractación antes tratado. También el acto de testigos puede reproducirse o grabarse por algún medio técnico, procediéndose como lo expresa el artículo 189 *ibidem*.

3. OBLIGACIÓN DE COMPARECENCIA DEL TESTIGO. EXCEPCIONES. PERSONAS QUE NO ESTÁN OBLIGADAS A DECLARAR. INDEMNIZACIÓN POR PERJUICIOS Y GASTOS.

En puntos anteriores señalábamos que el testigo órgano de prueba a través del cual puede llevarse al proceso la prueba de los hechos institucionales enunciados por las partes como fundamento de sus pretensiones y debatidos por las partes, igualmente cumple una función social como lo es reproducirle o reconstruir la ocurrencia de hechos pasados que haya percibido para que puedan tenerse como establecidos en el proceso mediante el sistema de comparación, para en definitiva producir convicción judicial que se traduzcan en sentencia justas, con justicia, de manera que el testigo una vez promovido como medio de prueba por alguna de las partes en el proceso, se encuentra en el deber de comparecer a declarar previo el juramento de ley, en los términos del artículo 481 del Código de Procedimiento Civil, salvo las exenciones que hemos estudiado en otro momento –referidas no al deber de “comparecer” sino de “declarar”- deber que se complementa con el contenido del artículo 494 del Código de Procedimiento Civil, que establece [...] *Las personas cuyo testimonio se necesitare en juicio, deberán comparecer precisamente, sin*

²⁹⁵ Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. I. p. 269.

²⁹⁶ Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. I. p. 280.

*necesidad de previa licencia de sus respectivos superiores, pero dando aviso anticipado a éstos, a rendir declaración ante el Tribunal y no podrán excusarse por razón de privilegio ni por ninguna otra causa. Los contumaces pagarán una multa que no exceda de mil bolívares o arresto proporcional.”, de manera que si el testigo no eximido de declarar ni de comparecer al tribunal a rendir declaración luego de promovido, citado o llamado por el tribunal no comparece a cumplir con su función pública como órgano de prueba, además de la sanción pecuniaria señalada –multa- y de ser conducido por la fuerza pública –mandato de conducción- en los términos del artículo 212 del Código Orgánico Procesal Penal, conforme al artículo 238 del Código Penal podrá ser sancionado o castigado con prisión de quince a tres meses, si la incomparecencia es por una causa no justificada, lo que igualmente se producirá en los casos que habiendo comparecido se negara o rehusara sin razón legal a declarar, ello sin perjuicio de la pena accesoria de la inhabilitación para el ejercicio profesional por un tiempo igual al que dure la prisión, una vez terminada ésta, señalando la precitada norma [...] *Todo individuo que llamado por la autoridad judicial en calidad de testigo, experto, médico, cirujano o interprete, se excuse de comparecer sin motivo justificado, será castigado con prisión de quince días a tres meses. El que habiendo comparecido rehusé sin razón legal sus deposiciones o el cumplimiento del oficio que ha motivado su citación, incurrirá en la misma pena. Además de la prisión, se impondrá al culpable la inhabilitación en el ejercicio de su profesión o arte por un tiempo igual al de la prisión, terminada esta. Las penas establecidas en este artículo no se aplicarán sino en los casos en que disposiciones especiales no establezcan otra cosa.”**

Sin perjuicio de lo dicho el propio legislador establece casos excepcionales donde el testigo esta eximido no de “declarar” como tal, sino de “comparecer” al tribunal a rendir declaración, tal como lo regula el artículo 495 *ejusdem* que expresa [...] *Se exceptúan de lo dispuesto en la parte primera del artículo anterior: El Presidente de la República o quien hiciere sus veces; los Ministros, los Senadores y Diputados al Congreso de la República durante el período de inmunidad, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los Gobernadores de Estados, de Territorios Federales y del Distrito Federal, los Arzobispos y Obispos titulares de Arquidiócesis y Diócesis, y los integrantes del Alto Mando Militar. Las partes podrán pedir que las personas exceptuadas contesten por oficio o escrito dirigido al Tribunal, los puntos del interrogatorio y las preguntas escritas que presentare la parte promovente, o que rindan su declaración ante el tribunal constituido, en la morada del testigo, debiendo entonces éste responder a las preguntas verbales que le haga la otra parte. Los Jefes de Misiones Diplomáticas y aquellos de sus empleados que gocen de extraterritorialidad, no están obligados a testificar. Cuando espontáneamente consientan en ello, el Tribunal les libraré una rogatoria a los efectos del párrafo anterior.”* La norma procesal en cuestión junto a la contenida en el citado artículo 494, son las que contienen la regulación del deber que tiene el testigo de comparecer al proceso a declarar en tal condición, así como los que se encuentran eximidos del mismo, exentos de comparecer al proceso a declarar, mas no de rendir declaración cuya exención hemos estudiado en otro momento. En este sentido la primera de las normas citadas contiene la obligación para los superiores de aquellas personas que sean llamadas a

declarar al proceso judicial en condición de testigos, de autorizar la ausencia del mismo en el trabajo que desempeñe, a los fines que pueda acudir al proceso para cumplir con la función pública y social para servir como testigo, sin necesidad de licencias o permisos, siempre que los mismos avisen oportunamente a sus superiores, incluso, no se requiere licencia alguna, lo que se traduce que la previa autorización de los superiores para ausentarse del trabajo e ir a declarar no es necesaria, previéndose una multa hasta de dos mil bolívares o de arresto proporcional a quienes sin justa causa desatiendan el llamado del tribunal, norma ésta que se conecta con la contenida en el artículo 496 del Código de Procedimiento Civil, según la cual si el testigo justificara que no pudo presentarse al día señalado para declarar, el tribunal lo eximirá de pena –multa o arresto proporcional- luego que haya declarado, lo cual quedará a criterio del juzgador tanto en lo relativo a la justificación de la excusa, como la imposición de las sanciones de considerar improcedentes las mismas, excusa que insistimos no exime al testigo de declarar, pues tal eximente que puede aplicar el juez es luego de rendida la declaración del testigo.

Pero si bien es obligación o deber del testigo acudir al tribunal a rendir declaración, conforme a lo previsto en el artículo 492 del Código de Procedimiento Civil, se encuentran obligados a declarar más no de comparecer al tribunal a declarar, los siguientes sujetos: a. El Presidente de la República o quien hiciera sus veces; b. Los Ministros; c. Los Diputados a la Asamblea Nacional, durante el período de inmunidad; d. Los Magistrados del Tribunal Suprema de Justicia; e. Los Gobernadores de Estados; f. Los Arzobispos y Obispos titulares de arquidiócesis y diócesis; y g. Los integrantes del Alto Mando Militar.

Esta previsión de incomparecencia a declarar como testigos en los procesos judiciales, se debe fundamentalmente a los privilegios de los altos funcionarios del Estado, producto de sus importantes labores para que no sean interrumpidas por el llamado de los órganos jurisdiccionales, de manera que y considerando esa alta investidura, sus funciones y lo que representan para la República, resulta lógico hace extensible dicho privilegio a funcionarios de igual categoría como por ejemplo el Vice-presidente de la República, Fiscal General de la República, Contralor General de la República, Defensor del Pueblo, Rectores Principales del Consejo Nacional Electoral, entre otros, aún cuando en puridad de verdad, no se encuentran exceptuados por la norma de comparecer ante los tribunales de deponer como testigos.

Pero ante esta situación de privilegio de no acudir al tribunal a declarar inmediatamente surge la interrogante **¿cómo se les toma la declaración estos ilustres dignatarios?**

La respuesta nos la ofrece el mismo artículo 495 del Código de Procedimiento Civil, ya transcrito, presentando dos posibles andariveles a saber:

- a. Que la parte proponente de la prueba testimonial solicite que las personas exceptuadas de comparecer declaren mediante oficio o escrito dirigido al tribunal, dando respuesta al interrogatorio y las preguntas escritas que presentare.
- b. Que el testigo rinda su declaración ante el tribunal constituido, en la morada, debiendo entonces éste responder a las preguntas verbales que le haga el proponente y el no proponente – repreguntas-.

Analizando el primero de los supuestos encontramos que el proponente debe acompañar al escrito de promoción del medio probatorio las preguntas –escritas- el cuestionario o lista de preguntas sobre las cuales debe responder el testigo, caso en el cual el juez –señalamos- debe calificar previamente la pertinencia, relevancia y legalidad de las mismas, su neutralidad, imparcialidad u objetividad, como una especie de depuración o eventualmente, de no adoptar esta postura previa realizar la apreciación o calificación respectiva al momento de sentenciar, de manera que el testigo tendría que dar respuesta a todas las preguntas formuladas indistintamente de su contenido, sin que puede negarse a deponer al no existir sujeto que controle ni exima de tal situación al testigo. Esta modalidad produce los siguientes inconvenientes:

- a. Se sabe que la doctrina y jurisprudencia vernácula consideran que para la validez de la declaración de testigos, debe previamente realizarse el juramento, a lo cual se pregunta ¿quién juramentará al testigo, cuando las preguntas se le remiten con oficio?
- b. ¿Quién controla que efectivamente el testigo sea quien responda las preguntas?
- c. ¿Quién controla que efectivamente el testigo no haga consultas para dar respuesta, se asesore, lea algún papel, anotación o apunte? –artículo 497 del Código de Procedimiento Civil.
- d. ¿Que tiempo tendrá el testigo para responder las preguntas y remitirlas al tribunal?
- e. ¿Podrá haber acto de repreguntas y en caso afirmativo tendrá igualmente que acompañarse el cuestionario escrito? Si esto es así ¿cómo puede repreguntarse si no se saben las respuestas que dará el testigo? Incluso ¿cómo podría hacerse el interrogatorio “redirecto” y “reindirecto”?
- f. ¿Quién puede eximir al testigo de responder una pregunta que considere sugerente, sugestiva, que pueda conllevarle responsabilidades punitivas o administrativas?

Obsérvese de las interrogantes anteriores que resulta totalmente inconveniente esta modalidad de declaración testimonial, la cual por demás vulnera el derecho constitucional a la igualdad, creando un privilegio aberrante en éstos tiempos; también observamos que las primeras tres interrogantes no encuentran respuesta afirmativa, vale decir, que no habría juramento, que nadie controlaría que efectivamente fuera el testigo quien respondiera las preguntas y que no leería papeles, instrumentos, anotaciones o simplemente se asesorara para responder, ello no obstante a criterios que consideran que

respecto al tema del juramento, tratándose de un funcionario del Estado no requiere del mismo al haberlo prestado cuando asumió su cargo público, postura que no compartimos pues precisamente el juramento lo ha sido para el ejercicio del cargo y no para la declaración testimonial, aunque y como hemos expresado en este trabajo, le restamos importancia al tema del juramento que no es garantía de verdad ni su ausencia invalida la prueba, incluso, ni siquiera se toma en consideración para el delito de perjurio como hemos estudiado; en cuanto a las demás interrogantes, especialmente en cuanto al tiempo que tendrá el testigo para remitir las respuestas luego de recibidas, observamos que la ley nada dice al respecto, para lo cual ante la ausencia legislativa creemos que el juez debe fijar un lapso prudencial para que sean remitidas al tribunal, so pena de multas, de la ahí la inconveniencia de esta modalidad.

Pero el legislador también permite que el juez se constituya en la morada del testigo para que rinda la declaración ante el tribunal constituido, en forma verbal e idéntica a que si hubiera comparecido al tribunal, modalidad esta que nos parece la idónea y que crea menos desigualdad procesal. En este supuesto el tribunal en el auto de admisión de las prueba testimonial, deberá fijar el día y hora, no solo para el traslado a la morada, sino para la declaración del testigo, a cuyo efecto deberá notificarse al testigo indicándosele lo pertinente; pero puede suceder que el tribunal una vez constituido en la morada del testigo, éste no se encuentre presente, caso en el cual –consideramos- debe procederse a la imposición de las sanciones a que se refiere el artículo 494 del Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio del deber que subsiste para el sujeto de declarar, luego de lo cual podría ser eximido de las sanciones –multa o arresto-.

En todo caso la persona que tiene el privilegio de no comparecer al tribunal a declarar, puede perfectamente renunciar al mismo comparecencia al tribunal a rendir declaración, pero en este supuesto, para no fomentar el tan usual juego sucio y pestilente procesal, creemos que debe hacerse la participación al tribunal en un tiempo anterior y prudencial al acto de testigos, lo que se traduce en que llegado el día y la hora y constituido el tribunal en la morada del testigo, mal podría este renunciar a su privilegio y solicitar al tribunal que fijara nueva oportunidad para declarar en el tribunal, caso en el cual el tribunal debería proceder al acto inmediatamente haciendo caso omiso de la solicitud del testigo.

Por otro lado no se encuentran obligados ni a comparecer al proceso ni a declarar como testigos, los jefes de misiones diplomáticas ni los empleados que gocen de extraterritorialidad, salvo que espontáneamente accedan a ello, todo como consecuencia de inmunidad diplomática que puede ser renunciada expresamente, caso en el cual se les libraría rogatoria a los efectos que respondan las preguntas por escrito, no existiendo la posibilidad de la declaración en la morada. Al efecto debe traerse a colación el contenido del artículo 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas que dispone [...] *El agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor. Gozará también de inmunidad*

de su jurisdicción civil y administrativa, excepto si se trata: a. de una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión; b. de una acción sucesoria en la que el agente diplomático figure, a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario; c. de una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales. 2. ***El agente diplomático no está obligado a testificar.*** 3. El agente diplomático no podrá ser objeto de ninguna medida de ejecución, salvo en los casos previstos en los incisos a, b y c del párrafo 1 de este artículo y con tal de que no sufra menoscabo la inviolabilidad de su persona o de su residencia. 4. La inmunidad de jurisdicción de un agente diplomático en el Estado receptor no le exime de la jurisdicción del Estado acreditante.” Esta excepción se extiende a familiares, criados, personal administrativo y otros, en los términos del artículo 37 que expresa [...] 1. Los miembros de la familia de un agente diplomático que formen parte de su casa gozarán de los privilegios e inmunidades especificados en los artículos 29 a 36, siempre que no sean nacionales del Estado receptor. 2. Los miembros del personal administrativo y técnico de la misión, con los miembros de sus familias que formen parte de sus respectivas casas, siempre que no sean nacionales del Estado receptor ni tengan en él residencia permanente, gozarán de los privilegios e inmunidades mencionados en los artículos 29 a 35, salvo que la inmunidad de la jurisdicción civil y administrativa del Estado receptor especificada en el párrafo 1 del artículo 31, no se extenderá a los actos realizados fuera del desempeño de sus funciones. Gozarán también de los privilegios especificados en el párrafo 1 del artículo 36, respecto de los objetos importados al efectuar su primera instalación. 3. Los miembros del personal de servicio de la misión que no sean nacionales del Estado receptor ni tengan en él residencia permanente, gozarán de inmunidad por los actos realizados en el desempeño de sus funciones, de exención de impuestos y gravámenes sobre los salarios que perciban por sus servicios y de la exención que figure en el artículo 33. 4. Los criados particulares de los miembros de la misión, que no sean nacionales del Estado receptor ni tengan en él residencia permanente, estarán exentos de impuestos y gravámenes sobre los salarios que perciban por sus servicios. A otros respectos, sólo gozarán de privilegios e inmunidades en la medida reconocida por dicho Estado. No obstante, el Estado receptor habrá de ejercer su jurisdicción sobre esas personas de modo que no estorbe indebidamente el desempeño de las funciones de la misión.”

Finalmente y respecto a los **resarcimientos de los perjuicios y gastos** que generaran o se produjeran al testigo como consecuencia del traslado al tribunal a declarar, así como la vuelta a su casa, los cuales podrá exigir antes de declarar, serán cancelados por el proponente, quien en todo caso podrá obtener el reembolso mediante el pago de las costas procesales si resulta victorioso; el testigo tiene derecho a solicitar las expensas para el traslado, los cuales serán sufragados por el proponente de la prueba, pero en caso de reclamo por excesivos será el tribunal quien los limite, decisión que en principio no tendría recurso alguno al quedar al criterio del judicante, salvo la infracción a las mínimas reglas de la experiencia y la lógica al fijar una cantidad excesiva que no tenga justificación; pero esta problemática no

puede considerarse como un argumento válido para que el testigo se exima de su obligación de comparecer y declarar, al tratarse de dos actividades diferentes, de manera que el resarcimiento de los gastos no influye en el deber de declarar y comparecer, por lo que insistimos, el testigo no puede excusarse ante por motivos de falta de pago de los gastos.

4. TACHA TESTIMONIAL.

4.1. Definición.

En general la forma o figura que se utiliza para el cuestionamiento de los resultados probatorios, así como de los medios de prueba que se proponga es la “impugnación”, más en determinados casos el legislador establece formas concretas de impugnación –género- que se presentan como su especie, como ocurren en materia instrumental –como veremos- que dependiendo del tipo de instrumento y de lo que se impugne puede utilizarse el andarivel de la tacha de falsedad, desconocimiento, contradocumento o contraescritura y hasta cualquier género de prueba en contrario; de esta manera en la materia trata una de las formas de impugnar tanto a la persona del testigo como el resultado probatorio del medio que no es más que su dicho o declaración, es a través del procedimiento de “tacha de testigos” la que puede comprender causas o motivos de incapacidad para declarar, inhabilidades, incompatibilidades, así como cualquier otra causa de sospecha tanto del testigo como del testimonio.

Lo dicho y como veremos en el próximo punto nos permite observar, que en la evolución histórica del instituto del testimonio, la desconfianza hacia el medio probatorio y a la persona del testigo, siempre ha conducido a establecer un conjunto de garantías del medio probatorio como lo explica CHIOVENDA,²⁹⁷ así como de limitaciones e interdicciones para el recibimiento del testimonio por parte de determinadas personas, que usualmente se ubican en motivos de inhabilidad –relativa o absoluta- e incompatibilidad que hacen sospechosa la declaración y que se conectan con la valoración de la prueba – como hemos visto- no con la admisión, incluso lo que algunos lo ubican en las generales de ley que permiten delinear la idoneidad de la persona del testigo.²⁹⁸

Pero ¿qué es la tacha de testigos?

El maestro ALSINA al tratar el tema de las tachas nos dice que los peligros que derivan del carácter subjetivo de la prueba testimonial han determinado al legislador a establecer, además de las

²⁹⁷ Guiseppe CHIOVENDA. Ob. Cit. T. III. pp. 179 y ss.

²⁹⁸ Véase Jorge L. KIELMANOVICH. Ob. Cit. p. 239; igualmente Lluís MUÑOZ SABATÉ. Fundamentos de Prueba Judicial Civil. L.E.C. 1/2000. p. 366.

restricciones para su admisión, las circunstancias por las cuales aun siendo admisible la prueba, debe excluirse por completo la declaración del testigo –tachas absolutas- y aquellas que no la excluyen pero que disminuyen su eficacia probatoria –tachas relativas- precauciones propias del régimen de “pruebas legales” que existían ya en legislaciones más antiguas como se comprueba de la lectura del Código de Manú, cuyas leyes 63 y siguientes del título VIII prohibían que se tomara en cuenta las declaraciones de los que estaban dominados por un interés pecuniario, los amigos, parientes, criados, entre otros, lo que en la actualidad –indica- está prácticamente eliminado en el procedimiento penal, donde se permite al juez apreciar el valor del testimonio de acuerdo con sus libres-convicciones, aunque subsisten en algunos códigos de procedimiento civil.²⁹⁹ De lo dicho por el maestro argentino destacamos fundamentalmente que el régimen de las tachas a través de las cuales se cuestiona la persona del testigo por su inhabilidad o incapacidad absoluta o relativa, tal como lo hemos visto en otro momento, es propio del sistema de procedimiento escrito donde la valoración es tarifada, donde de antemano el legislador le indica al judicante cuales son los testigos y testimonios que sirven y cuales no, incluso donde el tema se conecta con la admisión del medio probatorio; pero con la mutación al sistema de procedimiento oral y especialmente con la previsión de la sana crítica como régimen de valoración de prueba, lógicamente estos motivos de inhabilidad tiende a desaparecer y a sustituirse por “incompatibilidades” que se conectan con la valoración de la prueba, siendo que incluso muchos de los motivos de “inhabilidad” realmente son de “incompatibilidad” dado el carácter sospecho de la persona del testigo, pero que y como indicamos, debe ser tema que se aparece en la sentencia que valore la prueba; a esto agreguemos que la oralidad está en sintonía con la sana crítica como sistema de valoración probatoria, que inmediatamente nos indica los motivos de tacha del testigo realmente no deben identificarse con inhabilidades –incluso con incompatibilidades- y que la sospecha es tema de valoración que no interdicta la toma de declaración del testigo, de manera que estos motivos en definitiva –oralidad y sana crítica- producen como resultado la eliminación del instituto de la tacha de testigos, como ha ocurrido en el procedimiento penal, de niños y adolescentes, aunque todavía lo tengamos en el fósil jurídico del sistema de procedimiento civil y en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo –por ignorancia de sus redactores-.

GUASP al tratar la tacha nos indica que la eficacia probatoria del testimonio se puede destruir mediante la práctica de otras pruebas, que recayendo sobre le mismo objeto desvirtúan las declaraciones prestadas por el testigo; pero que aparte de esta impugnación indirecta o mediata, existe otr inmediata o directa que consiste en atacar al testigo como tal, desarrollando en torno a su declaración una verdadera prueba secundaria o de segundo grado, lo que recibe el nombre de “tacha”, mediante la cual se trata de

²⁹⁹ Hugo ALSINA. Ob. Cit. T. III. Pp. 620 y ss.

rechazar el dicho del testigo presentado por la parte contraria; que la tacha en realidad –indica- no es una incapacidad sino una censura, aunque parte de los mismos motivos de estas tachas, que han pasado a ser incapacidades, de manera que la tacha no se refiere a los requisitos sino a los efectos del testimonio – expresa-.³⁰⁰

GÓMEZ COLOMER por su parte al referirse a la tacha en la LEC 1/2000, indica que si las causas de inidoneidad excluyen a una persona de declarar como testigo y de hacerlo en todos los procesos, las tachas se refieren a la imparcialidad, y por tanto, atienden a un proceso determinado, no excluyendo a una persona de declarar como testigo, sino evidenciando un hecho o circunstancia que la hace sospechosa de parcialidad, de manera que su concurrencia deba ser tenida por el juez al momento de la sentencia.³⁰¹ De lo dicho por el maestro español y como expresáramos al comentar lo expuesto por ALSINA, el tema de las tachas modernamente se conecta con la incompatibilidades que hacen sospechosa la declaración y la persona del testigo, lo que se conecta con la valoración de la prueba y que debe ser analizado por la sana crítica, de manera que aún existiendo motivos de tacha – incompatibilidades- la declaración debe recepcionarse, dejando el tema de la sospecha para el momento de su análisis.

En la doctrina colombiana AZULA CAMACHO escribe que la tacha puede concebirse como las circunstancias que una de las partes puede invocar con el objeto de impedir o restarle eficacia a la declaración de un testigo decretado a instancia de su opositora o de oficio por el juez.³⁰² Observemos lo escrito por el maestro colombiano –a diferencia de los otros criterios que hemos analizado- que el tema de la tacha lo conecta tanto con la admisión como con la valoración del medio probatorio, ello no obstante a señalar que dentro de las clases de tacha se ubican las referidas a aquellas que afectan a la persona del testigo –inhabilidades o incapacidades- y las que afecta a la declaración –sospecha que se presenta como motivo de incompatibilidad- enmarcando lógicamente el tema de la inadmisión en la primera; pero además el citado maestro nos dice que las tachas se presentan en el campo del proceso civil, habiendo desaparecido en el proceso penal.

Entre nosotros el eterno maestro Humberto BELLO LOZANO nos dice que es el acto procesal mediante el cual uno de los litigantes en el proceso judicial, enerva o ataca al testigo presentado por su contrario, tratando convencer al judicante, de la existencia en él de circunstancia que hacen sospecha, falsa, inveraz o inatendible su declaración, mas aún, inapreciable, donde se ataca la eficacia probatoria del

³⁰⁰ Jaime GUASP. Ob. cit. T. I. pp. 351 y ss.

³⁰¹ Juan Luís GÓMEZ COLOMER. Derecho Jurisdiccional. II. p. 333.

³⁰² Jaime AZULA CAMACHO. Ob. cit. pp. 105 y ss.

medio; luego de analizar las definiciones de BORJAS y PRIETO CASTRO, el propio maestro está consciente del tratamiento igualitario que se le da a las inhabilidades y a la tacha indicando al efecto [...] *Hacemos constar que no se prestan procesalmente hablando a equívocos los conceptos de inhabilitación y tacha. El primero consiste en una capacidad personal, cuyo último fin es hacer nula la exposición del declarante, porque la Ley la prohíbe; en tanto que la segunda no se funda en la inhabilitación, más bien el sujeto goza de capacidad, y concierne a cuestiones relativas a la misma declaración que no llegan a invalidarla sino a quitarle eficacia probatoria; quedando sujeta su apreciación al Juez, en tanto que la otra es nula de pleno derecho.*³⁰³ Recordemos que el trabajo que citamos del maestro data 1.979, fecha para la cual estaba vigente el Código de Procedimiento Civil de 1.916 que regulaba la tarifa legal como sistema de valoración probatoria, de manera que y aún cuando nuestro antecesor escinde la inhabilitación del testigo con la tacha, producto del sistema vigente concluye con la expresión que la inhabilitación de pleno derecho conduce a la nulidad de la prueba, lo que hoy día no es sostenible por el marco sistema del procedimiento oral y especialmente por la sana crítica que rige en el proceso como método de valoración probatoria, de manera que la inhabilitación –como hemos sostenido- no conduce a inadmisibilidad aunque eventualmente sí al desecho de la prueba por sospecha –aunque no necesariamente-.

Dicho esto y tratando de aproximarnos a una definición de tacha en materia de testigos, tenemos que si bien el Código de Procedimiento Civil regula un conjunto de inhabilidades absolutas y relativas que generalmente se refieren a causas de incompatibilidades y que hacen sospechosa la declaración y al testigo, que pueden conducir a que la prueba sea desestimada, conectándose el tema con la valoración y no con la admisión del medio probatorio, las partes se encuentran dotadas del instrumento de impugnación que estudiamos –tacha- para activar las alarmas pertinentes y hacer ver al judicante la existencia de elementos que hacen *suspectus* al testigo y que influyen en su declaración, no solo por el interés, las relaciones o vínculos con las partes, sino por cualquier motivo que de alguna manera ponga en tela de juicio su imparcialidad, de manera que la figura en general se inclina más al ataque de la persona del testigo que al testimonio mismo, que puede ser desvirtuado con cualquier otro medio probatorio cursante en autos, lo que no descarta que el instrumento de la tacha sirva para cuestionar el dicho. De esta manera podemos **definir la tacha de testigos** como un medio de impugnación que ataca o cuestiona, tanto a la persona del testigo como a su declaración, tanto a la validez de la prueba como su eficacia, poniendo en tela de juicio su imparcialidad y objetividad por la existencia de elementos que puedan generar algún tipo de interés en el proceso que lo puedan calificar como sospechoso y afectar el contenido de su dicho, lo que se conecta con la valoración probatoria.

³⁰³ Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. I. pp. 303 y ss.

Lo dicho nos permite hacer dos afirmaciones: primeramente que la tacha de testigos no se conecta con la admisión y es tema que debe ser resuelto en la sentencia correspondiente, de manera que producido este medio de impugnación, la declaración igualmente debe ser recibida; la segunda afirmación y que es consecuencia de la primera, se refiere a que el sistema de impugnación a través de la tacha no se limita a la inhabilidad de testigo, sino que comprende las incompatibilidades que afectan a la persona del testigo, así como cualquier motivo que se relacione con la declaración y que en el sistema de procedimiento oral, debe desaparecer como forma de incidencia en los términos previstos en el Código de Procedimiento Civil y la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, para dar paso a la posibilidad que la persona del testigo y su declaración puede ser cuestionada por parcialidad o por cualquier otro motivo que la haga sospechosa, para que alertado el judicante al respecto resuelva lo que convenga en la sentencia respectiva.

4.2. Motivos o causas de la tacha testimonial.

Sobre este punto hemos adelantado que generalmente los motivos que generan la tacha testimonial se refieren a las inhabilidades absolutas y relativas de la persona del testigo, que modernamente se ha reconducido al tema de la “incompatibilidades” que conectadas con la cuestión de valoración probatoria, no afectan la admisión y evacuación del medio probatorio; pero los motivos de tacha no se limitan a la “persona” del testigo, también abarcan su “examen” y su “dicho”, esto es, la “declaración del testigo, de manera que modernamente no existe un motivo único ni motivos taxativos previstos en la ley, dejándose a la libertad de la parte legitimada para hacer la impugnación, invocando cualquier motivo relacionado con la persona o con el dicho del testigo que lo haga sospechoso, parcializado o subjetivo, a los fines de poner las alarmas en el proceso y advertir al judicante sobre esta situación que luego de acreditada incidirá en su ánimo al momento de la valoración. Insistimos, no existe un motivo determinado de tacha, quedando a la libre consideración del legitimado de hacer valer cualquier hecho que a su juicio afecte a la persona del testigo o su dicho.

En cuanto a la “persona” del testigo como motivo de tacha se refieren a inhabilidades e incompatibilidades; respecto al “examen” se refieren a las que se fundan en el hecho de haberse violado alguna disposición de ofrecimiento –promoción- y recepción –evacuación- del medio probatorio –regularidad de la mecánica probatoria-; y en cuanto al “dicho” recae sobre la deposición o manifestación hecha por el testigo, por ser oscuras, contradictorias, inverosímiles, falsas, fantasiosas, entre otros causas.

MUÑOZ SABATÉ respecto a este punto nos dice que el procedimiento de tachas tiene por finalidad dejar prendida o suspendida en los autos una razón de sospecha contra algún testigo que pueda nutrir el libre juicio de valoración final de dicha prueba por el juez; que son dos los exámenes para la determinación del testigos *suspectus*: Las generales de ley; y la tacha cuando se pasa por el primero de los filtros lisamente, lo que debe ser hecho antes de tomarse la declaración.³⁰⁴

En el Código de Procedimiento Civil y respecto a las causas o motivos por los cuales puede producirse la tacha del testigo, nada se dice al respecto, lo que y aún cuando se trata de un procedimiento escrito caracterizada por bastante tarifa legal como la previsión de inhabilidades absolutas y relativas, sorprendentemente se ubica en un sistema moderno de no prever motivos al respecto; lo mismo ocurre en el sistema de procedimiento laboral –artículos 100 y siguientes- por lo que insistamos en que cualquier motivo puede fundamentar la tacha de la persona o del dicho del testigo, tales como inhabilidades, incompatibilidades, parcialidad, sospecha en general, mentira o falsedad, fama o rumor de mentiroso, embustero, tracalero, relación con las partes, soborno, entre otros eventuales circunstancias o motivos que pudieran aducirse para invalidar o quitar eficacia probatoria a la declaración.

4.3. Procedimiento de la tacha testimonial.

Comencemos con la oportunidad procesal para su proposición en el marco del sistema de procedimiento civil escrito, a cuto efecto el artículo 499 del Código de Procedimiento Civil, expresa [...] *La persona del testigo sólo podrá tacharse dentro de los cinco días siguientes a la admisión de la prueba. Aunque el testigo sea tachado antes de la declaración, no por eso dejará de tomársele ésta, si la parte insistiere en ello. La sola presencia de la parte promovente en el acto de la declaración del testigo, se tendrá como insistencia.*” La tacha testimonial es un acto procesal de parte –no opera de oficio- que debe producirse luego de admitida la prueba por testigos, que deberá presentarse por escrito o diligencia dentro de los cinco días de despacho siguientes a la admisión de la prueba o de su notificación, si fuera providenciadas las mismas fuera del lapso legal, cuyo ejercicio no impide la toma de la declaración, siempre que se produzca la insistencia de la parte.

Esta norma idénticamente copiada en el sistema de procedimiento laboral conforme al artículo 100 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, señala que la insistencia en la toma de la declaración debe ser de la “parte” lo cual nos obliga a preguntarnos si es válida la insistencia que hiciera el apoderado judicial de la parte proponente. Al respecto creemos que esta es una de las fallas del Código de Procedimiento Civil, pues la “parte” y los apoderados son dos sujetos diferentes, de manera que cuando

³⁰⁴ Lluís MUÑOZ SABATÉ. Ob. cit. p. 366.

el legislador se refiere a “partes” pudiera no ser válida la insistencia del apoderado, criterio éste limitativo y antigarantista que nos obliga a manifestar que la noción de “parte” en este caso debe ser aceptada en sentido amplio que incluya al apoderado aunque en puridad del concepto procesal no lo es. Dicho esto tenemos que la insistencia del proponente de la prueba de testigos –parte- puede hacerse en forma expresa –diligencia o escrito- o en forma tácita, mediante la asistencia del proponente al acto de declaración de testigos, lo cual se considerará como una insistencia.

El ejercicio de la tacha como forma específica de impugnación testimonial no produce una incidencia dentro del proceso, por el contrario y a tenor de lo preceptuado en el artículo 501 del Código de Procedimiento Civil, propuesta la misma deberá ser demostrada por su proponente –causa o motivo de la tacha- en el resto del lapso de probatorio, proponiéndose, admitiéndose y evacuándose cualquier prueba que se promoviere para tal efecto, así como las que tiene derecho a proponer la parte contraria al tachante.

Respecto a la legitimación para la tacha encontramos que el artículo 500 del Código de Procedimiento Civil, lo deja en cabeza de la parte contraria a aquella que promovió o propuso el testigo, de manera que quien lo hubiese propuesto no podrá tacharlo aún cuando la parte contraria se beneficiara del testimonio –comunidad de la prueba- salvo el caso del “soborno”, que lógicamente debe ser demostrado y que conducirá a la invalidez del testimonio emitido tanto a favor como en contra de la parte que lo hubiese sobornado, mas aún, debiendo desecharse el mismo por carecer de eficacia ante el acreditado estado de sospecha, sin perjuicio de las sanciones penales a que se refiere el artículo 246 del Código Penal que dispone [...] *El que haya sobornado un testigo, perito o interprete, con el objeto de hacerle cometer el delito previsto en el artículo 243, será castigado, cuando el falso testimonio, peritaje o interpretación se hayan efectuado, con las penas siguientes: 1.- En el caso de la parte primera del citado artículo, con prisión de cuarenta y cinco días a dieciocho meses. 2.- En los casos previstos en el primer aparte de dicho artículo, con prisión de uno a tres años, o de dos a cuatro años, respectivamente, si concurren las dos circunstancias indicadas en el citado aparte. 3. - En el caso del segundo aparte del mismo artículo, con prisión de cuatro a cinco años. Si el falso testimonio, peritaje o interpretación han sido hechos sin juramento la pena se reducirá de una sexta a una tercera parte. El que por medio de amenazas, regalos u ofrecimientos haya solamente tentado sobornar a un testigo, perito o intérprete, incurrirá en las penas establecidas en las disposiciones anteriores, pero limitadas a una tercera parte. Todo lo que hubiere dado el sobornador será confiscado.*”

El tema de la tacha testimonial será resuelto en la sentencia correspondiente y en caso de quedar acreditado los motivos que se invocaran, el judicante podrá desechar la prueba testimonial o valorarla con el celo correspondiente en consideración a la existencia de un motivo de sospecha, que aún existiendo y demostrado no necesariamente conducirá a desechar la prueba si ella –el contenido de la declaración-

puede ser corroborado con otros medios probatorios que cursen en autos, todo conforme a la sana crítica del juez.

5. EL CAREO.

5.1. Etimología y definición.

El “careo” etimológicamente proviene del latín “cara” que significa poner una cosa o varias personas en presencia de otra u otras, con el objeto de conocer la verdad sobre algunos dichos o hechos; ponerse resueltamente cara a cara dos o más personas a fin de resolver algún asunto desagradable, nos dice el maestro PARRA QUIJANO, quien no lo considera como un medio de prueba sino como un “método” para confrontar versiones suministradas en el proceso por los testigos o las partes, que complementan y enriquecen el testimonio, para darle movimiento.³⁰⁵

Se trata de como un medio probatorio autónomo e independiente aunque ubicado en el género de las declaraciones – de parte o testimoniales- consistiendo en un medio probatorio combinado o mixto entre órganos de prueba que hubiesen discordado en sus versiones sobre uno o varios hechos; que a diferencia de otros medios probatorios se hace necesario no por un hecho anterior o extraño al proceso –como generalmente sucede con los demás medios probatorios- sino por hechos que surgen del proceso, constituidos por declaraciones contradictorias prestadas ante el juez de la causa, esto último de vital importancia para entender que no puede haber careo cuando las contradicciones son entre declaraciones rendidas en la fase de preparatoria del proceso penal donde ubicamos los actos de investigación y las realizadas en audiencia oral y pública, pues aquella como señalamos es un mero acto de investigación, lo que tampoco pudiera presentarse en materia de contradicciones con una declaración anticipada conforme al procedimiento de anticipación de medios que se fundamente precisamente en la irrepetibilidad o irreproducibilidad que impediría traer al declarante que lo ha hecho en forma anticipada para carearse con la otra persona que en audiencia oral a realizado una declaración contradictoria con la anticipada.

JAUCHEN al tratar el tema nos dice que el careo es un medio de prueba por el cual se provoca la confrontación de dos o más personas cuyas versiones son contradictorias sobre un mismo hecho importante para la causa, con la finalidad de establecer las razones por la cuales no existe coincidencia entre ellos; que para que proceda el careo es necesario que exista en el proceso declaraciones cuyas contradicciones se adviertan, siempre que se realicen ante el juez de la causa, lo que en nuestro sistema

³⁰⁵ Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. p. 356.

penal por ejemplo necesariamente tendría que ser en la audiencia oral, de manera que las declaraciones en actos de investigación no judicializadas no podrían considerarse como pruebas de cargo y de ahí que no serían tomadas como contradictorias con las realizadas en audiencia para realizar el careo; que el careo es un actividad netamente jurisdiccional de manera que no pueden ser utilizado por los órganos de investigación ante las contradicciones que se presenten en declaraciones que tomen; que las divergencias pueden ser totales o parciales, sobre un mismo hecho o circunstancia; que las divergencias deben ser insostenibles y expresas, por lo que si son subsanables mediante sutiles inferencias, no procede este método probatorio.

Dice el precitado autor al tratar el tema en materia penal, que el careo puede realizarse entre testigos, imputados y entre testigos e imputados, pero que respecto a éstos gozan del derecho a no declarar, no pudiendo en consecuencia ser obligados a ser careados y de manifestar su voluntad de hacerlo, será sin juramento; descarta que proceda el careo cuando se trata de expertos e intérpretes, pues en estos casos –señala- lo que procede es una nueva experticia y en cuanto al intérprete su función es la de fungir como traductor que no permiten este medio de prueba.³⁰⁶

NIEVA FENOLL por su parte indica que el careo se trata de la declaración de personas elevada a la máxima potencia dialéctica, consistente en la confrontación verbal de diversos declarantes, sean cuales fueren los casos, trátase de imputados, víctima, testigos, incluso se refiere a los expertos –rechazado por JAUCHEN- señalando que lo habitual es que se careen solamente dos personas a fin de conservar el debido orden en el debate y no añadirle presión a los interlocutores; que el careo puede verse como una forma en que los interrogados que hayan resultado contradictorios en sus declaraciones se pongan de acuerdo en los puntos discrepantes, aunque en realidad –indica- la función se centra en el descubrimiento de la mentira en que pueden haber incurrido las partes y los testigos en sus declaraciones, de manera que este medio tendría como cometido la comprobación del resultado probatorio de la declaración de las partes y testigos, a fin de asistir al juez en su valoración, siendo en consecuencia un medio subsidiario de los demás, que se practicaría solamente cuando hubieran declarado individualmente los que fueran a ser careados.

En el marco del sistema de procedimiento civil en general ALSINA señala,³⁰⁷ que el careo puede realizarse entre las partes y los testigos y entre éstos últimos cuando en sus versiones o declaraciones exista contradicción sobre un mismo punto de importancia controvertido en el proceso y –agregamos-

³⁰⁶ Eduardo M. JAUCHEN. Ob. cit. pp.445 y ss.

³⁰⁷ Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. p. 610.

que sea fundamento de alguna de las pretensiones o excepciones por ser presupuesto de las normas que consagran las consecuencias jurídicas perseguidas.

Para PALACIO el careo es un acto mediante el cual se interroga en forma simultánea a dos testigos, o a un testigo y a una parte, con el objeto de disipar la incertidumbre resultante de las contradicciones o divergencias que median entre sus respectivas declaraciones acerca de uno o más hechos.³⁰⁸

Entre nosotros el maestro BELLO LOZANO nos dice que el careo es un enfrentamiento que se hace cara a cara entre los testigos, que han dado declaraciones contradictorias o que se contradicen, el cual es dirigido por el operador de justicia y donde éstos –los testigos- se realizarán preguntas y repreguntas en relación a los puntos en contradicción o el operador de justicia podrá interrogarlos al respecto, estableciéndose así cual de los dos testigos a dicho la verdad y cual a mentido, acto que se realizará previo su juramento; a lo anterior sólo **agreguemos** que *el careo es un medio de prueba autónomo y sucedáneo, netamente jurisdiccional que se activa en la medida de la existencia de declaraciones contradictoriamente insalvables sobre un mismo hecho o varios hechos, de lugar, modo o tiempo, bien sea entre testigos, entre éstas y las partes o entre éstas últimas, cuya finalidad es descubrir quien ha mentido –sin perjuicio que los todos los careados hayan falseado la verdad total o parcialmente, pues pueden presentarse una verdad y una mentira, dos mentiras más no dos verdades- para que el judicante pueda apreciar y valorar mejor el contenido de las declaraciones, lo que procederá a instancia de parte o de oficio, la primera en los casos regulados en la ley o a través del sistema de libertad probatoria cuando no encuentra regulación legal.*

5.2. Sujetos entre los que puede hacerse el careo.

Como hemos indicado el careo puede hacerse entre testigos, éstos y las partes o entre éstos últimos, en los casos de la existencia de declaraciones o versiones dentro del proceso que recayendo sobre un mismo punto de hecho, resulten insalvablemente contradictorias, de manera que como medio de prueba sucedáneo procede luego de producida en el proceso la declaración de las partes, escritas o verbales, con la advertencia que respecto a los testigos y en el sistema de procedimiento penal, debe tratarse de declaraciones en juicio y no en los actos de investigación, pues y como hemos expresado se trata de una actividad exclusivamente jurisdiccional.

³⁰⁸ Lino Enrique PALACIO. Ob. Cit. T. IV. p. 632.

5.3. Procedimiento del careo.

En nuestro sistema de procedimiento y salvo la regulación prevista en el artículo 222 del Código Orgánico Procesal Penal, el tema no encuentra regulación, lo que para nada impide que este modo subsidiario, sucedáneo de prueba que complementa los medios por declaración –sea de parte o de terceros- puede ser propuesto por las partes como medio de prueba libre, sin perjuicio de su orden oficiosa por el juez, en los casos donde existan declaraciones de testigos o partes que sean contradictorias sobre una misma situación de hecho institucional debatida en el proceso y no eximida de prueba; en este sentido y como medio probatorio proponible por las partes resulta lógica que exista en el proceso dos o más declaraciones contradictorias que permitan su utilización, lo que generalmente se hará en el propio lapso probatorio y en la audiencia oral y probatoria según el tipo de procedimiento que se trate –escrito u oral- sin perjuicio que su promoción se haga en el momento de proposición general de los medios probatorios cuando la contradicción existiera para ese momento, por ejemplo cuando la misma es consecuencia de las exposiciones de las partes o por sus exposiciones en audiencias preliminares, de lo contrario y considerando que generalmente cuando se trate de testigos estos se evacúan en el lapso probatorio o en la audiencia oral según cada caso, será luego de ello que podrá promoverse el careo como un medio probatorio generado por un hecho sobrevenido, tal como lo es la contradicción en las declaraciones.

Como indicamos en el artículo 222 del Código Orgánico Procesal Penal el tema se regula de la siguiente manera [...] *Podrá ordenarse el careo de personas que, en sus declaraciones, hayan discrepado sobre hechos o circunstancias importantes, aplicándose las reglas del testimonio.*”, de donde se desprende que el medio probatorio puede realizarse no solo entre testigos, sino entre éstos y el imputado, entre coimputados, con la víctima o demás sujetos o personas sin limitación, como lo señala MORENO BRANT,³⁰⁹ al expresar que la actividad puede tener lugar en fase preparatoria, lo que no compartimos al tratarse de un acto jurisdiccional y referido a la actividad probatoria propiamente dicha, no de investigación.

Siguiendo con su promoción, nos parece oportuno afirmar que el proponente del medio debe indicar cuales son las declaraciones contradictorias y explicar dónde y en qué consisten las mismas, sin lo cual el juez deberá negar la petición, aún cuando éste pueda acordarla de oficio; pero una vez admitida la prueba debe fijarse la oportunidad legal correspondiente para la realización del acto –lugar, fecha y hora- al cual deben comparecer las personas que han rendido declaración contradictoria, bien por carga que corresponda a las partes o previa notificación al efecto, de manera que llegado el lugar y día del acto, éstos

³⁰⁹ Carlos E. MORENO BRANT. El Proceso Penal Venezolano. p. 275 y ss.

deberán ser juramentados –salvo que se trata de imputado o acusado, quien no está obligado a someterse al acto y de hacerlo voluntariamente a no prestar juramento- e informados por el tribunal sobre la finalidad y esencial del acto de careo, explicando donde se encuentran las discrepancias a cuyo efecto podrá leer las declaraciones rendidas, para luego dirigir el acto interrogando a cada uno de los careados sobre los hechos en contradicción para obtener de cada uno sus respuestas, incluso permitiendo que los mismos puedan hacerse recíprocamente las preguntas que a bien tenga para aclarar o disipar la controversia o contradicción, sin perjuicio del derecho que tendrán las partes de hacer las preguntas que a bien tengan, así como el propio judicante como es lógico.

Sin perjuicio de lo dicho es interesante lo que nos dice NIEVA FENOLL respecto a la práctica de este medio probatorio, al expresar que existen no poco careos en los que efectivamente se haya evidenciado que uno de los declarantes mintió al desmoronarse o reconocer, incluso indirectamente, los hechos, dado que lo habitual es que protagonistas del careo acaben perdiendo los nervios y entren en una batalla verbal por ganar la razón a través de la retórica, de manera que el que sepa utilizar mejor el verbo será quien tenga mayor posibilidad de dejar a su oponente como mentiroso, lo que en definitiva significa el fracaso del careo, lo que también se produce cuando sus interlocutores se limitan a decir simplemente que se ratifican lo declarado, sin entrar en confrontación alguna; que para evitar estos peligros que generan desconfianza en el careo, resulta esencial que se creen en la sala de audiencias un verdadero y auténtico debate, siendo lo procedente a este fin que el judicante dirija el debate comenzando por proponer, uno por uno, los puntos contradictorios a fin de que la partes entren en ese debate, por separado y ordenadamente sobre cada punto; que lo más importante de la función del juez en la práctica de la prueba es que se cuide que los interlocutores no se solapen en sus intervenciones, así como que hagan el menor uso posible de la retórica, cortando cualquier intervención insultante, sarcástica o sugestiva, aunque sea solamente en el tono, evitando asimismo que los careados se formulen preguntas entre sí; y finaliza indicando que la valoración de esta prueba resulta peligrosísima, precisamente por el peligro de incidencia de la retórica de los careados, de manera que para intentar aislarse de la misma, el judicante debe tener la precaución señalada y prescindir de cualquier comentario oportunista que se realice durante el careo, pues por la misma situación de confrontación en la que entran los interlocutores -indica- lo normal es que intenten deslizar este tipo de comentarios.³¹⁰

Finalmente de todo lo actuado se levantará un acta que recoja lo sucedido en el acto y su valoración se hará en la sentencia correspondiente, con la advertencia que ante declaraciones contradictorias que no hayan pasado por el filtro del careo o que realizado el acto no pudiera realmente

³¹⁰ Jordi NIEVA FENOLL. Ob. cit. p. 258.

disiparse la contradicción y determinar quien estaba mintiendo, igualmente el judicante deberá valorar las declaraciones por la sana crítica, de manera que la ausencia del careo no invalida ni resta eficacia a las declaraciones que deben ser analizadas en la decisión que resuelva el tema de fondo.

6. LA PRUEBA DE TESTIGOS EN EL SISTEMA DE LOS PROCEDIMIENTOS ORALES.

En los puntos anteriores hemos tratado el tema del procedimiento de la prueba testimonial fundamentalmente en el marco del procedimiento civil escrito, más en este apartado abordaremos su tratamiento en el sistema de los procedimientos orales, donde y sin perjuicio de su especialidad en cuando al momento de su proposición y evacuación fundamentalmente, le son aplicables las reglas propias de este medio probatorio así como algunas de procedimiento que hemos visto, por lo que nos limitaremos esencialmente a la explicación del procedimiento como tal en cada caso.

6.1. La prueba testimonial en el sistema de procedimiento civil oral.

Como lo hemos tratado en otro momento de este trabajo, el sistema de procedimiento civil oral resulta aplicable -con sus especialidades o particulares- al procedimiento marítimo ordinario y al de tránsito conforme a la Ley del Procedimiento Marítimo y al Decreto con Fuerza de Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, respectivamente, comenzando con una demanda escrita que deberá cumplir con los requisitos contenidos en el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, donde el demandante debe deberá acompañar toda la prueba “documental” que disponga y que contengan el fundamento de su pretensión, salvo los casos excepcionales a que se refiere el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil –ya estudiados- **así como la mención del nombre, apellido y domicilio de los testigos que rendirán declaraciones en el debate oral, sin lo cual no se le admitirán después**, salvo que se trate de instrumentos públicos y se haya identificado en el libelo la oficina donde se encuentre, todo en los términos del artículo 864 del precitado Código que señala [...] *El procedimiento oral comenzará por demanda escrita que deberá llenar los requisitos exigidos en el artículo 340 de este Código. Pero el demandante deberá acompañar con el libelo toda la prueba documental de que disponga **y mencionar el nombre, apellido y domicilio de los testigos que rendirán declaración en el debate oral.** Si se pidieren posiciones juradas, éstas se absolverán en el debate oral. Si el demandante no acompañare su demanda con la prueba documental, y la lista de los testigos, no se le admitirán después, a menos que se trate de documentos públicos y haya indicado en el libelo la oficina donde se encuentran.”*

Como se aprecia el demandante tiene la carga preclusiva de *mencionar* en su libelo de demanda el nombre, apellido y domicilio de los testigos que rendirán declaración en el debate oral, la lista de testigos que depondrán en su oportunidad señalada, sin lo cual no se le admitirán después, exigencia prevista en la norma a través de una redacción un tanto inapropiada, pues en puridad de verdad no se le impone al demandante la carga de “promover” formalmente en el libelo de la demanda el medio testimonial, sino que solo se le indica la carga de *mencionar* a las personas que traerá al proceso para deponer como testigos sobre hechos controvertidos, entendido como tal –*mencionar*- el citar, aludir o decir el nombre de una persona o cosa, que y como indicamos no se presenta como un acto formal de “promoción” del medio probatorio; pero si bien el legislador en el artículo antes citado le indica al demandante que debe “*mencionar*” en el libelo de la demanda el nombre de los testigos que declararán en la audiencia oral, lo cual como se expresara no encuadra en una proposición o promoción formal de la prueba testimonial, pues de lo contrario se tendría que identificar el objeto de la prueba, señalar los hechos instituciones controvertidos y no eximidos de prueba sobre los cuales depondrían los testigos, no entendemos el motivo, la razón o la circunstancia por la cual si no se mencionan los referidos testigos, no se le admitirán después.

Piénsese por un momento que sucedería si el demandante mencionara tres testigos y como consecuencia de los hechos de excepción expuestos en la contestación de la demanda y que marca la traba de la litis, que determinan los hechos enunciados de manera institucional en la demanda como fundamento de la pretensión que no serán tema de la prueba por no mantener el carácter de controvertidos, fuera necesario la proposición de testigos diferentes a los mencionados en la demanda, incluso que los propuestos no fueran sobrevenidamente pertinentes por la circunstancia anotada, situación ante la cual y conforme a una interpretación gramatical de la norma que comentamos, tendría necesariamente que conducir a la consideración inconstitucional y antigarantista que los testigos que se propusieran con posterioridad a la demanda y su contestación, no serían admitidos, lo que insistimos, lesionaría abiertamente el derecho constitucional de acceso al sistema probatorio, proposición de medios probatorios- a que se refiere el artículo 49 constitucional.

Resulta incongruente e ilógico, no menos inconstitucional y antigarantista que la oportunidad para la proposición de la prueba testifical sea en el libelo de la demanda, lo que no sucede con la instrumental fundamental cuyo necesidad se basa precisamente en la garantía del derecho a la defensa del demandada que centrará sus defensas precisamente en atacar los efectos del mismo, lo que no sucede en materia testimonial donde no existe el mentado carácter fundamental y que en nada afecta al derecho a la defensa del demandado, que esencialmente como indicamos es el argumento que sostiene la necesidad de producción de medios probatorios junto al libelo de la demanda, de manera que desde este momento

nos mostramos contrarios a la previsión legal inconstitucional que limita y entorpece la utilización del medio probatorio y que resintiéndose con el derecho de acceso al sistema probatorio, debe reverse por control de la constitucionalidad o interpretación constitucional, permitiéndose así la proposición de la prueba en el momento procesal idóneo para ello, como lo es el lapso probatorio luego de contestada la demanda y trabada la litis, luego de conocido el tema controvertido que permite la proposición de medios probatorios en forma sana y clara, sin anticipación innecesario y a ciegas al ni siquiera conocerse para ese momento –demanda- los hechos que serán tema de la prueba judicial.

Insistiremos con esto, ya que si bien el demandante sabe cuales son los extremos de hecho que debe demostrar para ver coronada con éxito su pretensión, su actividad probatoria a ejecutar dependerá de la conducta que despliegue el demandado al momento de producir su contestación de la demanda, así como de los hechos de excepción que exponga en esa oportunidad, por lo que y como consecuencia de la estrategia procesal que realice el demandado al momento de descargar sus defensas, el demandante tendrá que seguir con el plan trazado –probática- o por el contrario tendrá que elaborar un nuevo mapa procesal probático para demostrar sus extremos de hecho o enervar los alegatos expuestos por el demandado; consecuencia de lo dicho es precisamente que limitar la proposición de la prueba testimonial a la oportunidad de la presentación de la demanda, como hemos indicado lesiona abiertamente el derecho constitucional de la defensa y a la producción de medios probatorios, de manera que si queremos dar una interpretación constitucional y garantista al contenido del artículo 864 del Código de Procedimiento Civil, que le indica al demandante el deber de “mencionar” los testigos que declararán en la audiencia oral, debe entenderse que no le está imponiendo preclusivamente la “obligación” de proponer o promover formalmente el medio probatorio, sino solo el “deber” de “mencionar” los testigos que utilizará, con el objeto de evitar sorpresas en el proceso –falta de probidad y lealtad procesal- en el sentido que el demandado tenga conocimientos de los sujetos que podrían eventualmente comparecer al proceso a declarar sobre hechos controvertidos, pues en todo caso e insistimos, el legislador no impuso la “obligación” de proponer la prueba sino de mencionar los testigos, lo cual conlleva a que perfectamente puedan promoverse en la oportunidad de la proposición de las pruebas, aquellos testigos diferentes a los indicados en la demanda, todo según la dialéctica procesal y específicamente al contenido de la contestación de la demanda.

Respecto al demandado, en la oportunidad procesal de la contestación de la demanda y en los términos del artículo 865 del Código de Procedimiento Civil, éste tiene la carga de acompañar a su escrito toda la prueba documental –instrumental- que disponga, teniendo también que mencionar el nombre, apellido y domicilio de los testigos que depondrán en el debate o audiencia oral, sin lo cual no se le admitirán después, señalando la norma [...] *Llegado el día fijado para la contestación de la demanda según las reglas*

ordinarias, el demandado la presentará por escrito y expresará en ella todas las defensas previas y de fondo que creyere conveniente alegar. El demandado deberá acompañar con su escrito de contestación, toda la prueba documental de que disponga **y mencionar el nombre, apellido y domicilio de los testigos que rendirán declaración en el debate oral. Si el demandado no acompañare su contestación con la prueba documental, y la lista de los testigos, no se le admitirán después**, a menos que se trate de documentos públicos y haya indicado en el escrito de contestación la oficina donde se encuentran.” En cuanto al demandado y sin perjuicio que la norma sólo se refiere a la “mención” de los testigos que y como vimos no constituye realmente una promoción de la prueba, el problema no es tan complejo, pues es él quien al contestar la demanda trabará la litis y quien conocerá el tema controvertido no eximido de prueba que pasará a la etapa probatoria como tema de la prueba, de manera que al conocer a ciencia cierta el tema controvertido, no existe problema alguno en considerar que la oportunidad preclusiva para el demandado en la promoción de los testigos sea en ese momento, no riñendo en consecuencia la norma en comento con los derechos constitucionales y con el sistema garantista, pues realmente el problema es para el demandante.

En cuanto a la forma de promoción de prueba, su mecánica, la forma del interrogatorio sea directo, indirecto, redirecto o reindirecto, así como todas las formalidades del medio probatorio en comento es idéntico al estudiado en el procedimiento civil escrito, de hecho las normas aplicables son las mismas, con la sola acotación que su práctica tendrá lugar en la audiencia o debate oral a que se refiere el artículo 872 del Código de Procedimiento Civil y respecto a su valoración, como es lógico en el sistema oral, necesariamente debe haberse producido y garantizado la inmediación, concentración y contradictorio o bilateralidad del medio, formado en audiencia pública y oral, sin lo cual no podría servir como medio y fuente para la verificación de los hechos y la convicción judicial, salvo que se hubiera anticipado el medio probatorio en los casos permitidos, conforme a los requisitos previstos en la ley –ya estudiados- y con la presencia del contendor judicial, de lo contrario, el testimonio no recibido en audiencia pública y oral no podría servir para la citada convicción judicial.

Pero la misma problemática planteada se presenta en el **sistema de procedimiento agrario**, donde el artículo 199 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario igualmente impone al demandante la carga de promover la prueba testimonial en el libelo de la demanda, so pena de no serle admitida posteriormente, señalando al efecto [...] *El actor deberá acompañar con el libelo, toda la prueba documental de que disponga, que sirva como instrumento fundamental de su pretensión. En caso de promover testigos, deberá mencionar su nombre, apellido y domicilio, los cuales deberán deponer su testimonio en la audiencia oral o probatoria. Igualmente, podrá promover posiciones juradas. Ninguna de estas pruebas será admitida con posterioridad a este acto, a menos que se trate de documentos públicos y se indiquen en el libelo los datos de la oficina o lugar donde se encuentren...*”.

Observemos que en cuanto a la prueba testimonial, el legislador utiliza la expresión “deberá”, no exigiéndose la identificación del objeto de la prueba con la finalidad de determinar su legalidad, pertinencia, relevancia, conducencia o idoneidad y su licitud, como si sucede en erróneamente en otras leyes de la República que regulan procedimientos orales, pues en esta etapa procesal resulta imposible determinar el tema controvertido y que será objeto de la prueba, ya que aún no se ha producido la contestación de la demanda y no se saben cuales son los hechos que siguen teniendo el carácter de controvertido y cuales han quedado fuera del debate probatorio; pero la misma situación se presenta para el demandado que en los términos del artículo 205 de la citada ley, al contestar la demanda tiene también la carga de promover la prueba testimonial sin lo cual no se le admitirá después; finalmente la evacuación de la prueba es en la audiencia de pruebas conforme al contenido del artículo 225. Los comentarios al tema de la prueba testimonial en materia agraria son los mismos explicados en el sistema de procedimiento civil oral, por lo que y para no repetir remitimos al lector a los mismos con sus debidas explicaciones y soluciones.

6.2. La prueba testimonial en el sistema de procedimiento penal.

El sistema de procedimiento penal hemos escrito en este trabajo que se encuentra conformado por fases o etapas como la preparatoria o de investigación, preliminar, de juicio, recursiva y de ejecución, dentro de las cuales cabe la prueba testimonial tal como lo veremos. Así en la fase preparatoria o de investigación los órganos de investigación, de policía de investigación y especialmente el Ministerio Público, puede tomar declaraciones de testigos que como tal no son medios probatorios, sino simples o meros actos de investigación que fundamentalmente servirán como soporte de una eventual acusación como acto conclusivo, de manera que y salvo la anticipación de medios probatorios en los términos del artículo 289 del Código Orgánico Procesal Penal, estos testigos y sus declaraciones no son medios de prueba de cargo que puedan servir para fundamentar la decisión, para certeza o convicción judicial al no estar judicializadas, lo que no podrá hacerse mediante la mera lectura del contenido del acta que contiene el acto de investigación, so pena de fraude y lesión a la propia ley, a la inmediación, concentración y especialmente a la bilateralidad o contradicción que garantizan el derecho constitucional de la defensa, pues para que la declaración pueda ser valorada, debe proponer el medio probatorio en su oportunidad legal correspondiente –que hemos estudiado- y rendirse en la audiencia oral pública y probatoria donde se garanticen los precitados derechos y principios.

Lo dicho nos permite afirmar que la única declaración testimonial que puede servir como fuente probatoria para verificar por comparación los hechos, para la convicción judicial que como prueba de

cargo destruya la presunción de inocencia mas allá de toda duda razonable que haga inaplicable el *in dubio pro reo*, es aquella formada en audiencia pública con intermediación y bilateralidad, situación esta que nos coloca precisamente en la audiencia de juicio, que es el momento procesal de la formación de la prueba, de la realización de la actividad probatoria, sin perjuicio de la mencionada anticipación de medios que es una excepción a lo señalado.

Respecto a la regulación del tema en el Código Orgánico Procesal Penal, el artículo 208 el deber de concurrencia y a la declaración indicando que todo habitante del país o persona que se halle en el tendrá el deber de concurrir a la citación practicada por un tribunal con el fin de que preste declaración testimonial, de declarar la verdad de cuanto sepa y le sea preguntado sobre el objeto de la investigación, y de no ocultar hechos, circunstancias o elementos sobre el contenido de su declaración, observándose al efecto los tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República y que establezcan excepciones a esta regla; por su parte el artículo 209 prevé la excepción del deber de comparecencia de determinadas personas a declarar en el tribunal, como son el Presidente de la República, Vicepresidente Ejecutivo de la República, Ministros del Despacho, el Procurador General de la República, Miembros del Alto Mando Militar, Gobernadores de los Estados, Diputados de la Asamblea Nacional, Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, Contralor General de la República, Fiscal General de la República, Defensor del Pueblo, Rectores del Consejo Nacional Electoral, Defensor Pública General, Jefes de Gobierno, Miembros del Cuerpo Diplomático acreditados en la República que quieran prestarse a declarar, Diputados de los Consejos Legislativos de los Estados y los Oficiales Superiores de la Fuerza Armada Nacional con mando de tropa, excepción que repetimos no es de declarar sino de comparecer, a cuyo efecto se hará mediante traslado del tribunal al lugar donde cumplen sus funciones o en su domicilio, previa la oportuna fijación la fecha y el lugar correspondiente.

Se previó en el artículo 210 del Código Orgánico Procesal Penal el régimen de incompatibilidades que eximen a determinadas personas a declarar en el proceso, que como hemos visto se trata del cónyuge, las personas con que el imputado haga vida establece de hecho, familiares ascendientes o descendientes en los grados señalados, padres adoptantes e hijos adoptivos, los casos de ministros de cultos, abogados, médicos de demás profesionales que deban guardar secreto; por su parte el artículo 212 prevé el mandato de conducción cuando citado el testigo este no compareciera señalando al efecto [...] *Si el o la testigo no se presenta a la primera citación, se le hará comparecer por medio de la fuerza pública. Si después de comparecer se niega a declarar sin derecho a hacerlo, se comunicará ese hecho al Ministerio Público para que proceda a realizar la investigación.*”; en el artículo 213 las generales de ley, la no toma del juramento al menor de quince años –artículo 214- y finalmente la toma de la declaración con traslado del tribunal en caso de impedimento físico del testigo, señalando el artículo 215 lo siguiente [...] *Si se acredita que un o una testigo tiene impedimento físico para comparecer,*

el tribunal se trasladará al lugar en el que se halle el o la testigo para tomarle su declaración. Esta circunstancia se hará constar en el acta.”

Como hemos indicado la declaración del testigo promovido oportunamente y admitido, será en la audiencia pública y oral, en los términos previstos en los artículos 338 y 339 del Código Orgánico Procesal Penal –ambos analizados en puntos anteriores- indicando el primero de ellos [...] *Seguidamente, el Juez o Jueza procederá a llamar a los o las testigos, uno a uno; comenzará por los que haya ofrecido el Ministerio Público, continuará por los propuestos por el o la querellante y concluirá con los del acusado o acusada. El Juez o Jueza podrá alterar este orden cuando así lo considere conveniente para el mejor esclarecimiento de los hechos. Antes de declarar, los o las testigos no podrán comunicarse entre sí, ni con otras personas, ni ver, oír o ser informados de lo que ocurra en el debate. Después de hacerlo, el Juez o Jueza dispondrá si continúan en la antesala o se retiran. No obstante, el incumplimiento de la incomunicación no impedirá la declaración de el o la testigo, pero el tribunal apreciará esta circunstancia al valorar la prueba.”*, y el segundo que expresa [...] *Después de juramentar e interrogar al experto o experta o testigo sobre su identidad personal y las circunstancias generales para apreciar su informe o declaración, el Juez o Jueza le concederá la palabra para que indique lo que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de prueba. Al finalizar el relato, permitirá el interrogatorio directo. Iniciará quien lo propuso, continuarán las otras partes, en el orden que el Juez o Jueza considere conveniente, y se procurará que la defensa interroge de último. Luego, el tribunal podrá interrogar al experto o experta o al o la testigo. El Juez o Jueza moderará el interrogatorio y evitará que el o la declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, procurará que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas. Las partes podrán solicitar la revocación de las decisiones al Juez o Jueza cuando limiten el interrogatorio, u objetar las preguntas que se formulen. Los expertos o las expertas y testigos expresarán la razón de sus informaciones y el origen de su conocimiento.”*

En cuanto al interrogatorio, sus formas –narrativo e interrogativo propiamente dicho- directo, indirecto, redirecto y reindirecto, la forma de las preguntas y las respuestas remitimos al lector a lo dicho en puntos anteriores igualmente aplicables al sistema de procedimiento oral.

6.2.1. El testimonio del niño y del adolescente en el procedimiento penal.

Al tratar el tema de las inhabilidades o incapacidades absolutas para declarar como testigo que por ejemplo encontramos tanto en el Código de Procedimiento Civil –artículo 477- como en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo –artículo 98- resabio del sistema tarifado y antigarantista que tiende a su eliminación y eventual sustitución por el sistema de incompatibilidades, que en principio no puede ser testigo en ningún proceso judicial el menor de doce años que y conforme a la Ley Orgánica para la Protección del Niños, Niña y Adolescente, es considerado como niño o niña –artículo 2 conforme al cual [...] *Se entiende por niño*

o niña toda persona con menos de doce años de edad. Se entiende por adolescente toda persona con doce años o más y menos de dieciocho años de edad...”- aunque en el sistema de procedimiento penal y sin perjuicio de la ausencia de regulación al entenderse que constitucionalmente un niño o adolescente puede declarar en el proceso en su condición de víctima o testigo de un hecho punitivo, sea en fase de investigación o de juicio, cuando se trate de un adolescente menor de quince años de edad, conforme a lo previsto en el artículo 214 del Código Orgánico Procesal Penal, deberá hacerlo sin juramento; que las limitaciones inconstitucionales y antigarantistas del medio de prueba testimonial en razón de la edad tiene su basamento en una “injustificada” presunción que el menor de doce años al carecer de discernimiento no resulta viable como testigo por su fácil impresionabilidad, incluso por su tendencia al olvido de los hechos -cuestión que no es propia de los niños y adolescentes sino en general de cualquier persona que pueda fungir como testigo, especialmente si tomamos en consideración que y tratándose de cuestiones desagradables y que afectan al ser humano, la conducta normal debe tender a su olvido- pero lo cierto es que no existe justificación alguna al respecto, pues es altamente conocido que en el estado actual de la sociedad los niños y los adolescentes gozan de una amplia capacidad de entendimiento de lo que realmente sucede en el mundo exterior, del acontecimiento de los hechos, con alta capacidad de captación, memorización y comprensión de hechos que teniendo relevancia en un proceso judicial, perfectamente pueden ser trasladados a través de la versión testimonial que al efecto se realice.

En este orden de ideas y entendiendo que los niños y adolescentes tienden a tener una gran capacidad de discernimiento, al distinguir lo que es bueno y malo, lo que es verdad o mentira, lo que por su parte además debe ser evaluada por el judicante no para determinar si la prueba es o no admisible, sino para darle eficacia probatoria a la declaración vertida por el niño o niña, es concluyente pensar que la limitación a la prueba en comento resulta retrógrado al ser propia del sistema de procedimiento escrito y de la tarifa legal, insostenible en el marco de los procedimientos orales y de la sana crítica como criterio de valoración de las pruebas, especialmente cuando es conocido que en muchas de las veces el niño –en concreto- puede percibir y luego relatar ante el juez ciertos acontecimientos con mayor objetividad y sin malicia que como ocurre con una persona adulta, de manera que el niño puede resultar más sincero en su declaración y por consiguiente, un mejor órgano de prueba.

También hemos expresado citando la doctrina española, que en que la Ley de Enjuiciamiento Civil española esta limitación estaba prevista, lo que ha sido eliminado en la LEC 1/2000, permitiéndose la declaración de los “menores” –en nuestro caso niños o niñas- si a juicio del tribunal poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente, en cuyo caso lo harán sin la exigencia del juramento ni promesa de decir la verdad; que respecto a ellos hay que diferenciar lo que es propiamente dicho el “*interrogatorio formal testifical*”, que sólo podrá practicarse si el tribunal lo considera

pertinente conforme al precitado discernimiento y la “*exploración*” que consiste en un interrogatorio informal generalmente limitado a recabar su parecer y explorar las áreas de su afectividad que particularmente tiene aplicación en procesos de separación, divorcio, nulidad de matrimonio, entre otros, sistema éste que podemos ubicarlo perfectamente entre nosotros en el artículo 480 de la Ley Orgánica para la Protección del Niños, Niñas y Adolescente que prevé [...] *Pueden ser testigos bajo juramento todas las personas mayores de doce años de edad, que no estén sujetas a interdicción o que no hagan profesión de testificar en juicio. Serán hábiles para testificar en los procesos referidos a Instituciones Familiares o a los asuntos contenidos en el Título III de esta Ley, los parientes consanguíneos y afines de las partes, las personas que integren una unión estable de hecho, el amigo íntimo, la amiga íntima, el trabajador doméstico o la trabajadora doméstica. No procede la tacha del testigo, pero se apreciarán sus declaraciones de acuerdo con la libre convicción razonada. **Excepcionalmente, cuando el juez o jueza lo estime imprescindible para comprobar un hecho, puede testificar un niño o niña sin juramento. En estos casos será el juez o jueza quien realice las preguntas y repreguntas, para lo cual las partes le informarán en la oportunidad procesal, sin la presencia del niño o niña, aquellas que desean formular. Los niños, niñas y adolescentes testificarán en los espacios dispuestos especialmente para su atención en el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, quedando prohibido hacerlo en la sala de audiencias. En todos estos casos, el juez o jueza puede solicitar los servicios auxiliares del equipo multidisciplinario del Tribunal.** En búsqueda de la verdad, el juez o jueza puede ordenar declare como testigo a cualquier persona que se encuentre en la audiencia, especialmente a los padres, las madres, representantes, responsables o parientes de los niños, niñas y adolescentes.”*

Destaquemos primeramente que la norma en cuestión nos hace la distinción respecto a la declaración de adolescentes que declararán bajo juramento, de manera que se trata de una declaración testimonial formal tal y como si de adultos se tratara y los niños o niñas que lo harán en forma especial y sin juramento; también destaquemos la presencia de una eventual contradicción cuando se trate de una declaración de adolescentes en materia penal, pues mientras la ley especial que trata el tema de los niños, niñas y adolescentes indica –como se señaló- que esto últimos declaran con juramento, el Código Orgánico Procesal Penal en su artículo 214 nos indica que tratándose de un adolescente menor de quince años de edad –lógicamente y conforme a la Ley Orgánica para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, no menor de doce años de edad- su declaración será sin juramento. Ante esta contradicción y tratándose de un procedimiento penal creemos que debe imperar la norma del Código Orgánico Procesal Penal, de manera que al adolescente menor de quince años de edad se le tomará la declaración testimonial en forma ordinaria pero sin juramento, esto es, conforme al interrogatorio narrativo y posteriormente dirigido regulado en los artículos 338 y 339 del Código Orgánica Procesal Penal, donde el adolescente –sin juramento- sea víctima –no querellada y que hubiese presentado una

acusación propio personal o de hubiese adherido a la acusación fiscal, pues en estos casos asumiría la condición de parte y no declararía en condición de tercero que precisamente es la exigencia de la declaración testimonial- o testigo luego de realizar una declaración narrativa espontánea o invitada por el judicante, sería sometido al interrogatorio directo, indirecto, redirecto y reindirecto de las partes en la forma que regula el precitado Código.

Pero el tema cambia de tono cuando se trata de la declaración de un niño o niña, pues y conforme al ya citado artículo 480 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, contentiva de una previsión legal procesal, la declaración se hará sin juramento, siendo más que una declaración formal –testimonio formal ordinario como sucede en materia de adolescentes y salvo la previsión del Código Orgánico Procesal Penal señalado- una declaración de naturaleza “**explorativa**” hecha por el judicante quién realizará las preguntas que les indiquen las partes y que a bien tenga señalar, lo que se hará en espacios especiales diseñados para ello y utilizando el auxilio de equipos multidisciplinarios de ser el caso, regulación ésta que perfectamente es trasladable y aplicable en el sistema de procedimiento civil y laboral que prevén la limitación en cuestión, para lo cual y ante la ausencia de los espacios especiales para ello o de los equipos multidisciplinarios se nos ocurre que perfectamente pudieran pedir la colaboración de los Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes, incluso pudieran librar exhortos o rogatorios al respecto; pero también es perfectamente aplicable esta dinámica especial del interrogatorio “explorativo” en el sistema de procedimiento penal, que al igual que el sistema civil y laboral no contiene regulación alguna al respecto que y sin perjuicio de la lógica de tratamiento en el marco de la ley especializada en niños y adolescentes, constituye la norma de contenido procesal y probatorio aplicable en cualquier sistema de procedimiento diferente al de niños y adolescentes donde se requiera de la declaración de menores de doce años de edad –niños o niñas-

De lo dicho podemos afirmar primeramente que lo fundamental es entender que el límite de edad que refleja eventualmente el discernimiento del testigo, no es cuestión que corresponda a la admisión de la prueba, sino a la eficacia, donde el judicante luego de ese “interrogatorio explorativo” cuando se trata de niños o niñas estará en capacidad de determinar si existe o no tal discernimiento y si la declaración sirve como fuente para la verificación de los hechos, consecuencia de lo cual deben reverse todas aquellas normas procesales que impongan limitación de edad respecto a la declaración testimonial, tal como sucede en el procedimiento civil y laboral, al tratarse de un sistema de inhabilidad o incapacidad que limita el derecho constitucional de acceso al sistema probatorio propio del antiguo régimen tarifado que no resiste la más mínima crítica en el marco del nuevo sistema constitucional y garantista que debe regir a los procedimientos judiciales; en según término diremos que es la Ley

Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, la ley especial que recoge el tema que afecta los derechos e intereses de niños y adolescentes, que en materia de prueba testimonial cuando la declaración corresponda a un niño o niña, sea en procedimiento de esta naturaleza o en cualquier otro tipo de competencia en función de la materia que se discuta –por ejemplo penal- el sistema de procedimiento del medio probatorio testimonial en el caso en comento, necesariamente debe ser el contenido en el artículo 480 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, pues insistimos la ausencia de norma legal expresa que regule el tema de la declaración de niños o niñas, conforme al sistema de integración de las normas jurídicas contenido en el artículo 4 del Código Civil, debe ser la analogía, de manera que en el marco del procedimiento penal –por ejemplo- al observarse la necesidad de la declaración de un niño o niña, ante la falta de previsión legal y la necesidad de integración, el judicante debe echar mano al artículo 480 en cuestión, so pena de lesión del sistema de integración de normas, lo que puede ser censurado vía recursiva –apelación o casación- por falta de aplicación del citado artículo 4 del Código Civil y que generalmente sería como consecuencia de la falsa aplicación de otra norma jurídica que hubiese utilizado el judicante para resolver el tema de la declaración del niño o niña, todo lo que en general se ubica como una infracción indirecta de la norma jurídica aplicada en el caso al haberse establecido los hechos como consecuencia de infracción de normas jurídicas expresas sobre el establecimiento de las pruebas –lesión de normas de procedimiento probatorio- que compromete seriamente el debido proceso –artículo 49.1 constitucional respecto a la valoración probatoria de un medio obtenido en forma irregular- y especialmente el derecho constitucional de acceso al sistema probatorio.

Puesto en este estado el asunto nos preguntamos: **¿qué sucede cuando el juez penal ante la declaración de un niño o niña no aplica las normas especiales a que se refiere el artículo 480 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes?** La respuesta ya la hemos adelantado. Primeramente diremos desde una noción legal que teniendo en consideración que tal situación no fue prevista en el Código Orgánico Procesal Penal, por aplicación del artículo 4 del Código Civil el judicante debe echar mano al artículo 480 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente, ello para integrar el ordenamiento jurídico a través de la analogía, el cual no podría cuestionarse en sede penal con el argumento que en esta materia no opera la analogía, pues no se trata de delitos ni de penas, sino de normas procesales y probatorias para solucionar una problemática que no encuentra regulación en materia penal. Luego, indiquemos que el precitado artículo 480 se presenta como una norma jurídica expresa sobre el establecimiento de las pruebas, al ser una previsión legal que recoge el procedimiento probatorio de la declaración de niños y niñas, cuya lesión en el caso en comento al no ser aplicada por el judicante penal podría censurarse en sede

recursiva –apelación o casación- mediante la debida denuncia de la infracción indirecta de la norma jurídica que se aplicó en el caso concreto, por falsa aplicación al haberse establecido erradamente los hechos –error probatorio- en base a una prueba –medio- irregularmente evacuada y que aparejaría una falta de aplicación de la norma que debió aplicarse en caso de haberse establecido correctamente los hechos en base a la no consideración de esas prueba irregularmente evacuada, vicio que de ser trascendente y determinante tendría la potencia para demoler o rever el fallo recurrido; pero inmediatamente indicamos también que la infracción indirecta de la norma jurídica en la forma indicada, ha sido como consecuencia de no haberse aplicado –falta de aplicación- tanto el artículo 4 del Código Civil que regula la analogía, como el artículo 480 en cuestión, que es la norma que prevé el procedimiento de la prueba testimonial de niños y niñas, lo que inmediatamente involucra la lesión del debido proceso y del derecho de acceso al sistema probatorio, contenido tanto en los artículos 26 como 49 constitucionales; finalmente indiquemos que y sin perjuicio que la denuncia en sede recursiva puede realizarse invocando las normas procesales y probatorias legales que regulan el tema según lo señalado, nada impedirá que pueda directamente delatarse la infracción de las normas constitucionales lesionadas que nos conducirían al mismo resultado y que producirían la revocatoria del fallo recurrido en la medida de la trascendencia o determinancia del vicio, pues y como es conocido en base al sistema constitucional y garantista actual, entendido que las normas constitucionales son de aplicación inmediata aunque carezcan de desarrollo legislativo –lo que ha exterminado el criterio de la presencia de normas constitucional de contenido programático que para su aplicación requiere de su desarrollo legislativo- resulta perfectamente viable la denuncia –por ejemplo en sede de Casación- de las normas constitucionales en forma directa, sin necesidad de remisión a su desarrollo –si lo hubiese- legal-.

Finalmente indiquemos que este tema en el supuesto concreto del sistema de procedimiento penal, se presenta como un poco complicado, lo que requiere de una mayor ejercicio para su entendimiento, pues si observamos el Código Orgánico Procesal Penal, podremos apreciar que en materia de casación por ejemplo, no hubo regulación expresa respecto a la infracción indirecta de la norma jurídica por error en el establecimiento y valoración de los hechos y de las pruebas, así como en los casos de suposición probatoria, lo que se encuentra en sintonía con las nuevas tendencias en materia de motivos del recurso, que generalmente se orienta a no señalar motivos concretos limitándose y contentándose con la expresión “infracción de normas jurídicas aplicables al caso”, lo que y conforme a una interpretación amplia, flexible, constitucional y garantista, ha de entenderse como la comprensión tanto de los diferentes vicios sean de procedimiento o juzgamiento, así como sus motivos, falta de aplicación, falsa aplicación, aplicación de norma no vigente y máximas de experiencia, a lo que se suma el hecho que la infracción de juzgamiento puede ser directa cuando el

yerro se ubica en la aplicación e interpretación de las normas jurídicas con prescindencia de la cuestión de hecho o probatorio, o indirecta, cuando la infracción precisamente se ubica en la cuestión fáctica y probatoria que puede conducir a la falsa y falta de aplicación de la norma jurídica que resuelve el caso concreto.

Dicho esto y entendido que la falta de previsión no limita el control fáctico y probatorio en sede de Casación, en sintonía con el sistema oral y penal la denuncia de tales falencias –sin perjuicio de la delación directa de normas constitucionales- puede hacerse por vía del error en la motivación por ilogicidad –absurdidad, irrazonabilidad o irracionalidad- que por ejemplo prevé el artículo 444.2 del Código Orgánico Procesal Penal.

Retomando el tema de la declaración de los niños y niñas indicaremos que son personas que pueden tener pleno discernimiento, con capacidad para presenciar, percibir, entender y almacenar en su mente los hechos ocurridos en el mundo exterior, quienes perfectamente pueden reproducirlos o reconstruirlos a través de su discurso narrativo judicial, sobre todo si se tiene en cuenta que a éstos no se le exige su experiencia, su conocimiento personal, científico, técnico, su cultura, solo se le exige que narre lo que percibieron sobre determinados hechos ocurridos en un momento anterior y que fueron por ellos percibidos, sea en condición de testigos o de víctimas de un hecho punitivo, de manera que resulta limitativo y poco feliz aquellas previsiones legales que establecen un régimen de incapacidad o inhabilidad absoluta, sobre todo cuando el niño o la niña pueden perfectamente opinar en asuntos judicial sobre cuestiones que afecten su interés –artículo 80 de la Ley Orgánica Para la Protección del Niño, Niña y Adolescente- resultando ortodoxo y anticuado que exista esta limitación, cuando lo constitucional y garantista es su eliminación y sustitución por la libertad del operador de justicia para determinar si el niño o niña tiene capacidad o no para percibir los hechos y reconstruirlos o reproducirlos en el proceso judicial, si resulta hábil o no para ser testigo en el proceso judicial, por lo que en definitiva y hasta tanto no se produzca la eliminación legislativa esta restricción debe reverse mediante el control difuso o reinterpretación constitucional y garantista del tema, cuando especialmente estamos en presencia de un derecho constitucional referido al acceso al sistema probatorio. Insistamos que en estos casos la norma aplicable es el artículo 480 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, al prever el sistema de procedimiento y probatorio adecuado para la declaración de dichos niñas y niños, que y como declaración “explorativa” tiende a la protección de los mismos, tanto a nivel psicológico como emocional.

Pero incluso, hay criterios bastante interesantes que nos dicen que en estos casos cuando se trata de la declaración de niños, niñas y adolescentes, por el derecho en juego, por la persona tratada y por

la protección de los mismos en base a un interés superior, la declaración –especialmente en niños y niñas- debería ser tomada no por los jueces sino por psicólogos especializados en niños y adolescentes que permitan una mejor conducción de la prueba y eviten el menor daño posible a los niños o niñas,³¹¹ de ahí que podríamos argumentar que no deberíamos contentarnos con la protección que brinda el artículo 480 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y del Adolescente, sino que incluso la declaración –insistimos- no debería ser realizada directamente por el judicante, sino que éste una vez recogida y analizadas las preguntas sugerida por las partes, debiera a su vez indicarla a los psicólogos especializados quienes en definitiva serían los que realizarían la declaración “explorativa”. Pero **¿ésta tendencia moderna podría aplicarse en nuestro sistema de procedimiento?** La respuesta no vacilamos en contestarla afirmativamente, mediante una interpretación constitucional y garantista que nos permitiera integrar el contenido del citado artículo 480, de manera que y en sintonía con lo escrito, por ejemplo en los casos penales además de tener el juez de Juicio que echar mano a la precitada norma, en base a normas constitucionales –artículo 26 y 78- perfectamente pudiera diseñar la forma de realizar la prueba indicándole a las partes la carga de formular por escrito las preguntas que quisieran realizar al niño o niña, que luego de analizada su legalidad y pertinencia por el judicante le indicaría al psicólogo aquellas preguntas que quieren formularse, a lo que se sumaría aquella propia que el judicante quisiera realizar, de manera que en definitiva el interrogatorio no se realizaría por el juez, quien en su condición de judicante carece de los conocimientos propios de la ciencia específica que estudia el comportamiento y tratamiento para con los niños y niñas.

Sin perjuicio de lo dicho hasta ahora y aún cuando en nuestro trabajo hemos tratado en la medida de lo posible de no referirnos a los criterios que ha venido sosteniendo el Tribunal Supremo de Justicia, fundamentalmente por el exterminio del Derecho y del Estado Democrático y constitucional que desde esa “Institución” se ha realizada en la última década, que desforman el pensamiento jurídico al desmontar el precitado Estado Democrático, Social, de Derecho y de Justicia como lo prevé el artículo 2 constitucional, a causa de su penetración político-partidista e ideológico de sus miembros, es oportuno por vía excepcional referirnos a una reciente sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que de manera vinculante ha fijado el procedimiento para la declaración de niños y adolescentes en el marco del sistema penal y cuyo tenor es el siguiente:

No obstante lo anterior, esta Sala considera de suma importancia fijar criterio en cuanto a las declaraciones de los niños, niñas y adolescentes en el marco de cualquier proceso penal, ello en virtud del principio del interés superior del niño de aplicación en todos los

³¹¹ Véase por ejemplo Jordi NIEVA FENOLL. Fundamentos de Derecho Procesal Penal. pp. 242 y ss.

procedimientos, sean estos judiciales o administrativos, como lo ha dispuesto esta Sala en sentencia vinculante N° 900/2008 (caso: *Jesús Armando Colmenares*).

Los temas vinculados con la participación de los niños, niñas y adolescentes, ya sea en condición de accionantes, víctimas o en calidad de testigos, en los procesos judiciales, tienen especial relevancia incluso a nivel internacional.

De tal modo que, en las *Directrices sobre la justicia para los niños víctimas y testigos de delitos*, adoptadas por el Consejo Económico y Social de la Asamblea General de las Naciones Unidas, entre otras publicaciones e investigaciones efectuadas por múltiples Organizaciones Internacionales se han aportado elementos que coadyuvan a optimizar la justicia en función de la participación de los niños, niñas y adolescentes.

En este mismo sentido, es preciso destacar que también este Máximo Tribunal de Justicia reitera constantemente su interés y preocupación en garantizar la mayor protección en cuanto a la participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales, y muestra relevante de ello lo constituye el Acuerdo de la Sala Plena, del 25 de abril de 2007, mediante el cual se establecieron las “*orientaciones sobre la garantía del derecho humano de los niños, niñas y adolescentes a opinar y a ser oídos en los procedimientos judiciales ante los Tribunales de Protección*”, que han sido consideradas por esta Sala Constitucional en reiteradas oportunidades como estándares de orientación para la interpretación constitucional del derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos.

En líneas generales, las directrices, las recomendaciones, las investigaciones y demás aportes efectuados sobre el tema, coinciden en la finalidad de proteger a los niños, niñas y adolescentes de las consecuencias psicológicas y emocionales, que se producen con ocasión de su interacción con diversos funcionarios durante el desarrollo del proceso judicial.

En tal sentido, y por su especial afectación sobre el infante y adolescente, esta Sala considera propicio hacer consideraciones sobre las consecuencias particulares que se derivan de dos condiciones diferentes: *víctima y testigo*.

Así, en el caso de los niños, niñas o adolescentes que participan en el proceso penal en condición de **víctima**, resulta evidente que están expuestos a ser revictimizados como consecuencia de las declaraciones que reiteradamente deben exponer ante diversos funcionarios de la cadena de investigación y en cada una de las etapas del proceso, circunstancia que en muchas ocasiones conduce a que, por ejemplo, los niños, niñas y adolescentes víctimas se resistan a comparecer a los actos procesales por temor de encontrarse con el victimario o, en otros casos, por afectaciones de naturaleza emocional o

psicológica al recordar constantemente el hecho lesivo, especialmente, cuando se trata de delitos como abuso sexual, actos lascivos, entre otros de esta especie.

Con ello, indudablemente, no sólo se produce la constante revictimización sino que, además, las reiteradas deposiciones durante el proceso pudieran incidir negativamente en la recuperación emocional de los niños, niñas y adolescentes para superar psicológicamente el hecho lesivo y así poder continuar con el normal desarrollo de su vida personal.

Por otra parte, en el caso de los niños, niñas y adolescentes que participan en el proceso penal en condición de *testigos*, es propicio considerar que, debido a su desarrollo físico, emocional y psicológico, pueden ser considerados como sujetos más vulnerables para retener la memoria a largo plazo.

En efecto, la posibilidad de fijar los recuerdos de forma permanente puede verse afectada precisamente por el proceso de desarrollo y madurez del infante, con lo cual surge la posibilidad de que el transcurso del tiempo opere contra el objetivo del proceso que es, precisamente, la búsqueda de la verdad a través del aporte que pueda brindar el testigo mediante su conocimiento sobre los hechos en la declaración.

Así, sobre la base de estas consideraciones previas, la Sala cree necesario establecer medios idóneos para asegurar que las declaraciones de los niños, niñas y adolescentes, ya sea en condición de *víctima* o en calidad de *testigo*, sean preservadas en su esencia primigenia; con la finalidad de evitar, en el primer caso la revictimización, y en el segundo caso la afectación de su aporte efectivo al proceso.

De allí que esta Sala, actuando como máximo intérprete de los derechos constitucionales considera que, en atención al artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es responsabilidad del Estado garantizar *la prioridad absoluta* de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, con lo cual no puede excluirse el principio del *interés superior* en ningún proceso judicial, en el que haya participación de niños, niñas y adolescentes, ya sea en condición de víctimas o en calidad de testigos.

Asimismo, la protección integral de la cual gozan los niños, niñas y adolescentes en nuestra Constitución conduce a la necesidad de aplicar mecanismos que permitan preservar el contenido de sus testimonios, salvaguardando principios fundamentales de licitud y legalidad, disminuyendo a su vez la continua exposición a múltiples actos procesales que afecten el estado emocional y psicológico de los infantes por obligarlos a recordar los hechos reiteradamente.

Es preciso entonces afirmar que, cuando se obliga a un niño, niña o adolescente, que ha sido víctima o testigo de un hecho –generalmente traumático–, a efectuar varias declaraciones ante distintos funcionarios (bien sea el policía, el equipo interdisciplinario, el fiscal o el juez) y, de igual modo, a ser sometido reiteradamente a preguntas efectuadas también por aquellos funcionarios y la contraparte (defensor), incluso, en ocasiones, en presencia del presunto agresor, se le conmina prácticamente a guardar silencio sobre los hechos que puedan generarle vergüenza o sentimientos de culpa y, de tal modo, se afecta su normal desarrollo humano y, concretamente, su *derecho a ser oído*.

En atención a cuyas consideraciones la Sala fija la interpretación y alcance de la forma en la cual deben ser **oídos** los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales en materia penal.

Así, para garantizar plenamente el derecho a la participación activa judicial de los niños, niñas y adolescentes, que les permita ser **oídos**, ya sea como víctimas o testigos, de un modo adecuado a su condición y permitiendo su protección integral en el ámbito del proceso penal, mediante el resguardo de su intimidad, su integridad y su estabilidad emocional, se hace necesario que el juez o jueza provean el ejercicio de instituciones de naturaleza probatoria que preserven el testimonio de niño, niña y adolescente.

Así, por ejemplo, el artículo 289 del Código Orgánico Procesal Penal regula la práctica de la prueba anticipada, en los siguientes términos:

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

El Juez o Jueza practicará el acto, si lo considera admisible, citando a todas las partes, incluyendo a la víctima aunque no se hubiere querellado, quienes tendrán derecho de asistir con las facultades y obligaciones previstas en este Código.

En caso de no haber sido individualizado el imputado, se citará para que concurra a la práctica de la prueba anticipada a un defensor o defensora pública.”

El artículo transcrito *ut supra* establece, como uno de los supuestos para la procedencia de la prueba anticipada en el proceso penal, aquellos casos en los cuales “...deba recibirse una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá hacerse durante el juicio...”.

En el caso de los niños, niñas y adolescentes es posible considerar que cuando son víctimas de un hecho traumático o cuando son testigos de acontecimientos impactantes sufren más para comprender y superar los hechos lesivos que no se corresponden a su vida cotidiana. Tales circunstancias, indudablemente, generan que el niño, la niña o adolescente sienta el rechazo natural a la comparecencia de los actos judiciales que reiteradamente le recuerdan los hechos que, desafortunadamente, presenció o de los cuales fue víctima.

También así, la reiteración de los actos procesales en los cuales el niño, niña o adolescente debe repetir, una y otra vez, su declaración y, además, someterse a constantes interrogatorios directos, muchas veces con la formulación de preguntas inapropiadas o impertinentes, culminan produciendo la intimidación de aquellos, al punto tal que la opción menos traumática termina convirtiéndose en su incomparecencia a un costo muy alto: la impunidad. Es por ello, que esta Sala considera que **la prueba anticipada**, prevista en el artículo 289 del Código Orgánico Procesal Penal, a través del supuesto de procedencia referido a la posibilidad de que pueda practicarse cuando se trate de *una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presume que no podrá hacerse durante el juicio*, puede interpretarse a los fines de su aplicación y en el interés superior, para preservar las declaraciones de los niños, niñas y adolescentes, ya sea en condición de víctima o en calidad de testigo, en el marco de cualquier proceso penal, con el objeto fundamental de garantizar su protección integral y su derecho a ser oído, en condiciones que no ocasionen perjuicios.

A los fines de la adecuada interpretación y aplicación del presente criterio, es preciso señalar que los niños, niñas y adolescentes en condición de **víctima**, requieren de apoyo inmediato y constante que les permita garantizar la continuidad de su desarrollo personal y emocional, superando el hecho lesivo que vivieron, motivo por el cual la práctica de la prueba anticipada en estos casos tiene como fin preservar su declaración y garantizar su estabilidad emocional evitando su encuentro constante con el acusado.

Evidentemente, en el marco de un proceso penal la víctima que comparece a los diversos actos debe enfrentarse al hecho cierto de ver reiteradamente a su agresor y, muchas veces, de someterse a constantes interrogatorios que reiteradamente le recuerdan los hechos, siendo esta una circunstancia difícil de superar que justifica la práctica excepcional de la prueba anticipada en tales casos.

Por otra parte, en el caso de los niños, niñas y adolescentes en calidad de **testigos**, es preciso señalar que el tiempo que transcurre -desde el momento de la ocurrencia del hecho y hasta la deposición que le correspondiere en el juicio oral- constituye un obstáculo difícil de

superar, que incide en la posibilidad de que aquellos olviden información relevante acerca del conocimiento que tienen sobre los hechos debido a su natural proceso de madurez y desarrollo. Tal circunstancia justifica la práctica excepcional de la prueba anticipada en el caso de tales testigos.

Por ende, es menester que los operadores de justicia no efectúen referencias indistintas a la condición de víctima y de testigo, pues en todo caso la prueba anticipada requiere del Juez o Jueza la motivación correspondiente a las circunstancias del caso concreto al cual se aplicará.

En tal sentido, esta Sala considera que la práctica de la *prueba anticipada*, prevista en el Código Orgánico Procesal Penal, para la fijación del testimonio de los niños, niñas y adolescentes, ya sea en condición de *víctima* o en calidad de *testigo*, constituye el medio idóneo para garantizar los derechos fundamentales de aquellos y, a su vez, permitir la incorporación de la prueba de forma válida, legal y lícita al juicio oral.

Al respecto, es propicio señalar que la práctica de la prueba anticipada no limita, en modo alguno, el derecho de la víctima, concretamente, a deponer en la fase de juicio de forma voluntaria, con la finalidad de ampliar su declaración sobre los hechos.

Ahora bien, visto que el criterio aquí establecido constituye una interpretación constitucional de esta Sala aplicable a un supuesto excepcional, como lo es la declaración de los niños, niñas y adolescentes en el marco de cualquier proceso penal, se considera también la preocupación de proteger los derechos constitucionales del imputado.

Por tal motivo esta Sala establece que, la práctica de la prueba anticipada, únicamente a los efectos de los supuestos descritos en la presente decisión, y corresponderá a los jueces o juezas de instancia efectuarla en los casos descritos, previa solicitud motivada del Fiscal del Ministerio Público o de cualquiera de las partes, de conformidad con el artículo 289 del Código Orgánico Procesal Penal.

En consecuencia, y a los efectos de la sana aplicación del criterio vinculante que se establece a partir la presente decisión, es menester precisar que las declaraciones practicadas como diligencia de investigación a los niños, niñas y adolescentes, antes de la vigencia del presente fallo podrán ser consideradas únicamente como elementos de convicción a los efectos del acto conclusivo correspondiente. Sin embargo aquellas causas que, para la fecha de la publicación del presente fallo, se encontrasen en etapa de investigación o en etapa intermedia, podrán aplicar el presente criterio y practicar la prueba anticipada, observando los fundamentos previamente descritos.

Asimismo, en las causas que se encuentren en etapa de juicio para la fecha de publicación del presente fallo, el Juez o Jueza de Juicio podrá practicar de oficio la prueba anticipada en esta etapa, a los fines de preservar el testimonio del niño, la niña o el adolescente, la cual se practicará con la participación del acusado, su defensor y demás partes, a tenor del criterio establecido en el presente fallo. Es relevante precisar que tales circunstancias serán aplicables como régimen transitorio y de forma exclusiva y excluyente a las causas que se encuentren en etapa de juicio, para la fecha de la publicación del presente fallo.

Es por ello necesario enfatizar la responsabilidad de los operadores de justicia en la práctica adecuada de la interpretación que efectúa esta Sala mediante la presente decisión, cuya finalidad es salvaguardar los derechos constitucionales de todas las partes involucradas en el proceso, pues el objetivo es garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos en los procesos judiciales de manera de reducir la posibilidad de causar algún perjuicio, sin que ello se entienda como el menoscabo de los derechos constitucionales que están reconocidos también al imputado.

Sobre la base de los razonamientos anteriores, esta Sala establece con carácter vinculante que, conforme al artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los Jueces y Juezas con Competencia en materia Penal que integran los distintos Circuitos Judiciales de la República, podrán emplear la práctica de la prueba anticipada, prevista en el artículo 289 del Código Orgánico Procesal Penal, previa solicitud del Fiscal del Ministerio Público o de cualquiera de las partes, para preservar el testimonio de los niños, niñas y adolescentes, ya sea en condición de víctima o en calidad de testigo, sobre el conocimiento que éstos tienen de los hechos. Así se declara.³¹²

Antes de referirnos al criterio vinculante transcrito, es necesario previamente referirnos al antecedente del caso que dio lugar a esta decisión y al efecto observemos, que se trató de una revisión constitucional contra una sentencia dictada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, que desestimaría por infundado un recurso de casación intentado contra una sentencia dictada por la Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, que declararía sin lugar el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia dictada por el Tribunal Segundo en Funciones de Control del mismo Circuito Judicial Penal, con sede en la ciudad de Maracaibo y que condenaría a un ciudadano a la pena de dieciséis años de prisión, por la comisión del delito de homicidio calificado por motivos fútiles e innobles. En el precitado recurso de casación se denunciarían de manera

³¹² Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 30 de julio de 2013, con ponencia de la magistrado Carmen ZULETA DE MERCHÁN, expediente N° 11-0145.

directa normas constitucionales referidas esencialmente al debido proceso y al tema probatorio, así como normas legales relacionados, señalándose esencialmente que habría infringido normas procesales al haberse realizado la declaración de un adolescente sin cumplirse las previsiones legales de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; al haber producido una ilogicidad en la motivación de la sentencia a causa de un error en la valoración probatoria del médico forense; y la infracción de normas procesales al no haberse subsanado tales circunstancias por parte de la alzada. En este sentido la motivación del recurso según el contenido de la sentencia fue el siguiente:

- a. [...] *“...Falta de Aplicación del Artículo 49, numerales 1º, 2º y 8º de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...”*. Para fundamentar su denuncia, expresó que: *“...la Sentencia recurrida no corrigió las infracciones de GARANTÍAS Constitucionales ni los vicios procesales denunciados, específicamente en el Escrito de Apelación ejercido contra la sentencia impugnada, constitutivos de la violación del Principio Constitucional del Debido Proceso, de la Garantía Constitucional del Derecho a la Defensa, de la Presunción de Inocencia, y del Derecho a obtener el restablecimiento de la Situación Jurídica infringida por Error Judicial, Retardo u Omisión Injustificados; violaciones Constitucionales y Legales hechas en perjuicio de mi defendido KENDRY ROBERT SOTO GONZÁLEZ... los actos violatorios de tales Principios Procesales no son convalidables y acarrear la NULIDAD ABSOLUTA DEL PROCESO...”*. Más adelante, el recurrente señaló que: *“...la Sentencia Recurrida no tomó en cuenta la violación del artículo 480 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, que consagra el Principio de la Protección al Adolescente-Deponente, en concordancia con el Principio del ‘Interés Superior del Niño’, consagrado en el artículo 8 de la mencionada Ley Especial, porque la recurrida recibió en sala de audiencias la declaración Oral del Adolescente RAFAEL JOSÉ GARCÍA AMAYA, de dieciséis (16 años de edad, lo cual está prohibido por la norma del artículo 480 de la Ley Especial in comento. Además, el referido adolescente fue juramentado por la Jueza Segundo de Juicio, violando el imperativo de dicha norma, que le impone al Juez o Jueza, la obligación de tomarles declaración a los niños y adolescentes en la Sala de Audiencias. Al violar la norma procesal mencionada, prevista en dicha Ley Especial, la Jueza violó el Principio Constitucional del Debido Proceso, infracción que no fue corregida por la Corte de Apelaciones, Sala 2, del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, en la sentencia recurrida. Violando así el numeral 8º del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, porque las infracciones señaladas están sancionadas de Nulidad Absoluta, según las previsiones del artículo 191 del Código Orgánico Procesal Penal... por infringir Derechos y Garantías Fundamentales previstos en nuestra Carta Magna, en los Tratados y Convenios Internacionales suscritos por Venezuela y en nuestro Código Adjetivo Procesal*

Penal...”. Importa destacar aquí que el recurrente en casación no se percató que el artículo 480 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes regula un sistema de procedimiento para interrogatorio con naturaleza “explorativa” como hemos indicado, cuando se trata de la declaración de “niños o niñas” no así para adolescentes, quienes y conforme a la precitada normas, sin perjuicio del contenido del artículo 214 del Código Orgánico Procesal Penal que prevé que el menor de quince años de edad declarará sin juramento, declararán en la misma forma y conforme al mismo procedimiento como si de un adulto se tratara, pues insistimos, la previsión especial se refiere a niños y niñas.

- b. [...]“...*Falta de Aplicación, de los artículos 22, 190, 191, 197 y 199 del Código Orgánico Procesal Penal (C.O.P.P), porque la recurrida no aplicó dichas normas adjetivas al pronunciar la sentencia impugnada, estando obligada a ello, ya que dichas normas procesales prohíben apreciar las pruebas y actos cumplidos en contravención o con inobservancia de las formas y condiciones previstas en el Código Orgánico Procesal Penal...en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en las leyes, Tratados, Convenios y Acuerdos Internacionales suscritos por Venezuela...*”. El recurrente para fundamentar su denuncia, señaló que: “...*la recurrida no aplicó las normas denunciadas como infringidas, y con tal omisión procesal no corrigió la situación jurídica infringida y denunciada por la defensa técnica en el Escrito de Apelación, a pesar de haberse denunciado que la recurrida acogió y valoró el testimonio de la Médico Forense SAMANDA GUERRA, relacionado con el Informe Médico-Legal de Necropsia número 7172, practicado a la víctima JORGE LUIS FERRER DELGADO, pero en forma ilógica apreció dicho testimonio para condenar al acusado, cuando procesalmente las afirmaciones y conclusiones de dicha Médico Forense sirven para exculparlo...*”. Sin perjuicio de la infracción constitucional delatada observamos una falta de técnica casacionista depurada pues estamos en presencia de una infracción indirecta de la norma jurídica referido a un error en la valoración probatoria que cuestiona el recurrente, que debió canalizarse por el andarivel de la ilogicidad en la motivación, con la debida explicación de su trascendencia y determinancia, lo que debió conectarse con la delación de la infracción de las normas jurídicas sustantivas que el judicante aplicó falsamente al haber valorado erradamente una prueba y en base a ella haber erradamente establecido unos hechos, lo que inmediatamente conducía a la denuncia de la norma jurídica que habría dejado de aplicar si hubiese valorado correctamente la prueba y hubiese establecido correctamente los hechos, todo conforme a lo que hemos venido explicando en este

apartado y que permite entender y formular una correcta técnica –no formalista- para abordar el tema delatado.

- c. [...] *La defensa del acusado adujo: “...Falta de Aplicación, del artículo 49, numerales 1º, 2º y 8º de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...”. Para fundamentar su denuncia, señaló que: “...la sentencia impugnada... no corrigió los vicios procesales que afectan a la sentencia pronunciada por la Jueza Segunda de Juicio, lesionando así el Principio de la Presunción de Inocencia del acusado, el Principio del Debido Proceso y la Tutela Judicial Efectiva de Derechos del Acusado, quien tiene derecho a saber, en estricto derecho, los motivos por los cuales se le condena. En efecto, la recurrida no diagnosticó el vicio de ILOGICIDAD EN LA MOTIVACIÓN que afecta a la sentencia dictada por la Jueza Segunda de Juicio...”. Aquí nada debemos adicionar pues resulta correcto que la no atención de los vicios denunciados a la alzada y que habría incurrido la instancia, generaría infracción constitucional y legal.*

Sin menoscabo de los señalamientos realizados, la sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con los votos salvados del recordado y flamante magistrado Eladio Ramón APONTE APONTE y de la Dra. Blanca Rosa MARMOL DE LEÓN, desestimaría el recurso de casación por infundado, en base al siguiente argumento: [...] *La defensa recurrente, en las tres denuncias del recurso de casación propuesto, señala la violación de normas que contemplan principios o garantías constitucionales y procesales e impugna la sentencia de juicio. Al respecto la Sala en pacífica y reiterada jurisprudencia ha señalado que no pueden ser denunciados en forma aislada, por cuanto estos consagran que: “...En relación a la violación de principios y garantías constitucionales y procesales, la Sala de Casación Penal en reiterada jurisprudencia ha establecido, que: “... Cuando se trate de disposiciones constitucionales que consagran principios procesales no pueden ser denunciados aisladamente, sino conjuntamente con la norma procedimental no observada por la Corte de Apelaciones y con cuya inobservancia violento (sic) los principios y garantías establecidas en dichos preceptos constitucionales. Y, en cuanto a las normas rectoras del proceso penal que por contener formulaciones abstractas y generales que la ley señala a los administradores de justicia para el correcto desenvolvimiento del proceso, tampoco pueden ser denunciadas en forma aislada...”. (Sentencia N° 320 del 2 de julio de 2009). Y en relación a presuntas violaciones de la sentencia de juicio, se ha establecido en pacífica y reiterada jurisprudencia que la Sala de Casación Penal, no puede revisar los vicios de la misma, por cuanto de acuerdo al artículo 459 del Código Orgánico Procesal Penal, el recurso de casación se interpone contra las decisiones dictadas por las Cortes de Apelaciones. En consecuencia, la Sala de Casación Penal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 465 del Código Orgánico Procesal Penal, **DESESTIMA, POR MANIFIESTAMENTE INFUNDADO** el recurso de Casación propuesto...”* Observamos el “barbarismo” de la Sala de Casación Penal que desestima el recurso de casación con el cantinflérico argumento de haberse limitado el recurrente a delatar normas de rango constitucional y no legales que desarrollen el precepto constitucional, desconociendo olímpicamente el sistema constitucional

y garantista actual que ha exterminado aquel retrógrado criterio de normas constitucionales de contenido programático que no podían aplicarse hasta tanto fueran desarrolladas legislativamente, lo que fuera sustituido por el criterio de aplicación directa e inmediata, a lo que sumamos el hecho del “barbarismo” de limitar la denuncia en casación de las normas constitucionales a su relación directa con las normas legales de procedimiento e invocación conjunta de las mismas, así como a señalar que las normas rectoras del proceso penal al contener fórmulas abstractas y generales que la ley señala a los judicantes para el desenvolvimiento del proceso, no pueden ser denunciadas en forma aislado.

Fueron estos los motivos que dieron lugar al recurso de casación que a su vez fuera “ilustradamente” desestimado por infundado por la Sala de Casación Penal, lo que a su vez diera lugar al ejercicio de la revisión constitucional ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, donde se asentaría el criterio vinculante que nos toca comentar; pero y antes de ello, importa destacar que la precitada Sala Constitucional también haciendo gala de sus impresionantes y sorprendentes criterios, no menos bárbaros y olímpicos que los de la Sala de Casación Penal, desestimaría a su vez la revisión constitucional en función de los siguientes argumentos:

De los alegatos esgrimidos en la solicitud de revisión se desprende, en concreto, que el abogado señaló que a su defendido le fue cercenada la garantía constitucional al debido proceso por cuanto, a su juicio, la Sala de Casación Penal de este Máximo Tribunal causó un gravamen irreparable porque no corrigió los vicios que denunció mediante el recurso de Casación que interpuso contra la decisión indicada *ut supra*.

En efecto, por una parte, el solicitante consideró que el Tribunal Segundo de Primera Instancia en funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia obvió la aplicación del artículo 480 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, y con base en ello pretendió, en diversas Instancias, la nulidad del juicio celebrado.

Al respecto, observa esta Sala que al folio 57 del expediente consta el acta de juicio de fecha 25 de septiembre de 2009, de la cual se desprende que el abogado Freddy Ferrer —el solicitante de autos— advirtió sobre la declaración en juicio de un adolescente, y la forma de proceder para tomar su testimonio, y el Tribunal Segundo de Primera Instancia en funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, ante tal observación ordenó al público que abandonaran la Sala de Juicio, así como el traslado del acusado a una sala contigua, a los fines de que el adolescente depusiera su testimonio a puertas cerradas, de conformidad con el artículo 333.4 del Código Orgánico Procesal Penal, numeración que corresponde al texto adjetivo penal vigente para ese entonces, hoy artículo 316.4 *ejusdem*.

Así, considera esta Sala que la norma aplicable al presente caso es efectivamente la indicada *ut supra*, toda vez que es menester destacar que el Juicio en el cual el adolescente depuso como testigo correspondía al juzgamiento de un adulto, cuya competencia corresponde al procedimiento penal ordinario y, por ende, el texto adjetivo aplicable es el Código Orgánico Procesal Penal.

Aunado a ello, es relevante precisar que el artículo 480 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, invocado por el solicitante, es aplicable exclusivamente a los juicios en materia de protección, y así se desprende de la interpretación sistemática del referido texto legal.

En consecuencia, considera esta Sala que, en el presente caso, el Tribunal Segundo de Primera Instancia en funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia aplicó debidamente el artículo 333.4 del Código Orgánico Procesal Penal, numeración que corresponde al texto adjetivo penal vigente para ese entonces.

Por otra parte, señala el solicitante el presunto vicio de inmotivación de la sentencia dictada por la Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, al considerar que el testimonio de la Médico Forense Samanda Guerra era útil para exculpar a su defendido en la fase de Juicio, circunstancia que alega no fue corregida en Casación. Asimismo, alega que la Sala de Casación Penal no corrigió el vicio de ilogicidad, presuntamente previsto en la motivación de la sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia en funciones de Juicio, circunstancia que, a su decir, tampoco fue corregida por la Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia.

Al respecto, es menester señalar que la Sala de Casación Penal de este Máximo Tribunal, en la sentencia objeto de revisión, a los alegatos esgrimidos por el solicitante en el sentido referido, precisó:

“Y en relación a presuntas violaciones de la sentencia de juicio, se ha establecido en pacífica y reiterada jurisprudencia que la Sala de Casación Penal, no puede revisar los vicios de la misma, por cuanto de acuerdo al artículo 459 del Código Orgánico Procesal Penal, el recurso de casación se interpone contra las decisiones dictadas por las Cortes de Apelaciones”.

En atención a la decisión parcialmente transcrita, observa esta Sala que la sentencia de Casación cuya revisión se solicita respondió al solicitante con fundamento en el texto adjetivo penal y de conformidad con la jurisprudencia pacífica y reiterada de la Sala de Casación Penal, motivo por el cual no se evidencian grotescos errores que justifiquen la intervención discrecionalísima de esta Sala en materia de revisión.

Al respecto, es propicio reiterar que el recurso de Casación tiene por objeto la revisión de las sentencias dictadas en segunda Instancia, que en el proceso penal está circunscrito a las decisiones emanadas de las Cortes de Apelaciones.

Por ende, se evidencia que el solicitante esgrime reiteradamente alegatos dirigidos a cuestionar la sentencia dictada en Juicio, obviando el objeto concreto que debe tener el recurso de Casación.

De este modo, la Sala considera necesario enfatizar que la revisión extraordinaria a que alude el artículo 336, cardinal 10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no constituye una tercera instancia, ni un medio judicial ordinario, sino una potestad extraordinaria, excepcional y discrecional de esta Sala con el objeto de unificar criterios constitucionales, para garantizar con ello la supremacía y eficacia de las normas y principios constitucionales, lo cual generaría seguridad jurídica.

En este sentido, la Sala estableció en sentencia del 2 de marzo del año 2000 (caso: *Francia Josefina Rondón Astor*) que en materia de revisión, tal potestad puede ser ejercida sin motivación alguna, *“cuando en su criterio, constate que la decisión que ha de revisarse, en nada contribuya a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales, ni constituya una deliberada violación de preceptos de ese mismo rango”*.

En este orden de ideas, una vez examinado el contenido del fallo objetado, estima la Sala que en el presente caso no es procedente la revisión puesto que se considera que no existen “infracciones grotescas” de interpretación de norma constitucional alguna, ni se evidencia que la misma desconozca algún criterio interpretativo de normas constitucionales que hubiese fijado esta Sala Constitucional, es decir, que la decisión judicial sometida a su consideración no quebranta principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, ni fue dictada como consecuencia de un error inexcusable, dolo, cohecho o prevaricación, así como tampoco contradice sentencia alguna dictada por esta Sala.

De manera que, de los alegatos esgrimidos por el solicitante, se advierte que su intención es emplear este mecanismo procesal como una tercera instancia, aduciendo un supuesto gravamen irreparable ocasionado por la sentencia dictada por la Sala de Casación Penal de este Máximo Tribunal al haber declarado inadmisibles, por manifiestamente infundados, el recurso de casación interpuesto por el abogado defensor.

Por lo tanto, al no demostrar la parte solicitante fundamento alguno, de hecho o de derecho, que evidencie la afectación grotesca de derechos y garantías que afecten el orden público constitucional y requieran la necesaria intervención de esta Sala a los fines de mantener la uniformidad jurisprudencial, reitera que lo pretendido en el presente caso es que se convierta la revisión constitucional en una tercera instancia.

Como consecuencia de todo lo expuesto y, en virtud de que esta Sala considera que la revisión que se pretendió no contribuiría con la uniformidad jurisprudencial debe declararse que no ha lugar a la revisión que fue solicitada. Así se decide.

Se observa de esta ilustrada decisión el “barbarismo” de la Sala Constitucional que se presenta una clara usurpación de las funciones y competencia que le son propias a la Sala de Casación Penal, así como extralimitación de las mismas, pues precisamente el tema de la violación o infracción de las normas probatorias y del derecho al debido proceso respecto a la denuncia relacionada con la declaración de un adolescente en el procedimiento penal, que a juicio del recurrente en casación generaría la valoración de una prueba ilegalmente obtenido –con subversión procedimental- en los términos del artículo 49 constitucional, es propio del precitado recurso de casación que debía ser resuelto por la Sala de Casación Penal a través del ejercicio del precitado recurso. En este caso la Sala Constitucional pasando por encima de la competencia de la Sala de Casación Penal –lesión del derecho constitucional a ser juzgado por el juez natural- y a través de la revisión constitucional pasa a resolver directamente el tema propio del recurso de casación desestimado por la precitada Sala Penal, siendo que lo procedente era rever la decisión de esta última que habría desestimado el recurso de casación para que emitiera un pronunciamiento concreto al respecto y que garantizara una eficaz tutela jurisdiccional.

Por además de ello observemos que el criterio utilizado por la Sala Constitucional para desechar el argumento de Casación respecto a la declaración testimonial de un adolescente que había vulnerado el debido proceso –prueba obtenida irregularmente- al no haberse realizado conforme al procedimiento especial previsto –a decir del recurrente de manera errada como indicamos- en el artículo 480 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, se basó primeramente en que el Tribunal de Juicio en el caso concreto al haberse advertido y al haber observado que se trataba de la declaración de un adolescente, ordenaría al público que abandonaran la Sala de juicio, así como el traslado del acusado a una sala contigua, a los fines de que el adolescente depusiera su testimonio a puertas cerradas de conformidad con el artículo 333.4 del Código Orgánico Procesal Penal derogado que corresponde al artículo 316.4 del Código vigente, a lo que debemos indicar que y sin perjuicio de la potestad que corresponde al juez penal, si nos remitimos y limitamos al contenido de las normas procesales tanto del

precitado Código Orgánico Procesal Penal como de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, tratándose de un adolescente de dieciséis años de edad, su tratamiento no es especial y se le aplican las mismas normas que a los adultos respecto a la declaración testimonial, como lo es el juramento, la declaración narrativa y posteriormente el interrogatorio dirigido mediante preguntas y repreguntas, en la sala de audiencia y con presencia tanto del público como especialmente de acusado, de manera que y si nos limitamos a la estricta legalidad de las normas procesales, observaremos que para el caso de adolescentes no hay trato especial en cuanto a la evacuación de su testimonio, cosa diferente cuando se trata de niños o niñas, donde sí debemos echar mano a la normativa especial comentada, argumentos éstos que no fueron advertidos por la ilustre Sala Constitucional.

Pero seguidamente indiquemos que la sentencia en comento también utilizaría como argumento para desechar el tema del testimonio del adolescente, que el procedimiento especial a que nos hemos referido sólo es aplicable en este tipo de procedimientos –de niños y adolescentes-. Al respecto nuevamente indiquemos que el tema toma relevancia cuando se trata de la declaración de un niño o niña, pues cuando se trata de un adolescente y salvo –insistamos- la falta de juramentación cuando sea menor de quince años de edad, así como la posibilidad de reservarse el acto a puertas cerradas respecto al público, el procedimiento es igual como si se tratara de un adulto; luego cuando estamos en presencia de declaraciones de niños o niñas y ante la falta de previsión de la cuestión en el Código Orgánico Procesal Penal, siendo la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes como ley especializada en el tema la que prevé la cuestión, para integrar la norma jurídica conforme al artículo 4 del Código Civil –como hemos dicho- se hace necesario aplicar la analogía y echar mano al artículo 440 de la citada Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, de manera que resulta errado el argumento de limitar la aplicación del sistema de procedimiento de esta prueba en concreto al mero procedimiento de protección, lo que desconoce ese señalado medio de integración del ordenamiento jurídico mediante la analogía.

En todo caso y en el asunto que nos ocupa la Sala Constitucional se limita a este infeliz argumento sin advertir que se trata de la declaración de un adolescente y donde no existe tratamiento especial en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, la que como tal regula el mismo cuando se trate de niños o niñas, en cuyo caso y como hemos indicado se prevé un sistema especial en el trato del medio probatorio, sin perjuicio de esas nuevas tendencias a las que nos hemos referido y donde la declaración debe ser realizada conforme a las preguntas realizadas responsablemente por personas especializadas –psicólogos infantiles-.

Pero para no pasar por alto el más mínimo detalle, para dejar al descubierto la falta de preparación de quienes regentan los cargos de magistrados, observamos que la Sala Constitucional indicaría [...] *Al respecto, es propicio reiterar que el recurso de Casación tiene por objeto la revisión de las sentencias dictadas en segunda Instancia, que en el proceso penal está circunscrito a las decisiones emanadas de las Cortes de Apelaciones.*” Luego al expresar que el recurso de casación tiene por objeto la revisión de las sentencias dictadas en [...] *segunda Instancia...*” sería interesante preguntarnos: **¿Cómo queda la casación en materia de invalidación donde la sentencia nunca es dictada por un tribunal de segunda instancia?**

Sin perjuicio de lo dicho es pertinente además indicar que del contenido de la parte de la sentencia que comentamos, a la par del “barbarismo” judicial se observa la complicidad entre Salas del Tribunal Supremo de Justicia, pues como podemos entender y justificar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia nada haya dicho respecto al criterio sostenido por la Sala de Casación Penal de desechar el recurso de casación con el argumento insólito de una reiterada doctrina que no permite denunciar en casación en forma directa y aislada las normas y principios constitucionales, en franco desconocimiento no solo del ordenamiento constitucional y garantista sino del propio criterio de la Sala Constitucional que ha sostenido la inexistencia de normas constitucionales de contenido programático. Ante esta situación lo que debió hacer la Sala Constitucional era rever vía revisión la sentencia de la Sala de Casación Penal para que conociera del recurso de casación y no como inconstitucional e ilegalmente hizo al pasar a resolver el tema de la casación dentro de una revisión y como si de un recurso de casación se tratara, usurpando la competencia propia de la Sala Penal y dejando en evidencia esa voracidad de “Supersala” que ha estado presente desde sus comienzos, todo lo que en definitiva deja patente la lesión grosera del derecho constitucional y humano a ser juzgado por jueces naturales.

Pero en otro momento de la sentencia que transcribimos la Sala Constitucional se lava las manos para atender el asunto, haciendo ver falsamente que lo que se pretende con la revisión constitucional es una especie o suerte de tercera instancia, al cuestionarse la sentencia del tribunal de Juicio, más se nos antoja preguntarnos: **¿Cómo no cuestionar la sentencia de instancia cuando la lesión delatada precisamente se ubica en ese momento del proceso, delatado en alzada y no decidido, delatado en Casación y no resuelto y ahora delatado en sede de revisión constitucional?**; pero además de indicarse que lo que se pretendió era una tercera instancia, se dijo que en el caso en comento nada se contribuiría a la uniformidad de la jurisprudencia a lo que nuevamente nos preguntamos: **¿Es que en otros casos la propia Sala Constitucional no ha hecho uso de la revisión constitucional a su antojo para crear criterios vinculantes que no se refieren a la interpretación de normas y principios constitucionales, como sucedió en el caso de la cuantía para acceder a casación, para inventar el procedimiento de amparo constitucional, la sentencia que revió la sentencia de la**

Sala Plena respecto al golpe de Estado de 2002, la sentencia del caso La Vinotinto, entre muchas otras, que tampoco contribuían a la mentada uniformidad?

Ya para finalizar y en cuanto al criterio vinculante de la Sala Constitucional de aplicar el procedimiento de la anticipación del medio probatorio a que se refiere el artículo 289 del Código Orgánico Procesal Penal, cuando se trate de declaraciones de niños, niñas y adolescentes, sea en condición de “víctimas” o “testigos” en el marco del sistema de procedimiento penal, la misma se basa en los siguientes argumentos: a. La revictimización de los niños, niñas y adolescentes cuando declaran como *víctimas*, a causa de las declaraciones reiteradas que deben realizar tanto en fase de investigación como en el juicio propiamente dicho, lo que los afecta emocionalmente e impide su pronta recuperación y superación del hecho lesivo; y b. En el caso de la declaración en condición de *testigos*, por la presencia de factores que debido a su desarrollo físico, emocional y psicológico, pueden ser considerados como sujetos más vulnerables para retener la memoria a largo plazo, indicando en tal sentido que [...] *En efecto, la posibilidad de fijar los recuerdos de forma permanente puede verse afectada precisamente por el proceso de desarrollo y madurez del infante, con lo cual surge la posibilidad de que el transcurso del tiempo opere contra el objetivo del proceso que es, precisamente, la búsqueda de la verdad a través del aporte que pueda brindar el testigo mediante su conocimiento sobre los hechos en la declaración.*”; y más adelante indica [...] *Es preciso entonces afirmar que, cuando se obliga a un niño, niña o adolescente, que ha sido víctima o testigo de un hecho –generalmente traumático–, a efectuar varias declaraciones ante distintos funcionarios (bien sea el policía, el equipo interdisciplinario, el fiscal o el juez) y, de igual modo, a ser sometido reiteradamente a preguntas efectuadas también por aquellos funcionarios y la contraparte (defensor), incluso, en ocasiones, en presencia del presunto agresor, se le conmina prácticamente a guardar silencio sobre los hechos que puedan generarle vergüenza o sentimientos de culpa y, de tal modo, se afecta su normal desarrollo humano y, concretamente, su derecho a ser oído.”*

En base a estas consideraciones y sumado al hecho que en los términos del artículo 289 del Código Orgánico Procesal Penal los [...] *niños, niñas y adolescentes es posible considerar que cuando son víctimas de un hecho traumático o cuando son testigos de acontecimientos impactantes sufren más para comprender y superar los hechos lesivos que no se corresponden a su vida cotidiana. Tales circunstancias, indudablemente, generan que el niño, la niña o adolescente sienta el rechazo natural a la comparecencia de los actos judiciales que reiteradamente le recuerdan los hechos que, desafortunadamente, presenció o de los cuales fue víctima. También así, la reiteración de los actos procesales en los cuales el niño, niña o adolescente debe repetir, una y otra vez, su declaración y, además, someterse a constantes interrogatorios directos, muchas veces con la formulación de preguntas inapropiadas o impertinentes, culminan produciendo la intimidación de aquellos, al punto tal que la opción menos traumática termina convirtiéndose en su incomparecencia a un costo muy alto: la impunidad.”*, de manera vinculante se estableció que la declaración de niños, niñas y adolescentes en condiciones de víctima o testigos, debe realizarse en forma anticipada conforme al procedimiento

previsto en el citado artículo 289. Pero indiquemos que la anticipación de medios probatorios en los términos de la norma requiere de la presencia de elementos determinados que justifiquen la anticipación, como la existencia del temor fundado que los hechos pertinentes y relevantes al proceso penal desaparezcan o se modifiquen por el transcurso del tiempo, por la acción u omisión de las personas, la presencia de elementos que permitan considerar la necesidad de recibir la actividad probatoria por la existencia de algún obstáculo difícil de superar, que se presume que no podrá realizarse la prueba en juicio, a lo que se suma la urgencia del caso, elementos éstos que la Sala Constitucional justifica con éstos argumentos: [...] *Evidentemente, en el marco de un proceso penal la víctima que comparece a los diversos actos debe enfrentarse al hecho cierto de ver reiteradamente a su agresor y, muchas veces, de someterse a constantes interrogatorios que reiteradamente le recuerdan los hechos, siendo esta una circunstancia difícil de superar que justifica la práctica excepcional de la prueba anticipada en tales casos. Por otra parte, en el caso de los niños, niñas y adolescentes en calidad de **testigos**, es preciso señalar que el tiempo que transcurre -desde el momento de la ocurrencia del hecho y hasta la deposición que le correspondiere en el juicio oral- constituye un obstáculo difícil de superar, que incide en la posibilidad de que aquellos olviden información relevante acerca del conocimiento que tienen sobre los hechos debido a su natural proceso de madurez y desarrollo. Tal circunstancia justifica la práctica excepcional de la prueba anticipada en el caso de tales testigos. Por ende, es menester que los operadores de justicia no efectúen referencias indistintas a la condición de víctima y de testigo, pues en todo caso la prueba anticipada requiere del Juez o Jueza la motivación correspondiente a las circunstancias del caso concreto al cual se aplicará.*”

Respecto al primer argumento sostenido por la Sala Constitucional en cuanto a la protección emocional de los niños y adolescentes en su condición de víctimas, coincidimos en que debe procederse a un tratamiento especializado que no recoge nuestro ordenamiento jurídico cuando en el caso del sistema de procedimiento penal, se querrela y presenta una acusación propia o se adhiere a la del fiscal, pues en tal caso y no obstante al derecho a declarar en el proceso, lo hará en condición de “parte” y no de tercero como testigo o simplemente como víctima no querrellada, de manera que no podrían aplicarse las reglas del artículo 480 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente, lo que nos permite afirmar la necesidad de idearse un sistema de procedimiento como por ejemplo el que se ha dicho que sean los psicólogos especializados quienes realicen la misma, tal como lo expresa el catedrático Jordi NIEVA FENOLL al señalar [...] *Lo cierto es que el interrogatorio de una víctima en estos supuestos –especialmente si es un menor pero no solamente en ese caso- no puede ser llevado a cabo por una persona lega en psicología, como un juez o un abogado, sino que ante tremendos problemas que provoca la constatación de la credibilidad, dicha prueba debía ser practicada por un psicólogo del testimonio, que evalúe debidamente las circunstancias clínicas, si concurren, del declarante. De esta manera, la manera correcta de practicar esta prueba no es disponiendo un biombo entre víctima y reo, o cualquier otro medio que impida la visión directa de ambos. Al contrario, lo que debe celebrarse en estos casos es una entrevista*

cognitiva entre el psicólogo y la víctima, que tenga lugar en unas dependencias en las que la víctima no se sienta intimidada por la presencia judicial, ni mucho menos por la del reo, pero de manera que ambos puedan tener visión de lo que suceda. Es importante también que los letrados de cada parte puedan ir transmitiendo preguntas al psicólogo, para que sea éste quien las formule de la debida forma a la víctima, de manera que no se la intimide o se le provoque cualquier emoción contraproducente para que pueda declarar la verdad de lo que conoce. Tras la práctica de la prueba, la misma no debería ser objeto de valoración sin más, sino que sería muy positivo que el psicólogo que haya intervenido emita un dictamen sobre lo que ha observado, exponiendo sus conclusiones acerca de la credibilidad, que enriquecerán el debate junto con las que expongan las partes. Por último, no es descartable en absoluto que, en la forma propuesta, se disponga la declaración de la víctima de forma anticipada durante la instrucción, en el momento más próximo a la comisión de los hechos, de manera que en presencia –del modo indicado- de las partes y con la intervención ineludible del psicólogo del testimonio, quede ya registrada su declaración para el juicio oral.”³¹³

Destaquemos de la doctrina citada especialmente el tratamiento de la declaración de la víctima, más aún cuando –señalamos- se trata de un niño e incluso adolescente –aplicable también para los adultos- diferenciándose por ejemplo en nuestro caso el tema de si la víctima se ha querellado o no y si ha presentado acusación personal o se ha adherido a la del fiscal, pues en estos casos su declaración siempre lo será como parte y no como tercero como si de un testigo se tratara, de manera que es fundamental entender o comprender que la declaración de un niño o adolescente puede ser en éstas dos condiciones, cuya diferenciación marcarán las pautas de cada sistema de procedimiento en la toma de la declaración; en el caso concreto de la “víctima” en los términos indicados y no como testigo, nos hacemos eco del criterio de NIEVA FENOLL que perfectamente pudiera aplicarse en nuestro sistema de procedimiento penal echando mano directa a normas constitucionales que den efectividad al derecho a la jurisdicción, como lo serían los artículos 26, 49, 78 y 257 constitucionales entre otros, de manera que el judicante –de Juicio- ante esta situación pudiera designar a un experto psicólogo infantil para que realice o formule las preguntas, en sitios adecuados para ello, las cuales realizarían las partes previamente para su control y determinación de pertinencia y relevancia por el judicante, luego de lo cual pasarían a manos de los expertos para que la realicen, lo que podría documentarse a través de medios informáticos o videos, reproducibles en la audiencia oral y que además contaría con la presencia y declaración del experto para responder las preguntas que pudieran realizar las partes respecto a la condición de la víctima y la posibilidad que pudiera falsear la verdad, todo lo que en definitiva sería valorado por el judicante. Adicional a ello sería permisible esta práctica como medio anticipado en los términos del artículo 289 del Código Orgánico Procesal Penal en la forma sugerida y conforme a la doctrina citada.

³¹³ Jordi NIEVA FENOLL. Fundamentos de Derecho Procesal Penal. pp. 243 y 244.

Pero la cosa es diferente cuando la declaración del niño, niña o adolescente es en condición de “testigo”, pues y como hemos dicho en el primero de los casos –niños y niñas- contamos con una regulación especial en la Ley Orgánica para la Protección de Niñas Niñas y Adolescentes, lo que pudiera complementarse con el criterio expresado de la asistencia del psicólogo infantil; pero cuando estamos en presencia de un testigo adolescente cuyo procedimiento no encuentra regulación expresa y especial, de manera que se hace aplicable el régimen ordinario del testigo, sería aconsejable que se diera un tratamiento especializado en la forma ya indicada en protección a sus derechos y para que no se produjeran daños psicológicos, emocionales o de otra índole irreparable en su crecimiento y formación.

Lo dicho dista mucho del criterio sostenido por la Sala Constitucional en la sentencia que criticamos, quien no solo hace un tratamiento igualitario a la declaración del niño o niña y del adolescente, sino que también no distingue si lo hace en calidad de víctima querellada, que ha presentado acusación propia o adherida a la fiscal y en consecuencia pasa a ser parte en el proceso; de si no se querello y mantiene la condición de víctima que pueda declarar como testigo; o simplemente si se refiere a la condición de testigo de un hecho punible, lo que resulta esencial para entender y aplicar las reglas especiales en cada caso; muy por el contrario, la Sala Constitucional sin el precitado distingo ordena aplicar el procedimiento de la anticipación probatoria sin más cuando por ejemplo indica [...] *Por ende, es menester que los operadores de justicia no efectúen referencias indistintas a la condición de víctima y de testigo, pues en todo caso la prueba anticipada requiere del Juez o Jueza la motivación correspondiente a las circunstancias del caso concreto al cual se aplicará.*”, anticipación que a su juicio se justifica por la necesidad de no revictimización cuando se trate de la víctima y para mantener o preservar su declaración a propósito de garantizar su estabilidad emocional y respecto al testigo, por el temor que por el transcurso del tiempo los hechos sean olvidados.

Pero ¿resulta idóneo la aplicación de un procedimiento único para la declaración de niños, niñas y adolescentes, sean víctimas o testigos a través de la anticipación probatoria? La respuesta no puede ser otra que negativa, primeramente por el hecho expresado de la lamentable falta de distinción de la condición que en el proceso penal puede presentar el niño, niña y adolescente; pero además destaquemos que en el caso del niño, niña o adolescente “víctima” o “testigo” no se da solución efectiva a la protección de sus derechos, a la tan mentada revictimización, al peligro de daños emocionales y de otra índole en su formación y crecimiento, cuando precisamente la anticipación en los términos del artículo 289 del Código Orgánico Procesal Penal, solo se limita a la anticipación de la toma de la declaración respecto a la audiencia de juicio –oportunidad de la declaración para poder formarse como prueba de cargo capaz de producir la destrucción de la presunción de inocencia- que por demás garantiza el derecho del imputado o acusado –según el momento de la anticipación si se hace en fase de investigación o luego de la admisión de la acusación en fase intermedia o de juicio- a estar presente al

momento de la declaración, con la debida asistencia letrada y a dirigir preguntas al testigo, de manera que insistimos, el problema de los traumas psicológicos, emocionales y de cualquier índole que afecten el desarrollo y formación del niño, niña o adolescente, no tienen una solución efectiva, constitucional y garantista en esta mamarrachada de sentencia que criticamos, que en definitiva conducirá a la misma revictimización de la cual tanto se pregona.

Pero expongamos otro argumento, esta vez respecto a la necesidad de anticipar la prueba cuando el niño, niña y adolescente es testigo, lo que se fundamenta en el hecho que por el transcurso del tiempo entre la percepción del hecho y la declaración en juicio, dado la condición de estas personas, tienden al olvido, de manera que a criterio de la Sala Constitucional y al tratarse de un obstáculo de difícil superación, habilitan la figura de la anticipación. Luego indiquemos que se trata de argumento apagógico o de *reductio ad absurdum*, pues el tema de la presunción, probabilidad o posibilidad que por el transcurso del tiempo la memoria falle y pueda conducir a que se desvanezcan los hechos en la memoria del testigo, no es propio de los niños y adolescentes, sino de cualquier ser humano, incluso más capacidad memorativa tienen los niños y adolescentes que los mayores, de manera que por ejemplo de continuar este criterio, perfectamente podríamos expresar que cada vez que se tratara de una prueba de testigo, teniendo en consideración que en nuestro nefasto e infame sistema de procedimiento penal desde que el hecho ocurre, se investiga, acusa y llega a juicio, transcurren años que en sí, repercuten en la memoria del testigo, tendría que anticiparse la prueba por tratarse de un obstáculo insuperable –argumento *simili ad simile*- que en definitiva es un verdadero disparate.

También importa tomar en consideración que esa no distinción que hace la Sala Constitucional respecto a si la declaración del niño, niña o adolescente que se anticipa es en condición de testigo o víctima, repercute en el tema de la precitada anticipación, pues si la misma se realiza en fase de investigación, en este momento es imposible considerar si le víctima pasa a ser parte al querellarse y presentar su acusación propia o al adherirse a la del fiscal, pues este acto procesal es posterior a la presentación de la acusación, lo que es a su vez el acto conclusivo de la fase de investigación, tema que reviste importancia para considerar el procedimiento que debe utilizarse, respecto a si se es o no un testigo; por otro lado existe otro obstáculo insalvable que deja en estado de indefensión al acusado eventual, pues tomando en consideración el momento de la anticipación –si se hace en fase de investigación o luego de la acusación- si para el momento de la declaración nos ubicamos en fase de investigación donde no existe acusación, no existen hechos afirmados imputables a un acusado sobre los cuales recaiga la actividad probatoria y sobre los cuales pueda defenderse el acusado, especialmente cuando debe recordarse que en fase de investigación no se está en presencia de declaración testimonial, sino simplemente de entrevistas que sirven como elementos de la investigación, de convicción para

fundamentar actos conclusivos pero que no tienen el carácter de actividad probatoria de cargo capaz de servir a la convicción judicial, lógico es razonar que la anticipación de una actividad probatoria ante la ausencia de hechos constitutivos de la pretensión punitiva –por no existir en este momento acusación- impiden la realización efectiva de la prueba y su defensa. Lo dicho nos permite afirmar que en materia de anticipación de pruebas es necesario que el proceso penal se ubique en un momento anterior a la audiencia de juicio –momento de la evacuación de los medios probatorios o formación de la prueba que sirve como aquella de cargo capaz de destruir la presunción de inocencia- y posterior a la admisión de la acusación, donde ya exista la determinación cierta y efectiva de los hechos en que se fundamenta la pretensión punitiva, sobre los cuales recaerá la actividad probatoria y juzgatoria, siendo esta la verdadera actividad probatoria anticipada que resguarda los derechos constitucionales y que sirve como elemento para la convicción judicial, situación ésta no advertida por la Sala Constitucional y que convierte el criterio que comentamos una verdadera actividad torticera que deja de manifiesto el pensamiento poco profundo y reflexivo sobre un tema tan delicado como la declaración de niños y adolescentes y la anticipación probatoria.

Otro argumento no menos importante que se relaciona con el derecho constitucional y humano a la defensa, es precisamente el problema que se presenta cuando en los términos del artículo 289 del Código Orgánico Procesal Penal, se realiza la anticipación de la declaración de niños, niñas y adolescentes durante la fase de investigación y para ese momento no existe la individualización de un imputado, caso en el cual el legislador de manera inconstitucional prevé la citación de un defensor o defensora pública, quien en teoría resguardaría el precitado derecho constitucional, lo que y como hemos expresado en otro momento, realmente es una ficción legal inconstitucional y antigarantista, pues además que para este momento procesal –si es que así puede llamarse, pues el proceso realmente comienza es con la acusación y su admisión y hasta tanto esto no se produzca, lo que se presentan son actos de investigación de carácter administrativo controlables por el juez de Control de garantías- no hay acusación y en consecuencia la determinación de los hechos constitutivos de la pretensión punitiva, por lo que tampoco el defensor público podría realizar una defensa cierta respecto a unos hechos indeterminados y especialmente cuando no sabe contra quien puede ir dirigida la acusación eventual; pero además digamos que la anticipación probatoria en fase de investigación trae el inconveniente de tomar la declaración de un niño, niña y adolescente en condición de testigo, cuando y como consecuencia de la ausencia de acusación que no permite conocer los hechos constitutivos de la pretensión punitiva, no podemos decir que realmente estamos en presencia de un “testigo” que adquiere su condición es precisamente cuando en fase preliminar y en sus oportunidades correspondientes, las partes promueven la declaración de los mismos, vale decir, que la condición de testigo no se obtiene por la presencia y percibimiento de los hechos, sino

desde que se es propuesto como tal en el proceso, lo que solo puede ocurrir en el caso que comentamos cuando ya existe proceso jurisdiccional.

Todos estos problemas no fueron abordados seriamente por el criterio sostenido por la Sala Constitucional, dejando de manifiesto la noción simplista con el que se asume el cargo de la magistratura y con la cual se dictan sentencias vinculantes en ejercicio de una jurisdicción normativa cuestionable, especialmente cuando y como lo hemos denunciado en más de una oportunidad, este carácter vinculante no tiene basamento constitucional al tratarse de normas procesales y probatorias y no de normas y principios interpretativos de la Constitución en los términos del artículo 335.

6.3. La prueba testimonial en el sistema de procedimiento laboral.

En el diseño de este esperpento de procedimiento oral contenido en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se ha previsto el acto de promoción de medios probatorios en la audiencia preliminar –artículo 73- momento para el cual todavía no se ha producido la contestación de la demanda y consecuentemente la traba de la litis, no conociéndose los hechos reconocidos, admitidos expresa o tácitamente, así como los controvertidos, ni quien asumirá la carga probatoria, ya que precisamente estos hechos que se fijan con la contestación de la demanda donde puede observarse la posición del demandado, los hechos excepcionados y la conducta procesal asumida, la que tendrá lugar –como indicamos- luego de la promoción de pruebas, situación ésta que como hemos indicado evidencia que nuestro “supino” legislador laboral inéditamente se desligó de la tradición romana donde en sus tres momentos –acciones legales, procedimiento formulario y extraordinario- primero se determinan los hechos controvertidos con la demanda y la contestación, para luego realizar los actos de pruebas, lo que también fue propio del sistema germánico e italo-canónico, romano-canónico también llamado proceso común, incluso, se separó del sistema de procedimiento que imperó en España durante la Conquista y en los procedimientos que rigieron en las Leyes de Indias, lo que no resulta correcto por los múltiples problemas y las arbitrariedades que este representa, tal como lo hemos dejado asentado en otro de nuestros trabajos.³¹⁴ Así el legislador laboral apuesta a una especie de sistema de *discovery* o descubrimiento de origen anglosajón, pero con su marcado carácter criollo y mamarracho, pues no es ni una cosa ni otra, es decir, ni opera como un verdadero sistema de *discovery* para el descubrimiento de pruebas que permitan, bien en el proceso o antes de él, descubrir hechos y pruebas para preparar mejor la demanda y la contestación,

³¹⁴ Ver Humberto E.T. BELLO TABARES. Las Pruebas en el Proceso Laboral. Ediciones Paredes. Caracas, 2009.

tal como lo reguló nuestro sistema de procedimiento marítimo, ni permite un mejor ejercicio de la defensa y mejor posición para mediar como se le ha pretendido, pues precisamente el demandado se encuentra en una posición de ventaja frente al actor, cuando éste último desconoce los hechos que serán excepcionados lo que lógicamente le limita el tema de la prueba judicial, sumado al hecho que la jurisprudencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de manera arbitraria y legislando, ha establecido un régimen de audiencias preliminares que las divide en primigenia y prolongaciones, limitando la producción de pruebas a la primera, aún cuando la ley nada dice al respecto.³¹⁵

El problema de la prueba testimonial en este momento del proceso y en general, de todos los medios probatorios, hemos dicho que esencialmente afecta al demandante, pues al igual que en el sistema de procedimiento civil oral y agrario, para el momento de la promoción del medio no se ha contestado la demanda y trabado la litis, no conociéndose el tema controvertido, de manera que la promoción de la prueba testimonial en este momento pudiera tener los inconveniente de tornarse impertinente por tender a demostrar hechos que no han sido controvertidos pro el demandado, de necesitar de la promoción y llamado de otros testigos que conozcan los hechos sobre los cuales ha recaído la contestación de la demanda, sin perjuicio de la imposibilidad de cumplir con el requisito de promoción de la prueba referido a la identificación de su objeto; pero esta situación como hemos anotado en los puntos anteriores no se presenta para el demandado, quien maneja el contenido de la contestación y el tema controvertido según la misma, lo que trae como consecuencia que habiendo promovido sus pruebas en base al contenido de la contestación que presentará en su momento, teniendo conocimiento del contenido de la demanda, para él no existe limitación probatoria.

Para solucionar los inconvenientes señalados, resulta necesario que el judicante eche mano al control de la constitucionalidad o de la interpretación constitucional y garantista, permitiendo al demandante promover pruebas luego de dada la contestación de la demanda y de conocer su contenido, lo que estaría en sintonía con el derecho de acceso al sistema probatorio.

Siguiendo en el estudio de la prueba testimonial en este sistema de procedimiento, encontramos la previsión del régimen de incapacidad o inhabilidades del testigo, cuya regulación en el artículo 98 es una copia del Código de Procedimiento Civil, interdictándose la declaración del menor de doce años, el entredicho por causa de demencia y quien haga de su profesión el testificar; el artículo 99 de la Ley

³¹⁵ Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, N° 115, de fecha 17 de febrero de 2004, con ponencia del magistrado Omar Alfredo MORA DÍAZ, expediente N° 03-866. Ver igualmente sentencia N° 1307, de fecha 25 de octubre de 2004, con ponencia del magistrado Alfonso VALBUENA CORDERO, expediente N° 04-1083.

Orgánica Procesal del Trabajo hace referencia a la sanción del falso testimonio y los artículos 100 y siguientes se refieren a régimen de tacha testimonial. Al respecto se establece que la tacha deberá hacerse en la propia audiencia oral y aunque se hubiese producido la misma, no por ello se le dejará de tomar la declaración al testigo, siempre que la parte insistiere en ello, lo que quedará entendido en la medida de la comparecencia de la misma a la audiencia en cuestión; que la legitimación para la tacha testimonial recaerá sobre el no proponente y en caso de soborno, no se apreciará la declaración; finalmente y en cuanto al procedimiento de tacha, producida la misma se generará la incidencia prevista en el artículo 84 y 85 de la precitada Ley, debiéndose producir el pronunciamiento correspondiente en la sentencia definitiva.

De esta manera propuesta en la audiencia de juicio la tacha testimonial, conforme a lo previsto en el artículo 102 de la Ley orgánica Procesal del Trabajo, se producirá una incidencia idéntica a la ocurrida en materia de tacha de prueba instrumental, pues la norma en cuestión expresamente remite a los citados artículos 84 y 85 *ejusdem*, de manera que propuesta la tacha dentro de los dos (2) días de hábiles siguientes, deberán las partes promover las pruebas pertinentes, las cuales se evacuarán en la audiencia oral que tendrá lugar a una hora determinada de uno de los (3) días de hábiles siguientes; pero esta audiencia oral, no es una continuación o prolongación de la audiencia de juicio, la cual producida la tacha del testigo y evacuadas como hayan sido las demás pruebas propuestas en el proceso, quedará en suspenso, hasta tanto se produzca la evacuación de las pruebas de la incidencia de tacha en cuestión, en otros términos, la tacha de testigos hace suspender la audiencia de juicio y produce la apertura de una incidencia diferente –la de tacha- que será decidida en la sentencia definitiva. Es así como entendiendo que la audiencia de la tacha no es una prolongación de la audiencia de juicio, los efectos de la inasistencia de las partes, no son los propios de la audiencia de juicio, tales como desistimiento de la “acción” para el actor y confesión para el demandado, sino que de no comparecer el tachante a la audiencia, se entenderá como desistida la tacha y si no compareciera el proponente del testigo, quedará desechada la prueba testimonial;

Pero una vez que ha tenido lugar la incidencia de la tacha **¿cuando se reanudará la audiencia de juicio?** Como hemos sostenido en otro momento,³¹⁶ al día siguiente a concluida la audiencia de la tacha se reanudará la audiencia de juicio, por lo que para no fomentar ardidés y el juego procesal sucio, el operador de justicia para no sorprender la buena fe de las partes, deberá al finalizar la evacuación de las pruebas de la incidencia de la tacha, en la misma acta o mediante auto expreso, fijar la hora del día siguiente para la reanudación de la audiencia de juicio, lo contrario produciría una falta de certeza que se traduciría en indefensión.

³¹⁶ Ver nuestro trabajo Las Pruebas en el Proceso Laboral. 2da edición. Editorial Paredes. Caracas, 2008.

Como vemos el trámite de la prueba, el régimen de incapacidad o inhabilidad así como la tacha –salvo el tema de la incidencia- es idéntico al sistema civil por lo que remitimos al lector a los comentarios que hemos hecho, que dejan de manifiesto el desconocimiento del tema por los legisladores laborales y su falta de sintonía con el sistema oral, al haber tratado el tema como si se tratara de un procedimiento civil y tarifado.

Finalmente la evacuación de los testigos será en la audiencia de juicio, pensado sobre las partes la carga de llevar a sus testigos para que declaren, todo en los términos del artículo 153 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

7. APRECIACIÓN Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.

Uno de los problemas más importantes que se presentan en materia de testigos precisamente es su forma de ser apreciado por el judicante y el grado de convicción que le produce la fuente que de él emana, a los fines de la verificación de los hechos y la convicción judicial de los mismos en la construcción de la premisa fáctica de la sentencia, y es que precisamente la existencia de diferentes circunstancias y factores que inciden tanto en la persona del testigo como en su dicho es lo que hace desmerecer al medio la fiabilidad necesaria para servir de sustento en la formación de la convicción judicial, consecuencia de lo cual precisamente se han construido teorías y tendencias que analizan y critican tanto a la persona del testigo como al testimonio mismo con la intención de conseguir una fórmula que sirva objetivamente para su apreciación y posterior valoración, partiendo de principios técnicos y científicos sobre la percepción y memoria, la naturaleza del hecho percibido, estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción de los hechos que se narran, las circunstancias de lugar, modo y tiempo en que fueron percibidos, los procesos de rememorización, el comportamiento, “*kinesia*” y los “*kinemas*” –estudio del lenguaje corporal- del testigo al momento de rendir su declaración durante el interrogatorio directo, indirecto, redirecto o reindirecto, la forma de las respuestas, su personalidad, profesión, edad, estado social, de educación y en fin, todo un conjunto de circunstancias que permiten perfilar la persona del testigo y su ubicación en el tiempo, modo y espacio respecto al hecho acontecido y su percepción, de ahí la importancia por ejemplo del estudiado “dicho de la ciencia o del testigo” que permite contextualizar de manera coherente la versión del testigo o el testimonio; pero incluso y como lo hemos explicado al momento de la apreciación de la declaración y su valoración se hace necesario tener el cuidado y celo respectivo cuando se trata de testigos sospechosos, por recaer sobre ellos causas de incompatibilidad, lo que se conecta con la valoración y no con la admisión como lo hemos analizado en puntos anteriores.

En el estudio del tema conforme a la diferente doctrina que hemos consultado, generalmente se parte de una tendencia que privilegia al análisis subjetivo de la persona del testigo, edad, sexo, profesión u oficio, cultura, relación con las partes, interés en el proceso, posición social y en definitiva el conjunto de elementos que permiten determinar su personalidad, menospreciándose así el aspecto objetivo de la declaración misma, de su relación con otros medios probatorios, la contextualización respecto al lugar, modo y tiempo de la ocurrencia de los hechos declarados y su percepción sensorial, coherencia en la narración de manera que se presente como contradictoria, incluso su confrontación y corroboración con otras deposiciones y otros medios de prueba, para ver sus contradicciones y coincidencias, a lo que se suma la imparcialidad al no presentarse comentarios oportunistas como lo ha señalado la doctrina española de la mano de Jordi NIEVA FENOLL; en otros casos la cuestión es al revés, donde el contenido de la declaración y los elementos señalados juegan un papel fundamental, trascendente y preferente a la condición de la persona del testigo; sin perjuicio que se acojan aquellas tendencias que no descartan ningún estudio y ninguna teoría subjetiva u objetiva respecto al análisis científico y crítico tanto de la persona del testigo como de su dicho, esta última posición que realmente es la que debe imperar para apreciar y valorar la prueba en comento y que permita un juicio del juez racional, lógico y crítico respecto al medio probatorio que en definitiva sirva para la convicción judicial, que le permita explicar en la sentencia más allá de un criterio subjetivo y poco científico basado en meras cuestiones internas e intuitivas, que la persona del testigo y su dicho le permiten tener como cierto un hecho institucional debatido en el proceso, lo que pueda ser controlado vía recursiva más allá de la infracción de la sana crítica, de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos.

Lo dicho resulta esencial para entender que el tema de la valoración de la prueba testimonial, debe basarse en elementos objetivos claramente apreciables por el juez y comprensible por las partes, que puedan ser explicados claramente en la sentencia y permitan a las partes conocer el motivo que ha guiado al juez a su valoración o desecho, como fuente que le sirve para la verificación de los hechos y la convicción judicial, de manera que a través de ese conocimiento precisamente se pueda controlar la actividad jurisdiccional valorativa a través de los recursos ordinarios y extraordinarios; esto tiene un impacto trascendental en la cuestión recursiva, especialmente cuando la tendencia de Casación errada, inconstitucional y antigarantista desde antaño se ha inclinado por la tesis de considerar que la valoración de la prueba testimonial queda reservada a la soberanía de los jueces de instancia, con la excepción de algunas de las tendencias aisladas de la propia Casación que han permitido su control cuando se infraccionan las reglas de la lógica y la experiencia, lo que ha obedecido a la tendencia subjetiva basada en intuiciones personalistas de los jueces en la apreciación y valoración crítica del medio probatorio en el sólo aspecto subjetivo del testigo, sin tomar en consideración su aspecto objetivo referido a la declaración

misma, todo lo que se ha basado en teorías propias de los años 70' del siglo pasado referidos a la crítica del testimonio conforme a la teoría conductual o conductistas, teorías donde las máximas de experiencia aplicables en la valoración probatoria son de dudoza procedencia y creibilidad, al margen de una correcta valoración probatoria que al final conduce a la aplicación de la objetividad en la aplicación de dichas máximas en los términos indicados de coherencia, contextualización, corroboración e inexistencia de comentarios oportunistas –imparcialidad- que se obtendrá de la “razón del dicho”.

Mediante un análisis lógico, racional, razonable, crítico y científico, no solo de la persona del testigo, sino especialmente de su declaración bajo un contexto de coherencia, contextualización, corroboración, imparcialidad y otros elementos del dicho del testigo, donde pueda apreciarse la forma cómo el hecho ha ocurrido, donde, cómo y cuando, así como la forma de su percepción, mediante una apreciación y valoración completa, completa, integral o en conjunto con todo el material probatorio o la actividad probatoria cursante en autos, es que podrá plasmarse en el acto sentencial verdaderas razones y argumentos de peso, no solo para la valoración de la declaración testimonial, sino para que su control puede hacerse efectivo a través de los recursos, lo que en definitiva exterminaría esa tendencia inconstitucional y antigarantista de la “soberanía” de los jueces de instancia en la valoración del medio probatorio incensurable en sede recursiva.

En este orden de ideas no vacilamos en asimilarnos a los criterios de NIEVA FENOLL quien al respecto y bajo la denominación “psicología del testimonio” o “psicología de la declaración de las personas”, nos dice que la misma esencialmente se basa en la técnica del interrogatorio y la detección de la mentira, para lo cual se han presentado dos enfoques: uno que se inclina por estudiar las reacciones de los testigos a través de su “aprendizaje y de su conducta” conocido como la “**teoría del conductismo**”; y el otro que se centra más bien en el estudio de la memoria y la técnica del interrogatorio; que respecto a la primera se trata de aquella tendencia que siempre ha estado presente en este tema, siendo la más difundida entre los jueces, mediante la cual se trata de descubrir a través de los gestos de la persona o de sus reacciones de toda índole sobre si el testigo dice o no la verdad,³¹⁷ se trata de la precitada “*kinesia*” a la que nos hemos referido, cuyo inconveniente precisamente se centra en la subjetividad y hasta arbitrariedad en la consideración de la conducta del testigo y sus reacciones, como la sudoración, salivación, respiración, alteración, poses y posturas, tono de voz, movimientos de manos, piernas, pies, ojos, expresiones faciales con gestos y miradas y en general cualquier elemento externo corporal de la persona del testigo, que muestren su estado emocional para descubrir su forma de ser y de obrar, en

³¹⁷ Jordi NIEVA FENOLL. Ob. cit. p. 233. También y del mismo autor La Valoración de la Prueba. Editorial Marcial Pons. Madrid, 2010. pp. 212 y ss.

definitiva, su personalidad, ello especialmente cuando el juez no es experto en esta materia y su función no es esa en el proceso, lo que ante la falta de conocimiento especializado al respecto convierte esta tendencia en altamente peligrosa, subjetiva y frecuentemente arbitraria.

Pero aunado a ello, otro problema no menos importante se presenta en las personas que con facilidad pueden cambiar sus estados anímicos y tienen conocimiento de esta ciencia –*kinesia*– logrando burlar o engañar con facilidad al judicante; incluso, puede que el testigo con su conducta pueda conducir a aquel –judicante– a creer que es falso y está mintiendo, cuando la verdad es totalmente otra, como por ejemplo un testigo con sudoración, nervioso, con salivación, con gestos corporales atípicos, pero que en el fondo está diciendo la verdad, de manera que la utilización del lenguaje corporal, la expresión, conducta o comportamiento del testigo no es un elemento objetivo y cierto que permita concluir si un testigo está o no diciendo la verdad de los hechos que conoce y sobre los cuales declara, de ahí que como diga el precitado profesor español [...] *No se puede afirmar seriamente en una sentencia que se considera que un testigo mentía porque se puso la mano delante de la cara o se encogió de hombros, o porque titubeaba a la hora de hablar. O bien porque pertenecía a una determinada raza o colectivo desprestigiados socialmente. Y sin embargo, todos ellos son factores tenidos penosamente en cuenta por no pocas personas a la hora de valorar la credibilidad.*³¹⁸

La segunda de las tendencias a que se refiere el profesor en comentario es la que tiene como base el estudio de la memoria y la técnica del interrogatorio, en el contenido de la declaración del testigo, lo que permite al judicante una pauta para la práctica del interrogatorio, dándose a conocer los casos más comunes en la falla de la memoria de las personas, así como el aporte de elementos a tener en consideración en la declaración que pueden ser valorados con cierta facilidad y plasmados en el contenido de la sentencia –motivados–; se trata de una serie de circunstancias “objetivas” que se presentan –indica– como una especie de requisitos de calidad de la declaración adaptables razonablemente en cada caso, conforme a la debida motivación que se exprese al respecto, lo que en definitiva abona el terreno de la motivación de la cuestión probatoria en la sentencia y la viabilidad de la revisión vía recursiva.

Estas circunstancias a que se refiere el profesor NIEVA FENOLL y que no vacilamos en hacernos militante de esta tendencia, precisamente son:

- a. **La coherencia en la declaración:** Consiste en la ausencia de contradicciones en el relato del declarante, de manera que todo aquello que haya dicho no contraste entre sí, de manera que no existan partes en la declaración que sean completamente incompatibles con otras.

³¹⁸ Jordi NIEVA FENOLL. Ob. cit. p. 234.

- b. **La contextualización de la declaración:** Consiste en la capacidad del declarante de recordar las características de la forma, el lugar y el tiempo donde sucedieron los hechos y cómo fueron percibidos –de ahí insistimos de la importancia de la razón de la ciencia o del dicho-.
- c. **La corroboración del testimonio:** Se trata que los hechos sobre los cuales declare el testigo puedan ser confirmados o coincidan con las declaraciones por ejemplo de otros testigos o con otros medios y fuentes probatorias que cursen en los autos, lo que se suyo conduce a la necesidad de la existencia en autos de otros medios y fuentes probatorias que arrojen el mismo resultado.
- d. **La ausencia de comentarios oportunistas del testigo.** Se trata de la inexistencia de declaraciones innecesarias que intenten aportar una falsa credibilidad imprimiendo una mayor seguridad retórica a la declaración, pero que hacen referencia a detalles sobre los que nadie ha preguntado, como por ejemplo –indicamos- que el testigo haga referencia a su seriedad, a sus conocimientos, alarde de su honestidad que pueden tender a encubrir la carencia de sus relatos a través de esos datos, para prescindir del cumplimiento de las circunstancias anteriores.

Termina indicando el citado profesor que cada una de estas circunstancias deben ser analizadas en el contexto de cada proceso adaptándolo consecuentemente, no siendo una regla rígida, pues en algunos casos y conforme a algunos medios probatorios pueden faltar algunos de ellos, por ejemplo cuando se analiza al testigo único –como la víctima de un delito sexual o intrafamiliar- y no existen otros medios probatorios que permitan dar cumplimiento al requisito de corroboración, lo que no restará valor al medio por la posibilidad de ser la declaración creíble.³¹⁹

La aplicación de esta tendencia permite el análisis de la prueba testimonial, de la declaración del testigo de manera objetiva, permitiéndose el análisis de elementos que pueden ser explicados en la sentencia con argumentos racionales, razonables y lógicos, dando a las partes el conocimiento sobre los criterios seguidos por el judicante para valorar o desechar la declaración de un testigo y permitir su control vía recursiva, lo que en definitiva cierra la discusión sobre el carácter subjetivo y soberano de los jueces de instancia en la valoración de la prueba que por ejemplo interdicta su control en Casación en base a este criterio poco serio de la “soberanía” y que genera la conocida arbitrariedad avalada por el Tribunal de Casación.

Pero y sin perjuicio de lo dicho, acogiendo la tendencia objetiva del análisis de aquellos elementos referidos a la declaración testimonial más allá de la persona del testigo, nos parece que no debe descartarse absolutamente esta última, que aunque subjetiva y en ocasiones arbitrarias, pueden ser apreciadas por el

³¹⁹ Jordi NIEVA FENOLL. La Valoración de la Prueba. pp. 22 y ss. Igualmente en Fundamentos de Derecho Procesal Penal. pp. 235 y ss.

judicante para el análisis del medio probatorio y para el conocimiento de la personalidad del testigo, especialmente en cuanto a la existencia de elementos perturbadores de la imparcialidad y objetividad, del recuerdo y percepción de los hechos que afecten la declaración, como la edad, la profesión u oficio, preparación, grupo social, vínculo con las partes e interés que pueda tener en las resultas del proceso, aspectos que influyen en la persona del testigo y lo hacen sospechoso, lo que debe ser cuidadosamente observado y analizado por el judicante conjuntamente con la declaración propiamente dicha en los términos que hemos expuesto.

Dicho esto y refiriéndonos a la forma de valoración de la prueba testimonial en comento, en línea general los diferentes sistemas de procedimiento que hemos estudiado acogen el sistema de la sana crítica como modalidad de valoración, sin perjuicio que en el caso del procedimiento civil, se establecen pautas “subjetivas” específicas que deben ser tenidas en consideración por el judicante al momento de apreciar y valorar la declaración, señalando al efecto el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil, lo siguiente [...] *Para la apreciación de la prueba de testigos, el Juez examinará si las deposiciones de éstos concuerdan entre sí y con las demás pruebas, y estimará cuidadosamente los motivos de las declaraciones y la confianza que merezcan los testigos por su edad, vida y costumbres, por la profesión que ejerzan y demás circunstancias, desechando en la sentencia la declaración del testigo inhábil, o del que apareciere no haber dicho la verdad, ya por las contradicciones en que hubiere incurrido, o ya por otro motivo, aunque no hubiese sido tachado, expresándose el fundamento de tal determinación.*”

La norma en comento como lo ha expresado la jurisprudencia vernácula, constituye una norma jurídica expresa de valoración de la prueba de testigos, donde se conjugan los sistemas de la tarifa legal y la sana crítica, el primero como consecuencia que frente a la declaración testimonial se encuentra ante una regla legal expresa que no puede desatender, debiendo considerar al efecto los siguientes elementos: a. *Concordancia* de las declaraciones de los testigos entre sí y con las demás pruebas judiciales que cursen en el expediente –se trata de la analizada *corroboración*-; b. Estimación cuidadosa de los motivos de las declaraciones –donde pudiéramos encuadrar por ejemplo las señaladas *coherencia, contextualización y ausencia de comentarios oportunistas*-; c. Confianza que merezcan los testigos por su edad, vida y costumbres, por la profesión que ejerzan y demás circunstancias; y d. Habilidad e inhabilidad del testigo.

Como vemos y conforme las tendencias subjetivas y objetivas analizadas, la precitada norma que contiene la regla legal de valoración pudiera considerarse o interpretarse de una manera amplia como la regulación de las reglas científicas que debe analizar el judicante para la valoración del medio probatorio en estudio, atendiendo tanto a aspectos objetivos y subjetivos, que deben argumentarse, sostenerse, explicarse y verterse en el acto sentencia para el conocimiento de las partes y su control vía recursiva, dándose cumplimiento al derecho a la tutela judicial efectiva que impone el deber de la jurisdicción de

motivar sus fallos. Pero y como hemos indicado, la norma en comento también contiene una regla de sana crítica respecto al análisis de estos criterios o reglas a tener en consideración de manera que si bien el juez tiene la libertad en la apreciación y valoración de la prueba, en el análisis y conclusiones respecto a la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del medio probatorio, tanto del contenido de la declaración como del testigo mismo, tendrá que hacerse en el contexto y conforme a los aspectos previstos en la norma, lo que debe ser explicado motivadamente en la sentencia correspondiente.

En definitiva el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil, se trata de una norma expresa de valoración de la prueba de testigos, que contempla un sistema tarifado para la apreciación y valoración del testimonio y del testigo, así como un sistema libre –dejado a la sana crítica- para la apreciación y valoración de cada uno de los elementos que el legislador le exige analizar al juez, concurrencia de elementos objetivos y subjetivos –como lo hemos expresado- que pueden resumirse en los siguientes aspectos: a. Cumplimiento de los requisitos de ley para la promoción, admisión y evacuación de la prueba; b. Que no exista prohibición de investigar el hecho sobre los cuales depone el testigo, así como la legalidad de la prueba, su relevancia, pertinencia e idoneidad; c. Condiciones físicas o mentales del testigo, incluso morales; d. Capacidad memorativa del testigo; e. Condiciones morales del testigo; f. Condiciones sociales y profesionales del testigo; g. Personalidad del testigo; h. Relaciones del testigo con las partes y con la causa; i. Contenido de la declaración; y j. Razón del dicho o ciencia del dicho del testigo.

CAPITULO VI
PRUEBA DOCUMENTAL

SUMARIO.

1. *La prueba documental. Introducción. 1.1. Etimología de la voz documento. 1.2. Evolución histórica de la prueba documental. 1.3. Definición y caracterización. 1.4. Elementos del documento. 1.5. El documento como fuente y medio de prueba. 1.6. Naturaleza jurídica del documento. 1.7. Objeto y contenido del documento. 2. Requisitos de la prueba por documentos. 2.1. Requisitos de existencia. 2.1.1. Que se trata de una cosa u objeto producto de actos humanos, que sea capaz de representar hechos cualquiera. 2.1.2. Que tenga significación probatoria. 2.1.3. Que se cumplan los requisitos necesarios en materia de instrumentos públicos y privados. 2.1.4. Que de tratarse de instrumentos estén debidamente firmados. 2.2. Requisitos de validez; 2.2.1. Que tratándose de un documento declarativo o dispositivo, se haya realizado en forma conciente, sin coacción. 2.2.2. Que se haya aportado al proceso en tiempo útil y en forma legítima. 2.2.3. Que de tratarse de instrumentos públicos, copias o cualquier otro medio de reproducción, se haya dado cumplimiento a los requisitos exigidos por la Ley. 2.3. Requisitos de eficacia probatoria. 2.3.1. Que se encuentre establecida su autenticidad. 2.3.2. Que el documento sea idóneo o conducente para demostrar el hecho que representa o declara. 2.3.3. Que el documento se encuentre completo, sin alteraciones, tachaduras o raspaduras que lo alteren. 3. 3. Tipología de los documentos. 3.1. Según su naturaleza o contenido. 3.2. Según su forma. 3.3. Según su finalidad. 3.4. Según su certeza. 3.5. Según intervenga o no un funcionario público –clasificación sustantiva-. 3.6. Según estén suscritos o no. 3.7. Según la oportunidad de aportación al proceso –clasificación adjetiva-. 3.8. Según su función. 3.9. Según sirvan para cotejar o ser cotejados. 4. Oportunidad procesal para aportar la prueba documental al proceso judicial.*

1. LA PRUEBA DOCUMENTAL. Introducción.

En su momento nuestro padre el maestro Humberto BELLO LOZANO MÁRQUEZ, nos enseñaría que si queremos conocer como fue la vida de cualquier persona, como discurrió la misma desde su nacimiento hasta su muerte física, podemos trazar una radiografía con el solo análisis de los documentos, especialmente de los documentos escritos o instrumentos que contienen los datos de la vida; en este sentido desde el mismo momento del nacimiento la persona es presentada ante el Registro Civil conforme a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Registro Civil –antiguamente ante la Jefatura Civil correspondiente- donde se levantará un acta de donde podrá desprenderse los datos de los padres, del niño, el nombre que le imponen, sus apellidos y demás datos en los términos del artículo 93 *ejusdem*; cuando ese niño va creciendo mediante la prueba documental escrita se sabrá si fue o no enfermizo, a que edad acudió por primera vez al colegio, si practicó o participó en actividades deportivas, si fue buen o mal estudiante en la primaria y secundaria, el número de identidad asignado en su correspondiente cédula de identidad y durante el tiempo de adolescencia, juventud y entrando a la madurez, igualmente y mediante los documentos escritos podrá determinarse si esa persona estudió a no a nivel superior, si fue endosado a la vida por sus padres luego de haber cumplido su labor y donde ya no es oponible la excepción *non adimpletis contractus*, vale decir, si se graduó, cuales fueron sus calificaciones, su posición, si realizó o no estudios de postgrado, cuales fueron sus calificaciones entre otros datos; desde la óptica

personal se puede determinar si fue una persona de dinero o no, si contrajo matrimonio, si tuvo hijos, los bienes muebles o inmuebles que adquirió, las negociaciones que realizó y luego llegando al ocaso, se puede determinar mediante los documentos escritos, a quién dejó sus bienes –si es el caso- el momento de su fallecimiento físico, dónde fue enterrado, quienes fueron o son sus herederos, si dejó deudas materiales –no morales, pues esas en ocasiones no se pagan por estos rumbos- de manera que la vida de cualquier persona puede ser reconstruida mediante los documentos, que no necesariamente tienen que ser escritos, pues todos éstos acontecimientos pueden ser recogidos en documentos no escritos, como cámaras, fotografías u otros medios de almacenamiento y reproducción de datos, imágenes y/o sonidos.

Lo dicho nos permite afirmar que la vida de toda persona siempre discurre paralelamente con los documentos, en otras palabras, los documentos son parte de la vida de las personas, son los medios como se recogen esos hechos del pasado, que pueden decirnos cómo fue la vida de una persona, lo que ha sido así desde la existencia de la humanidad, desde el hombre de las cavernas en la prehistoria que documentaba su vida mediante dibujos en las piedras, aunque en puridad de verdad y como veremos, no se trataba como tal del documento en su noción científica; y es que precisamente la historia siempre ha sido documentada para que sea reproducida en el presente y puedan corregirse los errores del pasado, incluso bien para conocer nuestro pasado y poder prepararnos para un mejor futuro, de ahí la importancia de este medio probatorio que en cierto modo ha superado la testimonial –como hemos visto- por la confianza que genera y que será el tema que abordaremos en éste y otros capítulos dedicados a la misma.

¿Qué es el documento?

Para poder adentrarnos en el mundo de la prueba documental, por documentos, prueba preconstituida³²⁰ o literal como también se le conoce,³²¹ resulta necesario referirnos a la etimología del vocablo y su evolución histórica, lo que nos permitirá entender y conocer mejor este “instrumento” jurídico que tiene una importancia fundamental en el mundo de la ciencia procesal y probatoria.

1.1. Etimología de la voz documento.

Nos dice el maestro BELLO LOZANO que etimológicamente la palabra documento arranca el concepto de la voz latina “*documentum*”, derivado de la palabra “*dóceo es, ere, docui, doctum*” que significa enseñar, traducéndose modernamente en escrito, instrumento u otro papel autorizado, que sirva para justificar un acto, un hecho o la existencia de una obligación de dar, hacer o no hacer, traducéndose modernamente

³²⁰ Véase a Valentín SILVA MELERO. Ob. cit. T. I. p. 236.

³²¹ Es la denominación que utiliza el maestro Antonio ROCHA ALVIRA. Ob. cit. p. 413.

en escrito, instrumento u otros papel autorizado que sirve para justificar un acto, un hecho o la existencia de una obligación de dar, hacer o no hacer.³²²

COUTURE al tratar el definición de documento –instrumento- nos dice que se trata de un objeto normalmente escrito, en cuyo texto se consigna o representa alguna cosa apta para esclarecer un hecho o se deja constancia de una manifestación de voluntad que produce efectos jurídicos, cuya etimología proviene del latín *documentum* –i “enseñanza, lección” derivado del verbo *doceo*, –ere “enseñar”; que en sentido actual está documentado por primera vez en 1786, llegándose probablemente a través de “lo que sirve para enseñar”, luego “escrito que contiene información para enseñar” y finalmente “escrito que contiene información fehaciente”.³²³

PARRA QUIJANO por su parte al referirse a la etimología de la voz documento nos dice que proviene de la raíz *dek*, *dock* o *doc* de donde nacen varias palabras, entre ellas el verbo latino *doceo* y de éste el vocablo *documentum* con tres acepciones primarias: a. Aquello con lo que alguien instruye; b. Aquello que se refiere a la enseñanza; y c. Aquello que se enseña; que el verbo latino *déctet* y el griego *dékomai* pueden traducirse en su significado más amplio como “lo hago a alguien algo claro; “yo enseño”.³²⁴

1.2. Evolución histórica de la prueba documental.

Hemos dicho en otro momento al tratar la prueba por declaración y especialmente de terceros –prueba por testimoniales- que en la antigüedad los medios de prueba fundamentales y con mayor credibilidad lo serían precisamente la palabra de las partes y de los terceros, las declaraciones que se rindieran en el proceso, medios que poco a poco fueran perdiendo terreno como la reina de las pruebas para ser sustituidas por la documental, donde incluso y para determinados actos se exigía la necesidad –por su importancia- de la existencia de la prueba documental, de manera que ante la pérdida del valor de la palabra la documental comienza a posesionarse como la prueba esencial en el proceso –salvo el sistema penal cuya reina probatoria descansa en los indicios- de ahí que como nos dice KIELMANOVICH a diferencia de lo que acontece en la prueba testimonial proveniente de los terceros y de las partes, la documental exige un desarrollo cultural más avanzado y sustancial generalización de uso dentro del medio social de que se trate, tanto sea empleada con fines extraprocesales como judiciales propiamente dicho; que el proceso y conocimiento de la escritura sería lento y su masiva divulgación y empleo se presentó como un proceso de transformación, a pesar de la expansión del comercio que habría de servir de motor

³²² Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. I. p. 319.

³²³ Eduardo J. COUTURE. Vocabulario Jurídico. p. 239.

³²⁴ Jairo PARRA QUIJANO. Tratado de la Prueba Judicial. Los Documentos. Tomo III. Tercera edición. Editorial Librería Ediciones del Profesional LTDA. Bogotá, 2003. p.1.

para ello.³²⁵ En este mismo sentido encontramos al maestro ALSINA quien nos enseña que la importancia de la prueba documental –escrita- ha sido progresiva en la legislación a medida que los beneficios de la escritura se extendieron paulatinamente dejando de ser un privilegio de una clase determinada para formar parte de la cultura general, ya que en la antigüedad –indica- la prueba testimonial y posteriormente la de confesión, se presentarían como aquellas que ofrecían mayor seguridad y certeza, ello en función que la palabra del hombre era el elemento que merecía más credibilidad para los jueces.

En este sentido y como señalamos al tratar la historia de la prueba testimonial, la restricción de la misma en cuanto a su admisibilidad, se produciría cuando la escritura comenzaría a prevalecer sobre aquella, conforme al estatuto de Bolonia de 1.452 aprobado por el Papa Nicolás V, que prohibiría la prueba por testigos cuando se tratara de pagos de más de 50 libras y de los contratos de más de 1000; luego en el estatuto de Milán de 1.498 que prohibiría la testimonial respecto a ciertos actos y luego la ordenanza de *Moulins* que requeriría la prueba escrita en todo aquellos que excediere de 100 libras, lo que pasaría así al Código de Napoleón y a nuestras legislaciones, todo lo que trajo como consecuencia que aquel principio “testigos vencen escritos” sería sustituido por “escritos vencen testigos”.³²⁶

La escritura aparece por primera vez –cuneiforme- en tablas de arcilla y de piedra, luego en pieles y papiros en la región de la Siria y Mesopotamia –confluencia de los ríos Eufrates y Tigris- a través de los pueblos asirios y babilónicos que dieron inicio a la primera civilización universal, creando el alfabeto, la rueda, el arado y la primera legislación como lo fue el Código de Hammurabí, la primera organización estatal y sus expresiones políticas, educacionales, sanitarias, judicial y militar, de manera que como nos dice DEVIS ECHANDÍA la aparición del documento como medio de comunicación y como instrumento para hacer constar convenciones y pactos, que luego pudieran servir para la acreditación de ellos ante funcionarios públicos en caso de litigios, exigiría un avanzado desarrollo social, así como su aceptación como medio normal de prueba en procesos civiles –así como comerciales- conjuntamente con la generalización de la escritura por lo menos en aquellos grupos sociales de mayor cultura, lo que significaría –indica- que su aparición realmente sólo sería después de la aparición de la escritura simbólica y jeroglífica de muy remoto origen, cuyas muestras se encontrarían en monumentos de las épocas de Asiria, Babilonia y en el antiguo Egipto; que el desarrollo del comercio entre los países precisamente sería el elemento determinante en el desarrollo de la escritura, de los documentos, principalmente a partir del uso del papiro como instrumento contractual y como título de crédito que permitiría su aceptación como prueba judicial; que en Asiria y Babilonia la prueba documental tendría mayor desarrollo, al ser exigido para los matrimonios, los divorcios, los contratos sobre inmuebles, los préstamos o monumentos, las

³²⁵ Jorge L. KIELMANOVICH. Ob. cit. p. 275.

³²⁶ Hugo ALSINA. Ob. Cit. T. III. pp. 396 y ss.

anticresis, los comodatos y otros contratos, donde por ejemplo en el precitado Código de Hammurabí de 2.250 años a. de C exigiría el documento –entonces en forma de tablas de madera- para algunos actos, reconociéndole valor de prueba judicial, situación que sería similar en Persia, donde aparentemente sería el primer lugar donde apareciera el catastro inmobiliario, donde el documento sería empleado para la transmisión de bienes inmuebles y su prueba con fines judiciales.

En Egipto se introduciría la prueba documental como requisito obligatorio para ciertos contratos, lo que únicamente podía ser suplido por el juramento; y en Grecia el documento sería también utilizado desde tiempos remotos, así como la escritura privada que tendría gran desarrollo entre ellos, teniendo un uso constante en materia comercial y especialmente marítima; aquí –nos dice SILVA MELERO- el contrato literal cuya forma más corriente era un documento de mutuo ficticio, se utilizaba cuando el valor obligacional era independiente de la entrega o no del dinero, pudiendo servir incluso de garantía; que se distinguirían documentos públicos –que adoptarían varias modalidades, según fueran otorgados ante notarios y jueces- privados y bancarios, algunos redactados en estilo objetivo, mientras que otros se redactarían en estilo subjetivo, en forma de carta, conociéndose también una especie de solicitudes o instancias dirigidas a los magistrados.³²⁷

En Roma la prueba documental predominaría en el período antiguo y durante el Imperio hasta su decadencia, aunque en el período de la *ordo iudicium privatorum* y concretamente en el procedimiento de la *legis actionis* habría la existencia de cierta prueba documental como los *codex rationum domesticarum* que llevaban los jefes de familia para la contabilidad de la economía doméstica y los *codex rationum mensae* o *argentariae* que utilizaban los banqueros, aunque no se trataban de contratos escritos; en el período *per formularium* aparecería la prueba literal para determinados contratos –*obligatio quae contrahitur literas*- que estarían en principio reservado a ciudadanos romanos y luego liberado para los extranjeros, lo que daría paso a la presencia de actuarios y notarios, luego los *tabulari* en la época de Marco Aurelio donde la prueba documental recibiría un impulso importante, estableciéndose registros hipotecarios, intervención de los funcionarios en testamentos y contratos, distinguiéndose los instrumentos privados de los forenses y elaborados por *tabulari* en presencia de testigos, cuyo mérito probatorio estaría condicionado a que aquel o en subsidio los testigos ratificaran en proceso.

Con Constantino se iniciaría un proceso de profundas restricciones en torno a la prueba testimonial –nos dice KIELMANOVICH- lo que incidiría inversamente a favor de la documental, en parte a la menor fe que merecía la palabra del hombre, al comenzar a disminuir la influencia que la religión ejercía sobre la costumbre, de manera que la ley 9, Código de *Testibus*, 4, 20, negaría valor al testimonio proveniente del testigo único, por más consideraciones que se pudiesen merecer sus cualidades

³²⁷ Valentín SILVA MELERO. Ob. cit. T. I. pp. 240 y ss.

personales, de donde y como hemos visto se extraería la máxima *unus testis nullus testis*; pero con la caída del Imperio Romano y su conquista por los germánicos, a causa del escaso desarrollo cultural de éstos, la prueba documental retrocedería o involucionaría, cayendo en desuso en las relaciones comerciales y en los procedimientos judiciales al dársele mayor fuerza a la palabra –prueba testimonial y confesional-.³²⁸

En la Edad Media el documento vuelve a reaparecer como sucedería con el Código visigodo del siglo VII, de influencia romano y canónica que prevería la citada prueba; más en el Derecho Canónico la prueba documental quedaría introducido como instrumentos contractual y probatorio, creándose registros de estado civil.

En el derecho español Las Leyes de las Siete Partidas de 1260, contemplarían la función notarial y la prueba por documentos para convenciones y testamentos, lo que pasaría a Portugal a partir del reinado de Alfonso III a comienzos del siglo XIV, así como a Italia donde en 1241 se sancionarían estatutos notariales en Vercelli, Niza, Rabeau y otros. Los instrumentos se clasificarían en públicos, auténticos y privados, el primero que era aquel otorgado ante escribano público y testigos –Partida III. 18, ley 1-; el auténtico que era aquel que se hacía firmado y sellado por el rey, los obispos, nobles o concejos; y los privados que era extendido por los particulares; los dos primeros hacían plena fe a raíz de la autoridad o ante quienes se habían otorgado –Partida III, 18, leyes 1 y 114- en tanto que el privado requería del reconocimiento de la propia parte o su comprobación por dos testigos de vista referido a personas que hubiesen presenciado la firma.³²⁹

Una vez que nos hemos paseado brevemente por la evolución histórica de la prueba documental, queda abonado el terreno para adentrarnos a su definición y caracterización, conforme lo veremos en el punto que sigue.

1.3. Definición y caracterización.

Para ensayar una definición de documentos como medio probatorio y como lo hemos hecho con todos los medio probatorios analizados hasta el momento, se nos antoja pasearnos al respecto por lo que ha considerado la doctrina, que y como veremos en sus diferentes nociones adopta las teorías construidas

³²⁸ Jorge L. KIELMANOVICH. Ob. cit. pp. 276 y ss.

³²⁹ Véase a Valentín SILVA MELERO. Ob. cit. pp. 245 y ss; Aldo BACRE. Ob. cit. T.III. pp. 116 y ss; Jorg L. KIELMANOVICH. Ob. cit. pp. 277 y ss.

para tratar de explicar la noción del documento a saber: a. “*Teoría de la expresión*” escrita que considera al documento como todo escrito, lo que deja a un lado o ignora la existencia de documentos no escritos con videos, fotografías, grabaciones y cualquier cosa capaz de representar algo diferente asimismo al poder almacenar imágenes, palabras y sonidos, de manera que descarta la diferenciación entre instrumento –como género de la prueba documental escrita- y el documento como tal; b. “*Teoría de la representación*” construida por CARNELUTTI y conforme a la cual, el documento será toda cosa elaborada por el hombre capaz de representar un hecho, pues de lo contrario se tratará de una mera pieza de convicción; y la “*teoría de la naturaleza mueble del objeto*” sostenida por GUASP sustentada en que el documento es cualquier cosa mueble u objeto que puede ser llevado físicamente al juez, un medio de prueba que consiste en un objeto o cosa mueble que puede por su índole, ser llevado físicamente a la presencia del operador de justicia, para demostrarle la existencia o inexistencia de datos procesales, sin atender a la condición representativa de los hechos.

En este sentido comencemos con la doctrina italiana donde el maestro CHIOVENDA nos dice que documento en un sentido amplio es toda representación material idónea destinada a reproducir una determinada manifestación de pensamiento; como una voz fijada –nos dice- duraderamente: *vox mortua*; que por eso le corresponde mayor importancia como medio de prueba, lo que variará según que: a. La manifestación de pensamiento reproducida esté más o menos relacionada con los hechos de la causa, parezca más o menos seria y sincera; y b. La reproducción sea más o menos fiel y atendible; que en sentido amplio [...] *pueden ser documentos los signos más variados (manchas o contraseñas; términos de los fundos; señales de carretera, etc).* Pero como medio común de representación material del pensamiento es la escritura, los documentos, con mucho, más importantes son los escritos.”³³⁰ De esta manera en palabras del gran maestro italiano el documento es toda representación material destinada e idónea para reproducir una determinada manifestación de pensamiento.

CARNELUTTI al tratar el tema expresa que el documento no es un acto sino una cosa, que a diferencia de la testimonial el acto no es de manera alguna el hecho representativo, sino un momento precedente a éste, al no representar por sí, sino creando un objeto capaz de representar, de manera que la presencia o la no presencia del hecho representado respecto a la formación del hecho representativo, es –indica- la piedra de toque para discernir entre documento y testimonio; que el documento es una cosa que sirve para representar otra y como la representación siempre es obra del hombre, el documento, mas que una cosa es un “*opus*”, una cosa representativa, capaz de representar un hecho; se trata de un objeto que contiene una manifestación del pensamiento. Como observamos es al maestro italiano a quien se le atribuye o identifica como el precursor de la identificación del documento con su condición

³³⁰ Guiseppo CHIOVENDA. Ob. cit. V. III. pp. 187 y ss.

representativa, de manera que solo puede considerarse documento a la cosa u objeto que sea capaz de representar en el futuro un hecho presente en el momento de su confección, tratándose el mismo – documento- de la fuente de prueba, no así el acto humano de su creación.³³¹

LIEBMAN se refiere al documento como una cosa que representa o configura un hecho, en modo de dar a quien lo observa un cierto conocimiento de él, interesando en la medida que sean representativos de hechos jurídicamente relevantes, distinguiéndose de ellos dos elementos: el material que viene dado por lo general por el papel en el cual se trazan los signos; y el contenido, intelectual o figurativo en el que consiste propiamente dicha la representación del hecho jurídico,³³²

MICHELLI nos indica que el documento es aquella representación de un hecho o aquel signo que permite el conocimiento de un hecho que se concreta en la escritura por parte de un ser humano; no siendo menos documento una fotografía o cinematografía, un calco, un relieve, una tarja o mueca, una contraseña, de manera que el documento –indica- siempre será una cosa material, de sustancia diversa, pero siempre idónea para dar a quien lo examina, a través del signo, la impronta, la contraseña, la combinación gráfica de las letras y de las palabras, el conocimiento de un hecho, ya sea éste la realización de un contrato o del modo en que se han desarrollado los acontecimientos o hechos que han dado lugar a una ilicitud y así sucesivamente; que [...] *Allí donde el documento, y en particular el escrito, se pone por la ley en particular vinculación con el hecho documentado, entonces surge a menudo la dificultad de distinguir entre el documento – como material, que es el objeto de la prueba- y el hecho documentado, especialmente cuando éste se califica como jurídico. El documento puede representar además un documento ya existente y que tiene una propia eficacia específica (copias de escritos), en cuando reproduce el primer documento o en cuanto contiene la declaración del documento cuyo contenido es reproducido en el documento nuevo (acto de reconocimiento o de renovación;*³³³

MANZINI citado por BELLO LOZANO considera el documento en sentido propio como cualquier escrito fijado sobre un medio transmisible debido a un determinado autor, que contenga manifestaciones o declaraciones de voluntad aptas para fundar o sufragar una pretensión jurídica, o para probar un hecho jurídicamente trascendente, dentro de una relación procesal o en otra relación jurídica.³³⁴

ROCCO se refiere a la prueba documental como medios de prueba preconstituidos que pueden ser producidos y alegados por las partes, que representan la fuente más importante de pruebas.³³⁵

En la doctrina española comencemos con Jaime GUASP quien luego de criticar por insuficientes las teorías que pretender identificar al documento con los escrito y con la representación, propone la

³³¹ Francesco CARNELUTTI. Ob. cit. pp. 156 y ss.

³³² Enrico Tullio LIEBMAN. Ob. cit. p. 311.

³³³ Gian Antonio MICHELI. Ob. cit. V. II. p. 131.

³³⁴ Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. I. p. 320.

³³⁵ Ugo ROCCO. Ob. cit. V. III. p. 113.

teoría del documento identificado con una cosa mueble u objeto capaz de ser traslado a la presencia del judicante, a cuyo efecto ofrece una definición del precitado medio probatorio expresando que se trata o resulta de cualquier cosa mueble u objeto que puede ser llevado físicamente al juez, vale decir, aquel medio de prueba que consiste en un objeto que puede por su índole, ser llevado físicamente a la presencia del operador de justicia para demostrarle la existencia o inexistencia de datos procesales, sin atender a la condición representativa de los hechos.³³⁶ Como observamos a diferencia de la doctrina y del criterio de CARNELLUTTI, el maestro español identifica al documento con la condición de objeto o cosa mueble capaz de ser trasladada físicamente ante la presencia del judicante, de manera que se trata de la idea de prueba real, como objeto físico que puede ser llevado al juez para demostrarle la existencia o no de hechos controvertidos, entendiendo que si la cosa u objeto no es capaz de ser llevado a la presencia del juzgador, no se estará en presencia de un documento, tal como sucede en materia de bienes inmuebles –hitos, linderos, terrenos, distancias- donde debe ser utilizada la denominada prueba de monumentos consistente en aquel medio que sirve en materia de objetos inmuebles, que puedan formar la convicción del juzgador; esto permite al maestro hacer la diferencia entre prueba documental y por monumentos, la primera referida a cosas muebles y la segunda a inmuebles, lo que ha sido criticado por la doctrina quien señala que las cosas inmuebles, si tienen carácter representativa no pierden el carácter de documentos, solo que serán aportados o demostrados en el proceso, mediante otros medios probatorios como lo es la inspección judicial por ejemplo.³³⁷

PRIETO CASTRO citado por SILVA MELERO define al documento como el objeto o materia en que consta por escrito una expresión del pensamiento, siempre que esté expresado por escrito, añadiendo que también se trata de una representación del pensamiento, aunque no sea escrito, o una representación cualquiera como hitos, fotografías, precintos, tallas.³³⁸

ASENCIO MELLADO indica que para entender lo que es la prueba documental hay que acudir a la distinción entre fuente y medio de prueba y en concreto, siendo el documento una cosa representativa de la realidad plasmada por escrito, aunque con el avance de la ciencia –indica se presentan muchas formas de representación de realidades, que no necesariamente de limitan a lo escrito, sino que se hacen mediante sistemas visuales, informáticos, entre otros.³³⁹

³³⁶ Jaime GUASP DELGADO. Ob. cit. p. 362.

³³⁷ Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. pp. 3 y ss.

³³⁸ Valentín SILVA MELERO. Ob. cit. T. I. p. 248.

³³⁹ José María ASECIO MELLADO. Ob. cit. p. 183.

GÓMEZ COLOMER al tratar el tema señala que documento es un objeto, por tanto algo material, de naturaleza real, en el que consta por escrito una declaración de voluntad de una persona o varias, o bien la expresión de una idea, pensamiento, conocimiento o experiencia.³⁴⁰

MONTERO AROCA al analizar el tema expresa que existe incertidumbre en cuanto a lo que debe considerarse como documento, señalando que una primera teoría considera el documento como una cosa mueble a la cual hace coincidir, siendo en consecuencia todo cosa que pueda ser llevada físicamente a la presencia del operador de justicia, de manera que se identifica el documento con el concepto de cosa mueble –tesis de GUASP-; una segunda teoría mas estricta que identifica el documento con la figura de escritos o escritura , entendiéndose por documentos la incorporación de un pensamiento por siempre escrito, bien usuales, bien convencionales, independientemente de la materia o soporte en que estén extendidos los signos escritos; una tercera concepción –intermedia- considera documento todo objeto material representativo de un hecho de interés para el proceso, representación que puede ser mediante la escritura, pero no necesariamente, como sucede con la fotografía, fonografía, cinematografía; que los elementos de todo documento son: a. La **cosa**, entendiéndose como cosa mueble, capaz de ser trasladado al proceso judicial –disquette- CD Rom-; b. **Contenido**, que es el hecho o acto jurídico representado en esa cosa que puede ser trasladado a la sede judicial; c. **Forma representativa**, aspecto clave para definir el documento, por cuando la forma de representación puede ser escrito de otra manera, como puede ser los medios que almacenen sonidos, imágenes palabras, como discos compactos o CD Rom, formatos MP3, *pens drive*, entre otros; d. **Autor**, para determinar la paternidad o proveniencia del documento y; e. **Fecha**, para ubicar en el contexto del tiempo y espacio, el momento en que se realizó el acto y su almacenamiento o representación en el medio documental.³⁴¹

ORMAZABAL SÁNCHEZ al tratar la definición de documento en la nueva LEC 1/2000 indica que se trata de soportes u objetos muebles, fácilmente trasladables a presencia judicial, susceptibles de ser copiados o reproducidos también con facilidad –escritura u otro tipo- inmediatamente legibles y visualizables.³⁴²

En la doctrina alema nos topamos con SHÖNKE para quien el documento en el sentido del Código Procesal es toda manifestación del pensamiento expresado por medio de signos de escriturta, siendo indiferente el material sobre el que los signos están escritos, así como la clase de escritura –letras, signos, números, taquigrafía, imprenta, entre otros-; indica que tampoco es sustancial para el concepto

³⁴⁰ Juan Luís GÓMEZ COLOMER. Derecho Jurisdiccional II. p. 297.

³⁴¹ Juan MONTERO AROCA. Ob. cit. pp. 143 y ss.

³⁴² Guillermo ORMAZABAL SÁNCHEZ. La Prueba Documental y los Medios e Instrumentos Idóneos para Reproducir Imágenes o Sonidos o Archivar y Conocer Datos. Editorial La Ley. Madrid, 2000. p. 22.

de documento que la manifestación del pensamiento vaya firmada, no que se extendiera de antemano expresamente para la prueba, bastando una simple comunicación escrita que también documento.³⁴³

ROSENBERG citado por PARRA QUIJANO indica que documento es toda materialización de un pensamiento.³⁴⁴

Finalmente KISCH citado por BELLO LOZANO se refiere al documento como toda cosa donde se expresa por medio de signos, una manifestación del pensamiento.³⁴⁵

En la doctrina argentina ALSINA al tratar el tema bajo el título de “prueba instrumental” explica que las leyes indistintamente hablan de documentos e instrumentos como si fueran sinónimos, cuando en realidad –indica- responden a conceptos diferentes, entendiéndose por documentos toda representación objetiva de un pensamiento, la que puede ser material o literal, ésta última como sucede con los tipos –cordón de lana del que pendían otros de distinto largo, grueso y color, cada uno de los cuales expresaba una idea y el conjunto un pensamiento- las tarjetas o muescas, rayas, mellas, tajos, cortaduras –constituido por listones divididos longitudinalmente en dos partes iguales, una de las cuales se entregaba al comprador y la otra se reservaba al vendedor, para llevar el control de la venta de mercancías fiadas, de manera que en cada operación se superponían las mitades y se les hacía una muesca que abrazaba ambas y al liquidar el negocio, se confrontaban unas con otras- las marcas –para identificar por ejemplo animales u objeto que las llevara- signos, contraseñas y otros; en tanto que los documentos literales se refieren a la escritura destinada a constatar una relación jurídica para lo cual se reserva el nombre de instrumento –documentos escritos-.³⁴⁶

PALACIO dice que en sentido lato documento es todo objeto susceptible de representar una manifestación del pensamiento, con prescindencia de la forma en que esa representación se exterioriza, de manera que no sólo son documentos los que llevan signos de escritura, sino también todos aquellos objetos que como los hitos, planos, marcas, contraseñas, mapas, fotografías, películas cinematográficas, cintas magnetofónicas, entre otros, poseen la aptitud representativa; el precitado maestro se separa del criterio que sostiene que el documento es una cosa mueble trasladable a la presencia del judicante –tesis de GUASP-.³⁴⁷

Para JAUCHEN la documental es otro medio de prueba que se introduce mediante el documento, siendo éste el objeto que materializa una actividad humana significativa para el proceso; que el pensamiento así plasmado constituye el contenido del documento, el cual es su objeto portador,

³⁴³ Adolfo SHÖNKE. Ob. cit. p. 220.

³⁴⁴ Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. p. 5.

³⁴⁵ Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. I. p. 320.

³⁴⁶ Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. pp. 391 y ss.

³⁴⁷ Lino Enrique PALACIO. Ob. cit. T. IV. p. 417 y ss.

pudiendo ser de las más diversas formas y especies, como papel, escritos, dibujados o gráficos, fotografías, filmaciones, pinturas, esculturas, murales, discos, grabaciones magnetofónicas, muestras fotostática, registros, télex, fax, diarios, informes, contraseñas, distintivos, emblemas y en sí, cualquier objeto que contenga la representación de un hecho humano; que la representación del acontecer humano reflejado en el documento puede ser simple, o bien, además de ello, declarativa de un pensamiento, siendo meramente representativa el documento que concreta materialmente un hecho humano vacío de toda declaración expresa de quien es su autor, como por ejemplo la fotografía, planos, radiografías, pinturas; que por el contrario será declarativo cuando su autor manifiesta en él una especial declaración de su pensamiento, como es el caso de escritos, cintas grabadas, discos, entre otros, trasuntando de esta manera –indica- una determinada voluntad del otorgante. Dice el citado autor argentino que el documento es un “medio de prueba” en el proceso cuando sirve en virtud de los actos o hechos en él contenidos y representados, caso en el cual lo documentado es lo relevante, el dato consistente en la manifestación de voluntad en él materializado; pero que cuando lo que interesa no es el contenido sino el documento en sí, en su materialidad, ya sea porque se haya puesto en duda su autenticidad o porque sea el cuerpo mismo del delito, será “objeto de prueba”.³⁴⁸

Para BACRE el documento es toda representación objetiva de un pensamiento, que puede ser literal o material, éste último donde se ubica entre otros las marcas, signos, contraseñas y los primeros, las escrituras destinadas a constatar una relación jurídica para lo cual se reserva el nombre de instrumentos; que el elemento determinante del documento es la “representación” consistente en un hecho capaz de producir una imagen de otro hecho, por conducto de los sentidos y no de la razón, presentando dentro de sus características fundamentales el tratarse de una prueba preconstituida y representativa.³⁴⁹

KIELMANOVICH señala que el documento es una prueba “autónoma”, que no se confunde con la eventual confesión o testimonio que puede aprehender, una prueba “real” en tanto es una cosa y no una persona, “indirecta” en el sentido de que no media identidad entre el documento como objeto de la percepción del juez, con el hecho que se pretende probar con el mismo –a contrario *sensu* de lo que sucede con la prueba directa, donde el juez constata personalmente los hechos- y además “preconstituida” al ser creada con anterioridad al proceso.³⁵⁰

En la doctrina colombiana comencemos con el maestro ROCHA ALVIRA, quien trata el tema bajo la denominación de “prueba literal”, indicando que el documento como el testimonio y la confesión,

³⁴⁸ Eduardo M. JAUCHEN. Ob. cit. pp. 487 y ss.

³⁴⁹ Aldo BACRE. Ob. cit. T. III. pp. 115 y ss.

³⁵⁰ Jorge L. KIELMANOVICH. Ob. cit. p. 284.

son pruebas representativas de un hecho, encaminados a la manifestación del pensamiento o a recoger la voluntad de hoy para representarla mañana.³⁵¹

AZULA CAMACHO al referirse a los documentos expresa -citando a DE SANTO- que la palabra documento proviene de *dekos*, de uso corriente en los círculos religiosos, que significa el gesto de las manos extendidas, tanto para ofrecer como para recibir, en tratándose de todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo; se trata -indica- de todo objeto producto de la voluntad humana, sea de manera directa o indirecta, que contiene una declaración o la representación de un hecho, cuyas características se ubican en ser un medio de prueba histórico, indirecto, real o matrial y preconstituido³⁵²

Para PARRA QUIJANO documento es toda cosa capaz de representar un hecho cualquiera o una manifestación del pensamiento, de manera que se trata de una cosa u objeto -perceptible por cualquiera de los sentidos, sujeto a las leyes de la materia y que ocupa espacio- que tiene carácter representativo; que pueden deducirse dos clases de documentos a saber: los que se forman cuando se captan previamente los hechos, representándose anticipadamente en la psiquis del hombre y los que no; que para que el documento puede ser llamado como tal, debe indefectiblemente representar un hecho o una manifestación del pensamiento, ya que si el objeto se muestra a sí mismo, sin representar algo distinto, no es un documento, de manera que debe contener la representación “inmediata” de otro hecho distinto a sí mismo, como sucede en la fotografía, que constituye un documento que contiene la representación de un hecho.³⁵³ En otra oportunidad indica el maestro colombiano que documento [...] *es todo objeto producido, directa o indirectamente, por la actividad del hombre y que, representa una cosa, un hecho o una manifestación de pensamiento*”; que como “objeto” puede ser cualquier cosa, siempre que tenga carácter representativo; que su “pasividad” como objeto representativo puede ser pasible de la actividad humana mediata -como la fotografía- o inmediata -como el escrito-; que su “intención” se refiere a que el hombre elabora los objetos en sí mismos, completos o capaces de crear otros, pero en uno y en otro caso, con una intención determinada desde el punto de vista del producto a obtener, de manera que hay un nexo entre el objeto creado por el hombre y el producto acabado, donde el documento como objeto o cosa de creación humana debe tener como intención la representación de un hecho.³⁵⁴

FIERRO-MENDEZ al tratar la prueba en el sistema de procedimiento penal nos dice que son documentos los textos manuscritos, mecanografiados o impresos, las grabaciones magnetofónicas, discos de toda clase o especie que contengan grabaciones, grabaciones fonópticas o videos, películas

³⁵¹ Antonio ROCHA ALVIRA. Ob. cit. p. 414.

³⁵² Jaime AZULA CAMACHO. Ob. cit. pp. 180 y ss.

³⁵³ Jairo PARRA QUIJANO. Manual de Derecho Probatorio. pp. 533 y ss.

³⁵⁴ Jairo PARRA QUIJANO. Tratado de la Prueba Judicial. Los Documentos. T. III. pp.10 y ss.

cinematográficas, grabaciones computarizadas, mensajes de datos, télex, telefax y similares, fotografías, radiografías, ecografías, tomografías, electrocardiogramas, electroencefalogramas y cualquier otro similar.³⁵⁵ Destaquemos en este punto donde se hace referencia a la prueba documental en el sistema de procedimiento penal, que aquí se ha pretendido restarle importancia a la misma como consecuencia de la ilógica existencia previa o preconstituida de un medio documental que sirva para la acreditación de la comisión de un delito, más lo cierto es que se trata de un teoría absurda que pretende restarle importancia a este medio probatorio en el proceso penal, no solo porque en determinados delitos la prueba fundamental es la documental, como la estafa por ejemplo, falsificación de monedas y títulos, falsificación de sellos, timbres públicos y marcas, falsedad de pasaportes, licencias, certificados y otros semejantes, fraudes en comercios e industrias, quiebras, falsificación de documentos, entre otros, sino que por un lado con la presencia de la tecnología como señalaremos, se presentan una nueva gama de documentos que sirven para la acreditación de los delitos, en tanto que por otro lado el documento no solo debe mirarse en sentido instrumental o literal, sino que abarca un conjunto de cosas u objetos producto de actos humanos capaz de representar hechos punitivos que permiten la convicción judicial al respecto.

De esta manera -por ejemplo nos dice NIEVA FENOLL-³⁵⁶ que las legislaciones procesales acostumbra a partir de un papel absolutamente marginal de la prueba documental en el proceso penal, fundado en razones históricas, pues antes del siglo XX los delitos eran raramente documentados y en caso de aparecer dichos documentos, el estado científico de la época no permitía que esos escritos aportaran al proceso los datos que hoy se suministran, lo que ha cambiado hoy en día que como consecuencia del avance de la tecnología que igualmente repercute en el avance y tecnificación de los delitos, mucho de ellos quedan documentados y el medio probatorio que permite su acreditación y descubrimiento precisamente es el documental, como sucede en los delitos informáticos, así como otros que quedan registrados en correos electrónicos, conversaciones de texto o *chats*, tarjetas inteligentes, comprobantes de cajeros electrónicos cuando se hacen retiros de dinero, transacciones comerciales y financieras por vías electrónicas, boletos aéreos, marítimos y de trenes, filmaciones con cámaras, fotografías digitales donde se hace uso de la nueva tecnología existente en el momento y que cada día avanza, cajas negras de buques y aviones y en fin, toda una gama de tecnología a través de la cual pueden cometerse hechos delictivos y que además permiten su demostración a través de la prueba documental en sentido amplio que comprende a la instrumental.

Esto precisamente permite afirmar que en la actualidad el tratamiento de la prueba documental en el marco del sistema de procedimiento penal no queda disminuido, por el contrario tiene una marcada

³⁵⁵ Heliodoro FIERRO-MENDEZ. La Prueba en el Derecho Penal. Sistema Acusatorio. p. 199.

³⁵⁶ Jordi NIEVA FENOLL. Fundamentos de Derecho Procesal Penal. pp. 266 y ss.

influencia especialmente con los medios electrónicos a través de los cuales se delinque y donde quedan registradas huellas o vestigios del hecho que pueden permitir su acreditación y convicción judicial en un proceso judicial, lo que requiere de un conocimiento y tratamiento especial en cada caso, con el complemento o auxilio de expertos y prácticos en determinados casos para dar lectura y descifrado al contenido de esta nueva tecnología

Para DEVIS ECHANDÍA en sentido estricto, documentos es toda cosa que sea producto de un acto humano, perceptible con los sentidos de la vista y el tacto, que sirve de prueba histórica, indirecta y representativa de un hecho cualquiera.³⁵⁷

En nuestra doctrina comencemos con el maestro BELLO LOZANO quien expresa que el documento en sentido genérico, es todo objeto susceptible de atestiguar la permanencia o existencia de un hecho, la representación material de la cuestión que se pretende probar –tesis de CARNELLUTTI-; más desde el punto de vista estrictamente jurídico, su noción se encuentra ligada a la idea de escrito con trascendencia y valor jurídico, deviniendo en la mayoría de los casos en la representación formal de un negocio jurídico; Que el documento es [...] *el escrito público o privado donde consta algo; y ateniéndose a esta definición, los documentos vienen a ser medios evidentes de prueba, son insustituibles cuando así lo dispone la Ley en determinadas circunstancias y condiciones, lo cual se debe a que es el testimonio humano existente y permanente que mantiene el vínculo con el pasado, señalando como ocurrieron los hechos y se manifestaron externamente.*³⁵⁸

Finalmente el reputado profesor Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA nos dice que el documento es una cosa u objeto emanado de un acto humano y que constituye un medio probatorio representativo, que a veces también puede ser declarativo, y que es real al tener existencia objetiva e histórica pues representa hechos pasados, presentes o futuros para una posteridad.³⁵⁹

Luego de pasearnos por la doctrina citada y llegado el momento de hacer lo propio, ensayando una **definición de documentos** podemos decir que se trata de todo objeto o cosa producto de un acto humano, que puede ser mueble o inmueble, aún cuando en sí es una cosa, que pueda representar algo, un hecho o acontecimiento del mundo exterior, perceptible por los sentidos, sea o no un acto humano, vale decir, aquel objeto continente de un acto o hecho cualquiera, siendo la característica fundamental para establecer la existencia del documento, que sea capaz de representar cualquier acto, humano o no, diferente a sí mismo, pues si no es capaz de representar algo mas que a sí mismo, no estaremos en presencia de un documento, como sucede con un martillo, una revolver, un hacha, un cuchillo, un zapato, que pueden constituir “**elementos o piezas probatorias**” o como expresa DEVIS ECHANDÍA,³⁶⁰

³⁵⁷ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. p. 486.

³⁵⁸ Humberto BELLO LOZANO, ob. cit. t. II, p. 321.

³⁵⁹ Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA. Ob. cit. p. 432.

³⁶⁰ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. p. 524.

“**elementos de convicción**”, capaces de demostrar determinados hechos en el proceso, pero que no puede tener la calificación de documento al no representar mas que a sí mismo; pero refiriéndonos al **documento como medio de prueba** podemos decir que es un medio de prueba judicial, consistente en cualquier cosa u objeto producto de actos humanos, capaz de representar hechos del mundo exterior, producto o no de actos humanos, que tiene significación probatoria, que se refieren a hechos pasados, presentes o futuros que se representan en el proceso –presente- para demostrar y convencer –convicción judicial- indirectamente al judicante, la ocurrencia o existencia de hechos que tienen significado jurídico y probatorio, de hechos institucionales que son fundamento de las diferentes pretensiones o excepciones al ser presupuesto de las normas que contienen las consecuencias jurídicas perseguidas, de allí su carácter histórico e indirecto, que en ocasiones puede ser también declarativo-representativo, aún cuando pueden ser sólo representativos. De la definición anteriormente ensayada podemos extraer algunos elementos característicos, no solo del documento, sino de este como medio de prueba judicial, como son:

- a. Es un objeto o cosa, de manera que se refiere a algo “real”, trátase de mueble o inmueble o cualquier otra clase de bien.
- b. El objeto o cosa debe ser producto de un acto humano y perceptible por los sentidos en general.
- c. Ese objeto o cosa debe ser representativo de un hecho, acontecimiento –presente, pasado o futuro- o pensamiento –PARRA QUIJANO- aún cuando puede también ser declarativo-representativo o simplemente representativo, siendo **simplemente representativo** cuando contiene la representación de un hecho, sin que contenga la declaración de personas, testimonial o confesorio, para la constitución, extinción o modificación de una relación jurídica o simplemente la declaración de un hecho jurídico, como ocurre con la fotografía, una postal, un cuadro, pintura, planos, mapas, dibujos, radiografías, películas sin sonido, contraseñas, señas, fichas, signos; en tanto que será **declarativo o dispositivo-representativo**, cuando contiene la declaración de ciencia o conocimiento testimonial o confesorio de sujetos y representan determinados hechos, como sucede en contratos, mandatos, testamentos, reconocimientos, billetes, monedas, discos incluso podemos pensar en **documento simplemente auditivos-representativos, no declarativos**, cuando contienen sonidos sin declaración humana – pensemos en grabaciones de ruidos no provenientes de actos humanos o que aún proviniendo de los mismos, no contienen ninguna declaración, por ejemplo, la grabación de una pelea que no pudo representarse visualmente o de una fiesta-.
- d. La representación y declaración puede ser de hechos presentes, pasados o futuros, pero la cosa u objeto –documento- debe ser extraprocesal, preconstituido, antes del proceso judicial donde es llevado, que puede ser o no producto de un acto humano, de allí su carácter de prueba

“indirecta” e “histórica”, la primera –indirecta- pues el juez tiene mediación directa sólo con el “medio” probatorio que es el objeto o cosa que documenta el acto o hecho, más no así como la “fuente” que es el acto documentado; en tanto que el carácter “histórico” se refiere a la reconstrucción del hecho pasado que quiere acreditarse en el proceso, aunque puede referirse a hechos futuros.

- e. La representación debe ser de un hecho diferente a si mismo, de la cosa u objeto que la contiene, pues de lo contrario estaremos en presencia de piezas o elementos de convicción, como sucede con el arma con que se cometió el delito, lo cual no constituye una prueba documental sino indiciaria, pues el hecho a juzgar no está representado en si mismo, sino que solo se trata de la prueba de un hecho cierto –hecho indicador- partiendo del cual y mediante un razonamiento lógico y crítico –presunción *hominis*- el juzgador llega hasta el hecho que se investiga –hecho indicado- de manera que en la prueba indiciaria, el hecho no esta presente ni representado, hay que inducirlo mediante razonamientos lógicos.
- f. Debe tener significación probatoria al tener que referirse a la demostración de hechos institucionales y debatidos representados o declarados en el documento, que son el fundamento de la pretensión o excepción y el presupuesto de las normas que contienen las consecuencias jurídicas que las partes persiguen en el proceso.

De esta manera todo objeto o cosa producto de un acto humano, perceptible por los sentidos, que sea capaz de representar algo distinto a si mismo, de representar un hecho cualquier, producto o no de actos humanos, que sirva para acreditar hechos y formar la convicción del judicante, que tenga significación probatoria, podremos definirla como medio de prueba documental, el cual –documento- puede ser solo representativo o declarativo-representativo, siendo que el elemento fundamental que identifica o caracteriza al documento, es precisamente su carácter representativo de hechos que sean producto o no de actos humanos; pero el documento –que es el género- no puede confundirse con el instrumento –que es la especie- éste último que se refiere a documentos escritos, por lo que no podemos confundirlos, pues el documento no siempre adopta la forma escritural como sucede con las filmaciones, grabaciones, cintas magnetofónicas, discos compactos, DVD, VCD pens drive, celulares, computadores, cuadros, cuadros, radiografías, entre otros.

1.4. Elementos del documento.

Respecto a los elementos del documento como medio probatorio tenemos que el mismo se conforma de los siguientes:

- a. **La cosa u objeto:** Que se refiere al continente, a la existencia real de la cosa u objeto producto de un acto humano y que es capaz de representar un hecho –humano o no- diferente asimismo, el cual puede ser percibido por cualquier de los sentidos, lo que GUASP señalara como mueble capaz de ser transportado al conocimiento del judicante y que modernamente es considerado como capaz de contener una representación.
- b. **El contenido:** Que se refiere al hecho –humano o no- contenido en el documento, representado en el mismo que puede ser o no declarativo, pero que tenga significación probatoria.
- c. **Sujetos:** También estudiado bajo la denominación de “autoría”, se refiere a las personas que han intervenido en el mismo, no solo a su paternidad –que se identifica con la autoría propiamente dicho- sino que abarca a todos aquellos sujetos que han intervenido en su elaboración, formación, desarrollo y efectos, como el autor jurídico –no material- propiamente dicho a quien se le atribuye la autoría del mismo, incluso por orden de quien se realiza, el elaborador que es el autor material pero no intelectual u ordenador, el remitente que puede ser o no el autor jurídico o material, el destinatario que es la persona contra quien se hace valer el documento, incluso en el marco de procesos judiciales el judicante será el sujeto a quien va dirigido el medio probatorio y la fuente para la producción de convicción judicial, esto es, su destinatario, donde el sujeto obligado será ya no su destinatario –como lo era extrajudicialmente- sino su contradictor. También son sujetos que intervienen en el documento y especialmente en la escritura pública los testigos actuarios y el funcionario público que le imprime la fe pública al acto jurídico.

Eventualmente algunos autores como el maestro BELLO LOZANO incorporan al contenido del documento tanto la firma como el lugar de la misma,³⁶¹ la primera que hemos preferido tratarla como la “autoría” esencialmente por el hecho que no siempre la prueba documental es escritural o instrumental, la cual generalmente requiere de la firma para la determinación de su paternidad, más con el avance tecnológico y en consideración a la noción general del documento que aguanta cualquier tipo de cosa producto de un acto humano que pueda representar imágenes, palabras, sonidos cuyo plexo tiene únicamente como límites el avance de la tecnología, nos resulta limitativo referirnos sólo a la cuestión de la firma que no se ubica en éstos últimos, aún cuando su paternidad puede ser acreditada por medio de otras vías y hechos diferentes a la firma misma. También encontramos autores como MONTERO AROCA quien ubica como elementos del documento a la fecha o data del mismo,³⁶² referido a la ubicación en el tiempo y en el espacio del mismo que permiten su individualización, de manera que en él

³⁶¹ Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. I. p. 330.

³⁶² Juan MONTERO AROCA. Ob. cit. pp. 144 y ss.

puede determinarse el momento en que fue realizado o formado, no ya su contenido sino el documento propiamente dicho, cuya ausencia no invalida o anula el acto jurídico, pudiendo acreditarse por otros medios probatorios, como por ejemplo la testimonial.

1.5. El documento como fuente y medio de prueba.

Consecuencia del estudio de los elementos que constituyen o se ubican en el documento, hemos expresado que precisamente debe diferenciarse el continente del contenido, la cosa u objeto real que contiene la representación de hecho con significación probatoria, envoltorio o documento propiamente dicho, del acto o hecho jurídico representado o contenido en el mismo, el primero que es precisamente el medio probatorio que incorporará al proceso el contenido representado que quiere acreditarse a l juez; en tanto que el segundo se tratará de la “fuente” probatoria cuya manifestación se presenta en la representación propiamente dicha, en el contenido vertido en el documento que por su significación probatoria interesa al proceso y permite al juez crearse la convicción judicial respecto a determinados supuestos de hecho que son presupuestos de normas jurídicas aplicables a cada caso. En definitiva no podemos confundir en el documento el medio probatorio y su fuente, el primero que es el “continente” que a través de la actividad probatoria se promueve o aporta al proceso para su debate correspondiente y el segundo que es el “contenido”, que existe con anterioridad e independencia del proceso al cual es aportado, de manera que hay que separar el documento del acto documentado.

Pero también el documento como hemos visto puede ser “**objeto**” de prueba, lo que se produce en los casos en que se generan impugnaciones, desconocimientos o tachas al mismo, casos en los cuales precisamente el objeto de la prueba lo será el documento o su contenido propiamente dicho, ello sin perjuicio que y como veremos, cuando se trata de documentos electrónicos, visuales o audiovisuales con la intervención de la tecnología, como correos electrónicos, videos, fotografías, DVD, VCD, *pens drive*, CD- ROM, MP3, MP4, I-PAD, I-POD, tabletas, sistemas *blackberry*, *twitter*, *wahatsapp*, entre otros, el documento también será objeto de prueba cuando necesariamente debe acreditarse su autoría y elaboración, el lugar, modo y tiempo del mismo, en general su autenticidad, incluso sin aguardar la impugnación correspondiente.

1.6. Naturaleza jurídica del documento.

En cuanto a la **naturaleza** del documento hemos señalado que el mismo se trata de toda cosa u objeto producto de un acto humano, perceptible por los sentidos y capaz de representar un hecho –humano o

no- que en ocasiones puede ser simplemente representativo o representativo-declarativo, pero que en sí es una cosa u objeto “real” representativo de algo diferente asimismo, de un hecho que puede ser presente, pasado o futuro, sean simples acontecimientos naturales; el documento es un medio de prueba judicial cuando contienen la representación simple o representación y declaración de un hecho debatido en el proceso judicial diferente a sí mismo, que tiene significación probatoria, resultando un medio probatorio que aporta al proceso una fuente, como lo es precisamente el hecho representado o representado y declarado, medio probatorio “indirecto”, pues el operador de justicia no percibe los hechos controvertidos directamente, como ocurren en la inspección judicial sino de manera indirecta, aunque tiene conocimiento y contacto directo con el “medio” no así con la fuente que contiene el argumento de prueba capaz de conducir a la convicción judicial; pero el documento también es “representativo”, pues la representación o incluso la declaración-representación, es el elemento que caracteriza el medio probatorio, al reflejar un hecho debatido distinto a sí mismo –fuente probatoria-; también es “real”, al tratarse de una cosa u objeto que contiene la representación de un hecho con contenido probatorio; finalmente es “histórico”, como consecuencia de representar un hecho pasado que permite la reconstrucción de los mismos, aún cuando pueden existir al momento de ser llevada la prueba al proceso, incluso referirse a hechos presentes o futuros, lo que no elimina el carácter de preconstituido, de fuente probatoria extraprocesal y de histórica, ya que precisamente la separación entre el documento y el acto documentado es lo que permite afirmar que aquel siempre es y se refiere a un hecho pasado o acontecido, en tanto que éste puede referirse a hechos pasados, presentes o futuros.

En definitiva la naturaleza del documento puede resumirse en su carácter real, histórico, representativo e indirecto en los términos señalados.

1.7. Objeto y contenido del documento.

Hemos dicho que el “contenido” del documento se refiere al hecho –humano o no- representado en el mismo, el cual puede ser o no declarativo, pero que debe tener significación probatoria, de manera que el hecho representado al poder ser un pensamiento, un acto humano, de la naturaleza, acompañado de declaración testimonial o confesoria, nos coloca precisamente en su “objeto y contenido”, que siguiendo al maestro Hernando DEVIS ECHANDIA puede estar representado por hechos presentes, pasados o futuros, sean simples acontecimiento naturales o actos humanos, éstos últimos que pueden ser a su vez:

- a. Dispositivos o constitutivos:** Cuando se refiere a declaraciones de voluntad tendentes a producir determinados efectos jurídicos.

- b. **Declarativos de ciencia:** Cuando contienen la representación de lo que se sabe o conoce respecto de algún hecho, pudiendo tener significado testimonial o confesorio, según perjudiquen o no a quien los emite.
- c. **Simplemente narrativos:** Cuando se trata de una representación imaginativa, sin contenido confesorio o testimonial –poema, cuento, poesía-.
- d. **Representativa visual no declarativa:** Cuando contiene la representación visual de un hecho, sin declaración testimonial, confesorio o narrativa alguna, como la fotografía o las cintas visuales sin sonido o mudas, cuadros, mapas, calcos, que representen actos humanos o de la naturaleza, como dibujos de paisajes, fotos de animales, paisajes.
- e. **Representativos visuales y declarativos:** Cuando contiene la representación visual de un hecho o acto y la declaración narrativa, confesorio o testimonial de sujetos, como ocurren en las grabaciones o filmaciones visuales y auditivas.³⁶³

El documento como objeto o cosa capaz de representar hechos pasados, presentes o futuros, como lo hemos asomado, no necesariamente debe tratarse de papeles o escrituras, sino que la representación del hecho –incluso cuando se trata de documentos que contienen declaraciones narrativas, testimoniales o de confesión- pueden estar recogido –contenente- en madera, tela, cintas, grabaciones, películas, piedras, celulares, computadores, discos y en general cualquier dispositivo tecnológico capaz de almacenar palabras, imágenes o sonidos, de representar algo distinto a si mismo y de ser percibido por los sentidos pudiendo generar convicción judicial.

2. REQUISITOS DE LA PRUEBA POR DOCUMENTOS.³⁶⁴

Como lo hemos hecho al analizar cada uno de los medios probatorios estudiados hasta el momento, abordaremos el tema de los requisitos de la prueba por documentos tanto para su existencia como para validez y eficacia, siguiendo al efecto el esquema trazado por el maestro colombiano Hernando DEVIS ECHANDÍA.

2.1. Requisitos de existencia.

2.1.1. Que se trata de una cosa u objeto producto de actos humanos, que sea capaz de representar hechos cualquiera.

³⁶³ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. pp. 514 y ss.

³⁶⁴ Para el desarrollo de los requisitos que deben concurrir en la prueba por documentos, seguiremos el estudio del profesor Hernando DEVIS ECHANDÍA.

La prueba por documentos hemos dicho se refiere a toda cosa u objeto producto de un acto humano, que sea capaz de representar un hecho pasado, presente o futuro, que sirva para formar la convicción del operador de justicia; para su existencia lógicamente requiere que se trate de una cosa u objeto “real”, que sea producto de un acto del ser humano, que sea capaz de ser percibido por los sentidos del operador de justicia para que en definitiva le sirva como elemento de convicción; pero si bien debe referirse a una cosa u objeto, para que el mismo puede calificarse como documento, debe ser capaz de representar un hecho diferente a si mismo, pues si solo se representa a si mismo estaremos frente a las denominadas “piezas de convicción” o “elementos de convicción”, de manera que debe tratarse de una cosa capaz de representar un hecho; por otro lado, esa cosa u objeto debe ser el producto de un acto humano, creado para tal fin –representación del hecho- aún cuando no se requiere que exista la intención de representar el hecho, como sucede en la escena recogida por una filmadora de seguridad apostada en una institución bancaria o en una tienda que recoge la imagen de un asalto, caso en el cual si bien se trata de una cosa capaz de representar un hecho, que fue creado por el ser humano para captar imágenes, no hubo la intención de captar ese hecho determinado –PARRA QUIJANO-.³⁶⁵ Finalmente resulta indispensable que la cosa u objeto contenga la representación de un hecho cualquiera, trátase de actos humanos –narrativos, declarativos, confesorios, testimoniales- o no, como sucede en imágenes de la naturaleza, paisajes, animales, desastres naturales.

2.1.2. Que tenga significación probatoria.

La cosa u objeto que contenga la representación de hechos humano o no, debe tener en el proceso un significado probatorio, vale decir, que sea capaz de llevar al juzgador la convicción de la existencia, ocurrencia o no de los hechos debatidos en el proceso, que son fundamento de las pretensiones o excepciones al ser presupuesto de las normas que contienen las consecuencias jurídicas perseguidas por las partes, de manera que si se trata de una simple cosa u objeto que contenga la representación de un hecho que no sea capaz de demostrar algo, un hecho de relevancia jurídica en el proceso, de servir como elemento de convicción judicial, no podría calificarse como documento.

2.1.3. Que se cumplan los requisitos necesarios en materia de instrumentos públicos y privados.

³⁶⁵ Jairo PARRA QUIJANO, ob. cit. p. 10.

Todo instrumento es un documento, más no todo documento es un instrumento, siendo que en la medida que el documento –cosa u objeto- producto de un acto humano, que contenga la representación o declaración de un hecho cualquiera, adopte la forma escritural –conteniente del hecho o forma del documento- estaremos en presencia de instrumentos, que dependiendo o no de la intervención del funcionario público y que se cumplan determinados requisitos, pueden ser públicos o privados, de manera que la prueba instrumental pública o privada existirá en la medida que se cumplan los requisitos necesarios para tales casos, en el primero por ejemplo la necesaria intervención del funcionario público competente para realizar el acto así como territorialmente, sumado al cumplimiento de los pasos o procedimiento para el otorgamiento del mismo; en tanto que el privado en la mayoría de las veces –aunque no es esencial- deberá contener la firma de sus otorgantes, siendo estos en general los requisitos que analizaremos en la oportunidad de estudiar cada uno de ellos.

2.1.4. Que de tratarse de instrumentos estén debidamente firmados.

Ya lo señalábamos que la prueba documental cuando se encuentra en la forma escrita, adopta el carácter de instrumento –especie- que requiere para su existencia y validez, indistintamente de su naturaleza pública –negocial o administrativa- o privada que se encuentra firmada por los intervinientes, sin lo cual no podría hablarse de la existencia de la prueba instrumental, sin perjuicio de sus excepciones en materia de instrumentos privados, por ejemplo cuando se trata de notas marginales, incluso de aquellos instrumentos no firmados pero realizados a puño y letra de su autor; pero en cuanto a la prueba documental como tal, no se exige como requisito de existencia el que se encuentra o no suscrito o firmado, pues en muchas ocasiones y reconociendo que la firma se trata mas bien de un requisito de eficacia probatoria, los documentos no están firmados ni pueden ser firmados, como ocurre con las cintas, discos, fotografías, piedras, telas, medios electrónicos, entre otros documentos no escritos, que aún, huérfanos de firma, existen y son considerados como documentos al poder conocerse su autoría, pues precisamente la existencia o requerimiento de la firma en los instrumentos y documentos en general tiene como finalidad esencial la determinación de la paternidad o autoría del mismo, lo que en este último tipo de objeto –documento- puede ser determinado por otras formas diferentes a la firma autógrafa y la letra del puño de la persona.

2.2. Requisitos de validez.

2.2.1. Que tratándose de un documento declarativo o dispositivo, se haya realizado en forma consciente, sin coacción.

El documento representativo-declarativo o dispositivo, sea narrativo, testimonial o confesorio, que contiene hechos, declaraciones constitutivas, extintivas o modificativas, incluso aclarativas de relaciones jurídicas, actos jurídicos o de cualquier otra naturaleza que tenga significación probatoria, no puede ser producto de actos de violencia, dolo, coacción, sino que deben ser elaborados en forma consciente, vale decir, que el hecho documentado, la declaración o el dispositivo declarativo debe ser consciente, debe ser un acto consciente, sin la presencia de elementos internos o externos que afecten la libertad del declarante, so pena de nulidad por invalidez.

2.2.2. Que se haya aportado al proceso en tiempo útil y en forma legítima.

Este requisito de validez se refiere a que la prueba documental –en cualquiera de sus versiones escritural o no- debe ser aportado al proceso en tiempo útil, en forma tempestiva y en caso que requiera de evacuación, tal como sucede en materia de los sistemas de procedimientos orales, sea tratado o materializado oralmente en la audiencia oral o de juicio, esto es que su formación se realice en audiencia pública y oral con inmediación, bilateralidad o contradicción, salvo la anticipación del medio probatorio, sin lo cual no podrá servir para la convicción judicial.

En este orden de ideas y como lo hemos analizado en otro momento, en tratándose de prueba instrumental pública –negocial o administrativa- y privada de carácter fundamental, su acompañamiento o aportación al proceso debe realizarse en el libelo de la demanda, ello con el fin de resguardar el derecho constitucional de la defensa del demandado quien centrará sus defensas o excepciones en tratar de destruir los efectos nocivos de los precitados instrumentos, ello sin perjuicio que en algunos sistemas de procedimiento se exige que el demandado acompañe a su contestación los instrumentos fundamentales, lo que no tiene razón de ser como lo hemos explicado al referirnos a los diferentes procedimiento orales; de tratarse de instrumentos no fundamentales, su aportación dependerá del tipo instrumental, de manera que siendo públicos negociales pueden ser producidos en cualquier estado y grado del proceso hasta los últimos informes –artículo 435 del Código de Procedimiento Civil- siendo públicos administrativos o privados, sólo pueden producirse en el lapso de promoción de pruebas, salvo pacto expreso entre las partes que permitan su aportación en cualquier momento. En cuanto a la prueba documental –no instrumental- su aportación necesariamente debe ser realizada en el lapso de promoción de pruebas destinado al efecto en cada sistema de procedimiento.

Importa destacar nuevamente que dependiendo del sistema de procedimiento que se siga, la formación conforme a la evacuación del medio probatorio instrumental es diferente, pues en los sistemas

orales, aún cuando se propongan como fundamentales con la demanda o la contestación, deben ser incorporados verbalmente en la audiencia oral y pública, que permita la inmediación, concentración y contradictorio, formándose en consecuencia la prueba que permitirá servir para la convicción judicial; en tanto que si se trata de sistemas de procedimiento escritos, el tema es diferente, pues su incorporación legalmente al proceso con su promoción involucra su evacuación, no requiriéndose de ningún otro elemento para su materialización y pudiendo servir como medio de convicción judicial.

Pero además la prueba documental en sentido general no puede ser el producto de actividades ilícitas, en cuanto a la forma como se obtuvo y es aportado al proceso, circunstancia ésta que se refiere a la legitimidad de la prueba a que nos hemos referido extensamente en otro momento al que remitimos al lector; legitimidad que no solo involucra el problema de la ilicitud, sino también del cumplimiento del procedimiento de la prueba, especialmente al permitir su debido control y contradicción que no es más que la ya analizada bilateralidad, lo que aplica tanto para el sistema de procedimiento oral como escritural.

2.2.3. Que de tratarse de instrumentos públicos, copias o cualquier otro medio de reproducción, se haya dado cumplimiento a los requisitos exigidos por la Ley.

El no cumplimiento de los requisitos legales para la expedición o constitución de un instrumento público producirá su invalidación, en tanto que para la elaboración de copias certificadas, así como de la reproducción de instrumentos, también se exige un conjunto de formalidades, como lo es la orden de expedición previa su solicitud, la autorización al funcionario respectivo que ha de certificar las copias, la firma y fecha de la certificación, requisitos sin los cuales no será válida la prueba documental escrita.

2.3. Requisitos de eficacia probatoria.

2.3.1. Que se encuentre establecida su autenticidad.

Para que la prueba documental en general sea eficaz debe previamente establecerse su autenticidad en el proceso, vale decir, que se demuestre su certeza o certidumbre, pues de lo contrario carecerá de eficacia probatoria para la convicción judicial, pero en materia de prueba documental no escrita como pudiera ser una grabación, una cinta, un video, correos y medios electrónicos en general, puede suceder que la legislación regule o no su forma de autenticidad, bien sea mediante la carga que le imponga a su proponente de demostrarla *ab initio*, con su promoción o proposición y sin aguardar que sea impugnada, como sería por ejemplo el caso de la fotografía donde el proponente tuviera que demostrar su autenticidad

sin aguardar la impugnación, promoviendo al efecto y en el mismo momento de la aportación de la precitada fotografía, todas las fotos del rollo o rollos respectivos, reveladas, indistintamente que solo una de ellas le favorezca, identificando con los seriales los rollos, identificando la fecha, lugar y persona que elaboró o tomó la fotografía, identificando y aportando al proceso la cámara que tomó las fotografías, promoviendo el testimonio de quien tomó la fotografía, incluso en caso de cámaras con digitales o de *chip*, aportar el mismo al proceso y revelando todas aquellas fotos que contenga el chip; si se trata de grabaciones o cintas de reproducción de palabras, sonidos o imágenes, demostrando desde el principio su autenticidad en igual forma que la fotografía, sin aguardar que se impugne; pero igualmente la legislación puede prever que la prueba documental se presuma auténtica, salvo que se impugne, caso en el cual tendría que demostrarse tal autenticidad, de manera que puede observarse que la autenticidad de estas pruebas documentales pueden demostrarse desde el principio –sin aguardar la impugnación– o luego de producida la impugnación, todo lo cual dependerá del sistema adoptado, siendo que en cualquiera de ellos, es indispensable la prueba de su autenticidad, que podrá obtenerse por su demostración cierta luego de producida su impugnación, aún sin producirse la misma, mediante la prueba de aquellos elementos que determinen su certeza y originalidad, o mediante la falta de impugnación que pudiera considerarse como una autenticidad obtenida tácitamente ante la falta de impugnación, lo que en nuestro sistema al no existir regulación al respecto, quedará al criterio del operador de justicia. Lo cierto es que indistintamente de la forma que se adopte, debe existir en el proceso la autenticidad del documento.

En cuanto a la prueba por documentos escritos –instrumentos– de ser públicos negociales, su autenticidad se presume desde el mismo momento de su otorgamiento, solo desapareciendo por la tacha de falsedad o por la sentencia que declare la simulación; pero y respecto a este tipo de instrumentos –públicos negociales– debemos advertir que en el marco del sistema de procedimientos orales, su autenticidad no necesariamente conduce a que deba ser tenido como tal y valorado por el juez, como sucede en el sistema de procedimiento civil escrito, pues aquí se presenta una sana crítica donde la precitada instrumental no goza de prerrogativas o privilegios frente a otros medios probatorios, como sí ocurre en el citado procedimiento escrito, aún cuando esta tendencia en nuestra doctrina no es uniforme existiendo criterios que consideran que en materia de instrumentos públicos negociales las reglas rígidas del sistema tarifado civil, igualmente aplican en los procedimientos orales, de manera que se le da un privilegio frente a los otros tipos probatorios; a nuestro juicio y por las características de la oralidad, de la libertad en la valoración probatoria y formación de la convicción judicial propio del sistema oral, no deben existir privilegios y tarifas previas en la formación de certeza judicial, por el contrario, el juez debe ser libre en interpretar, apreciar y valorar el medio probatorio instrumental sin las ataduras propias del régimen civil inconstitucional y antigarantista, de manera que nos mostramos a favor de la libertad en

cabeza del judicante para la valoración de este medio probatorio que no debe privilegiarse frente a otros, aunque sí consideramos que la forma como puede ser cuestionada su autenticidad es a través del procedimiento de tacha de falsedad.

En cuanto al instrumento público administrativo, la cuestión es parecida pues precisamente la intervención del funcionario público en su formación lo dota de una presunción de certeza que de antemano determinada su autenticidad, la cual no obstante puede ser destruida, no mediante la tacha de falsedad sino con la simple prueba en contrario que desvirtúe su presunción de veracidad, como por ejemplo sucede con el informe levantado por los funcionarios de tránsito como consecuencia de una colisión entre vehículos en circulación.

El tema es totalmente diferente cuando de instrumentos privados se trata, pues su autenticidad no se tiene desde el momento de su formación, sino que se adquirirá posteriormente en la medida que se produzca su reconocimiento expreso o tácito, tal como lo analizaremos en su oportunidad.

2.3.2. Que no haya prueba legalmente válida en su contra

Se trata de un requisito de eficacia que es consecuencia del anterior, referido a la ausencia en el proceso de medios probatorios que demuestren la falsedad o simplemente lo contrario a la prueba documental en general, como por ejemplo en materia de prueba instrumental pública negocial, que tachado de falso no se acreditara la falsedad a través del procedimiento correspondiente y así se declare en la decisión correspondiente; que tratándose de instrumental pública administrativa que no se aporten al proceso medios de prueba válidos que destruyanla presunción de legalidad, de autenticidad; y finalmente que tratándose de instrumentos privados, que no se demuestre su falsedad como consecuencia del cotejo que sigue al desconocimiento o la tacha misma; todo sin perjuicio de la falsedad material del acto documentado que puede demostrarse por cualquier medio probatorio en los casos de instrumentos privados, lo que también ocurre en el público negocial cuando se trata de terceros o mediante el contradocumento o contraescritura cuando se trata de las partes que ataquen el contenido a través de la pertinente simulación; pero en el último de los casos citados, tratándose de una simulación reclamada entre las partes o sus sucesores a título universal, la doctrina ha considerado en base al contenido del artículo 1.362 del Código Civil, que el único medio probatorio capaz de demostrar tal simulación sería únicamente la contraescritura o contradocumento, por demás inoponible a terceros, lo que en puridad de verdad no sólo se trata de una interpretación inconstitucional, antigarantista y producto de la tarifa legal que rige en el proceso civil, que y como hemos expresado riñe con el sistema de procedimiento constitucional y garantista, sino que además no es esa la expresión literal de la precitada norma ni puede

extraerse propiamente del artículo 1.360 *ejusdem*, de manera que adaptando su contenido a esas nuevas corrientes que hemos señalados, no nos queda la menor duda que limitar la prueba de la simulación entre las partes o sus herederos a la mera presentación del contradocumento, es seguir sosteniendo la tarifa legal lo que debe reverse mediante la reinterpretación constitucional con una visión que permite el ejercicio del derecho de acceso al sistema probatorio, permitiéndose la utilización de cualquier medio probatorio para la formación de la convicción judicial.

2.3.3. Que el documento sea idóneo o conducente para demostrar el hecho que representa o declara.

Este requisito se refiere a la idoneidad o conducencia del medio probatorio, referido a que el mismo puede ser viable para demostrar determinado hecho debatido o controvertido en el proceso.

2.3.4. Que el documento se encuentra completo, sin alteraciones, tachaduras o raspaduras que lo alteren.

Resulta otro de los requisitos eficacia probatoria, en el sentido que las adulteraciones posteriores a su otorgamiento puede ser objeto de tacha de falsedad; cuando se refiere a documentos tachados, cortados, raspados, alterados, lógicamente demostrado en el proceso que no se encuentra completo, carecerá de eficacia probatoria, como sucede con cintas, videos o grabaciones que no están completas, que no se puedan oír o ver completamente, que hayan sido adulteradas, de instrumentos que se hayan quemado, mojado, roto, raspados o que hayan sufrido cualquier alteración que hagan imposible determinar su contenido representativo o declarativo, que simplemente pueda representar el hecho en forma incompleta, caso en el cual la prueba carece de eficacia probatoria.

3. TIPOLOGÍA DE LOS DOCUMENTOS.

3.1. Según su naturaleza o contenido.

Pueden ser “**representativos**” y “**declarativos**”, los primeros que aquellos que contienen la representación de determinados hechos, pasados, presentes o futuros, provenientes de acto humanos o de la naturaleza, que pueden llevar al juzgador a la convicción sobre la ocurrencia, existencia o no de un hecho que se debata en el proceso judicial, tal como sucede con las fotografías, los planos, calcos, postales, mapas, signos, fichas, marcas, señas, contraseñas, entre otros. Por su parte los “**declarativos**”, son

aquellos que contienen la declaración realizado por personas, tales como escritos, grabaciones, filmaciones, cintas, discos –normales o compactos- CD-ROM, DVD, VCD, pens drive, i-pod, i-pad, mensajes de datos o cualquier otro tipo cosa o objeto capaz de contener y reproducir declaraciones de ciencia o conocimiento, de carácter narrativas, constitutivos o dispositivos –cuando contienen actos de voluntad para producir determinados efectos jurídicos, como documentos, testamentos, donaciones-testimoniales o confesorios.

3.2. Según su forma.

Atendiendo a la forma que adopte el documento puede ser “**instrumental**” o “**no instrumental**”, el primero cuando el documento adopta la forma escritural, los cuales a su vez pueden ser públicos negociales o administrativos y privados; en tanto que los no instrumentales se refiere a todo aquel plexo de documentos que no adoptan la forma escrita.

3.3. Según su finalidad.

Atendiendo a la función del documento o instrumento –según el caso- pueden ser “**negociales** y “**no negociales**”, los primeros que son aquellos realizados con la finalidad de constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas u obligaciones, convenciones en general; en tanto que los segundos –no negociales- se hacen con una función diferente a la señalada, como sucede con los públicos administrativos que no contienen una relación obligacional o negocio jurídico, simplemente representan un hecho o acto realizado o acaecido en la administración pública.

3.4. Según su certeza.

En esta clasificación encontramos a los documentos e instrumentos “**auténticos**” y “**no auténticos**”, los primeros que como hemos visto son aquellos que gocen de autenticidad, donde se haya producido su veracidad o autenticidad en el proceso, bien por falta de impugnación, desconocimiento, tacha o prueba en contrario, según cada caso, o bien por haberse demostrado su autenticidad luego de impugnado, dotándolo de certeza para la convicción judicial; el documento o instrumento auténtico se refiere a la fehaciencia del mismo, que producen que por sí mismos sean capaces de producir efectos probatorios en el proceso judicial al servir para la convicción del judicante, no dejando lugar a dudas acerca de su verdad y de las declaraciones en él contenido, trátase de instrumento públicos negociales o administrativos, que

gozan de presunción de autenticidad desde el mismo momento de su otorgamiento, o de instrumentos privados, cuya autenticidad puede adquirirse cuando no son desconocidos o tachados en tiempo oportuno, incluso cuando luego de producido el desconocimiento o tacha, su autenticidad es demostrada posteriormente con las pruebas pertinentes al caso; por su parte el documento o instrumento “no auténtico” es aquel que no ha adquirido certeza en el proceso, al no haber sido reconocido o luego de haber sido desconocido, tachado o impugnado no ha logrado producirse su autenticidad, sin perjuicio que en los procedimientos correspondientes luego de la impugnación general o específica según el tipo documental o instrumental que se trate, se acredite su falsedad.

El carácter de auténtico a que se refiere esta clasificación está relacionado con el valor probatorio del instrumento, especialmente con la certeza o fehaciencia del mismo, demostrativo de las relaciones negociales o no negociales contenidas en ellas, de manera que no se identifica con la presencia o no del funcionario público en su realización, que obedece a la clasificación de los instrumentos públicos, los cuales son equiparados –sinónimo- con los auténticos conforme a lo previsto en el 1.357 del Código Civil, pero si bien es cierto el legislador vernáculo identifica la condición de público con auténtico para referirse al instrumento caracterizado por la presencia del funcionario público, debemos aclarar que fuera de ello podemos referirnos a instrumentos privados que también tienen el carácter de auténtico –fehacientes, ciertos- cuando no es cuestionada su legitimidad, genuinidad, bien por no haber sido cuestionada su legitimidad propiamente dicha o que la misma ha sido demostrada luego de cuestionada, de manera que el instrumento público es auténtico, pero el instrumento auténtico, no necesariamente tiene que ser público.

3.5. Según intervenga o no un funcionario público –clasificación sustantiva-.

En atención a la precitada intervención o no del funcionario público en la formación del documento o instrumento, podemos clasificar los mismos en “**públicos**” o “**privados**”, los primeros que como indicamos se caracterizan por la presencia del funcionario público en su formación o creación, siempre que se cumplan los requisitos de ley, pues de lo contrario y en la medida que se encuentren firmados por las partes, el documento puede descender a la categoría de privado, de manera que podemos afirmar que el instrumento que nace público eventualmente puede desmejorarse a la categoría de privado, más el que nace privado nunca puede adquirir el carácter de público, ni siquiera con su autenticación que no es más que su reconocimiento, que le da el carácter de privado reconocido o autenticado pero no de público o auténtico.

Pero el instrumento público depende del tipo de funcionario que intervenga y en atención a su función –como indicamos- puede ser “**negocial**”, si contienen o no un negocio o relación jurídica o “**administrativo**” cuando no contiene un negocio jurídico; el “**instrumento público administrativo**” ha sido invención de la doctrina administrativa, especialmente de los Tribunales Contencioso Administrativos, adoptado por las demás competencias aunque no tiene regulación legal, siendo aquel emanado de funcionarios de la Administración Pública en el ejercicio de sus funciones y en la forma exigida por la ley, donde se representan actos provenientes, emanados y realizados en la misma y - Administración Pública- sea nacional, estatal o municipal, pues ante ellas tanto los administrados realizan actuaciones que deben documentarse, como la propia administración realiza actos, aún sin la petición e intervención de los administrados, lo cual igualmente debe ser documentado –principio de documentación- formándose esta subespecie de instrumentos denominados “administrativos no negociales”, que contienen los actos realizados en y por la Administración Pública en sus tres niveles, de manera que este tipo de instrumentos contiene la actuación de la precitada Administración, versando sobre la manifestación de voluntad del órgano que lo suscribe, sea constitutiva –autorizaciones, concesiones, suspensiones- o de ciencia o conocimiento –como registros, patentes, certificaciones-.

Esta clase de instrumentos administrativos desde el momento de su formación gozan de una presunción de certeza, de veracidad y legalidad que le viene impreso con la actuación del funcionario público administrativo en el ejercicio de sus funciones, ello producto del principio de ejecutividad y ejecutoriedad que dimana de ellos, según el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, presunción relativa que puede ser cuestionada y desvirtuada mediante prueba en contrario, de allí que la forma de impugnación no sea por vía de la tacha de falsedad, sino que admite prueba en contrario que la desvirtúe, bien al demostrarse la falsedad de los hechos documentados, la manifestación que hiciera el funcionario de la administración pública o las partes intervinientes. Estos instrumentos son auténticos *ab initio* y hasta tanto se desvirtúen mediante la prueba en contrario, gozan de veracidad y legalidad y permiten la formación de la convicción judicial, conforme a la apreciación y valoración que haga el judicante a través de la sana crítica –como veremos- pues no podemos seguir manteniendo el criterio tarifado de valoración en este y en todo tipo de medio probatorio, ello como consecuencia de la constitucionalización del derecho de acceso al sistema probatorio, así como en aplicación del sistema garantista que nos obliga a remover el estorbo inconstitucional que regla de antemano o fija el criterio valorativo o de convicción del judicante, de manera que dicha remoción será por la vía del control de la constitucionalidad o de la re interpretación constitucional y garantista del articulado correspondiente.

Como consecuencia de lo dicho desde este mismo momento fijamos nuestra posición respecto al valor probatorio de la prueba instrumental en el sistema de procedimiento civil, donde no puede seguirse manteniendo el carácter tarifado respecto al grado de convicción, tanto en lo que respecta al instrumento público negocial como administrativo a que se refiere el Código Civil venezolano, de manera que y como sucede en el sistema de procedimientos orales, este tipo de prueba no debe tener privilegios frente a otras y su valoración no puede previamente venir tarifada por el legislador, especialmente cuando el destinatario de la actividad probatoria y quien se formará la convicción judicial es el judicante, de ahí la necesidad constitucional y garantita de aplicar las reglas de la sana crítica en su apreciación, sin perjuicio que y respecto a la impugnación, tachas o desconocimientos, incluso prueba en contrario donde rija el contradocumento o contraescritura, se rija por el procedimiento establecido en la ley para el establecimiento de su legalidad, hasta tanto se regule un mecanismo o procedimiento más idóneo y pertinente al respecto. Lo dicho nos conduce a sostener que producida la autenticidad de la prueba instrumental que comentamos, el judicante tiene la libertad de apreciar y valorar su contenido por las reglas de la libre convicción razonada, sin estar obligado a tomarlo con preferencia a cualquier otro medio probatorio, lo que es propio de la tarifa legal que hoy día riñe con el derecho constitucional y humano de acceso al sistema probatorio, así como con el garantismo que hemos estudiado en otro momento.

Sin perjuicio de lo dicho y como ejemplos de instrumentos públicos administrativos tenemos: Las actuaciones de la inspectoría del trabajo, tránsito terrestre, aeronáutica civil (INAC), del Instituto Nacional de Espacios Acuáticos (INEA), Procuraduría General de la República, Contraloría General de la República, Presidencia o Vicepresidencia de la República, Ministerio Público, Consejo Nacional Electoral, Asamblea Nacional, Comisión Judicial, Inspectoría General de Tribunales, Municipios, Gobernaciones, Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laboral (INPSASEL), entre otros.

Pero si bien el instrumento público administrativo hemos anotado que es una subespecie del instrumento público en general, no puede asimilarse al mismo al existir diferencias sustanciales, tanto en la forma de impugnación, a los funcionarios de quien proviene, a la forma de demostrar su autenticidad, incluso a la oportunidad procesal en que pueden ser aportados al proceso, lo que será analizado en otro momento.

3.6. Según estén suscritos o no.

En atención a este tipo clasificatorio tenemos los documentos e instrumentos “**autógrafos**” o “**heterógrafos**”, los primeros que son aquellos suscritos directa por aquella persona que otorga el documento, a quien se le atribuye la paternidad, de manera que si la firma es puesta a puño y letra del

propio autor, será “autógrafo directo”; por su parte el “heterógrafo” es aquel que no contiene la firme de la persona de su autor, sino de uno diferente y ajeno al acto que se documenta para darle el valor o la eficacia exigida por la ley, lo que también es conocido como “autógrafo indirecto”, al ser suscrito o firmado por un tercero en nombre o representación de su autor, lo que puede ocurrir cuando el otorgando está imposibilitado de suscribir o firmar, lo que recibe el nombre de “firma a ruego”, de manera que aquel por cuenta de quien se ha ordenado la suscripción del tercero ajeno al documento, asume la autoría intelectual del documento o instrumento.

3.7. Según la oportunidad de aportación al proceso –clasificación adjetiva-

Al respecto ya hemos tratado este tipo de clasificación al referirnos a la oportunidad legal de la aportación de los diferentes medios probatorios al proceso judicial, a cuyo efecto y en cuanto a la prueba instrumental, en atención a su oportunidad de proposición en el proceso pueden ser “**fundamentales**” y “**no fundamentales**”, los primeros que son aquellos de donde dimana o se deduce directamente la pretensión del demandante, que para garantizar el derecho constitucional de la defensa del demandado, deben acompañarse al libelo de la demanda; en tanto que los “no fundamentales” al no contener o referirse directamente a la pretensión, al no deducirse inmediatamente de ellos la misma, deben producirse en el lapso probatorio según el tipo procedimental correspondiente.

3.8. Según su función.

En atención a la función que cumple la prueba documental y especialmente la instrumental, se clasifican en “*ad probationem*” o “*ad solemnitatem –ad substantiam actus-*” el primero que es construido o formado con la sola finalidad de acreditar o demostrar el acto o hecho documentado, de manera que ante su ausencia el precitado hecho o acto puede acreditarse mediante otra forma; el “*ad solemnitatem*” por su parte se forma no tanto con la finalidad de la demostración del acto o hecho documentado, sino que en sí mismo es el acto jurídico, de manera que sin su existencia no solo inexistente la prueba del mismo sino que y especialmente, no existe el acto jurídico, que por ley requiere de la existencia necesaria de un acto documentado, como sucede con la garantía hipotecaria, capitulaciones matrimoniales, propiedad de inmuebles, condena a presidio en causas de divorcio, matrimonio, entre otros.

De esta manera según el instrumento sean fundamentales o esenciales, no solo para demostrar el hecho documentado –representado- sino para que el acto exista como tal, se habla de documentos o instrumentos “*ad probationem*”, donde el acto documentado existe y es válido, indistintamente de la existencia o no del documento o instrumento, el cual solo sirve para demostrar la existencia del hecho documentado; en tanto que se habla de documento “*ad solemnitatem*” cuando el documentado no solo sirve para demostrar la existencia del acto documentado, sino que sin su existencia, no habrá acto como tal.

El maestro BELLO LOZANO al referirse a esta clasificación expresa que atendiendo a la función e importancia en las relaciones jurídicas, se clasifican los documentos tanto públicos como privados, en “*ad probationem*” cuando sirven para demostrar la relación jurídica que diera lugar a su nacimiento y las convenciones en el contenidas; y “*ad solemnitatem*” cuando resultan imprescindibles para darle validez a la relación jurídica y sin su formación, el acto es considerado inexistente.³⁶⁶

3.9. Según sirvan para cotejar o ser cotejados.

Atendiendo a si los documentos y especialmente los instrumentos privados, requieren ser o no cotejados para demostrar su autenticidad luego de haberse producido su desconocimiento, los mismos puede ser “**debitados**” o “**indubitados**”, los primeros que son aquellos que luego de desconocidos requieren de cotejo; los “indubitados” que son aquellos auténticos que no requiriendo de cotejo, sirven para cotejar el desconocido o debitado a los fines de demostrar su autenticidad. En estos términos por ejemplo el artículo 448 del Código de Procedimiento Civil, nos indica que se considerarán como instrumentos indubitados los siguientes: a. Los instrumentos que las partes reconozcan como tales, de común acuerdo; b. Los instrumentos firmados ante un Registrador u otro funcionario público; c. Los instrumentos privados reconocidos por la persona a quien se atribuya el que se trate de comprobar, pero no aquellos que ella misma haya ,negado o, no reconocido, aunque precedentemente se hubieran declarado como suyos; y d. La parte reconocida o no negada del mismo instrumento que se trate de comprobar.

4. OPORTUNIDAD PROCESAL PARA APORTAR LA PRUEBA DOCUMENTAL AL PROCESO JUDICIAL.

En materia de prueba documental y especialmente la instrumental tenemos que respecto a los instrumentos públicos –sean negociales o administrativos- y los privados que sean carácter fundamental,

³⁶⁶ Humberto BELLO LOZANO, ob. cit. t. II, p, 345.

conforme a lo normado en el 340.6 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con lo preceptuado en el artículo 434 *ejusdem*, deberán ser promovidos junto al libelo de la demanda, so pena de no ser admitidos posteriormente por ser extemporáneos, señalando la primera de las normas que [...] *El libelo de la demanda deberá expresar: ...6° Los instrumentos en que se fundamente la pretensión, esto es, aquellos de los cuales se derive inmediatamente el derecho deducido, los cuales deberán producirse con el libelo.*” Por su parte el artículo 434 indica que [...] *Si el demandante no hubiera acompañado su demanda con los instrumentos en que la fundamenta, no se le admitirán después, a menos que haya indicado en el libelo la oficina o el lugar donde se encuentren, o sean de fecha posterior o aparezcan, si son anteriores, que no tuvo conocimiento de ellos. En todos estos casos de excepción, si los instrumentos fueren privados, y en cualquier otro, siendo de esta especie, deberán producirse dentro de los quince días del lapso de promoción de pruebas, o anunciarse en él de donde deban compulsarse; después no se le admitirán otros.*”

Como observamos cuando los instrumentos públicos –negociales o administrativos- y privados sean de carácter fundamental, entendido como aquellos de donde deriva, dimana o deduce inmediatamente el derecho pretendido por el justiciante, su aportación debe hacerse en el libelo de la demanda, siendo inadmisibles su aportación en otra etapa del proceso, salvo los casos excepcionales contenidos en la última de las normas transcritas, donde se atempera la exigencia legislativa, permitiéndose a tal efecto aportar los instrumentos en otras oportunidades procesales como lo son, para el caso del instrumento público administrativo y el privado, en el lapso de promoción de pruebas y para el instrumento público negocial, en cualquier momento antes de producirse la decisión, más correctamente hasta los últimos informes en los términos del artículo 435 del Código de Procedimiento Civil que indica [...] *Los instrumentos públicos que no sea obligatorio presentar con la demanda, ya por no estar fundada en ellos la misma, ya por la excepción que hace el artículo 434, podrán producirse en todo tiempo, hasta los últimos informes.*”

Pero como se viene señalando la norma contenida en el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, le permite a la parte accionante no aportar el instrumento fundamental al libelo de la demanda, en los siguientes casos:

- a. Cuando se indique en el libelo la oficina o el lugar donde se encuentre el o los instrumentos, caso en el cual el accionante no se encuentra eximido de aportar al proceso el medio probatorio, sino sólo de aportarla junto al libelo de la demanda, de manera que de tratarse de una prueba instrumental privada deberá indefectiblemente aportarse en el lapso probatorio, so pena de ser extemporánea su producción en cualquier otro momento; de tratarse de la prueba instrumental pública administrativa se aplican las mismas reglas señaladas del instrumento privados, esto es, que debe proponerse en el lapso probatorio; y respecto a la instrumental pública negocial, podrá

aportarse hasta los informes de la instancia o eventualmente hasta los informes de la segunda instancia –artículo 435-.

- b. Que los instrumentos sean de fecha posterior a la demanda, excepción que se justifica porque de no existir los instrumentos para el momento de introducirse la demanda, mal podían ser mencionados. En tal caso y de tratarse de una prueba instrumental pública administrativa o privada, deberá indefectiblemente aportarse en el lapso probatorio so pena de ser extemporánea su producción en cualquier otro momento; de tratarse de la prueba instrumental pública negocial, podrá aportarse hasta los informes de la instancia o eventualmente hasta los informes de la segunda instancia.
- c. Cuando se trate de instrumentos de fecha anterior a la demanda, pero que no eran conocidos para el accionante, caso en el cual éste por tratarse de un hecho negativo de difícil prueba, será el demandado quien tenga la carga de aportar la prueba del hecho positivo en contrario, como lo sería la prueba que el accionante sí tenía conocimiento de la prueba instrumental para el momento de presentar la demanda. Ante tal situación de tratarse de una prueba instrumental pública administrativa o privada, deberá indefectiblemente aportarse en el lapso probatorio, so pena de ser extemporánea su producción en cualquier otro momento; de tratarse de la prueba instrumental pública negocial, podrá aportarse hasta los informes de la instancia o eventualmente hasta los informes de la segunda instancia.

En todos éstos casos excepcionales el accionante debe hacerlo valer expresamente en la demanda, es decir, debe manifestar que no aporta el instrumento fundamental e invocar alguna de las causas de excepción a que se refiere el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, sin lo cual, de no haber alegación, no podría activarse la vía de excepción de aportación del instrumento a la demanda. Pero también es importante precisar desde ya, que los casos excepcionales en materia de prueba instrumental, cuando se hace uso de algunos de los supuestos a que se refiere la precitada norma, su aportación posterior dependerá de la naturaleza instrumental que se trata, pues de ser pública negocial, esto es, aquella que contiene un negocio o convención jurídica entre los sujetos de derecho, mediante los cuales pueden constituirse, extinguirse o modificarse una relación jurídica, su aportación se ubica en los términos del artículo 435, hasta los últimos informes; en caso de instrumental pública administrativa, que es una invención de la jurisprudencia patria, que no contiene una convención o negocio jurídico entre los sujetos, sino que se refiere a instrumentos emanados de la administración pública donde consta un hecho relevante emanado de ellos o realizados por las partes ante ellos, no equiparándose a los instrumentos públicos negociales y no haciéndole extensible sus privilegios, su aportación necesariamente debe ser como los privados, esto es, en el lapso de promoción de pruebas; finalmente los privados y como

indicamos, deberán producirse en el lapso señalado de promoción de pruebas, sin que luego puedan ser admitidos, salvo que las partes estén de acuerdo, lo que en la práctica es muy poco probable.

Nuestro padre Humberto BELLO-LOZANO MÁRQUEZ al tratar el tema abordado nos enseñó en su momento, que si bien el accionante se encuentra eximido o relevado de aportar junto al libelo de la demanda los instrumentos fundamentales, no por ello quiere decir que se encuentra relevado de producirlos al proceso, ya que la excepción a que se contrae la norma se refiere únicamente a la no obligación de incorporar los instrumentos desde el inicio del proceso, es decir junto al libelo de la demanda, pero sí deben aportarse en el lapso probatorio, ya que el juez no puede decidir en base a instrumentos que no constan en autos, so pena de incurrir en suposición probatoria por prueba inexistente, por lo que la excepción en estudio solo trae como consecuencia que de ser invocada por el accionante la norma del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, para no aportar junto al libelo los instrumentos fundamentales, queda abierta la posibilidad de producirlos en los momentos ya señalados, en caso contrario, de no haberse acompañado los instrumentos en sus respectivas etapas procesales y de no existir las excepciones del artículo en cuestión, la incorporación en otro momento distinto es totalmente extemporánea y los instrumentos no podrán ni deberán ser valorados por el juez, no servirán para la verificación de los hechos enunciados y para la convicción judicial.³⁶⁷

Pero ¿qué son los instrumentos fundamentales?

Los instrumentos fundamentales, *son aquellos de donde provienen, dimanar o derivan las relaciones materiales surgidas entre las partes o el derecho que reclaman judicialmente* y que como nos enseñaría nuestro padre al no presentarse junto al libelo de la demanda, la consecuencia que tendrá que soportar el accionante por aplicación del contenido del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, es que no le serían admitidos en otra oportunidad procesal, lo que es consecuencia del contenido del artículo 340.6. donde el legislador impone al demandante la carga procesal de acompañar junto al libelo de la demanda los instrumentos fundamentales, que tiene su razón o justificación en el hecho de garantizarle al demandado el cabal ejercicio de la defensa, dado que es lógico que si los instrumentos fundamentales son aquellos de donde dimana la pretensión del accionante, la parte demandada centrará sus defensas en tratar de destruir los efectos nocivos de dichos instrumentos, por lo que su aportación en un momento posterior, luego de preclusivo el lapso de contestación de la demanda decretaría una situación de indefensión del demandado al no tener oportunidad para tratar el tema de la instrumental, especialmente cuando ya la litis se ha trabado y se han determinado los hechos controvertidos sobre los cuales recaerá el decisorio; pero otra razón de la exigencia de aportar al libelo el instrumento fundamental y de no admitirse después –salvo las excepciones señaladas- radica en el hecho de la lealtad y probidad de las partes, dado que de no

³⁶⁷ Humberto BELLO MÁRQUEZ. Las Fases del Procedimiento Ordinario. pp. 20, 21 y 156.

producirse los instrumentos en la oportunidad señalada, se le estaría cercenando al demandado la oportunidad de preparar una adecuada defensa.

En este orden de ideas tenemos que la oportunidad procesal para producir en el proceso los instrumentos fundamentales –cualquiera fuere su naturaleza, sean de carácter públicos negociales o administrativos o privados- es en el libelo de la demanda, ya que de no ser incorporados en esa oportunidad procesal y salvo los casos de excepción a que se contrae el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, no serán admitidos posteriormente. Por criterio en contrario si los instrumentos que deben aportarse al proceso no son de carácter fundamental, deberán producirse en el lapso probatorio, de ser públicos administrativos o privados, y de ser de ser públicos negociales podrán producirse conforme a lo previsto en el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, hasta los últimos informes.

Respecto al contenido del artículo 435 referido, destacamos que de tratarse de instrumentos públicos negociales que no sean fundamentales, podrán aportarse al proceso no solo en el lapso de promoción de pruebas, sino también en cualquier tiempo procesal, hasta los últimos informes, concretamente, que pueden ser aportados en primer grado de jurisdicción hasta los informes de esa instancia, pero también y precluido los informes de esa primera instancia, pueden ser aportados al proceso hasta los informes de la segunda instancia o segundo grado de jurisdicción, tal como lo expresa el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, que dispone [...] *En segunda instancia no se admitirán otras pruebas sino instrumentos públicos, la de posiciones juradas y el juramento decisorio. Los primeros podrán producirse hasta los informes, si no fueren de los que deban acompañarse con la demanda; las posiciones y el juramento podrán evacuarse hasta los informes, siempre que se soliciten dentro de los cinco días siguientes a la llegada de los autos al Tribunal. Podrá el Tribunal dictar auto para mejor proveer, dentro de los límites expresados en el artículo 514.*”

Puesto en este estado el asunto nos preguntamos **¿en el marco del sistema de procedimiento civil ordinario, puede el demandado acompañar junto a la contestación de la demanda el instrumento fundamental de su defensa o excepción?**

Para responder la interrogante comencemos con lo que al respecto nos dicen BELLO LOZANO y BELLO-LOZANO MÁRQUEZ,³⁶⁸ quienes estando recién publicado el Código de Procedimiento Civil, sostuvieron en la obra “*Tratamiento de los Medios de Prueba en el Nuevo Código de Procedimiento Civil*”, que los instrumentos privados no reconocidos, podían ser aportados por el demandado junto a su contestación, aunque BELLO LOZANO,³⁶⁹ en ediciones posteriores de la obra “*La Prueba y su Técnica*”,

³⁶⁸ Humberto BELLO LOZANO y Humberto BELLO LOZANO MÁRQUEZ. *Tratamiento de los Medios de Prueba en el Nuevo Código de Procedimiento Civil*. Editorial Mobilibros. Caracas, 1986. pp. 45 y ss.

³⁶⁹ Humberto BELLO LOZANO. *La Prueba y su Técnica*. Editorial Mobilibros. Quinta edición. Caracas, 1991. pp. 57 y ss.

rectifica éste criterio haciendo lo propio BELLO MÁRQUEZ³⁷⁰ en su obra “*Fases del Procedimiento Ordinario*”, donde se sostuvo la imposibilidad de aportar el instrumento privado no fundamental, en otra oportunidad procesal diferente al lapso de promoción de pruebas, ello por aplicación del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil.

Por su parte DUQUE CORREDOR,³⁷¹ mantiene el criterio que en el lapso de emplazamiento la parte demandada puede aportar instrumentos privados en la contestación de la demanda.

Pero la circunstancia que anotamos, podría verse destruida por el principio constitucional de la informalidad contenido en los artículos 26 y 257 constitucional, donde pudiera presentarse, que en un proceso el demandado aportase junto a la contestación de la demanda, la prueba instrumental que demostrara el hecho extintivo, impeditivo o modificativo en que se fundamentara su excepción; podría argumentarse que en función del principio de informalidad que rige al proceso, la norma contenida en el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, se relajará, permitiéndose de ésta manera al demandado aportar la prueba de su excepción junto al escrito de contestación de la demanda; también podría argumentarse que en aplicación de un criterio garantista y constitucional, si el demandante tiene el derecho de aportar junto al libelo el instrumento fundamental, por bilateralidad, igualdad de armas o igualdad procesal, el demandado también tendría o estaría asistido del mismo derecho.

Si bien el proceso judicial conforme a los postulados de la Constitución, encuentra a la informalidad como uno de sus elementos característicos y uno de los esenciales principios sobre los cuales se construye, el mismo también se edifica sobre las bases de un debido proceso legal contenido en el artículo 49, que contiene las reglas de juego que deben respetarse y dentro de las cuales se hayan las etapas procesales, donde en forma preclusiva deberán realizarse los actos de parte y del tribunal, así como las etapas u oportunidades en que las partes deberán aportar al proceso los instrumentos contentivos de las fuentes que servirán para verificar los hechos enunciados por comparación respecto a los hechos afirmados o negados en las pretensiones o excepciones, tomando en consideración al efecto tanto el carácter fundamental o no de los mismos, como su naturaleza pública o privada, inclusive su naturaleza pública administrativa, por lo cual en el caso del procedimiento civil ordinario, la aportación de la prueba instrumental privada sujeta a reconocimiento así como la pública administrativa que solo admite prueba en contrario y que contenga la demostración de los hechos excepcionados en la contestación, deberá realizarse en la etapa probatoria -promoción de pruebas- y si la naturaleza de la prueba instrumental es de carácter pública negocial, la misma podrá aportarse al proceso en cualquier estado y grado del proceso,

³⁷⁰ Humberto BELLO LOZANO MÁRQUEZ. *Las Fases del Procedimiento Ordinario*. Editorial Mobilibros. Caracas, 1996. pp. 155 y ss.

³⁷¹ Roman J. DUQUE CORREDOR. *Apuntaciones Sobre el Procedimiento Civil Ordinario*. Tomo I. Ediciones Fundación Projusticia. Colección Manuales de Derecho. Caracas, 2000. pp. 333 y ss.

hasta los últimos informes; entenderlo de otra manera, sería quebrantar el debido proceso legal, que traería como consecuencia una real anarquía procesal típica en nuestro desastroso sistema de procedimientos vigente producto de políticas judiciales erráticas, de la desidia y de quienes tienen la noble función de administrar justicia.

El razonamiento que antecede igualmente encuentra su fundamento en la protección del derecho constitucional de la defensa, pues las normas contenidas en los artículos 443 y 444 del Código de Procedimiento Civil –que regulan las figuras de tacha y desconocimiento de instrumentos privados- se harían inaplicables, ya que en el procedimiento ordinario el actor para ejercitar sus defensas, tendría que acudir al tribunal durante todos los días del lapso de emplazamiento, a fin de verificar cuando se produciría la contestación de la demanda y si en la misma, fue aportado un instrumento privado o público administrativo, siendo totalmente absurda esta situación, ya que el legislador no previó que el actor estuviese en la contestación de la demanda, la cual por demás se realiza dentro de un plazo o lapso y no en un término y a través de un acto jurisdiccional; pero incluso de considerar que el momento de impugnación de la prueba se abriría luego de vencido el lapso de emplazamiento, se estaría incorporando al proceso un lapso inexistente subvirtiendo en consecuencia al momento. Por tales motivos insistimos en que debe negarse la posibilidad de aportar instrumentos privados y públicos administrativos sujetos a reconocimiento y prueba en contrario respectivamente, a la contestación de la demanda, todo ello a propósito que el instrumento es fundamental para el actor pero no para el demandado, ya que quien debe preparar sus defensas en función a las pruebas instrumentales que deben aportarse al proceso, es el demandado y no el accionante, quien en el libelo de la demanda ha expresado todos los elementos de hecho –afirmaciones o negaciones- que son la base argumental de su pretensión discursiva.

No obstante a lo anterior con relación a la aportación de la prueba instrumental en forma excepcional al lapso de promoción de pruebas, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia señaló:

De conformidad con el artículo 396 del Código de Procedimiento Civil, dentro de los primeros 15 días del lapso probatorio las partes deberán promover todas las pruebas de que quieran valerse, entre otras, los instrumentos privados no fundamentales de la demanda, y estos últimos en los casos de excepción a que se refiere el artículo 434 del mencionado Código; la exhibición de documentos, la confesión o posiciones juradas; la experticia, la inspección judicial, la prueba de testigos, las reproducciones, copias y experimentos, la prueba de informes. (Rengel Romberg A. *Tratado de Derecho Civil Venezolano*. Caracas, Editorial Arte, Cuarta Edición, 1994, p. 347).

Sin embargo, esta regla tiene algunas excepciones: los documentos fundamentales, que deben ser promovidos por el actor con la demanda; los públicos, que pueden ser presentados hasta los últimos informes; los documentos privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos bien en original o en copia certificada o fotostática, fotográfica u otra semejante que pueden presentarse con la contestación de la demanda. Asimismo, el artículo 396 del Código de Procedimiento Civil dispone que “... Pueden ... las partes, de común acuerdo, en cualquier estado y grado de la causa, hacer evacuar cualquier clase de prueba en que tengan interés”.

El artículo 429 del Código de Procedimiento Civil establece:

...omissis...

De la lectura de la norma se desprende que el artículo transcrito no contempla los documentos privados simples, sino que regula lo concerniente a los documentos públicos o privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, sea en original, en copia certificada o fotostática, y expresa que pueden ser producidos junto con la demanda, en la contestación o en el lapso de promoción de pruebas. Por consiguiente, los documentos privados simples responden a la regla general establecida en el artículo 396 del Código de Procedimiento Civil: dentro de los primeros 15 días del lapso probatorio deberán las partes promover todas las pruebas de esta especie de que quieran valerse.

Al respecto, el autor Jesús Eduardo Cabrera sostiene lo siguiente:

“El Art. 429 reza... En nuestro criterio, el anterior artículo ha venido a puntualizar la oportunidad para la promoción de los documentos privados simples (no reconocidos) que no sean fundamentales. Ambas partes no podrán promoverlos sino en el término de promoción de pruebas. El Art. 429 CPC prevé que los documentos privados auténticos (reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos) pueden producirse en originales o en copias certificadas o fotostáticas simples u otras semejantes y señala como oportunidades para traer las copias simples (con mayor razón, los originales), el libelo, la contestación y el término de promoción de pruebas. Fuera de esas oportunidades, la producción de las copias simples de instrumentos públicos o privados auténticos es extemporánea, salvo aprobación expresa de la contraparte. Los documentos privados no auténticos no están contemplados en el Art. 429 CPC, por lo que en cuanto a la oportunidad de promoverlos y producirlos, tenemos para el actor que

ella es el libelo, en cuanto a los fundamentales (ord. 6° Art. 340 CPC), y el término de promoción de pruebas (Arts. 396 y 434 CPC) para cualquier otro documento privado simple que pretenda hacer valer cualquiera de las partes, no existiendo en la ley ningún otro momento fuera de los nombrados, para la promoción de esa categoría de instrumentos privados ... El Art. 429 CPC prevé la contestación acompañada de las copias, mas no contempla el CPC, que dicha contestación se acompañe con documentos privados no auténticos (no reconocidos ni autenticados). Todo esto conduce a que la oportunidad para promover los instrumentos privados simples, es el término de promoción de pruebas para ambas partes, a menos que sean fundamentales...” (Cabrera Romero, Jesús Eduardo: *Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre*. Caracas, Editorial Jurídica Alva, S.R.L., 1997, p. 104-107).

Conforme al anterior criterio que esta Sala acoge, no puede el demandado producir documentos privados simples con la contestación de la demanda, sino en el lapso de promoción de pruebas.

En el caso concreto, el demandado acompañó con la contestación de la demanda documentos privados simples (facturas originales N° 0081 y N° 0090 emitidas por la demandante, y un documento privado simple de fecha 25 de marzo de 1998), los cuales ratificó en el lapso de promoción de pruebas, según lo estableció la recurrida, considerando que no eran extemporáneos, tal como se constata de la siguiente transcripción: “Teniendo a la vista las pruebas aportadas por la parte demandada en la etapa procesal de promoción de pruebas, resulta importante destacar a esta Superioridad que, respecto a la defensa opuesta por la demandante en el sentido de solicitar ante el a quo la declaratoria de la extemporaneidad de las pruebas documentales privadas presentadas por la demandada en el momento de la contestación de la demanda, y por ello la inobservancia de las mismas para el proceso, este Tribunal rechaza la misma, por cuanto de una revisión de las pruebas presentadas en la promoción de pruebas por parte de la demandada, se observa que las consignadas en la contestación de la demanda fueron ratificadas por ésta al invocar el mérito favorable que se desprende de las actas procesales, además de ratificar expresamente el valor probatorio de los mismos, aunado al hecho que la demandante no hizo uso del recurso de oposición oportunamente, una vez agregadas al expediente o ratificadas en su existencia y valor probatorio, por tanto, este Juzgado

Superior declara y ratifica la improcedencia de la defensa opuesta por el abogado demandante. ...”.(Negritas de la Sala)

De forma que al haber sido ratificado el valor probatorio de tales documentos en el lapso de promoción, deben tenerse como válidos y, por tanto, no erró el juez superior en la interpretación de los artículos 388, 396, 429, 434 segunda parte, 435 y 196 del Código de Procedimiento Civil, al apreciar los documentos privados simples consignados con la contestación de la demanda, debido a que estos fueron ratificados en el lapso de promoción de pruebas.³⁷²

Los instrumentos privados simples sólo pueden ser aportados en el lapso de promoción de pruebas cuando no sean fundamentales, de lo contrario deberán ser aportados junto al libelo de la demanda; en tanto que los privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, para el actor pueden ser aportados en el lapso de pruebas, salvo que sean fundamentales y para el demandado, pueden ser aportados en la contestación de la demanda o en el lapso de pruebas, pues si bien el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, permite la aportación de instrumentos privados reconocidos en copia, fotografías, fotostátos o cualquier otro medio mecánico, en la contestación de la demanda, con mucha más razón debe permitirse la aportación de la instrumental privada reconocida en original, pero cuando se trata de instrumentales privadas simples, su aportación indefectiblemente debe realizarse en el lapso de promoción de pruebas o en el libelo de la demanda de tratarse de una prueba fundamental, lo que se traduce, que si el demandado aporta junto a la contestación un instrumento privado simple, el mismo será extemporáneo, pero el elemento que consideramos errado de la decisión bajo análisis, es que se permita subsanar el error de la extemporaneidad mediante la ratificación del mérito de la prueba en el lapso probatorio, es decir, que sea ratificado, pues ya el instrumento se encuentra infectado por la extemporaneidad producto de su aportación anticipada por parte del litigante ignorante, lo cual no puede ser corregido con una futura ratificación de manera que la prueba producida extemporáneamente, debe quedarse fuera del proceso y no debe ser apreciada aún cuando sea ratificada posteriormente. Este criterio no consideramos que sea lesivo del derecho a la defensa, a la tutela judicial efectiva y al derecho a producir pruebas, pues no se ha limitado éste último en forma alguna, dado que ha sido la propia parte la que ha producido erróneamente la prueba en el proceso, en forma anticipada, siendo que la causa de desecho de la prueba solo es imputable a la parte que ha sido ignorante y torpe.

³⁷² Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, N° RC-00313 de fecha 27 de Abril de 2.004, con ponencia del ex magistrado Franklin ARRIECHE GUTIERREZ, expediente N° 001004

Ya para terminar este punto es importante destacar que el tema de los instrumentos fundamentales no solo es propio del sistema de procedimiento ordinario civil escrito, sino que también se presenta en otros sistemas de procedimiento, donde el tema no solo se regula respecto al actor, sino que se le hace extensivo al demandado quien también puede presentar instrumentos fundamentales de su excepción, como sucede en el procedimiento civil oral –artículos 340.6 y 864 del Código de Procedimiento Civil- aplicado al sistema marítimo –artículo 11 de la Ley del Procedimiento Marítimo- en materia de niños y adolescentes –artículos 456 y 474 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescentes- en materia agraria –artículos 199 y 205 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario- en materia contencioso funcional –artículo 95 de la Ley del Estatuto de la Función Pública- en los procedimientos contenciosos administrativos –artículo 33.6 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa- en materia contencioso tributario –artículo 260 del Código Orgánico Tributario-.

Resumiendo tenemos:

- a. Si se trata de instrumentos públicos negociales o administrativos fundamentales, deben ser incorporados en el libelo de la demanda, salvo las excepciones previstas en el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, pudiendo aportarse en cualquier estado y grado de la causa para los primeros –negociales- y en el lapso probatorio los segundos –administrativos-.
- b. Si se trata de instrumentos privados fundamentales, deben ser aportados en el libelo de la demanda, salvo las excepciones previstas en el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, caso en el cual, la prueba debe ser aportado en el lapso de promoción de pruebas, sin que se le admita posteriormente.
- c. En los casos de las excepciones del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, el demandante tiene la carga procesal de expresar o señalar en forma expresa que no acompaña el instrumento fundamental acogiéndose a la excepción de ley.
- d. El artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, solo exime al demandante a no aportar el instrumento fundamental a la demanda, no así al proceso.
- e. No existe instrumento fundamental para el demandado en materia civil, especialmente en materia de procesos escritos, por lo que si la excepción se basa en un instrumento público, puede producirse en cualquier momento –estado y grado del proceso- pero si está fundamentada en un instrumento privado, debe indefectiblemente aportarse en el lapso probatorio, so pena de ser declarado extemporáneo.

- f. Si los instrumentos no son fundamentales y de ser públicos negociales, pueden aportarse en cualquier estado y grado de la causa; en caso de ser públicos administrativos o privados, solo pueden producirse en el lapso probatorio.
- g. Luego de vencido el tiempo –término- de los informes –si no los hubo- o de las observaciones –si hubo informes- bien en primero o segundo grado de jurisdicción, ya no se está en un estado del proceso para la actividad de las partes, de manera que la aportación de cualquier prueba instrumental –sea público o privado- resulta extemporáneo; igualmente y en sede de Casación, no siendo un estado y grado de la causa al tratarse de la fase del recurso extraordinario para controlar la legalidad de la sentencia de última instancia, donde la actividad de las partes en materia probatoria ha cesado, tampoco es oportunidad válida para producir instrumentos.
- h. En cuanto a los instrumentos privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos que no se transforman en públicos y que siguen siendo privados, también le son aplicables las normas ordinarias estudiadas de manera que si es fundamental, debe aportarse junto al libelo de la demanda, de lo contrario en el lapso de promoción de pruebas.

Ya para terminar indiquemos que como dijéramos en puntos anteriores el instrumento público podía ser negocial o no negocial, especialmente público administrativo, el cual no puede ser asimilado a un instrumento público negocial, entre otros motivos por la oportunidad en que pueden ser incorporados al proceso judicial, de manera que refiriéndonos anteriormente a la oportunidad de aportación de instrumentos públicos negociales al proceso, debemos ahora referirnos a la oportunidad procesal en que pueden ser aportados al proceso los instrumentos públicos administrativos, a cuyo efecto el precitado instrumento cuando es fundamental, debe ser aportado por la parte demandante junto al libelo de la demanda, pero en los demás casos, no pudiendo asimilarse al instrumento público negocial, deberá indefectiblemente aportarse en el lapso de promoción de pruebas, lo que se traduce en que su aportación en la contestación de la demanda –fundamental para la excepción- en cualquier otro momento –diferente al lapso de promoción de pruebas- en primera instancia y en segundo grado de jurisdicción, resulta intempestiva o extemporáneo, ya que tratándose de una prueba que puede ser desvirtuada mediante la aportación de prueba en contrario, al gozar de una presunción de legalidad relativa, debe existir la posibilidad que el contendor judicial pueda producir esa prueba, posibilidad que pudiera quedar limitada o impedida de permitirse la aportación de esta clase de instrumentos en cualquier momento procesal como si se tratara de instrumentos públicos negociales, los cuales son atacados o impugnados por vía de la tacha de falsedad que tiene su propia incidencia y que sólo es viable o posible de limitarse su aportación junto a la demanda –cuando es fundamental- o en el lapso de pruebas –promoción- tal como lo ha doctrinado Casación al señalar:

...Si bien el formalizante alegó la infracción del artículo 435 del Código de Procedimiento Civil por falta de aplicación, en vez de alegar su falsa aplicación, ello no determina a priori la desestimación de la denuncia, pues los argumentos que la sustentan se dirigen a evidenciar la existencia de éste último supuesto, lo cual permite comprender el error de derecho en el juzgamiento de los hechos por el que se pretende obtener la nulidad del fallo de alzada.

Al respecto, ha sido criterio pacífico y reiterado de la Sala, que las actuaciones administrativas levantadas por las Inspectorías de Vehículos, con ocasión de un accidente de tránsito, tienen valor probatorio en el juicio respectivo, y aun cuando dichas actuaciones hacen fe en todo cuanto se refiere a lo que el funcionario declara haber efectuado o percibido por sus sentidos, o practicado como perito, la prueba que se deriva de tales instrumentos no es absoluta o plena, porque el interesado puede impugnarla, y en consecuencia, desvirtuar en el proceso, mediante la utilización de las pruebas legales que estime pertinentes, la verdad de los hechos o circunstancias que el funcionario de tránsito hubiere hecho constar en su acta, croquis o en el avalúo de los daños. (Sentencia de fecha 20 de octubre de 1988 caso: Autobuses Servicios Interurbanos Ruta Centro Oriental C.A. (Autosírco) contra Enrique Remes Zaragoza y otra).

De igual forma, la Sala ha dejado establecido en sus decisiones que las mencionadas actuaciones administrativas, a pesar de no encajar en rigor en la definición que del documento público da el artículo 1.357 del Código Civil, tiene de todos modos el mismo efecto probatorio de los documentos públicos, en razón de que emanan de funcionarios públicos que cumplen atribuciones que les ha conferido la Ley de Tránsito Terrestre y contienen, por tanto, una presunción de certeza que el interesado en lo contrario debe desvirtuar en el proceso judicial. (Sentencia de fecha 26 de abril de 1990, caso: Antonio José Paracare contra Colectivos Je-Ron C.A.).

En el caso bajo examen, tiene razón el formalizante cuando afirma que las actuaciones administrativas de tránsito no pueden ser consideradas como documentos públicos conforme al artículo 1.357 del Código Civil, pues el mismo está referido al documento público negocial, es decir, aquel documento contentivo de negocios jurídicos de los particulares, que ha sido formado por un funcionario competente actuando en ejercicio de sus funciones, y no a los

documentos públicos administrativos como son las actuaciones administrativas de tránsito.

Los documentos públicos administrativos son aquellos realizados por un funcionario competente actuando en el ejercicio de sus funciones, pero que no se refiere a negocios jurídicos de los particulares, sino que tratan de actuaciones de los referidos funcionarios que versan, bien sobre manifestaciones de voluntad del órgano administrativo que la suscribe, conformando la extensa gama de los actos constitutivos (concesiones, autorizaciones, habilitaciones, admisiones, suspensiones, sanciones, etc), o bien constituyen manifestaciones de certeza jurídica que son las declaraciones de ciencia y conocimiento, que a su vez, conforman la amplia gama de los actos declarativos (certificaciones, verificaciones, registros, etc.), y que por tener la firma de un funcionario administrativo están dotados de una presunción desvirtuable de veracidad y legitimidad de su contenido, en razón del principio de ejecutividad y ejecutoriedad que le atribuye el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y por tanto deben considerarse ciertos hasta prueba en contrario.

Además, las referidas actuaciones de tránsito no encajan en rigor en la definición de documento público, porque precisamente, es posible desvirtuar su certeza por otra prueba pertinente e idónea, y no sólo a través de la tacha de falsedad o de la simulación, como ocurre con los documentos públicos negociales.

Así, la Sala observa que el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, que regula los instrumentos públicos que pueden producirse en todo tiempo hasta los últimos informes, se refiere al documento público negocial y no a los documentos públicos administrativos, pues de lo contrario, se crearía una desigualdad extrema para la contraparte del promovente del documento público administrativo, producido luego de precluido el lapso probatorio ordinario.

En efecto, al contener el documento público administrativo una presunción de certeza desvirtuable por cualquier prueba en contrario, si el mismo es consignado en cualquier tiempo y no en el lapso probatorio, en caso de ser impugnado, el Juez estaría obligado a abrir una articulación probatoria, a fin de que la contraparte del promovente pueda desvirtuar la presunción de

veracidad mediante la producción de la prueba en contrario; articulación que tiene lapsos más reducidos que los ordinarios concedidos por la Ley. Desde luego que tal problema no se presenta en el caso del documento público negocial, pues ellos sólo pueden ser destruidos por tacha o a través de la acción de simulación.

Por tal motivo, al tratarse las actuaciones de tránsito de documentos públicos administrativos, éstos no pueden ser producidos en todo tiempo, hasta los últimos informes, sino en el lapso probatorio ordinario.

Comparte igualmente la Sala el argumento del formalizante de que las actuaciones administrativas de tránsito no pueden ser consideradas como instrumentos fundamentales de la demanda, pues la pretensión de indemnización de daños y perjuicios derivada de un accidente de tránsito, constituye un caso especial de responsabilidad civil extracontractual, cuya procedencia depende de la concurrencia de tres requisitos: la culpa, el daño y la relación de causalidad, y por ello, jamás podría existir prueba documental de la causa de pedir.” (Sentencia de la Sala de Casación Civil de fecha 16 de mayo de 2003, en el juicio seguido por el ciudadano Henry José Parra Velásquez, contra el ciudadano Rubén Gilberto Ruíz Bermúdez y la sociedad mercantil Constructora Basso, C.A., expediente N° 01-885).

De acuerdo al criterio doctrinario antes expuesto, las copias certificadas de las actuaciones de tránsito, no pueden ser equiparadas al documento público negocial, y **por tal motivo, resulta extemporánea su producción en los informes de primera instancia y han debido promoverse en el lapso probatorio ordinario.** Ello, en razón de la interpretación que la Sala le ha dado al artículo 435 del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, de acuerdo al criterio doctrinario antes expuesto, la señalada norma, cuando regula los instrumentos públicos que pueden producirse en todo tiempo hasta los últimos informes, se refiere al documento público negocial y no a los documentos públicos administrativos, pues de lo contrario, “...se crearía una desigualdad extrema para la contraparte del promovente del

*documento público administrativo, producido luego de precluido el lapso probatorio ordinario...*³⁷³

De esta manera es criterio del Tribunal Supremo de Justicia que el contenido del artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, que permite la aportación de instrumentos públicos en cualquier estado y grado del proceso cuando no son fundamentales, solo se refiere a instrumentos públicos de carácter negocial y no administrativos, que tienen formas de impugnación diferente, uno mediante la tacha o simulación –público negocial- y otro mediante la prueba en contrario que desvirtúe su legalidad –administrativo- por lo que su aportación solo debe hacerse: a. En el libelo de la demanda cuando sean de carácter fundamental; y b. En el lapso de promoción de pruebas cuando no son fundamentales.

En cuanto a la aportación de la prueba instrumental en el marco del sistema de procedimiento oral, civil, penal, marítimo aeronáutico, laboral, de niños y adolescentes, contencioso administrativo y tributario, así como agrario, remitimos al lector al tratamiento que al respecto hemos hecho al referirnos al momento de la prueba.

³⁷³ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 06 de Julio de 2004, N° RC-00557, con ponencia del magistrado Antonio RRAMÍREZ JIMÉNEZ, expediente N° 03189.

CAPITULO VII

PRUEBA INSTRUMENTAL PÚBLICA

SUMARIO: 1. *La prueba instrumental pública. Concepto. Características. 1.1. Documento público, instrumento público, documentos e instrumentos auténticos, autenticados y escritura pública. Diferenciación. 1.1.1. Documentos públicos. 1.1.2. Instrumentos públicos. 1.1.3. Documentos e instrumentos auténticos. 1.1.4. Documentos e instrumentos autenticados. 1.1.5. Escrituras públicas. 2. Requisitos para la existencia de los instrumentos públicos o auténticos. 2.1. La fe pública, la buena fe y la plena fe. Etimología. Definición. Diferenciación. 3. Plena fe, fe pública, valor probatorio y fuerza probatoria del instrumento público. 4. Valor probatorio de la prueba instrumental pública. 4.1. Casos de valoración probatoria de instrumento públicos que son contradictorios con otros medios de prueba. 4.2. Valor probatorio de los enunciados relacionados directa o indirectamente con el acto o hecho jurídico instrumentado. 4.3. Valor probatorio de los documentos públicos. 5. Tacha de Falsedad. Definición. Falsedad material, intelectual e ideológica y motivos. 6. Procedimiento de la tacha de falsedad de instrumentos públicos o auténticos. 6.1. Tacha por vía incidental. Oportunidad. 6.2. Anuncio de la tacha incidental. Formalización. Contestación. 6.3. Admisión de la tacha de falsedad. 6.4. Fase instructoria o probatoria de la tacha incidental. 6.5. Reglas especiales en materia probatoria. 6.5.1. Prueba testimonial. 6.5.2. Prohibición de declaración anticipada de los testigos y del funcionario que autorizó el instrumento tachado. 6.5.3. Inspección previa de los protocolos y registros. Evacuación de las declaraciones. 6.5.4. Preguntas y repreguntas al funcionario público y a los testigos. 6.5.5. Testigos promovidos para la demostración de coartada. 6.5.6. La contradicción, divergencia u olvido en la declaración del funcionario público y de los testigos instrumentales. 6.5.7. Prueba de experticia. 6.5.8. Presentación del original del instrumento tachado. 6.5.9. No contestación de la demanda o a la formalización de la tacha. Indicio procesal de la conducta omisiva de la parte contumaz. 6.5.10. Prejudicialidad penal. 6.5.11. Transacción en materia de tacha. 6.5.12. Sentencia de la tacha. 6.5.13. Tacha por vía principal. 7. Tacha de falsedad instrumental en el sistema de los procedimientos orales. 7.1. Tacha de falsedad en el sistema de procedimiento civil. 7.2. Tacha de falsedad en el sistema de procedimiento penal. 7.3. Tacha de falsedad en el sistema de procedimiento laboral. 7.4. Tacha de falsedad en el sistema de procedimiento de niños y adolescentes. 7.5. Tacha de falsedad en el sistema de procedimiento agrario. 8. Simulación y su prueba. El contradocumento.*

1. LA PRUEBA INSTRUMENTAL PÚBLICA. DEFINICIÓN. CARACTERÍSTICAS.

En el tema anterior abordamos lo referente al estudio de la prueba documental, señalando que se trataba de toda cosa u objeto producto de un acto humano, perceptible por los sentidos y capaz de representar un hecho del mundo exterior, producto o no de un acto humano, que en ocasiones podía ser representativo y declarativo, siendo la característica fundamental y definidora del documento, su función representativa; que el documento constituye el género de toda cosa u objeto representativo, pues cuando el mismo adquiere la forma escritural nos colocamos en el campo de los instrumentos, que precisamente se presenta como una de las especies de la prueba documental, que no es otra cosa que la misma prueba documental pero en formato escrito, el cual puede a su vez escindirse en pública –negocial o administrativa- y privada, tal como lo regula nuestra legislación vigente en el artículo 1.356 del Código Civil, que expresa [...] *La prueba por escrito resulta de un instrumento público o de un instrumento privado.*”, lo que se presenta como la clasificación sustantiva de la prueba documental.

Entendiendo que cuando la prueba documental adopta la forma escrita nos coloca en el mundo de la prueba instrumental o por instrumentos, también conocida como literal, para el estudio que nos corresponde en esta ocasión comencemos con las siguientes interrogantes: **¿qué es el instrumento público?, ¿es lo mismo el instrumento público que el documento y el acto público?, ¿documento e instrumento público es lo mismos que auténtico?**

Antes de abordar las interrogantes que nos hemos planteado veamos lo que al respecto ha dicho la doctrina, a cuyo efecto comencemos con el maestro CHIOVENDA quien nos dice que [...] *El documento público (o lo que es lo mismo, auténtico) es el autorizado con las formalidades requeridas, por un notario o por otro funcionario público capacitado, en el lugar donde se realiza el acto, para atribuirle fe pública (artículo 1.315).*”, artículo que como indica el maestro corresponde o se identifica con el 1.317 del Código Civil francés que define el “acto auténtico” como lo hace el “acto público” italiano, aunque –indica- el legislador a sustituido la palabra “auténtico” por la palabra “público” en las sedes *materiae*, en el artículo 1.315, sin haber tenido la precaución de sustituir en todas las normas el vocablo, de ahí en muchas otras hubiera conservado la palabra “auténtico” lo que habría dado motivo a que diversos autores y la propia jurisprudencia creyeran encontrar alguna contraposición entre “acto público” y “acto auténtico”, esta última que comprendería la “escritura autenticada”. En cuanto al valor probatorio indica el maestro italiano que el documento público hace plena fe de lo expresado extrínsecamente en el mismo y también de lo intrínseco en cuanto contenga afirmaciones de convenciones y de hechos realizados en presencia del funcionario público que lo haya recibido, de manera –indica- que el judicante deberá tomar como base de su decisión los hechos de influencia en ella probados de tal modo, siendo sólo admisible la prueba de falsedad del documento, lo que se traduce en que no cabe probar directamente en juicio la inexistencia de los hechos que le funcionario público afirme haber realizado en su presencia, lo que sólo será permitido a través de la tacha de falsedad, ésta última que puede ser “material” que se refiere a lo extrínseco o “intelectual” que se refiere a lo intrínseco, a que si los hechos atestiguados por el funcionario público no corresponde con la verdad.³⁷⁴

Destaquemos de lo dicho por el maestro italiano varias cosas: primero que se hace un tratamiento igualitario tanto a la noción de documento como de instrumento público, así como a su carácter auténtico como sinónimo de público; que como consecuencia de la traducción del Código Civil francés y concretamente del artículo 1.317, la terminología “auténtico” ha mutado a “público”, aunque en diversas normas del Código Civil italiano se sigue haciendo referencia a las dos denominaciones en forma indistinta, lo que ha llevado a la doctrina y jurisprudencia a la consideración que se trata de dos cuestiones diferentes; que el documento público o auténtico hace plena fe de su contenido hasta que no se declare

³⁷⁴ Guiseppe CHIOVENDA. Ob. cit. T. III. pp. 189 y ss.

su falsedad mediante el procedimiento de tacha, lo que a su decir conduce a que el juez deba tenerlo como cierto y acreditado en cuanto al citado contenido, circunstancia esta que deja de manifiesto el tratamiento tarifado del mismo y su contenido.

REDENTI se refiere al “acto público” como un documento escrito que contiene, en signos gráficos, una atestación redactada con la observancia de ciertas formalidades extrínsecas y solemnes por un oficial público autorizada para dar fe pública –artículo 2699 del Código Civil italiano- y en la que dicho oficial expone en forma descriptiva que ciertas declaraciones –cualquiera que sean- han sido emitidas ante él por ciertos sujetos, o que ciertas actividades han sido realizadas en su presencia, incluso que el mismo ha procedido a ejecutarlas, lo que hace plena prueba de la identidad y de los títulos del oficial público que lo ha redactado, de lo que atesta haber visto, oído, realizado, salvo que la eficacia sea destruida por la declaración de falsedad; que [...] *Hay otros oficiales públicos que tienen, entre otras, también atribuciones de documentación de actividades propias y ajenas (por ejemplo, oficiales de policía, oficiales de correos), y sus atestaciones documentales tienen una eficacia probatoria que emana de su calidad, pero que puede ser superada o destruida mediante pruebas en contrario, sin necesidad de la querrela de falsedad. En estos casos se dice que no están autorizados para atribuir a los actos “la fe pública”. En cierto sentido se podría decir que, en el primer orden de casos, hay una presunción de veracidad iure et de iure (salvo la querrela de falsedad); y en el segundo orden de casos no hay más que una presunción iuris tantum.*”³⁷⁵ Vemos un tratamiento igualitario al presentado por CHIOVENDA, especialmente en cuanto a la eficacia probatoria como “plena prueba” propio del sistema tarifado; pero importa destacar la previsión del tipo documental o instrumental que no tiene una fe pública propiamente dicha, sino que al emanar de ciertos funcionarios públicos, goza de presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario para su destrucción, lo que no es más que el precedente del documento o instrumento público administrativo a que se ha referido nuestra doctrina.

En la misma doctrina italiana ROCCO al tratar el tema se refiere al “acto público” identificado como aquel documento redactado con las formalidades de ley, por un notario o por otro funcionario público autorizado para atribuirle fe pública en el lugar donde se forma el acto, lo que sólo puede ser destruido mediante la querrela de falsedad; también hace la misma diferenciación al tipo documentos cuando contienen atestaciones o certificaciones redactadas por funcionarios públicos que no están autorizados para dar fe pública, aunque gozan de presunción de certeza desvirtuable, no mediante el procedimiento de tacha de falsedad sino mediante prueba en contrario –se trata del documento o instrumento público administrativo a que se refiere nuestra doctrina-.³⁷⁶

³⁷⁵ Enrico REDENTI. Ob. cit. T. I. pp. 287 y ss.

³⁷⁶ Ugo ROCCO. Ob. cit. V. III. pp. 113 y ss.

MICHELI en la misma tónica de REDENTI y ROCCO citados, se refiere a “acto público” el cual luego de su otorgamiento y previo el cumplimiento de los requisitos legales, adquiere plena eficacia probatoria –tarifada- salvo la declaratoria de falsedad por vía de querrela; que cuando se trata de la declaración de las partes recogido en el acto oficial público, no se hace plena prueba y puede ser combatido procesalmente, planteando excepciones, probando con los medios de prueba normal, así como la correspondencia de la voluntad de la dclaración, la existencia del vicio de voluntad, la salud mental, la simulación, entre otros, que son hechos no amparados por la fe pública incontestables, pudiendo ser desvirtuado –insiste- sin necesidad de querrela de falsedad y por cualquier medio.³⁷⁷

Instrumento público o auténtico es el que ha sido autorizado por las solemnidades legales por un Registrador, por un Juez u otro funcionario o empleado público que tenga facultad para darle fe pública, en el lugar donde el instrumento se haya autorizado.

CARNELUTTI manifiesta que la representación documental puede o no responder a la verdad, sin que ello influya en la existencia del documento, aunque no carece de influencia para la eficacia, siendo uno de los medios para garantizar la fidelidad del documento, el proveerlo a su vez de formación mediante una persona que ofrezca garantías intelectuales y morales para excluir el máximo peligro de errores de inteligencia y voluntad en la formación misma, lo que ha dado lugar al “documento oficial” que se contrapone al “privado”; que esta denominación –documento oficial- no es común, pues la doctrina en general se refiere al “público”, aunque esta terminología es utilizado por el maestro para diferenciarlo y entender que tiene más amplitud que el llamado “acto público”, que no comprende cualquier clase de documento formado por la persona oficial designada, sino que se refiere a la comprendida en el Código Civil como documento declarativo, que no excede de la órbita de actos escritos, de manera que la terminología “documento oficial” al resultar más amplia abarca éstos y los no escritos, así como los representativos.³⁷⁸ Sin perjuicio de la terminología utilizada, importa destacar de lo dicho por el maestro la noción amplia del tema público del documento, que no solo abarca la forma “escrita” y “declarativa”, sino que se extiende a la forma “no escrita” como dibujos, planos, fotografías, fonografías, así como a la meramente “representativa” como imágenes y sonidos.

Finalmente LIEBMAN asume el tema con la denominación de “acto público” en los términos del artículo 2699 del Código Civil italiano, refiriéndose al documento por excelencia que posee la máxima eficacia probatoria, siempre que concurren sus requisitos: haber sido redactado y firmado por el funcionario público investido de la función documentaria en aquel lugar y para aquellas categorías de hechos; y haber sido redactado con las observancia de forma previstos en la ley; que la plena fe o plena

³⁷⁷ Gian Antonio MICHELI. Ob. cit. V. II. pp. 131 y ss.

³⁷⁸ Francesco CARNELUTTI. Ob. cit. pp. 185 y ss.

prueba se extiende a la fecha de la formación y de la procedencia del documento del funcionario público que lo ha formado, así como de las declaraciones de las partes y de otros que atesta ocurridos en su presencia o cumplidos por él, verdad que no puede ser combatida con la simple prueba en contrario, sino que debe canalizarse por la vía de la querrela de falsedad, salvo la impugnación de la verdad intrínseca de las declaraciones de las partes, para lo cual tanto las partes como los terceros pueden hacer valer cualquier medio probatorio que acredite lo contrario. Así expresa [...] *Finalmente, como es obvio, el acto público prueba que las declaraciones referidas fueron hechas, pero no puede decir nada sobre la correspondencia de las declaraciones con la voluntad real de las partes, ni sobre la validez y eficacia de las declaraciones mismas. Por eso, no es necesaria la querrela de falsedad para impugnar un contrato por simulación, por nulidad, por vicio del consentimiento y así sucesivamente.*³⁷⁹

En la doctrina española –GUASP,³⁸⁰ ASENCIO MELLADO,³⁸¹ MONTERO AROCA,³⁸² GÓMEZ COLOMER,³⁸³ MUÑOZ SABATE,³⁸⁴ entre otros- se habla de “documentos públicos” que conforme al artículo 1.216 del Código Civil español son aquellos autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas en la ley; por su parte la Ley de Enjuiciamiento Civil española 1/2000, enumera como documentos públicos –artículo 317- las resoluciones y diligencias d actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que expidan los secretarios judiciales; los autorizados por los notarios; los intervenidos por corredores de comercio colegiados; las certificaciones de Registradores de Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales; los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere el ejercicio de sus funciones; y los que se refieren a archivos y registros del Estado, de las administraciones públicas y otras entidades de Derecho Público; que respecto a su impugnación en el nuevo ordenamiento procesal, el tema se ubica en la audiencia previa, donde podrá manifestar el no proponente si admite, impugna o reconoce, incluso si propone prueba acerca de su autenticidad, de manera que ante la falta de impugnación tendrán pleno valor probatorio; que la impugnación puede referirse a la correlación de la copia auténtica, de la certificación o del testimonio con el original, donde la autenticidad se hará mediante el cotejo con el original; si la impugnación es sobre la falsedad del documento original, que de ser material o ideológica deberá demostrarse en el proceso con la utilización de cualquier medio probatorio, ello sin perjuicio que la falsedad podrá ser también formal; que si la impugnación es respecto a la autenticidad de la firma electrónica reconocida o de la firma electrónica avanzada de los documentos electrónicos, se realizará

³⁷⁹ Enrico Tullio LIEBMAN. Ob. cit. pp. 314 y ss.

³⁸⁰ Jaime GUASP. Ob. cit. T. I. pp. 365 y ss.

³⁸¹ José María ASENCIO MELLADO. Ob. ci. T. I. pp.185 y ss.

³⁸² Juan MONTERO AROCA. Ob. cit. pp. 146 y ss.

³⁸³ Juan Luís GÓMEZ COLOMER. Ob. cit. pp. 298 y ss.

³⁸⁴ Luís MUÑOZ SABATÉ. Ob. cit. pp. 305 y ss.

conforme a un procedimiento específico regulado en el artículo 3.8. de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.³⁸⁵

En la doctrina argentina ALSINA nos dice que conforme al artículo 979 del Código Civil, son “instrumentos públicos” respecto de los actos jurídicos las escrituras públicas hechas por los escribanos públicos en sus libros de protocolo o por otros funcionarios con las mismas atribuciones y las copias de estos libros sacadas en la forma que prescribe la ley; cualquier instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieran determinado, como documento redactado con las formalidades exigidas por la ley; asientos de libros de corredores en los casos y en la forma que determine el Código de Comercio; las actas judiciales hechas por escribanos y firmada por las partes; las letras aceptadas por el gobierno o sus delegados, los billetes o cualquier otro título de crédito emitido por el tesoro público, las cuentas sacadas de libros fiscales autorizadas por el encargado de llevarlas, entre otros. Respecto a su eficacia probatoria –indica- debe ser examinado desde dos aspectos: uno con relación al instrumento mismo o elementos externos, donde el instrumento goza de presunción de autenticidad, de manera que quien lo haga valer como prueba no está obligado a efectuar ninguna diligencia para justificar que emana del funcionario público que lo autoriza, correspondiéndole a quien impugne la autenticidad, solicitar su confrontación con el original cuando se pretenda que su contenido ha sido variado o niegue la existencia del original, cuando se trate de copia presentada en el proceso; y el otro con relación al contenido, donde a su vez hay que distinguir entre las distintas enunciaciones del documento y la fuerza de las mismas entre las partes y respecto a terceros.

Nos dice el maestro argentino que respecto a las declaraciones del funcionario –contenido- el instrumento público hace plena fe hasta la declaratoria de falsedad por acción civil o criminal; que cuando se trata de declaraciones de partes, el documento público no hace plena fe respecto a la verdad de las manifestaciones hechas por las partes, lo que puede ser destruido por prueba en contrario sin que sea necesario la querrela de falsedad, de manera –indica- que cuando la declaración provenga de alguna de las partes sólo puede ser admitida mediante la presentación de documento público o privado contradocumento- salvo extravío o principio de prueba por escrito, que se produzca confesión o se justifique el dolo en casos de simulación, más cuando proviene de terceros, serán admitidos todos los medios probatorios.³⁸⁶ Importa destacar de lo señalado por el maestro citado, el tratamiento limitado y tarifado del tema de la prueba de la simulación cuando se impugna el documento o instrumento público

³⁸⁵ Juan Luís GÓMEZ COLOMER. Ob. cit. pp. 298 y ss.

³⁸⁶ Hugo ALSINA. Ob. Cit. T. III. pp. 397 y ss. En idénticos términos Lino Enrique PALACIO. Ob. Cit. T. IV. pp. 430 y ss. Jorge L. KIELMANOVICH. Ob. cit. pp. 290 y ss. y Aldo BACRE. Ob. cit. pp. 123 y ss, todos éstos quienes limitan la prueba de la simulación entre las partes al “contradocumento” o “contraescritura”, destacándose que el último de los citados siguiendo al maestro DEVIS ECHANDÍA se refiere a “documentos públicos” como una noción amplia y general que comprende los no instrumentales y los instrumentales.

en cuanto a su contenido, en cuanto a la verdad de las declaraciones de las partes, lo que de igual manera ha sido tratado en nuestra doctrina, que solo han permitido el contradocumento, salvo que la simulación fuera denunciada por terceros, donde cabe cualquier medio probatorio; pero y como lo hemos dicho en otro momento, este criterio retrógrado no puede seguir sosteniéndose en el marco del sistema de procedimiento oral y especialmente al estar constitucionalizado el derecho de acceso al sistema probatorio, de manera que en una interpretación constitucional y garantista de nuestras normas sustantivas, debe permitirse en materia de simulación, sea entre las partes o delatada por terceros, cualquier medio probatorio diferente al contradocumento que en puridad es la verdadera prueba del hecho simulado, no así su única prueba.

En la doctrina colombiana comencemos con el maestro de maestros Hernando DEVIS ECHANDÍA, quien nos enseña que el documento público es aquel que emana del funcionario público previo el cumplimiento de los requisitos legales, que contiene fe pública, el cual puede ser escrito o no, siendo que en el primero de los casos se estará en presencia de “instrumentos públicos”, de manera que no todo “documento” público necesariamente será “instrumento” al no adoptar la forma escrita, caso en el cual será “representativo” y no “declarativo”; que la calidad de público corresponde a cualquier documento, escrito o no, que tenga su origen en la actividad del funcionario público, en ejercicio del cargo, lo que comprenderá las fotografías, películas, cintas magnetofónicas, discos, planos, cuadros y similares que tenga su origen y pertenezcan en una oficina o entidad pública, aunque no necesariamente basta esto último –indica- porque también pueden pertenecer a esas oficinas o entidades documentos privados recibidos por particulares, a lo que se suma el hecho que tampoco bastará que el funcionario público actúe o intervenga con posterioridad a la formación del documento, para darle autenticidad o para la incorporación en sus archivos o protocolos, lo que y como sucede entre nosotros se ubica en la categoría de “instrumentos privados reconocidos” o meramente “autenticados” que no se elevan a la categoría de públicos –de ahí el principio que el documento que nace privado muere privado-; que las “escrituras públicas” son una especie del “instrumento público” que exigen requisitos esenciales, por lo que no debe haber confusión al respecto.

Nos dice el precitado maestro que “instrumentos públicos” son una especie del “documentos público” que consiste en un escrito proveniente del funcionario público en ejercicio de su cargo o autorizado por éste, siempre que concurren ciertos requisitos a saber: consistir en un escrito; provenir de un funcionario público en ejercicio del cargo o estar autorizado por éste. Señala que las “escrituras públicas” se presentan en aquellos casos en que el instrumento público es otorgado ante un notario o ante un funcionario que haga sus veces, de manera que autorice con su firma e intervención su elaboración material, para luego incorporarse al respectivo protocolo; y respecto a los “documentos auténticos” indica

que en algunas legislaciones se suele confundir con los “documentos públicos” como sucede en Francia conforme al artículo 1.317 de su Código Civil, lo que no resulta correcto, pues aquellos –auténticos- se presentan en aquellos casos donde no hay duda de su origen, de su autor, lo que se pueden presentarse tanto en los documentos e instrumentos públicos desde su otorgamiento como privados cuando se produce su reconocimiento por ejemplo con la “autenticación”, de manera –indica- que todo documento público es auténtico, pero no todo documento auténtico es público.³⁸⁷

De lo dicho por el maestro apreciamos inmediatamente la tipología que puede presentarse en materia de “documentos públicos” en su noción general, entendido como todo aquel cosa u objeto producto de un acto humano, perceptible por los sentidos, capaz de representar un hecho diferente así mismo, pero con la peculiaridad que emana de un funcionario público; en este sentido los documentos públicos pueden adoptar o no la forma escrita, lo que nos coloca frente a los “instrumentos públicos” que y por lo menos en nuestra legislación, se trata de aquellos emanados de un funcionario pública con capacidad y competencia para dar fe pública del acto que ha presenciado y realizado, identificándose con la “escritura pública” que es diferenciada en otras legislaciones; que el “instrumento público” generalmente será “declarativo” –que a su vez pueden ser puramente declarativos o declarativos constitutivos, también conocidos como dispositivos- en tanto que el “documento público” será “representativo”; finalmente que el “documento” o “instrumento” público será “auténtico” desde el inicio al conocerse su origen, su autor, lo que no es propio de esta tipología estudiada, pues en materia de documentos e instrumentos privados también está presente el carácter “auténtico”. Sobre esto volveremos más adelante.

PARRA QUIJANO dice que documento público es aquel otorgado por el funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención, que siendo escrito se denominará “instrumento” y cuando es otorgado ante el notario o quien haga de sus veces, incorporándose al respectivo protocolo, se denominará “escritura pública”; en cuanto a la fuerza probatoria, indica que se trata del mérito que el juzgador encuentra en el documento para formar su convicción, de manera que desde esa óptica el documento prueba frente a todos, entre las partes y frente a terceros. Así en el primero de los casos –frente a todos- se produce en efecto *erga omnes*, de manera que el documento público es oponible frente a todos, en cuando hace al hecho de su otorgamiento, su fecha, lugar de otorgamiento, intervinientes, declaraciones de los mismos –que pueden o no ser ciertas lo que no queda amparado por la fe pública- y la verdad de las declaraciones que haga el funcionario público; en el segundo caso –entre las partes- se indica que el documento público hace plena prueba sobre las declaraciones emitidas por ellas, aunque podrá demostrarse lo contrario a su contenido sin afectar los derechos de terceros; finalmente y en cuanto

³⁸⁷ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. pp. 542 y ss.

a terceros, también hace plena prueba frente a ellos en lo que le favorecen, no así lo que perjudica, que será apreciado por sana crítica, especialmente le es oponible su otorgamiento, fecha, declaraciones que haga el funcionario y de las declaraciones hechas por las partes frente al funcionario, no así de su verdad, las que por demás no vinculan al no haber intervenido en el acto no vinculando tampoco las declaraciones, quienes pueden desvirtuar su contenido mediante cualquier prueba, no siéndole oponible el contradocumento realizado entre las partes.³⁸⁸

Entre nosotros comencemos como siempre con el maestro BELLO LOZANO quien nos dice que “documento público” puede definirse como aquel autorizado por el funcionario competente con la facultad para dar fe pública, teniendo como finalidad la de comprobar la veracidad de actos y relaciones jurídicas que han de tener influencia en la esfera del derecho, siendo valederos contra toda clase de personas; en otro momento nos dice que es una cosa que sirve para representar otra y en sentido legal, vendría a ser una cosa material determinante de la vida de un hecho jurídico en el espacio y en el tiempo, dando fe pública de su existencia, con valor o eficacia de prueba real pública, pero siempre que en su formación se hubieran cumplido los requisitos indicados en la Ley e intervenido una autoridad pública con facultades suficientes para hacerlo.³⁸⁹ Importa destacar que nuestro antecesor critica la postura del maestro DEVIS ECHANDÍA respecto a la noción amplia de documento público que comprende los escritos o no, así como los declarativos y representativos, al considerar que ello parece demasiado extenso, al darle a la prueba documental un carácter muy amplio que confunde con el concepto de documental, lo que no compartimos, por el hecho que precisamente la prueba documental es el género de la cual puede escindirse un conjunto de subtipos que teniendo carácter público, efectivamente pueden presentar tipologías escritas o no, declarativas o representativas, de ahí que nos apartamos de nuestro antecesor.

Más adelante el maestro patrio nos dice que en los términos del artículo 1.357 del Código Civil venezolano, no existe diferencia entre “documento público” y el “documento auténtico”, lo que se haría presente a raíz de la reforma del Código Civil de 1942 y que tendría su fundamento —nos dice citando a PULIDO VILLAFañE— en que la definición de instrumento público no ofrece en su sentido corriente, un carácter o elemento sustancial que en la legislación venezolana lo distinga claramente del instrumento o documento auténtico; que lo propio señalara BREWER CARÍAS quien al estudiar el tema indicaría que los Códigos Civiles anteriores a 1942, siguiendo al Código italiano de 1865, utilizarían indistintamente los vocablos auténtico y público, siendo que el origen de la doble terminología radicaría en que el legislador italiano de precitado año, como indica LESSONA no tuvo en consideración que el “*authentique*” o “*l'acte authentique*” francés debía traducirse siempre como “público”, habiéndosele escapado en una parte del

³⁸⁸ Jairo PARRA QUIJANO. Tratado de Prueba Judicial. Los Documentos. pp. 47 y ss.

³⁸⁹ Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. II. pp. 338, 361 y ss.

Código el adjetivo “auténtico”, traducción literal en el lugar del adjetivo “público”; que en el Código Napoleón de 1804 –artículo 1317- el documento que en las reformas anteriores de 1942 llamaban “público” se denomina “auténtico”, por lo que no habría duda que en Francia “*acte authentique*” equivalía al documento “público” del Código de 1916, por lo que expresaría BREWER CARÍAS que [...] *En cambio en dichos Códigos el legislador distinguía entre documento público y documento auténtico; y mientras prescribía como necesario el primero; sólo en ciertos casos exigía en otros el documento auténtico; además dada una precisa definición del documento público y en cambio no decía que se debía entender por documento auténtico.*”³⁹⁰

Finalmente el profesor CABRERA IBARRA nos dice [...] *En términos generales, siguiendo lo establecido por el artículo 1357 del Código Civil, instrumento público es aquel medio de prueba documental escrito que contiene una serie de declaraciones autorizadas por un funcionario público facultado por la ley para dar fe pública en el lugar en el cual el instrumento sea autorizado. Esos funcionarios son, esencialmente, el registrador, el juez y el notario. En el sistema venezolano, tanto los instrumentos autorizados por un registrador, un notario o un juez, y que son suscritos por los autores ante cualquiera de dichos funcionarios, serán instrumentos públicos o auténticos. Precisamente el hecho que sea la ley la que exija dicha solemnidad o que los autores lo suscriban en ese acto ante ese funcionario, será determinante, al menos en nuestro país, para distinguir el documento público de otras clasificaciones o categorías de instrumentos.*”³⁹¹

Luego de habernos paseado por la doctrina que ha tratado el tema y llegada la oportunidad de responder aquellas interrogantes que nos hicimos al comenzar este punto, **ensayando una definición de “documento público”** como medio probatorio, diremos que es aquella cosa u objeto producto de un acto humano, especialmente proveniente de funcionarios públicos, capaz de representar un hecho jurídico que tenga significación probatoria, que puede ser “declarativo” –puro al contener la simple declaración de ciencia o constitutivo-dispositivo, cuando el acto constituye, modifica o extingue relaciones jurídicas- “representativo” –cuando no contiene declaración- *ad probationem* –realizado con la finalidad del acreditamiento del hecho en el futuro- o *ad solemnitatem* –también *ad substantiam actus* cuya existencia marca a su vez la del acto jurídico- donde –insistimos- haya intervenido desde su nacimiento un funcionario público con capacidad para darle certeza al acto documentado, con competencia y donde deben haberse dado cumplimiento a las solemnidades de ley; cuando esta cosa u objeto adopta la forma escrita, estaremos en presencia de un “instrumento público o auténtico”, el cual en los términos del artículo 1.357 del Código Civil, es aquel que ha sido autorizado por las solemnidades legales por un funcionario público, competente territorialmente, con capacidad para dar fe pública del acto que ha

³⁹⁰ Este trabajo del maestro y académico Allan-Randolph BREWER CARÍAS titulado “Consideraciones acerca de la Distinción entre Documento Público o Auténtico, Documento Privado Reconocido y Autenticado y Documento Registrado”, que data de mayo de 1962, puede encontrarse y leer en la obra colectiva titulada: El Documento Público y Privado. Ediciones Fabretón. Caracas, sin fecha. pp. 251 al 291.

³⁹¹ Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA. Ob. cit. p. 444.

efectuado, visto y oído, de los hechos jurídicos instrumentados –contenidos- que declara haber efectuado, visto u oído, fe pública que no se extiende a la verdad respecto a las declaraciones de las partes; y que se diferencia del “documento o instrumento auténtico” en el sentido de certeza de la autoría del mismo, no así en cuanto a la noción instrumental propiamente dicha a que se refiere nuestro legislador en el precitado artículo, que y producto de la errónea traducción del artículo 1.317 del Código Civil francés, debe igualarse o tenerse como sinónimo el precitado “auténtico” con la palabra o calificativo de “público”. De lo anterior podemos inferir las siguientes **características**:

- a. Para la existencia del documento o instrumento público resulta esencial la intervención de un funcionario público, desde su origen o nacimiento, pues como veremos, existen instrumentos que nacen privados y son posteriormente llevados ante un funcionario público para su autenticación, lo cual no les da el carácter de públicos, en tratándose simplemente de documentos o instrumentos “autenticados” que son privados reconocidos.
- b. El funcionario público debe tener competencia no solo en general –como funcionario- sino en sentido territorial para presenciar el acto, oírlo o efectuarlo.
- c. El funcionario público debe tener capacidad –competencia sentido general- para dar fe pública del acto que ha efectuado, visto u oído.
- d. Que se hayan cumplido con las formalidades o solemnidades legales para su otorgamiento, tales como: 1. La presentación del mismo; 2. Presencia de los otorgantes y testigos para los casos requeridos; 3. Fe pública de conocerse a los otorgantes; 4. Calificación del acto jurídico; 5. Firma de los intervinientes; 6. Anotación en los libros respectivos.³⁹²
- e. Debe distinguirse la prueba documental de la instrumental pública, pues no necesariamente la primera debe ser escrita, pues también pueden existir documentos no escritos que nacen en presencia de un funcionario público y que deben llenar los requisitos antes señalados, de manera que cuando se adopta la forma escritural estaremos en presencia de “instrumentos públicos”.
- f. El documentos público generalmente será representativo, en tanto que el instrumento público generalmente será declarativo, lo que a su vez puede ser meramente declarativo –declarativos puros- o constitutivos también llamados dispositivos; también pueden ser *ad probationem* o *ad solemnitatem*.
- g. El carácter o calificativo de “auténtico” a que se refiere el artículo 1.357 del Código Civil venezolano, debe ser considerado como sinónimo de “público” cuando se refiere a la prueba instrumental, lo que es consecuencia de la mala traducción o copia del Código Napoleónico de 1804 –artículo 1.317-; pero respecto al calificativo de “auténtico” en general y aplicado a la

³⁹² Humberto BELLO LOZANO MARQUEZ, ob. ci. P. 163.

prueba documental, la misma se refiere a la certeza del origen y autoría del mismo, lo que no es propio de los documentos e instrumentos públicos, pues también le es aplicable al privado.

- h. El documento e instrumento público goza de fe pública, de manera que obliga a las partes y a los terceros respecto al acto documentado, a la verdad de las declaraciones hechas por el funcionario público, no así respecto a las declaraciones que hagan las partes, a su veracidad,³⁹³ circunstancias éstas que nos permiten precisar que y respecto a su impugnación, dependiendo de quien haya falseado la verdad, el camino será la tacha principal o incidental –cuando corresponde la falsedad al funcionario público- o la prueba en contrario –también la simulación- con la utilización de cualquier medio, sea que la impugnación lo realicen las partes o los terceros;
- i. Debe tener significación probatoria, al recoger cualquier hecho jurídico trascendente que pueda influenciar el ánimo del juzgador en el proceso judicial, lo que realmente se refiere a un requisito de eficacia.

Como hemos enunciado en nuestra legislación vigente el tema está regulado en el artículo 1.357 del Código Civil que expresa [...] *Instrumento público o auténtico es el que ha sido autorizado por las solemnidades legales por un Registrador, por un Juez u otro funcionario o empleado público que tenga facultad para darle fe pública, en el lugar donde el instrumento se haya autorizado.*”, norma que resulta limitativa al tratar únicamente el tipo documental público escrito –la especie- que y como se ha dicho comienza señalando [...] *Instrumento público o auténtico...*” lo cual nos da apariencia o impresión que se trata de diferentes instrumentos, lo que ha sido consecuencia de la errónea traducción del Código Civil francés al cual también nos hemos referido, que ha conducido a precisar que se trata de un mismo instrumento, de manera que la “o” utilizado por el legislador debe ser considerada como copulativa y no como disyuntiva; pero la identificación de lo “público” con lo “auténtico” y lo “auténtico” con lo “público”, ha desatado un sin número de criterios para tratar de diferenciar ambos términos y explicar que el legislador ha tenido una confusión al tratar por igual ambos calificativos del instrumento que estudiamos, ello fundamentalmente por el hecho –se dice- que todo documento “público” es “auténtico”, mas no al revés, argumentación ésta que no resulta correcta cuando se está refiriendo a la noción de la prueba instrumental a que se refiere el artículo 1.357 del Código Civil, aunque sí lo es cuando la cuestión es considerada respecto a la identificación y certeza de su origen y su autor, que como requisito de eficacia se conecta con todos los tipos de prueba documental y no se limita a la escritural o literal pública.

Lo dicho nos permite adentrarnos precisamente en la tipología del documento público del cual ya hemos adelantado bastante, ello conforme al enunciado que haremos en el siguiente punto.

³⁹³ Véase Michele TARUFFO. La Prueba. Ob. cit. pp. 77 y ss.

1.1. Documento público, instrumento público, documentos e instrumentos auténticos, autenticados y escritura pública. Diferenciación.

La diferenciación no es baladí, por el contrario es importante no incurrir en el confusionismo que en general se tiene en la doctrina y en la jurisprudencia como veremos, y así tenemos:

1.1.1. Documentos públicos.

Ya lo hemos definido como aquella cosa u objeto producto de un acto humano, especialmente proveniente de funcionarios públicos, capaz de representar un hecho jurídico que tenga significación probatoria, que puede ser “declarativo” –puro al contener la simple declaración de ciencia o constitutivo-dispositivo, cuando el acto constituye, modifica o extingue relaciones jurídicas- “representativo” –cuando no contiene declaración- *ad probationem* –realizado con la finalidad del acreditamiento del hecho en el futuro- o *ad solemnitatem* –también *ad substantiam actus* cuya existencia marca a su vez la del acto jurídico- donde haya intervenido desde su nacimiento un funcionario público con capacidad para darle certeza al acto documentado, con competencia y donde deben haberse dado cumplimiento a las solemnidades de ley.

1.1.2. Instrumentos públicos.

Se refiere a la especie del documento público cuando adopta la forma escrita que en los términos del artículo 1.357 del Código Civil venezolano, es aquel que ha sido autorizado por las solemnidades legales por un funcionario público, competente territorialmente, con capacidad para dar fe pública del acto que ha efectuado, visto y oído, de los hechos jurídicos instrumentados –contenidos- que declara haber efectuado, visto u oído.

1.1.3. Documentos e instrumentos auténticos.

Comencemos diciendo que cuando no existe duda respecto a su certeza y autor, estaremos en presencia de un documento o instrumento auténtico, lo que no es propio de la naturaleza pública, pues tanto en los privados simples como en los reconocidos o “autenticados”, se ubica la presencia del carácter “auténtico”, lo que en los primeros –públicos- se obtiene desde su formación con la intervención del funcionario público que declara e identifica a sus autores, no así con el privado simple, donde para la

determinación de su autenticidad se requiere del reconocimiento, lo que puede ser voluntario cuando se produce su “autenticación”. Pero cuando la noción de “auténtico” se refiere la expresión contenida en el artículo 1.357 del Código Civil, insistimos que se trata de un error de copia de nuestro legislador respecto al artículo 1.317 del Código Napoleónico de 1804, donde el “*authentique*” debió ser traducido como público, de manera que en nuestro estado actual del sistema legal lo “público” o “auténtico” debe ser considerados como sinónimos.

1.1.4. Documentos e instrumentos autenticados.

Ya anotamos en puntos anteriores que el documento privado no auténtico o reconocido, puede ser llevado a la presencia del funcionario público para reconocer su paternidad, para que se determine con certeza su origen y autor, caso en el cual el mismo no se eleva a la categoría de público –recordemos nuevamente el documento o instrumento que nace privado muere privado- sino que sigue siendo privado pero reconocido, lo que lleva el nombre de “autenticado” que en puridad es una forma de llegar a su carácter auténtico, aunque no siempre éste produce su autenticidad, lo que nos permite afirmar que resulta esencial su diferenciación; la “autenticación” del documento o instrumento elimina el desconocimiento de las firmas, salvo que se tache el reconocimiento mismo, produciéndose así el reconocimiento o autenticidad del instrumento.

1.1.5. Escrituras públicas.

La doctrina ha considerado que este tipo documental y especialmente instrumental, se diferencia de los públicos al ser otorgados por notarios públicos o ante quienes hagan de sus veces, quienes lo autorizan para su posterior inserción en los protocolos; pero en el estado actual de nuestra legislación esta tipología y diferenciación no es sostenible, pues en los términos del artículo 1.357 del Código Civil, el instrumento público o autentico se identifica con la escritura pública, de manera que si desde el inicio el instrumento es formado ante un notario por ejemplo, el carácter de la prueba será pública y auténtica en los términos indicados, más si la intervención se produce con posterioridad a su formación, estaremos en presencia de instrumentos autenticados o privados reconocidos.

Pero veamos el tratamiento que respecto a este tema ha tenido la jurisprudencia vernácula, a cuto efecto el Tribunal de Casación ha dicho:

“...En este orden de ideas, del contenido del artículo 1.357 del Código Civil, es preciso hacer la siguiente distinción: **documentos públicos, son aquellos que**

deben estar revestidos, al momento de su otorgamiento, de todas las solemnidades que la ley establece al efecto, y en cuya formación interviene un funcionario con la facultad de darle fe pública, la que alcanzará inclusive su contenido. Este documento público, es también auténtico. Ahora bien, existe otra categoría de instrumentos que se reputan auténticos, son aquellos que aun cuando deben ser otorgados ante un funcionario que de fe pública, éste sólo dejará constancia de que los interesados se identificaron ante él y firmaron en su presencia, este personero no interviene en ningún modo en la elaboración del documento; tampoco deja constancia del contenido del mismo.

La redacción del citado artículo 1.357 del Código Civil, pudiera llevar a pensar que el documento público y el auténtico, son análogos, esto no es así y debe entenderse que el documento público por estar revestido de todas las formalidades para su perfeccionamiento, es también un documento auténtico. Sin embargo el documento autenticado es aquél, que se presenta ante un funcionario revestido de autoridad para otorgar fe pública (notario), a fin de que éste deje constancia que los firmantes se identificaron en su presencia y ante él suscribieron el instrumento, ya redactado previamente.

Esta función está atribuida a los Notarios Públicos cuya actuación debe regirse por el Reglamento de Notarías Públicas. Aun así, nada obsta para que un ciudadano pueda escoger otorgar un poder ante un Registrador, por ejemplo, en este último caso, el documento deberá considerarse, además de auténtico, público, sometido a las previsiones del artículo 1.357 del Código Civil mencionado....”

Así mismo, se hará referencia a la doctrina autoral patria, en la voz de eminentes tratadistas, entre ellos Jesús Eduardo Cabrera R. y Allan Brewer Carías, quienes han opinado sobre este tema lo que de seguidas se transcribe:

Jesús E. Cabrera, ha dicho: “...Es la actividad de Registrador, cuando **ab initio** se otorga ante él un documento, la que más se compagina con las previsiones y efectos que los Arts. 1.357, 1.358, 1.359 y 1.360 cc (Sic) determinan para los instrumentos públicos. Por ello Brewer y Borjas, consideran que sólo es documento público negocial aquel que se otorga **ab initio** ante el Registrador, ya que en el se dan aproximadamente las fases señaladas y se cumplen los requisitos de estructura del documento público Notarial. No consideran instrumentos públicos a los

documentos reconocidos o autenticados que se llevan a registrar, ya que en la formación de los mismos (contenido y percepción de la voluntad negocial bajo ciertos ritos), para nada ha intervenido un funcionario público, salvo en su transcripción en los Libros de Autenticaciones; y al no existir tal intervención, el instrumento sigue siendo privado aunque se registre, ya que el acto de registro en nada influye en el perfeccionamiento del negocio ni en la calidad del documento que lo recogió...”³⁹⁴

Analizando la sentencia antes trascrita –por cierto de la pluma de uno de los hombres más grises que ha pasado por la Casación Civil- observemos que la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, tampoco tiene claro los conceptos que venismo manejando, especialmente lo que es la prueba documental –instrumental- pública o autentica y la autenticada o privada reconocida, pues incurre en la lamentable confusión de diferenciar lo público de lo auténtico, no en cuanto a la clasificación sustantiva de la prueba por escrito, no en cuanto a la noción de certeza sobre su origen y autor, sino en el marco del artículo 1357 del Código Civil, donde el carácter “público” o “auténtico” se refiere a la clasificación sustantiva de la prueba instrumental, tratándose como sinónimos, pues éste último es un adjetivo que se encuentra de contrabando en la norma legal en comento producto del ya tantas veces mencionada traducción errática del “*authentique*” francés a que se refería el artículo 1317 del Código Civil Napoleónico de 1804 y que significa o se traduce como “público”, ello a propósito que la “o” utilizado en la norma sustantiva es copulativa y no disyuntiva como claramente nos los ha explicado el maestro BELLO LOZANO, quien ha seguido sin tener el reconocimiento que le correspondía y que inmerecidamente por ejemplo se le otorga a personajes tan funestos como el citado en la sentencia en comento, pero que obedece a la envidia y bajas pasiones de los mediocres que tantas veces hemos denunciado y que ocupan los altos cargos públicos judiciales. Siguiendo con el análisis que hacemos tenemos, que si atendemos a la eficacia probatoria de la prueba instrumental, a la legalidad, legitimidad y certeza de la misma, el calificativo de “autenticidad” o “auténtico” no se refiere a la clasificación del instrumento, sino a la certeza de su origen y autoría; por otro lado, cuanto nos referidos a instrumentos “autenticados” nos referimos a instrumentos privados reconocidos, no a instrumento públicos o auténticos, ni al carácter auténtico o cierto de los mismos, de manera que todo depende al contexto donde sean utilizados los conceptos y los adjetivos, lo cual evidentemente no tiene claro nuestro Máximo Tribunal, sobre todo cuando pretende – mediante un argumento apagógico o reducido al absurdo- persuadir a la colectividad trayendo el caso del

³⁹⁴ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, N° 285, del 06 de Junio de 2004, con ponencia del magistrado Carlos OBERTO VÉLEZ, expediente N° 00-957. Esta sentencia ratifica la N° 65 del 27 de abril de 2000, expediente N° 99-911.

poder, cuando el mismo sea otorgado ante el registrador o ante el notario, siempre es un instrumento público o auténtico, que goza de autenticidad, pero que no es “autenticado” -privado reconocido-

Sin perjuicio de lo dicho otra sentencia digna de analizar es la que transcribimos a continuación emanada del mismo Tribunal de Casación, donde se ha dicho:

Jesús Eduardo Cabrera Romero, respecto a los documentos públicos y auténticos, expresa: “que todo documento público es auténtico, por que lo forma, o interviene en su formación un funcionario público facultado por la Ley para autorizarlo y dar certeza de los hechos jurídicos que él ha realizado, visto u oído; pero no todo documento auténtico es público, ya que existen aquellos formados únicamente por los particulares, que después de formados, sólo debido a la intervención a posteriori del funcionario, es que se obtiene certeza de quienes son sus autores y de que el acto se realizó”, aplicando este criterio al documento denunciado como no valorado por el ad-quem, se observa que éste ni fue formado ni intervino en su formación un funcionario público facultado por la ley para autorizarlo y dar certeza a los hechos que realizó, vió u oyó; en consecuencia el juez no tenía la obligación de valorar dicha prueba, por lo que se declara improcedente esta denuncia, y así se decide.³⁹⁵

Esta decisión sigue incurriendo en el mismo error, pues su ponente igualmente ignora la diferencia entre instrumentos públicos o auténticos, el carácter de autenticidad de los instrumentos públicos y privados, y el carácter autenticado de los instrumentos privados, pues se sigue partiendo de la premisa que el carácter “auténtico” es consecuencia únicamente de la intervención del funcionario público, lo que nos es cierto pues el reconocimiento voluntario y sin presencia del precitado funcionario cuando se trata de instrumento privados, le otorga igualmente carácter “auténtico” al conocerse con certeza su origen y autor, ello a propósito que se toma como argumento de autoridad el trabajo de otro ilustre “genio”, pero lo mas alarmante e intolerable de la ponencia y de la sentencia en comento, es la falta de fundamentación o motivación para acoger o no el criterio doctrinario citado, lo cual evidencia una irregular arbitrariedad judicial como fue la constante de su ponente durante su paso por el Tribunal de Casación.

Más recientemente la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia con relación al tema en estudio ha señalado:

³⁹⁵ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, N° 67, de fecha 24 de Marzo de 2000, con ponencia del magistrado Franklin ARRIECHE GUTIERREZ, expediente N° 99-035.

El instrumento autenticado no constituye documento público, ya que la formalidad de la autenticación no lo convierte en este tipo de documentos, como tampoco el registro le comunica tal naturaleza. Todo documento que nace privado -aun cuando sea registrado- siempre seguirá siendo privado, pues la formalidad de registro solamente lo hace oponible a terceros; por el contrario, el documento público es sustanciado por el funcionario con competencia para ello.

Es común observar en la práctica forense, la confusión de los conceptos atinentes al documento público y al autenticado. El primero, según la doctrina autorial, de casación y la legislación (artículo 1.357 del Código Civil) es aquél que ha sido autorizado por el funcionario competente. La confusión reinante nace de los términos “público” o “auténtico” empleados por el legislador civil y que los intérpretes han asimilado, confundiendo el término “auténtico” con el término “autenticado”. Aquél (el “auténtico”) es cuya autoría y redacción no puede ser discutida, sino por vía de tacha, mientras que el autenticado, puede ser tachado en su otorgamiento.

El documento público o auténtico, está referido a su contenido, vale decir, el texto del documento que ha sido autorizado con las solemnidades legales por el funcionario competente, “autorizado” significa, que es el funcionario quien concibe o redacta el documento. Los documentos redactados o creados por el funcionario competente son auténticos, vale decir, no hay duda de su autoría y de su validez. Mientras que, los documentos autenticados, -que no auténticos- son elaborados, concebidos o redactados por la parte interesada. En este tipo de documentos, el funcionario tan sólo interviene para dar fe del dicho de los otorgantes.

Se incurre en confusión cuando se asimila el documento público con el autenticado, ya que ambos difieren en lo siguiente:

El documento autenticado nace siendo privado, al extremo de que el mismo es redactado o creado por el interesado -otorgante- y el hecho de autenticarse no le quita lo privado ni lo convierte en público y, en ese sentido, ha dicho la doctrina, y en esto ha sido unánime, que el documento que nace privado sigue siendo privado por siempre y jamás puede convertirse en público, vale decir, no modifica la sustancia de tal. La autenticación lo que hace es darle

el efecto de público al otorgamiento, pero jamás al contenido del documento.

En tanto que el contenido de un documento público es redactado y creado por el funcionario. El documento autenticado es redactado por el interesado y allí vierte lo que a él le interesa. El instrumento público contiene las menciones que indica la Ley y no lo que a las partes interese privadamente.³⁹⁶

Esta sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, marca la diferencia entre el instrumento público o auténtico y el privado reconocido o autenticado, especialmente en el hecho que el instrumento autenticado nace privado, es formado en privado por las partes y aún cuando la intervención del funcionario público posteriormente para producir el reconocimiento de la firmas, no adquiere o se eleva a la categoría de público, pero no se fija posición respecto al problema y confusión de la propia Sala de Casación Civil, en cuanto a los instrumentos públicos o auténticos tratados en sentencias de años anteriores, todo aunado al hecho que cuando la Sala expresa “...*La autenticación lo que hace es darle el efecto de público al otorgamiento, pero jamás al contenido del documento...*” es incorrecto, pues el otorgamiento ya está hecho en forma privada entre las partes y anterior a la autenticación; la autenticación sólo es el reconocimiento de las firmas, que necesariamente no involucra el contenido, pues pueden haber adulteraciones posteriores, evitándose así un eventual desconocimiento –salvo que se tache el reconocimiento mismo- y dando fecha cierta al mismo, además de otorgarle autenticidad, por lo que no puede hablarse de efecto público al otorgamiento, cuando realmente éste instrumento –privado- no conlleva a un otorgamiento como sucede en materia de instrumentos públicos y como consecuencia del hecho que su contenido –la verdad de lo declarado por las partes- puede ser atacado y desvirtuado con prueba contrario, tal como lo prevé el artículo 1.363 del Código Civil.

De lo dicho y con el mero interés de aclarar aún más lo que hemos sostenido, trazando una diferencia entre los instrumentos públicos o auténticos y los autenticados, encontramos:

- a. El instrumento público o auténtico se caracteriza por la intervención –desde su nacimiento o formación- de un funcionario público con capacidad para dar fe público del hecho jurídico y con competencia territorial; en tanto que el instrumento autenticado es un privado reconocido, que nace privado y luego es llevado ante el funcionario público encargado de certificar la autenticidad de la firma de sus otorgantes e inscribirlo en los libros respectivos, lo que no borra su carácter de privado pero ahora reconocido –auténtico-.

³⁹⁶ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, N° RC-00474, de fecha 26 de mayo de 2004, con ponencia del magistrado Carlos OBERTO VÉLEZ, expediente N° 03235.

- b. El instrumento público o auténtico nace público y puede desmejorarse a la categoría de privado, si no llega con los requisitos legales y siempre que éste firmado por las partes –artículo 1.358 del Código Civil-; en tanto que el instrumento autenticado nace privado y muere privado, nunca puede elevarse a la categoría de público, ni siquiera con la intervención posterior del funcionario público que lo autentica.
- c. El funcionario en el instrumento público o auténtico, da fe pública del acto que ha presenciado, de lo que oye y observa; en tanto que en materia de instrumento autenticados la fe pública solo se produce en la manifestación que hacen las partes ante el funcionario, que las firmas contenidas en el mismo son de ellos.
- d. El instrumento público o auténtico se impugna mediante la tacha de falsedad, por las causales previstas en el artículo 1.380 del Código Civil cuando quien ha falseado la verdad es el propio funcionario; en tanto que en materia de instrumentos autenticados, la tacha solo puede versar sobre el reconocimiento mismo, pues en cuanto a la verdad de las manifestaciones de las partes vertidas en el instrumento, se admite la prueba en contrario.

Habiendo diferenciado la tipología pública que puede presentarse en materia documental y al considerar que nuestro legislador, realmente hace un tratamiento más o menos especificados de la prueba instrumental como especie de la documental, en los puntos que siguen abordaremos la temática desde la noción meramente instrumental, sin perjuicio del análisis que haremos en otro momento de los documentos públicos como tal.

2. REQUISITOS PARA LA EXISTENCIA DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS O AUTÉNTICOS.

Para la existencia del instrumento público o auténtico analizado en los puntos anteriores y el contenido del artículo 1.357 del Código Civil, deben concurrir los siguientes requisitos:

- a. Debe haber la intervención de un funcionario público, desde su origen o nacimiento.
- b. El funcionario público debe ser competente no solamente en sentido formal sino territorialmente para presenciar el acto, oírlo o efectuarlo.
- c. El funcionario público debe tener capacidad para dar fe pública del acto que ha efectuado, visto u oído.

- d. Que se hayan cumplido con las formalidades o solemnidades legales para su otorgamiento, tales como: 1. La presentación del mismo; 2. Presencia de los otorgantes y testigos para los casos requeridos; 3. Fe pública de conocerse a los otorgantes; 4. Calificación del acto jurídico; 5. Firma de los intervinientes; 6. Anotación en los libros respectivos.³⁹⁷

El incumplimiento de estos requisitos traerá como consecuencia que no se esté en presencia de un instrumento público o auténtico, no teniendo fuerza como tal, bien por incompetencia territorial del funcionario público, bien por defecto de forma, pero pudiendo considerarse como instrumento de carácter privado si se encuentra suscrito por las partes intervinientes en el hecho jurídico documentado, tal como lo regula el artículo 1.358 del Código Civil, contenido de lo que la doctrina ha denominado instrumentos públicos imperfectos –lo que resulta una denominación no del todo correcta especialmente cuando el instrumento ha causa del incumplimiento de alguno de sus requisitos se desmejora a la condición de privado, vale decir, se despoja de su carácter de público al cual no puede adosarse la denominación de imperfecto- señalando al efecto [...] *El instrumento que no tiene fuerza de público por incomparecencia del funcionario o por defecto de forma, es válido como instrumento privado, cuando ha sido firmado por las partes.*”; pero debe advertirse que si el incumplimiento de los requisitos concurrentes señalados se ubica en instrumento *ad solemnitatem* o *ad substantiam actus*, la afectación no sólo será documentaria o instrumentaria como tal, sino que afectará al acto jurídico como tal, que se reputará como inexistente; en tanto que si la falla recae sobre instrumentos *ab probationem*, el acto documento o instrumentada no se verá afectado, lo que se extenderá a su eventual prueba, pues precisamente al desmejorarse a la condición de privado, perfectamente el mismo servirá como medio probatorio.

De lo dicho inferimos que para la existencia del instrumento público o auténtico deben concurrir todos y cada uno de los requisitos, siendo que especial relevancia tiene el referido a la fe pública que analizaremos en el punto que sigue.

2.1. La fe pública, la buena fe y la plena fe. Etimología. Definición. Diferenciación.

Uno de los requisitos esenciales para la existencia del instrumento público o auténtico se ha dicho, que requiere de la capacidad del funcionario público para imprimirle al acto que realiza fe pública, pero **¿qué es la fe pública?**

El maestro uruguayo Eduardo J. COUTURE en un trabajo titulado “Concepto de fe Pública” no dice que la palabra “fe” por definición es la creencia que se da a las cosas por autoridad del que las dice o por la fama pública, derivando etimológicamente de “FIDES” e indirectamente del griego *peitheio*,

³⁹⁷ Humberto BELLO LOZANO MARQUEZ, ob. ci. P. 163.

yo persuado; que “pública” quiere decir notoria, patente, manifiesta, que la ve o la sabe todos, cuya etimología deriva de “*populicum*” que significa pueblo, de manera que “fe pública” vendría siendo –indica- en sentido literal la creencia notoria o manifiesta; que la “fe pública” es una garantía que da el Estado acerca de la fidelidad de los instrumentos y en cuyo nombre exige la creencia –autoridad- más la fe pública no es sinónimo de verdad ni puede confundirse con la “buena fe”, que es un estado psicológico colectivo, cierta forma de salud espiritual que hacen que los hombres crean en la realidad de las apariencias, ni con la “plena fe”, que es una medida de eficacia probatoria; resumiendo indica: a. La “fe pública” no es un estado de creencia colectiva, pues cuando el Código Penal reprime determinados hechos por considerarlos atentatorios contra la fe pública, no se refiere a ésta, sino a la buena fe; b. La “buena fe” y la “fe pública” no deben ser confundidas, pues la primera es una creencia y la segunda una calidad y autoridad de una atestación; c. El contenido de la “fe pública” no es necesariamente un contenido de verdad, pues en diversas circunstancias el derecho limita la eficacia de esa atestación o aún la llega a anular; La “fe pública” no es sinónimo tampoco de “plena fe”, pues la ley otorga esta última eficacia a los actos oficiales regularmente expedidos, la cual no es precisamente la “fe pública”, ya que la “plena fe” es una medida de eficacia y no una calidad –autoridad- del documento derivado de la participación del funcionario público, se trata de la máxima eficacia probatoria. La “fe pública” es una [...] *calidad propia que la intervención notarial acuerda a ciertos instrumentos.*”³⁹⁸

De lo dicho por el maestro y a los efectos del estudio que no corresponde nos interesa retener dos cosas: la noción de “fe pública” como la calidad que le imprime el Estado a los documentos o instrumentos a través del funcionario que los autoriza, lo que únicamente comprende los actos que ha realizado, oído o presenciado, de manera que no cubre la verdad de las declaraciones vertidas por las partes; y la “plena fe” que se presenta como una medida de eficacia probatoria del documentos o instrumento, la máxima eficacia probatoria del mismo y que es consecuencia de la fe pública y la autenticidad que se le imprime al mismo con la intervención del funcionario público, hasta tanto no sea declarado falso por la vía de la tacha o mediante la prueba en contrario que desvirtúe el contenido vertido, concretamente la verdad de las declaraciones de las partes como veremos al tratar el tema de la eficacia probatoria de esta clase de instrumentos conforme a nuestra legislación.

Insistimos en que la “fe pública” es el manto de certeza que se le imprime al instrumento como consecuencia de la intervención del funcionario público, quien encarnando al Estado da certeza del acto, de los hechos efectuados, presenciados, oídos y vistos por el funcionario público, siempre que tenga facultad para tal y sea territorialmente competente, lo que no se extiende a la verdad de las declaraciones

³⁹⁸ Eduardo J COUTURE. *El Concepto de Fe Pública*. En *Estudios de Derecho Procesal Civil*. T. II. pp. 22 y ss.

hechas por las partes, más resumidamente el manto de certeza que le imprime el funcionario público al acto que ha efectuado, presenciado, visto u oído; pero ese manto de certeza o fe pública conforme a lo previsto en el artículo 1.359 del Código Civil, solo recae sobre los hechos jurídicos que el funcionario público declara haber efectuado, cuando tenía facultad para ello y sobre los hechos jurídicos que haya visto u oído si tenía igualmente facultad para ello, lo que se traduce en que la fe pública recae solo versa sobre la verdad, certeza de lo que el funcionario público presencia, ve y oye, vale decir, de su intervención en el acto documentado, de la comparecencia y presencia de sus otorgantes, de los testigos –de ser el caso- de lo que declararon sus intervinientes, de que firmaron el instrumento, del cumplimiento de las solemnidades legales, mas no recae sobre la verdad de la declaración de las partes, en otras palabras, la fe pública o el manto de certeza no cubre la verdad o falsedad de lo declarado por ellas, de la ocurrencia o celebración del acto o negocio jurídico documentado, circunstancia esta de suma importancia a los fines de determinar la forma de impugnar esta clase de instrumentos, pues dependiendo del sujeto que miente o falsee la verdad, el instrumento será objeto de tacha de falsedad –cuando miente el funcionario público- y del procedimiento de simulación –cuando mienten las partes otorgantes-.

En este orden de ideas la precitada norma jurídica –artículo 1.359 del Código Civil- señala [...] *Los instrumentos públicos hacen plena fe, así entre las partes como respecto de terceros, mientras no sea declarado falso: 1º, de los hechos jurídicos que el funcionario público declara haber efectuado, si tenía facultad para efectuarlos; 2º, de los hechos jurídicos que el funcionario público declara haber visto u oído, siempre que esté facultado para hacerlos constar.*”; esta norma debemos concatenarla con la contenida en el artículo 1.360 *ejusdem* que expresa [...] *El instrumento público hace plena fe, así entre las partes como respecto de terceros, de la verdad de las declaraciones formuladas por los otorgantes acerca de la realización del hecho jurídico a que el instrumento se contrae, salvo que en los casos y con los medios permitidos por la ley se demuestre la simulación.*” Sin perjuicio del análisis de la eficacia probatoria al que nos referiremos en siguientes puntos, desde ya indiquemos que el instrumento público, especialmente el acto documentado surte efectos no solo entre las partes sino respecto a los terceros, entendido en cuanto a éstos últimos, que si bien no se obligan al no ser parte del mismo, deben respetar el acto y surte efectos frente a ellos, es decir, no pueden desconocer su existencia y efectos; pero igualmente señalemos que la “fe pública” que imprime el funcionario al instrumento como consecuencia de su intervención, no se extiende más allá de los que el funcionario declara haber visto, oído y presenciado, concretamente, no abarca la verdad de las declaraciones vertidas por las partes en el acto jurídico instrumentado y precisamente, esa fe pública es la que produce la autenticidad del mismo –referido a la certeza de su origen y autoría- y la “plena fe” que el legislador le otorga a los fines de su valoración en procesos judiciales, lo que sólo puede ser destruido mediante la tacha de falsedad, sea incidental o principal cuando miente el funcionario público y que conduce a reverter dicha eficacia, en tanto que si la falsedad emana de

la verdad de las partes, de las declaraciones contenidas y vertidas en el instrumento público, la vía establecida será la simulación a que se refiere el artículo 1.281 del Código Civil, cuya prueba esencial – más no única- es la del contradocumento o contraescritura, especialmente cuando la reclamación se hace entre las partes, sin perjuicio que terceros pueda realizar la reclamación judicial en cuestión.

De lo dicho y sin perjuicio de su tratamiento más adelante, fijemos posición respecto a dos hechos fundamentales: la **“plena fe” del instrumento público**; y la **prueba de la simulación**, ambas analizadas desde una visión constitucional y garantista. En relación a la primera tenemos que el instrumento público tiene y produce en el ánimo del judicante y por determinación legal, plena eficacia probatoria tarifada, es decir, que éste –juez- debe atribuir máxima eficacia y tener consecuentemente por cierto y demostrado los hechos vertidos en el instrumento público, siempre que no se haya producido la declaratoria de falsedad vía tacha o que se haya determinado la simulación por la misma vía; pero en un Estado constitucional y garantista, donde encontramos positivado el derecho de acceso al sistema probatoria y especialmente en el marco del sistema de procedimiento oral también constitucionalizado, resulta insostenible y riñe con el citado garantismo la tarifa legal que el legislador civil imprime al instrumento público, la previa eficacia que le impone al judicante sin dejarle margen de juzgamiento, apreciación e interpretación de la misma y especialmente de su contenido, creándole un grado de privilegio superior frente a otros medios probatorios que lo interdicta para desechar o no el contenido del acto documentado, lo que debe ser abolido y superado mediante una reinterpretación constitucional del tema o mediante el control de constitucionalidad, que permita dar paso a la libre valoración por sana crítica del contenido del instrumento, lo que para nada afecta la fe pública que se le imprime al instrumento con la intervención del funcionario judicial, de manera que distinguiendo que una cosa es la “fe pública” que como manto de certeza el juez debe estar consciente del mismo, así como la “autenticidad” referida a la certeza del origen y autoría, y que otra es la eficacia probatoria, la “plena fe”, bajo una óptica constitucional deben mantenerse las dos primeras pero eliminarse la última –plena fe- para ser sustituida por la valoración libre del medio probatorio; incluso diremos que la existencia de la “fe pública” y la “autenticidad” no deben afectar decisivamente la eficacia probatoria, no se conectan con la “plena fe” y de ahí que no debe considerarse a este medio de prueba como privilegiado, pues como hemos dicho en otro momento por ejemplo la “autenticidad” no es propia del instrumento público.

En lo que respecta al segundo de los elementos distinguidos –prueba de la simulación- no puede seguirse sosteniendo que cuando se trata de la pretensión ejercida entre las partes, el universo probatorio para el acreditamiento del precitado hecho –simulación- se limite al contradocumento o contraescritura, sin que le sea permitido la utilización de otros medios probatorios, lo que sólo se abre cuando la simulación es pretendida judicialmente por terceros. Al respecto y en base al mismo sentido

constitucional y garantita que nos ha movido, no dudamos en afirmar que en el caso de reclamaciones de simulación entre partes, la prueba del contradocumento es la reina y la esencial, más no la única, mucho menos que ante su ausencia no pueda acreditarse el hecho o hechos que dan origen a la simulación como la relación entre las partes, el precio vil, la ausencia de capacidad económica del comprador, el no incremento del patrimonio del vendedor como consecuencia de la compra, la no entrega real de la cosa cuando se trata de una compraventa, entre otros, a través de otros medios probatorios, incluyendo la propia testimonial sin limitaciones por el valor y por instrumentos, tal como lo hemos analizado al estudiar esta prueba, de manera que debe entenderse la cuestión y dar paso a la utilización de cualquier medio probatorio, pero sobre esto volveremos en su oportunidad.

Sin perjuicio de lo dicho volvamos al tema inicial abordado en este punto y digamos que la “fe pública” que se produce en el instrumento público, sumado a su “autenticidad” y que no se extiende a la verdad de las declaraciones de las partes, afecta tanto a las partes como a terceros, teniendo efectos *erga omnes*, entendido como la no posibilidad de éstos de desconocer el acto y el instrumento aún cuando no se obliguen con el mismo al no haber intervenido.

3. PLENA FE, FE PÚBLICA, VALOR PROBATORIO Y FUERZA PROBATORIA DEL INSTRUMENTO PÚBLICO.

Previo al estudio de la eficacia probatoria de la prueba instrumental pública, se nos antoja –sin perjuicio de su importancia- insistir en que hay que tener claros algunos de los conceptos que hemos abordado en puntos anteriores, especialmente la “*plena fe*” diferenciada de la “*fe pública*”, el “*valor probatorio*” y la “*fuerza probatoria*” en materia de instrumentos a cuyo efecto se ha visto que la “plena fe” es un grado o medida de eficacia probatoria, la máxima eficacia probatoria que generalmente se conecta el sistema de la tarifa legal que rige en los procedimientos civiles de corte escrito, donde igualmente se presentan conceptos que identifican el grado o eficacia probatoria como “*plena prueba*”, “*semi plena prueba*” y “*principio de prueba*”, la primera considerada como aquella que por sí sola basta para tener como acreditado o verificado un hecho debatido, tal como generalmente ocurre con la prueba instrumental pública y privada reconocida que no requiere de complemento alguno, así como en la confesión pura y simple y en el juramento decisorio, de manera que en estos casos se dice que hay “plena prueba” entendido como sinónimo de “plena fe”; por su parte la “semi plena prueba” se refiere a aquella que por sí sola no tiene la potencia suficiente para acreditar o verificar el hecho controvertido en el proceso, siendo imprecisa, incompleta,

insuficiente o débil y requiriendo de ser complementada con otros medios de prueba, como en el caso de testigos, indicios, pericia, de manera que en este tipo de prueba se requiere de la concurrencia, relación y complementación con varios medios probatorios, con varias “semi plena pruebas”; finalmente el “principio de prueba” es aquel que no puede nunca por sí sólo servir de prueba de hechos controvertidos, siendo sólo un punto de arranque para formar una prueba, como en algunos casos se presenta en materia de hechos indicantes, testigo único, confesión extrajudicial, entre otros.

COUTURE al tratar este punto nos dice que el grado de “plena prueba” o “plena fe” configura una prueba legal, donde el judicante no puede desconocer la existencia del hecho representado por ejemplo en el documento que hace tal “plena fe”; que el grado de “semi plena prueba” se encuentra ligado con el criterio de la sana crítica, donde el judicante tiene la libertad para decidir en un sentido o en otro, admitiendo o rechazando según se deduzca de sus procesos críticos el hecho debatido; y que el “principio de prueba” se presenta como otro precepto legal, que a diferencia del primero –plena prueba- que es “positivo”, el “principio de prueba” es “negativo”, donde en aquel el juez debe admitir y en éste debe abstenerse.³⁹⁹

Antes de seguir indiquemos que la “plena fe” que se identifica con la “plena prueba” –en el caso que estudiamos en el marco de la prueba instrumental pública- así como la “semi plena prueba” y el “principio de prueba” propios del sistema de procedimiento escrito y del régimen de la tarifa legal como sistema de valoración probatoria, el cual aún existe en nuestra legislación civil aplicable en el procedimiento civil escrito y oral, incluso en todos los sistemas de procedimientos según la mayoría doctrinaria, debe desaparecer o exterminarse por insostenible, irritante y contrario al sistema constitucional y garantista; así en el marco del texto constitucional que positiva el derecho de acceso al sistema probatoria y que se ubica en el marco de un sistema garantista, no pueden seguirse sosteniendo estos criterios de tarifación de la eficacia probatoria de los medios, no pueden crearse privilegios en cuanto a determinados medios probatorios y especialmente no puede fijarse de antemano el grado de convicción que los mismos deben surtir en el judicante a los fines del dictado de la sentencia, sobre todo cuando la actividad probatoria va dirigida a éste para la formación de esa convicción judicial libre y aplicando las reglas de la sana crítica, de manera que los medios probatorios deben ser liberados de toda tarifa legal que pretenda maniatar al judicante, dejando a éste la absoluta libertad para formarse la convicción judicial que se traduzca en certeza más allá de toda duda razonable, lo que en materia instrumental pública debe traducirse en la plena libertad para darle valor probatorio respecto al acto documentado, lo que no se conecta con la fuerza probatoria, con la autenticidad y fe pública del acto documentado, que se mantiene y en nada afecta o se ve afectado con la mentada “eficacia probatoria”.

³⁹⁹ Eduardo J. COUTURE. Ob. cit. T. II. p. 95.

En definitiva y no solo respecto a la prueba instrumental, sino respecto a todos los medios probatorios los límites de la eficacia probatoria analizados a través del prisma de la gradación de la prueba desde la plena hasta su principio, propio de la tarifa legal no cabe hoy día en nuestro sistema de procedimiento en base a criterios constitucionales y garantistas a los que hemos hecho referencia, no solo en este punto sino a lo largo de todo nuestro trabajo, como un precedente que posiblemente en muchos años nos lleve a la teoría de la “deconstrucción” a que se refería el filósofo francés Jacques DERRIDA consistente en mostrar cómo se ha construido un concepto partiendo de procesos históricos y acumulaciones metafóricas, para mostrar que lo claro y evidente no lo es, puesto que los útiles de la consciencia en que lo verdadero en sí ha de darse, son históricos, relativos y sometidos a los contrasentidos de las figuras retóricas de la ficción y trasnominación.

Lo dicho nos permite expresar que esa “plena fe” traducida en “plena prueba” como denominaciones propias de la tarifa legal, deben reverse y sustituirse para la sana crítica, a través del sistema del control de la constitucionalidad o de la reinterpretación constitucional; pero incluso y más allá de la mera enunciación o denominaciones que se le impriman, lo importante es entender que al momento de valorar la prueba el juez no puede ser previamente amarrado por el legislador que le impone ese grado de convicción y lo que debe tener como cierto en materia instrumental para formarse la convicción; por el contrario –insistimos- el juez debe tener plena libertad para apreciar, interpretar y valorar el contenido instrumental a los efectos de fijarse la convicción, lo que hará consciente de la autenticidad y fe pública que se encuentra en la prueba.

Siguiendo con el enunciado inicial y para tener claros los conceptos seguiremos con la “fe pública” y la “autenticidad”, el primero que como hemos indicado es el grado, calidad o atribuye que el Estado a través del funcionario público le imprime al acto instrumentado y que no se extiende a la verdad de las declaraciones vertidas por las partes, lo que inmediatamente conduce y genera la “autenticidad”, el carácter “auténtico” del mismo al conocerse desde su formación el origen y la autoría, esto último no exclusivo y excluyente del instrumento público y que igualmente se traslada al privado; estos conceptos propios y ubicados en los instrumentos públicos y que el juez debe tener como tales al momento de realizar el análisis correspondiente a los efectos de valorar el medio probatorio, hemos dicho que para nada afectan su eficacia probatoria, pues perfectamente un instrumento público que goza de los precitados elementos –fe pública y autenticidad- puede ser desechado al no crear la convicción judicial respecto a un hecho debatido, aún cuando no se haya producido su falsedad o de haya dictado una sentencia firme que determine la simulación, pues precisamente el juez goza de libertad para la valoración probatoria y formación de convicción; lo que decimos precisamente es que no solamente no debe haber confusionismo de los conceptos, sino que la intervención del funcionario, la fe pública que le

imprime al acto instrumentado y el producirse su autenticidad, no conducen de manera directa y automática a una plena eficacia probatoria como lo norma el legislador al hacer un tratamiento del tema en forma limitada y tasada, sin dejar margen de análisis y valoración al judicante, lo que no tiene actualmente base o piso constitucional y que riñe con el garantismo, de manera que el hecho de apostar a la valoración por la sana crítica de la prueba instrumental al rever la famosa “plena fe” en nada afecta ni a la fe pública ni al carácter auténtico del instrumento.

Finalmente nos quedan el “valor probatorio” y la “fuerza probatoria”, el primero que se refiere al mérito o grado de convicción judicial del medio y la fuente, especialmente en el caso que nos ocupa de la prueba instrumental pública, lo que permite al judicante la certeza no ausente de error respecto a determinados hechos controvertidos como consecuencia de la verificación que de los mismos haga por comparación con las fuentes producidas por los medios aportados al proceso; este valor probatorio recaerá tanto sobre el documento mismo como sobre el contenido del instrumento analizado, interpretado y apreciado por el judicante, especialmente cuando se está en presencia de un instrumento auténtico, contentivo de fe pública no destruida por tacha de falsedad, cuando no se ha cuestionado la verdad de los dichos de las partes vía simulación y cuando se puede conectar incluso con otros medios de prueba que le den al judicante convicción respecto al hecho concreto debatido que es presupuesto de la norma contentiva de la consecuencia jurídica perseguida por las partes y que resuelve el caso concreto, lo que afectará tanto a las partes como a los terceros, de manera que la precitada “valoración probatoria” se conecta con la convicción, con el grado de certeza que la prueba influye en el ánimo del judicante y que se realizará mediante la sana crítica en los términos expuestos luego de rever por inconstitucional y antigarantista el régimen de la tarifa legal a través de la mentada “plena fe”; insistamos que el valor probatorio afecta tanto a las partes como a los terceros respecto al instrumento mismo y a su contenido, tanto a lo declarado por el funcionario judicial como las partes, siempre que y en los términos expresados no se haya producido la falsedad vía tacha o la simulación.

Pero nos queda en el tintero la “fuerza probatoria u obligatoria” de la prueba instrumental pública, que se refiere a la vinculación u obligatoriedad jurídica que se deduce del acto o relación jurídica obligacional en el contenido, esto es, de las “declaraciones” vertidas por las partes y que opera únicamente entre quienes los suscriben y sus sucesores a título universal, no afectando en consecuencia a terceros que no han intervenido en el mismo, quienes no soportan los efectos jurídicos que de él se deducen, tal como nos enseña el maestro DEVIS ECHANDÍA,⁴⁰⁰ aunque deben respetar su contenido y efectos entre las partes por el carácter *erga omnes* de la escritura pública que le impiden desconocer el negocio jurídico y la realidad instrumentada, especialmente en cuanto a los hechos que el funcionario declara haber

⁴⁰⁰ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. p. 571.

realizado y sobre los cuales se extiende la “fe pública”, salvo que se revea la misma vía tacha de falsedad; incluso y respecto al contenido que no los obliga, tampoco puede perjudicarlos, pues como indicamos no pueden desconocer la realidad instrumentado y el negocio jurídico celebrado entre las partes, de manera que con la intervención del funcionario público que le otorga fe pública, los terceros deben confiar en el contenido del instrumento, en los negocios jurídicos realizados e instrumentados sin poder exigir otra prueba de ellos, todo a los fines de sus relaciones jurídicas, por lo que si por ejemplo el tercero adquiere un bien inmueble de buena fe y el día de mañana el vendedor primigenio quiere afectar de nulidad la venta posterior hecha por su comprador a ese tercero, alegando la simulación y produciendo un contradocumento o contraescritura que la demuestra, el mismo le es inoponible a señalado tercero que adquirió de buena fe, especialmente por la “fe pública” que le imprimió el funcionario al acto de venta, así como por la “fuerza probatoria” que es utilizada por el tercero en su beneficio, quedando en consecuencia a quien alega la simulación, únicamente intentar las reclamaciones pertinentes frente a su comprador y sin afectar al tercero.

Como corolario de lo anterior tenemos que el instrumento público “prueba” ante todos, tiene “valor probatorio” tanto entre las partes como con relación a los terceros, más en cuanto a la “fuerza probatoria” sólo vincula a las partes.

Aclarado lo anterior y llegado el momento de analizar el sistema de valoración probatoria de la prueba que nos ocupa, en el punto inmediato que sigue haremos lo propio.

4. VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA INSTRUMENTAL PÚBLICA.

Se ha adelantado bastante sobre este punto, especialmente al tratar la distinción con la “fuerza probatoria u obligatoria” que se refiere a la vinculación u obligatoriedad jurídica que se deduce del acto o relación jurídica obligacional en él contenido, tanto respecto a las partes como en relación a los terceros, incluso, se ha tratado la cuestión cuando se abordó lo referido a la “plena fe” o “plena prueba”, la “fe pública” y la “autenticidad” del instrumento, pero en esta oportunidad nos limitaremos a la “valoración probatoria” de la prueba documental y concretamente a la instrumental pública, al grado de convicción judicial o mérito del medio y la fuente que se ubica los citados artículos 1.359 y 1.360 del Código Civil, el primero conforme al cual [...] *El instrumento público hace plena fe, así entre las partes como respecto de terceros, mientras no sea declarado falso: 1º, de los hechos jurídicos que el funcionario público declara haber efectuado, si tenía facultad para efectuarlos; 2º, de los hechos jurídicos que el funcionario público declara haber visto u oído, siempre que esté facultado para hacerlos constar.*”; el segundo que expresa [...] *El instrumento público hace plena fe, así entre las partes como respecto*

de terceros, de la verdad de las declaraciones formuladas por los otorgantes acerca de la realización del hecho jurídico a que el instrumento se contrae, salvo que en los casos y con los medios permitidos por la ley se demuestre la simulación.”

Ya se ha dicho que el instrumento público o auténtico en los términos de la legislación civil venezolana, se ubica como un medio probatorio de valoración tasada o tarifada, donde el legislador previamente le indica al judicante cómo debe valorar la prueba y qué grado de convicción judicial debe formarse en su juicio jurisdiccional, incluso le indica sobre qué elementos de hecho del instrumento debe tener como ciertos y establecidos en la sentencia como presupuesto de las normas que contienen las consecuencias jurídicas que ha de aplicar, de manera que presentado en el instrumento en el proceso éste servirá como una “plena prueba”, como un medio que por sí sólo basta para formar la convicción judicial, para el acreditamiento o verificación de un hecho institucional afirmado por las partes como fundamento de sus pretensiones o excepciones, acusaciones o defensa al ser presupuesto de las normas que contienen las consecuencias jurídicas por ellos perseguidas, mediante el ya comentado sistema de comparación, que es precisamente lo que ha de entenderse cuando por ejemplo las citadas normas se refieren a “plena fe”.

Esta “plena fe”, “plena prueba” que alcanza el grado de convicción tasado máximo que debe tener presente el judicante en su sentencia por orden legislativa, que afecta tanto a las partes como a los terceros –quienes y como hemos visto no son afectados por la “fuerza probatoria del instrumento”- recaerá y siempre que no se declare la falsedad del mismo mediante el procedimiento de tacha principal o incidental que estudiaremos en los siguientes puntos, sobre los hechos jurídicos que el funcionario público declara haber efectuado, en la medida que tuviera la facultad y competencia para ello, así como los hechos jurídico que declara haber visto o efectuado, siempre que igualmente estuviese facultado para ello –artículo 1.359 del Código Civil-; pero igualmente esa “plena fe” o “plena prueba” tasadamente se extiende tanto entre las partes como con relación a los terceros, sobre la verdad de las declaraciones formuladas por las partes u otorgantes acerca de la realización del hecho o negocio jurídico a que se refiere el instrumento público, a menos que y por los medios permitidos se demostrara la simulación – artículo 1.360 *ejusdem*.-

Como podemos apreciar claramente, el valor probatorio pleno, máximo y tarifado que le imprime el legislador al instrumento público, abarca tanto a cuestiones o hechos realizados por el funcionario público como por las partes, afectando no solo a éstas sino a terceros que deben respetar y no pueden desconocer el hecho jurídico a que se contrae el instrumento, vale decir, que en la sentencia al momento de la valoración de la prueba en comento, el judicante carece de una apreciación subjetiva del medio y queda atado a un sistema tarifado que de antemano le indica que debe tener por cierto, demostrado, acreditado, verificado y consecuentemente como establecido en la premisa fáctica, tanto los hechos

jurídicos instrumentados referidos a la declaración que el funcionario público declarara haber efectuado, visto y oído, siempre que tuviere competencia y facultad para ello, pero también abraza a la verdad de las declaraciones que las partes han hecho en presencia del funcionario de haber realizado el hecho jurídico instrumentado, todo ello sin perjuicio de que dichos hechos jurídicos sean desvirtuados, lo que dependerá de quien haya falseado la verdad, pues de haberlo hecho el funcionario público, las partes podrán utilizar la tacha de falsedad instrumental vía principal o incidental, que puede concluir con una decisión que declare la precitada falsedad, sea material o ideológica, extrínseca o intrínseca, sobre lo cual esencialmente recae la “fe pública” a la que ya nos hemos referido; pero cuando la falsedad proviene ya no del funcionario sino de la verdad vertida por las partes en el instrumento, de la verdad instrumentada respecto a la realización del hecho jurídico a que se contrae el mismo, al no estar amparado por la citada “fe pública” y en los términos de nuestra legislación puede obtenerse su falsedad por la vía de la simulación a que se refiere el artículo 1.281 del Código Civil.

Para comprender claramente lo dicho, es importante tener presente y no confundir los conceptos o definiciones que hemos estudiado, pues como consecuencia de la “fe pública” como manto de certeza que el Estado a través del funcionario público le imprime al acto y hecho jurídico documentado, así como por el hecho de la presencia del funcionario público desde el nacimiento del instrumento que permite tenerlo como “auténtico”, diferenciando la “fuerza obligatoria” que vincula solo a las partes pero que no puede ser desconocido o ignorado por los terceros aunque no se vean afectados, el instrumento en estudio hasta que no se produzca la falsedad por las vías señaladas o la declaratoria por sentencia firme de la simulación cuando la falsedad proviene de la verdad de las partes, del contenido o manifestación de voluntad de las partes, el judicante se encuentre frente a un medio probatorio que tarifadamente debe valorar, declarando y teniendo como cierto o verificado los hechos a los que se contrae en la forma indicada, de manera que ante esta situación y no existencia declaratoria de falsedad o simulación, no queda margen alguno al judicante para ignorar o desechar el medio y fuente probatoria, especialmente el contenido que acredite o verifique hechos institucionales debatidos, lo que no es otra cosa que la citada y estudiada “valoración probatoria”.

Pero además de lo dicho es importante tener presente –insistimos- que dependiendo de quien falsea la verdad, se tendrá conocimiento de la vía para impugnar la prueba instrumental pública, pues si esta es imputable al funcionario público, sea en los elementos externos o intrínsecos del instrumento – formal- o intrínsecos o internos –material- necesariamente tenemos que echar mano a la tacha de falsedad; pero si por el contrario no hay falsedad imputable al funcionario sino que se refiere a la verdad de las declaraciones de las partes, propiamente dicho al contenido, acto o hecho jurídico instrumentado por el

funcionario público, la vía que deja expedita el legislador es la simulación, a cuya prueba nos referiremos en los siguientes puntos.

Dicho esto y como consecuencia del Estado constitucional, garantista, democrático, de derecho y de justicia previsto en nuestro texto constitucional, teniendo presente la constitucionalización o positivación del derecho de acceso al sistema probatorio que interdicta toda limitación al criterio apreciativo y valorativo de los medios probatorios por parte del judicante, la previsión legal de los artículos 1.359 y 1.360 del Código Civil, lógicamente se presentan como inconstitucionales al reñir con los derechos y principios citados, especialmente cuando ha sido el propio legislador –no nuestro criterio- quien nos ha empujado a la oralidad –artículo 257 constitucional- donde tampoco hay cabida para la prueba tasada y la valoración tarifada, de manera que en aplicación de los artículos 2, 26, 49 y 257 constitucionales, así como del sistema garantista, necesariamente debe asumirse un sistema de valoración de prueba libre –sana crítica- en materia instrumental, lo que en el estado actual del asunto podemos acceder por dos vías: mediante el control difuso de la constitucionalidad; y mediante la reinterpretación del asunto en sentido constitucional y garantista, ello hasta tanto no se produzca la correspondiente reforma.

NIEVA FENOLL al referirse a éste asunto nos dice que [...] *En mi opinión, creo que aunque no se dispusiera el valor legal de los documentos públicos, cualquier juez tendría por auténticos ante la dificultades que encontraríamos para imputar penalmente por falsedad a los que dieron fe. Es decir, encuentro razonable que exista una presunción de autenticidad de esos documentos en la mente de cualquier juez, pero de ahí a que ello sirva para establecer una norma de prueba legal es indiscutible, me parece que media un largo trecho, sobre todo teniendo en cuenta la falibilidad de las personas, también de las que da fe. No es que la presencia de la norma sea distorcionadora, pero probablemente, como decía, pertenece a otro tiempo ya pasado. La demostración de ello es que en el proceso penal no existe tal norma que confiera valor privilegiado a los documentos públicos, y no por ello se van cuestionando constantemente dichos documentos. Entiendo que en el futuro esas normas terminarán desapareciendo.*⁴⁰¹ Es interesante la visión de futuro del precitado autor, no solo por la crítica de la norma que regula tarifa legal y privilegio a la prueba instrumental pública, sino por los argumentos que expone en su trabajo donde explica que más temprano que tarde los actos a instrumentar públicamente deberán ser grabados o filmados, de manera que al presentarse duda de su autenticidad, del contenido, de la conducta de las partes, de las manifestaciones, de su intervención, incluso de los vicios del consentimiento, se acudirá a la misma –instrumento multimedia- que estará adjuntada al instrumento archivado, así como al otorgado a las partes y de ser impugnada la misma, se acudirá a la experticia.

⁴⁰¹ Jordi NIEVA FENOLL. La Valoración de la Prueba. pp. 313 y ss.

De lo dicho podemos concluir que el sistema de “valoración probatoria” de la prueba instrumental pública no puede ser previamente tarifado por el legislador –por cierto quien no es el sujeto a quien se dirige la actividad probatoria para producir convicción judicial- debiéndose sustituir por la sana crítica que deje al juzgador la libertad de valorar dicho medio probatorio, por supuesto tomando en consideración no solo elementos como la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos, sino también la “fe pública” que se presenta en esta clase instrumental, la “autenticidad” referida a la certeza de su origen y su autor, así como la ausencia de declaratoria de falsedad o de simulación, sin confundirlo con la “fuerza obligatoria”, de manera que en definitiva en el marco del proceso judicial –cualquiera sea su tipología procedimental- la prueba en comento debe ser valorada por el sistema de la sana crítica.

Destaquemos que al efecto y respecto a las máximas de experiencia que deberá utilizar el judicante en cuanto a la valoración probatoria de los instrumentos privados, sin primar o privilegiar los mismos al tratarse de un medio probatorio más en el mismo nivel o plano que los demás, que sólo y por carácter de público y la fe pública que contiene, ante a falta de tacha de falsedad que declare la misma, goza de autenticidad, tenemos: la coherencia del contenido del documento, la cotectualización en canto al lugar, modo y tiempo de su formación, elaboración y contenido relacionado con el tema debatido, la corroboración con otros medios probatorios que cursen en autos, así como el tema de la imparcialidad correspondiente, de manera que en presencia de documentos o instrumentos públicos, para su valoración probatoria deberá ser confrontado con los demás medios probatorios cirsantes en autos, por lo que si no logra corroborarse y otros medios que consten en las actas procesales sí, deberá ser desechado no obstante a su carácter de público.

4.1. Casos de valoración probatoria de instrumento públicos que son contradictorios con otros medios de prueba.

Como consecuencia de lo dicho hasta el momento, especialmente el hecho de rever la tarifa legal como sistema de valoración de la prueba instrumental, así como su carácter de prueba privilegiada, lo que para nada afecta la “fe pública” y el carácter de “auténtico”, diremos primeramente que en el marco del proceso y cuando el medio probatorio es aportado al proceso, bien en la demanda cuando sea fundamental o en cualquier momento procesal –nos referimos instrumento público negocial, pues recordemos que el público administrativo solo se aporta con la demanda cuando es fundamental o en el lapso probatorio- debemos entender –por lo menos en el sistema de procedimientos orales- que no bastará la simple aportación del medio probatorio y entendiendo que dicho acto involucra la evacuación tal como se

presenta en materia de procedimientos escritos, sino que será necesario para la formación de la prueba que sea capaz de servir al judicante en la convicción judicial, su incorporación oral en la audiencia para el debate respectivo, dando cumplimiento a los principios de inmediación, oralidad y bilateralidad, sin lo cual el medio probatorio no podrá ser considerado como legalmente incorporado al procedimiento y no podrá utilizarse para sustentar la convicción judicial; lo dicho incluso y como lo hemos expresado en otro momento citando la doctrina penal, es fundamental también para entender que las declaraciones realizadas en fase de investigación, los reconocimientos y en general los atestados policiales, no pueden mutar a la prueba instrumental y proponerse en el proceso como tales, pues ello vulneraría el derecho constitucional a la defensa del imputado y/o acusado que no ha intervenido en los mismos, salvo la anticipación de medios probatorios, incluso, también resulta una práctica viciosa de nuestro fiscales del Ministerio Público, que éstos promuevan a los testigos o a los funcionarios de policía que han intervenido en la fase de investigación, para que sean ellos quienes den lectura a las actas contentivas de sus declaraciones o actos, lo que igualmente evidencia un tratamiento del asunto como prueba instrumental que hace mutar la actividad probatoria, siendo lo legal y constitucional que en estos casos tanto los testigos como los funcionarios policiales sean promovidos como testigos para que declaren en la audiencia oral y pública, formándose así la prueba en juicio, con inmediación, oralidad y bilateralidad.

Aunado a lo expresado otro problema que puede presentarse en la práctica es **cuando se tienen dos o más instrumentos públicos que son contradictorios entre sí**, caso en el habría que atender primeramente a los elementos que se contradicen, pues de tratarse de las declaraciones vertidas por las partes que no gozan o se cobijan con la “fe pública” aunque sean “auténticas”, el juzgador debe aplicar la sana crítica mediante la valoración integral o en conjunto de los medios y fuentes probatorias, para buscar la corroboración en alguna de las versiones instrumentales vertidas con otros medios de prueba, de manera que aquella que puede ser relacionada y corroborada en este sentido será la que aprecie y valore el judicante; más si ninguna de las versiones instrumentales puede corroborarse con otros medios de prueba, a nuestro juicio y tomando en consideración el criterio que hemos sostenido de rever la tarifa legal, deben ser desechados los dos instrumentos y para corroborar los hechos deberá acudir a otros medios probatorios, incluso al sucedáneo de pruebas de la carga probatoria cuando no existan otros medios probatorios, lo que en materia penal daría paso a la aplicación del derecho constitucional de la presunción de inocencia. Todo esto salvo que se haya demostrado la simulación del acto o hecho jurídico instrumentado en uno o en ambos instrumentos, pues en el primer caso sólo se valorara aquel instrumento que contenga el acto no simulado y en el segundo escenario, sean desechado ambos.

Otra situación se presenta cuando la contradicción se presenta precisamente en aquellos hechos que instrumentados que quedan amparados por la “fe pública” como lo que el funcionario público declara

haber realizado o efectuado, visto y oído siempre que tuviera competencia y facultad para ello, caso en el cual igualmente nos parece que debe acudirse a otros medios probatorios que puedan corroborar lo dicho por el funcionario público, sin perjuicio que en base al hecho de gozar ambos de “fe pública” y no habiéndose producido la tacha de falsedad, se desechen ambos y se valoren otros medios probatorios, se aplique la carga de la prueba o la presunción de inocencia para el caso penal.

Finalmente si la contradicción se presenta con respecto a otros medios de prueba libres o tasados, como la instrumental privada –incluso reconocida-, testimonial, declaración de parte confesoria o no, dictámenes periciales, entre otros, el asunto no es diferente, pues y sin perjuicio que hemos asumido que todos los medios de prueba tasado deben sustituirse por el sistema de la sana crítica, debemos tener en consideración que si la contradicción se presenta respecto a aquello que no queda amparado por la “fe pública” y la “autenticidad”, como lo es la verdad de las declaraciones realizadas por las partes e instrumentadas, de no haberse declarado la simulación y no existiendo privilegio alguno en este medio probatorio, debe acudirse a la sana crítica para corroborar el contenido del instrumento con otros medios de prueba, de manera que de no poderse realizar tal corroboración deberá desecharse la instrumental, sentenciando con el resto del material probatorio si lo hay o acudiendo a la carga probatoria o clausula de cierre en caso de inexistencia de otros medios probatorios y para el caso penal a la presunción de inocencia; incluso debe tenerse en consideración que si existen otros medios probatorios que se contradicen con el citado instrumento público respecto al contenido no amparado por la “fe pública” en base a la sana crítica y valoración integral pudieran desecharse ambos medios probatorios contradictorios y proceder a sentenciar con otros medios que cursen en autos o aplicar las precitadas reglas de carga y presunción de inocencia de faltar, siendo que en todo caso será la sana crítica del judicante la que conduzca a la formación de su convicción judicial según lo que aprecie.

Pero cuando la contradicción del instrumento público con otros medios probatorios se refiere a aquellos hechos amparados por la “fe pública” que como consecuencia de la intervención del Estado debe tener carácter privilegiado, a propósito de la “autenticidad”, a nuestro parecer el judicante al momento de valorar las pruebas por la sana crítica y de manera integral o conjunta, siempre que no se haya declarado la falsedad mediante la tacha correspondiente, no puede desatender esa “fe pública” que debe primar sobre los otros medios probatorios contradictorios; pero el problema realmente se presenta es cuando la contradicción del instrumento público respecto a lo amparado por la “fe pública” se contradice con un instrumento privado reconocido y respecto al hecho material e las declaraciones, lo que se equipara en cuando a su valoración al instrumento público, así como en os casos de confesión donde también se presenta una tarifa legal, en cuyo caso y como hemos indicado, reviendo la tarifa legal y aplicando la sana crítica, estando todos estos medios probatorios en un plano de igualdad probatoria,

el judicante necesariamente debe hacer una valoración integral o conjunta de los medios para formarse la convicción judicial, de manera que pudiera dar valor a aquel medio que pudiera corroborarse con otros y ante la falta de corroboración de todos, otra salida sería desechar todos los medios contradictorios y sentenciar con los que quedarán, siendo que de no existir otros medios probatorios se aplicaría la carga probatoria o la presunción de inocencia en el tema penal.

Como vemos el tema es espinoso y las soluciones complicadas, pero en lo que sí debemos estar claros es que en cualquier de los escenarios siempre debemos acudir a la sana crítica y a la valoración integral o conjunta de los medios probatorios, para así poder conducir la convicción judicial respecto a los hechos que deben tenerse como establecidos en la sentencia.

4.2. Valor probatorio de los enunciados relacionados directa o indirectamente con el acto o hecho jurídico instrumentado.

Señala el artículo 1.361 del Código Civil que [...] *Igual fuerza probatoria que la determinada en el artículo anterior producen el instrumento público y el instrumento privado, entre las partes, aun de las cosas que no han sido expresadas sino de una manera enunciativa, con tal que la enunciación tenga una relación directa con el acto. Las enunciaciones extrañas al acto sólo pueden servir de principio de prueba.*” De la norma en cuestión se observa que el instrumento público que estudiamos no solo tiene “plena fe” o produce “plena prueba” para el judicante –que como hemos indicado debe ser sustituido por la sana crítica- sino que también respecto a las partes, así se trate de meras enunciaciones –como no expresadas pero enunciadas- siempre que se relacione con el hecho jurídico instrumentado, pues de no tener relación o conexión el legislador considera que se trata de de un “principio de prueba; no obstante a ello debemos comenzar con el final de la norma, en el sentido que no podemos seguir sosteniendo una tarificación del grado de convicción judicial como se presenta al referirse el legislador al “principio de prueba” que como comentamos citando a COUTURE, es aquel que no puede nunca por sí sólo servir de prueba de hechos controvertidos, siendo sólo un punto de arranque para formar una prueba; pero además nos parece que esta norma contiene un confusionismo lamentable respecto a la fuerza obligatoria o la vinculación que produce entre las partes el hecho jurídico documentado –especialmente las cosas meramente enunciadas- y la valoración probatoria, esto es, entre la “fuerza probatoria” y la “valoración probatoria” y decimos esto pues la norma comienza señalando [...] *Igual fuerza probatoria que la determinada en el artículo anterior producen el instrumento público y el instrumento privado...*”, cuando el artículo anterior -1.360- no contiene la previsión de la “fuerza probatoria” sino de la “valoración probatoria” a través de las palabras “plena fe”, de ahí que se trata de una norma errática, inconstitucional –respecto a la tarificación al regular principio de prueba- cuya lectura sólo debe entenderse

en cuanto a que el instrumento público y sus enunciaciones realizadas por las partes respecto a cosas no contenidas en él, tiene “fuerza obligatoria” entre éstos y sus herederos a títulos universal y singular, siempre que dichos enunciados estén conectados con el contenido del instrumento, pues de lo contrario no tendrán tal “fuerza obligatoria” y nada más, vale decir, que no debe tenerse como tal –por inconstitucional y antigarantista- la regulación de un “principio de prueba” cuando el enunciado no se conecte con el contenido instrumentado.

Respecto al tema tratado dice el maestro DEVIS ECHANDÍA que existen tres clases de “enunciaciones, disposiciones o declaraciones” que pueden estar contenidas en el instrumento público a saber: a. Aquellas referidas a las declaraciones o manifestaciones de “voluntad” que contenga la escritura, que se presumen ciertas, entre las partes y sus causahabientes a título universal y singular, que los obligan mientras no prueben lo contrario en forma legal, se trata –decimos- de la verdad del acto jurídico instrumentado, de la manifestación de voluntad de las partes al realizar un hecho jurídico que se instrumenta, que los obliga pero que no queda amparado por la “fe pública” aunque sí hay “autenticidad”, lo que puede ser desvirtuado por la simulación; b. Las “declaraciones conjuntas de ciencia” que se refieren a los enunciados bilaterales que contenga y que se relaciona con aquellas disposiciones, cuando entre ellas existe una vinculación jurídica directa, como que la deuda reconocida existe desde antes o es un saldo de otra, que tiene la intención de celebrarse una transacción con las disposiciones que allí se adoptan –nos dice el precitado maestro colombiano- lo que hacen “plena prueba” entre las partes y sus causahabientes –no contra terceros- mientras no se pruebe lo contrario, aunque se trate de declaraciones unilaterales, se trata –indicamos- al igual que en el anterior de la verdad de las partes que puede desvirtuarse vía simulación; y c. Las enunciaciones de hechos que solamente una de las partes hace y que no se relacionan directamente con las declaraciones conjuntas de voluntad, como razones personales que se tuvo para celebrar un contrato o el origen del dinero que paga, el título de propiedad del inmueble que vende, arrienda o hipoteca, los cuales no prueban contra otras partes ni contra terceros, únicamente a quien los formula y teniendo un valor de confesión extrajudicial –indica el maestro-.⁴⁰²

Por su parte ALSINA bajo el enunciado de las “manifestaciones accesorias de las partes”, nos enseña que se consideran como tales las que no tienen carácter dispositivo y que podrían ser omitidas en el mismo sin afectar su eficacia, pudiendo ser de dos clases: a. Referidas a hecho o actos jurídicos directamente relacionados o relativos al acto que forma parte el objeto principal, como por ejemplo en la declaración que ya se ha pagado parte de la deuda que se contrae; y b. Extrañas al objeto principal del acto, como son por ejemplo en materia de compraventa la declaración de la procedencia del dinero que paga el precio o su forma; las primeras –indica- que se equiparan a las manifestaciones de las partes

⁴⁰² Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. p.p. 573 y ss.

relativas al acto principal, de manera que su “fuerza obligatoria” puede ser destruida por prueba en contrario, requiriéndose de un contradocumento cuando la cuestión es entre las partes, o siendo suficiente cualquier medio probatorio cuando la impugnación provenga de terceros; en cuanto a los enunciados extraños indica, carecen de “fuerza probatoria”, quedando sólo como “principio de prueba- expresa.”⁴⁰³

4.3. Valor probatorio de los documentos públicos.

Ya para terminar este apartado nos referiremos a los “documentos públicos” que como género de la instrumental pública, le son aplicables todas las explicaciones que hemos hecho, de manera que cuando se forme en presencia de un funcionario público un “documento” el mismo tendrá “fe pública”, gozará de “autenticidad”, tendrá “fuerza obligatoria” y será valorado en la forma que hemos estudiado, como por ejemplo dibujos, planos, fotografías, fonografías, cintas magnetofónicas, DVD, VCD, CD-ROM, mensajes de datos y en general cualquier cosa que sea capaz de almacenar palabras, imágenes o sonidos, donde el funcionario público haya intervenido desde su formación.

5. TACHA DE FALSEDAD. DEFINICIÓN. FALSEDAD MATERIAL, INTELECTUAL E IDEOLÓGICA Y MOTIVOS.

En el análisis de la forma de impugnación de la prueba instrumental pública se ha adelantado lo suficiente para comenzar este punto expresando, que si la falsedad proviene de las declaraciones de las partes vertidas en el instrumento y que no quedan cobijadas por la “buena fe”, la vía para su cuestionamiento y para desvirtuar su contenido será la simulación vía principal o como excepción, sin perjuicio de la denuncia del dolo y el fraude que también son vías para desvirtuar el contenido del instrumento público respecto a las declaraciones de las partes, ello en los términos del artículo 1.382 del Código Civil, que nos dice precisamente que estos motivos no conducen a la tacha de falsedad; pero cuando quien falsea la verdad es el propio funcionario público, para forma de destruir la “fe pública” será precisamente a través de la vía de la tacha de falsedad por vía principal –demanda principal cuya pretensión sea la precitada falsedad instrumental- o incidental –en el decurso del proceso-.

Pero ¿qué es la falsedad?

⁴⁰³ Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. p. 407 y ss. En estos mismos términos puede citarse a Lino Enrique PALACIO. Ob. cit. T. IV. pp. 436 y ss; Jorge L. KIELMANOVICH. Ob. cit. p. 291; Aldo BACRE. Ob. cit. T. III. p. 130.

La falsedad en materia de documentos públicos escritos o instrumentos públicos, nos dice el maestro BELLO LOZANO no es otra cosa que la mutación, mundamiento o alteración de la verdad en el contenido, que puede inducir a un error sobre las obligaciones, convenciones o en general, sobre el hecho jurídico representado en el instrumento o documentado, verdad que puede ser sustituida, imitada –creando un objeto o ejecutando un acto con apariencia legítima- o alterada, sin perder la apariencia de verdad; que la falsedad equivale a la falta o alteración de la verdad, como expresarían las “Partidas” “mundamiento de la verdad” que se presenta como un delito, en la medida que concurran para su existencia los siguientes elementos: Sustitución de lo verdadero por lo que se emita, la cual puede ser creando un objeto o ejecutando un acto con apariencia de legítima, denominándose esto “*imitación*”; o puede realizarse el alterando una cosa o acto verdadero con algo falso, sin que pierda la apariencia de verdad, a lo que se llama “*alteración*”.⁴⁰⁴ La falsedad instrumental debe ser analizada partiendo de su clasificación, pues si bien el instrumento público contiene y es la representación de los hechos jurídicos que las partes manifiestan frente al funcionario público, aquellos –las partes- no están obligadas a decir la verdad –de ahí que sus declaraciones no queden cobijadas con la “fe pública” y la forma de impugnación no es la vía la tacha- como si lo está el funcionario público, de ello el carácter público y la “fe pública” que se le imprime a los instrumentos auténticos, circunstancia esta de la cual se desprende que existe una falsedad “**material**” y otra “**ideológica o intelectual**”, siendo la primera la referida a los elementos extrínsecos o externos del instrumento –la que sólo se presenta en los instrumentos privados donde no se admite la intelectual- y la segunda –falsedad ideológica- aquella que es producto de la alteración o desaparición de la veracidad del acto instrumentado.

De esta manera la **falsedad material** se refiere a los elementos externos del instrumento público, siendo falso en sí el mismo, vale decir, que la falsedad está comprendida en la cosa misma que constituye el instrumento; en tanto que la **falsedad ideológico o intelectual** se refiere a la parte intrínseca o interna del instrumento público, al acto documentado, vale decir, a la falsedad del contenido del mismo porque las declaraciones del funcionario público son falsas; pero no obstante a ello como nos enseña BELLO LOZANO, existen cierta tendencia a diferenciar la falsedad **ideológica** de la **intelectual**, ésta última referida a los casos de falsedad privada, a la falsedad de las partes, de los autores del instrumento, a aquella divergencia entre la idea y la realidad, que se ataca por la vía de la **simulación**; en tanto que la **ideológica** consistirá, no en la contradicción entre la citada idea formada en la mente de las partes y la realidad plasmada en el instrumento o documentada, sino en la contradicción existente entre el hecho jurídico – obligación creada o extinguida- y el instrumento destinado a probarlo, atacable por la **vía de la tacha**.⁴⁰⁵

⁴⁰⁴ Humberto BELLO LOZAN. Ob. cit. T. II. pp. 453 y ss.

⁴⁰⁵ Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. II. pp. 456 y ss.

En nuestra legislación para cuestionar la “fe pública” impresa en los instrumentos públicos o auténticos, el andarivel previsto ha sido la tacha de falsedad que tiende a desvirtuar el valor probatorio de éstos instrumentos al presentarse casos de falsedad imputable al funcionario público, de manera que podemos **definir la tacha de falsedad** como aquel medio de impugnación específico para cuestionar el valor probatorio de los instrumentos públicos o auténticos, que gocen de todas las condiciones de validez requeridos por la ley, cuando se ha producido falsedad sea material o ideológica imputable al funcionario público y cuya finalidad radica en que no produzca sus efectos jurídicos en el marco del proceso judicial; de lo dicho importa destacar que al producirse la falsedad instrumental, lo que queda sin efectos o sin eficacia jurídica y probatoria no es el acto o hecho jurídico instrumentado, sino el medio probatorio como tal, pues la falsedad que se declare judicialmente –carácter declarativo de la decisión judicial- bien en vía principal o incidental, afecta sólo al instrumento, a la cosa que representa un hecho, no al hecho o acto jurídico representado o instrumentado, aunque lógicamente si la falsedad es como consecuencia de la no intervención del funcionario público, a través de las reclamaciones judiciales correspondientes pueden producirse la nulidad del acto o hecho jurídico instrumentado, como por ejemplo en materia de matrimonio a través de la nulidad del mismo, lo que nos coloca incluso ante la posibilidad de la inexistencia del acto jurídico propiamente dicho cuando estamos en presencia de instrumentos *ad solemnitatem*.

El precitado maestro BELLO LOZANO nos dice que la falsedad material se establece cuando el documento en sí es falso, quedando comprendida en la cosa misma que constituye el documento, como sucede en los casos de los numerales 1º y 4º del artículo 1.380 del Código Civil que estudiaremos en su oportunidad; en tanto que la intelectual resulta cuando es el contenido instrumentado lo falso, al ser las declaraciones del funcionario falsas, siendo que en el primero de los casos estaríamos en presencia de instrumentos contrarios a la ley y en el segundo la falsedad se halla en su contenido mismo; nos dice al tratar la falsedad ideológica que es necesario distinguir entre el contenido formal del instrumento que queda amparado por la “fe pública” y el material referido a las declaraciones de las partes, que cuando ambas son falsas, aún cuando sus andariveles de impugnación son diferentes, se dice que se está ante una “falsedad material completamente”.

Las causales de tacha de falsedad de los instrumentos públicos o auténticos se encuentran reguladas en el artículo 1380 del Código Civil, y son las siguientes:

a. FALSIFICACIÓN DE LA FIRMA DEL FUNCIONARIO PÚBLICO. Se encuentra regulada en el ordinal 1º del artículo 1.380 del Código Civil, que expresa [...] *Que no ha habido la intervención del funcionario público que aparezca autorizándolo, sino que la firma de éste fue falsificada.*”. Esta causal de refiere a falsedad material.

b. FALSIFICACIÓN DE LA FIRMA DE LOS OTORGANTES. Se encuentra regulada en el ordinal 2° del artículo 1.380 del Código Civil, que expresa [...] *Que aún cuando sea auténtica la firma del funcionario público, la del que apareciere como otorgante del acto fue falsificada.*”. Esta causal contempla una falsedad material en cuanto a la falsificación de la firma de los otorgantes y otra intelectual, referida a que el funcionario público al autorizar el acto, hace constar la presencia ante él de los otorgantes.

c. EL FRAUDE O LA SORPRESA ACERCA DE LA COMPARECENCIA DEL OTORGANTE. Se encuentra regulada en el ordinal 3° del artículo 1.380 del Código Civil, que expresa [...] *Que es falsa la comparecencia del otorgante ante el funcionario público, certificada por éste, sea que el funcionario público haya procedido maliciosamente o que se le haya sorprendido en cuanto a la identidad del otorgante.*”. Se trata de una falsedad intelectual al hacer constar una comparecencia que no ocurrió.

d. DECLARACIONES QUE NO HA HECHO EL OTORGANTE. Se encuentra regulada en el ordinal 4° del artículo 1.380 del Código Civil, que expresa [...] *“Que aún siendo auténtica la firma del funcionario público y cierta la comparecencia del otorgante ante aquél, el primero atribuya al segundo declaraciones que éste no ha hecho; pero esta causal no podrá alegarse por el otorgante que haya firmado el acto, ni respecto de él.*”. Se trata de una falsedad intelectual, cuando el funcionario público miente al dar fe de declaraciones no hechas.

e. ALTERACIONES MATERIALES POSTERIORES AL OTORGAMIENTO. Se encuentra regulada en el ordinal 5° del artículo 1.380 del Código Civil, que expresa [...] *Que aún siendo ciertas las firmas del funcionario público y del otorgante, se hubiesen hecho, con posterioridad al otorgamiento, alteraciones materiales en el cuerpo de la escritura capaces de modificar su sentido o alcance. Esta causal puede alegarse aún respecto de los instrumentos que solo aparezcan suscritos por el funcionario público que tenga la facultad de autorizarlos.*”. Esta causal se refiere a falsedad material.

f. CONSTANCIA FALSA DEL FUNCIONARIO DE LA FECHA Y LUGAR. Se encuentra regulada en el ordinal 6° del artículo 1.380 del Código Civil, que expresa [...] *Que aún siendo ciertas las firmas del funcionario y los otorgantes, el primero hubiese hecho constar falsamente y en fraude de la ley o perjuicio de terceros, que el acto se efectuó en fecha o lugar diferentes de los de su verdadera realización.*”. Aquí estamos en presencia de una falsedad intelectual, cuando el funcionario público hace constar y da fe falsamente que el acto se efectuó en un lugar y fecha que no es real.

Debemos insistir como nos enseña BELLO LOZANO, que en las causales señaladas encontramos motivos materiales e intelectuales de falsedad, más el legislador en materia de tacha de falsedad de instrumentos públicos o auténticos, se refiere al carácter material de instrumento, a la falsedad material e indirectamente a la intelectual cuando miente el funcionario público, pues cuando la falsedad proviene de las partes, la tacha no es la vía para impugnar sino la pretensión de simulación, ya que la “fe

pública” no abraza la verdad de las declaraciones de las partes y precisamente la tacha de falsedad, es una vía de impugnación para quitar los efectos procesales y probatorios a los instrumentos públicos, que no afecta en nada al acto instrumentado, al hecho o relación jurídica contenida en el instrumento, la tacha solo busca anular el continente, no el contenido que queda intacto, circunstancia esta que cobra fuerza con el contenido del artículo 1.382 del Código Civil, conforme al cual no dan motivo a la tacha de instrumentos, la simulación, el fraude ni el dolo en que hubieran incurrido sus otorgantes, lo cual solo puede ser cuestionado por la pretensión a que se refiere el acto jurídico documentado, de manera que si bien en las causales señaladas reflejan falsedad material e intelectual, no se refiere a la verdad o falsedad de los actos instrumentado, de los hechos jurídicos que dicen las partes haber realizado, sino a la falsedad de lo que declare el funcionario público.

Pero ¿las causales contenidas en el artículo 1.380 del Código Civil son de carácter taxativo?

Para responder la interrogante formulada diremos que la doctrina es vacilante, apostando unos por la respuesta afirmativa,⁴⁰⁶ y otros por la respuesta negativa,⁴⁰⁷ en tanto que nosotros nos sumamos a la tendencia aperturista y garantista que beneficia al derecho a la defensa, de manera que no puede limitarse la impugnación de la prueba instrumental pública y especialmente los motivos de falsedad a los previstos por el legislador, de ahí que ante la existencia de motivos de falsedad diferentes a los regulados legalmente, será viable el ejercicio de la impugnación instrumental, ello sin perjuicio que el artículo 1.380 del Código Civil no prevé todos los motivos de tacha,⁴⁰⁸ como puede apreciarse del contenido del artículo 317 del Código Penal que indica [...] *El funcionario público que, al recibir o extender algún acto en el ejercicio de sus funciones, haya atestado como ciertos y pasados en su presencia hechos o declaraciones que no han tenido lugar, u omitido o alterado las declaraciones que hubiere recibido, de tal suerte que pueda ello resultar un perjuicio al público o a los particulares, será castigado con las penas establecidas en el artículo precedente.*”

6. PROCEDIMIENTO DE LA TACHA DE FALSEDAD DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS O AUTÉNTICOS.

El procedimiento de la tacha de falsedad de los instrumentos públicos o auténticos se encuentra regulado en el Código de Procedimiento Civil, estableciendo el artículo 438 que la misma se puede proponer en procesos civiles, bien en forma principal o en forma incidental, de manera que la tacha de falsedad puede

⁴⁰⁶ Oswaldo PARILLI ARAUJO. La Prueba y sus Medios Escritos. Editorial Mobilibros. Caracas, 1997. p. 196

⁴⁰⁷ Humberto BELLO LOZANO, ob. cit. t. II, p. 465.

⁴⁰⁸ Rodrigo RIVERA MORALES. Ob. cit. pp. 720 y ss.

proponerse en un proceso principal que solo tendrá por objeto la declaratoria de falsedad del instrumento o. por vía incidental en un proceso en curso, donde se aporte el instrumento público que puede ser tachado; en este sentido señala la precitada norma [...] *La tacha de falsedad se puede proponer en juicio civil, ya sea como objeto principal de la causa, ya incidentalmente en el curso de ella, por los motivos expresados en el Código Civil?*. Los artículos siguientes del Código de Procedimiento Civil regulan el procedimiento tanto principal como incidental de la tacha al cual nos referiremos de seguidas, tacha que debe ser propuesta por las partes, pues no se permite la tacha oficiosa, ello conforme al principio dispositivo que rige al sistema de procedimiento.

6.1. Tacha por vía incidental. Oportunidad.

La tacha incidental es aquella que se propone en cualquier clase de proceso civil o mercantil donde se aporte un instrumento público o auténtico, el cual como hemos expresado en puntos anteriores si no es de carácter fundamental, caso en el cual debe ser aportado junto al libelo de la demanda, puede proponerse o promoverse en cualquier estado y grado de la causa, circunstancia esta de suma importancia a los efectos de la determinación de la oportunidad procesal para tachar de falso los mismos, pues la tacha de falsedad conforme a lo previsto en el artículo 439 del Código de Procedimiento Civil, cuando sea por vía incidental, puede realizarse en cualquier estado y grado del proceso, no existiendo preclusión alguna mas que el vencimiento del tiempo para dictar sentencia, bien en primera o segunda instancia o grado de jurisdicción, pues vencido el mismo, no se está en presencia de un estado de la causa propio para la actuación de las partes; igualmente en fase de Casación no se está en un tercer grado de jurisdicción, por lo que tampoco es tiempo útil para tachar de falso los instrumentos públicos, así como tampoco puede producirse en fase de ejecución la tacha de los instrumentos aportados al proceso en fase de conocimiento o cognición, pues la ejecución no es un estado del proceso apto para ello, salvo el caso previsto en el artículo 532 *ejusdem*, cuando se alegue el cumplimiento íntegro de la sentencia mediante el pago de la obligación a través de la consignación de instrumento público o auténtico cuya impugnación, genera la tacha de falsedad y no suspenderá la ejecución de la sentencia.

6.2. Anuncio de la tacha incidental. Formalización. Contestación.

Dispone el artículo 440 del Código de Procedimiento Civil que [...] *Cuando un instrumento público, o que se quiera hacer valer como tal, fuere tachado por vía principal, el demandante expondrá en su libelo los motivos en que funde la tacha, expresando pormenorizadamente los hechos que le sirvan de apoyo y que se proponga probar; y el demandado, en*

su contestación a la demanda, declarará si quiere o no hacer valer el instrumento; en caso afirmativo, expondrá los fundamentos y los hechos circunstanciados con que se proponga combatir la impugnación. Si presentado el instrumento en cualquier estado y grado de la causa, fuere tachado incidentalmente, el tachante, en el quinto día siguiente, presentará escrito formalizando la tacha, con explicación de los motivos y exposición de los hechos circunstanciados que quedan expresados; y el presentante del instrumento contestará en el quinto día siguiente, declarando asimismo expresamente si insiste o no en hacer valer el instrumento y los motivos y hechos circunstanciados con que se proponga combatir la tacha.”. Como se aprecia presentado el instrumento público o auténtico en cualquier estado y grado del proceso, el contendor judicial e incluso el propio presentante, puede tachar el instrumento en cualquier momento procesal -cualquier estado y grado de la causa- a cuyo efecto le bastará con la presentación de una diligencia o escrito donde anuncie o manifiesta la voluntad de tachar el instrumento, donde proceda a tachar el mismo sin necesidad de fundamentación alguna, pues los motivos, las causas o las razones de la tacha deben ser explanados en el escrito de formalización, no en su anuncio.

Anunciada la tacha del instrumento, el tachando al quinto (5to) día de despacho siguiente deberá proceder a formalizar la tacha de falsedad, mediante escrito que deberá contener:

- a. La causal a que se refiere el artículo 1.380 del Código Civil, donde se encuadra la falsedad hecha valer por vía de la tacha, sin perjuicio que y como hemos expresado las referidas causales son enunciativas, por lo que si la tacha no se encuadra en alguna de ellas, debe expresarse el motivo o causal por la cual se tacha el instrumento.
- b. Explicación de los motivos que originan la tacha, bien conforme alguna de las causas previstas en el artículo 1.380 del Código Civil o cualquier otra.
- c. Narración y explicación circunstanciada de los hechos que generan la falsedad del instrumento.

Pero ¿si la formalización se hace dentro de los cinco días de despacho siguientes a su anuncio y no al quinto día, resulta extemporánea?

La interrogante resulta interesante, pues el legislador es bastante claro en cuando al momento de la formalización, más en base a una interpretación constitucional y gartantista es lógico afirmar que resulta viable y válida la formalización dentro de los cinco días siguientes a su anuncio, pues resultaría un exceso de formalismos el desechar la tacha como consecuencia de formalizarse anticipadamente, más aún cuando los criterios del Tribunal Supremo de Justicia y especialmente del Tribunal Constitucional, se inclinan por la validez de la apelación y en anuncio del recurso de casación anticipado así como de la contestación, de manera que no existe motivo justificado alguno para no tener como válida la formalización también anticipada, con la advertencia que en todo caso para computar el tiempo de contestación de la formalización de la tacha, tendría que dejarse transcurrir íntegramente los cinco días luego de anunciada

la tacha, pues esto es consecuencia del principio de preclusión de los lapsos procesales que garantiza el derecho constitucional de la defensa.

Anunciada y formalizada la tacha, el presentante del instrumento deberá contestar la misma al quinto (5to) día de despacho siguiente al vencimiento del tiempo procesal para formalizar, siempre que la misma se haya hecho, pues de lo contrario se entenderá un desistimiento de la tacha. La contestación de la tacha deberá contener:

- a. La manifestación expresa de si insiste o no en hacer valer el instrumento tachado.
- b. Los motivos y hechos circunstanciados con que se proponga combatir la tacha.

Pero al igual de lo sostenido en materia de formalización, la contestación anticipada a la tacha formalizada antes del quinto día señalado, es decir, en el lapso de cinco días también resulta válida constitucionalmente analizada.

Uno de los requisitos esenciales de la contestación de la tacha es precisamente la manifestación expresa del contendor judicial del tachante, de insistir con hacer valer el instrumento tachado, pues a falta de insistencia, conforme a lo previsto en el artículo 441 del Código de Procedimiento Civil, conducirá a que se declare terminada la incidencia de tacha, quedando desechado del proceso el instrumento tachado y siguiendo el mismo –proceso- su curso normal; pero esta insistencia conforme a la letra del artículo 440 *eiusdem* no es tácita, por el contrario debe ser expresa, de manera que puede suceder que el presentante del instrumento dé contestación a la tacha pero no manifieste en forma expresa que insiste en hacer valer el instrumento, lo cual se traducirá en terminación de la incidencia de tacha y desecho del instrumento; igualmente puede suceder, que se insista expresamente en hacer valer el instrumento pero que no se dé contestación, lo cual producirá los efectos del artículo 362 *ibidem*, como se verá de seguidas. De esta manera la primera de las normas citadas –artículo 441- indica [...] *Si en el segundo caso del artículo precedente, quien presente el instrumento manifestare que insiste en hacerlo valer, seguirá adelante la incidencia de tacha, que se sustanciará en cuaderno separado. Si no insistiere, se declarará terminada la incidencia y quedará el instrumento desechado del proceso, el cual seguirá su curso legal.*”

En el supuesto de haberse insistido en hacer valer el instrumento en forma expresa, haya habido o no contestación a la tacha, se seguirá adelante con la incidencia de tacha y deberán desglosarse del cuaderno o pieza principal o del cuaderno de medidas donde se haya propuesto la tacha, el anuncio de la tacha, la formalización, la insistencia y/o contestación y abrirse un cuaderno separado de incidencia de tacha de falsedad, a los fines que el operador de justicia se pronuncie sobre su admisión o no; de no formalizarse la tacha en el tiempo señalado, la misma se entenderá desistida tácitamente, mas nos preguntamos **¿si producido el desistimiento tácito ante la falta de formalización, pudiera el tachante nuevamente tachar el instrumento en el mismo proceso?**

Para responder comencemos diciendo que la consecuencia de la no formalización de la tacha de falsedad no se encuentra regulada en la Ley, pero por lógica creemos que la falta de formalización debe considerarse como un abandono o desistimiento tácito del procedimiento de tacha por parte del no formalizante, que conllevará a que no tenga el presentante del instrumento que dar contestación ni insistir en hacer valer el mismo, lo cual no requiere de declaratoria por parte del órgano jurisdiccional, pues su deber de pronunciamiento se activa en la medida que se haya formalizado la tacha; mas en relación a la posibilidad de volverse a planear la tacha incidental, creemos que resulta viable pues no ha existido pronunciamiento alguno al respecto que pueda considerarse como cosa juzgada formal o material, incluso es perfectamente viable proponer la tacha por vía principal, lo cual tendría influencia prejudicial en el proceso donde es aportado el instrumento para que sea apreciado por el operador de justicia, de manera que éste último proceso debería ser paralizado a la espera de la decisión del proceso de tacha principal, bien de oficio o a instancia de parte, salvo que la instrumental no fuera decisiva para resolver el conflicto por tratarse de una prueba impertinente o irrelevante, incluso de una prueba irregularmente propuesta, lo cual habilitaría al operador de justicia a sentenciar sin esperar la decisión del procedimiento de tacha incidental, circunstancia esta última no regulada en el engorroso procedimiento de tacha previsto en la legislación civil, pero que debe ser apreciado por el judicante quien no puede tener una visión miope, torpe del derecho procesal y antigarantista, garantizando una tutela judicial efectiva y un proceso celer, lo contrario llevaría al absurdo de suspender el proceso en espera de una sentencia que declarara la falsedad o no de un instrumento que para nada ayudaría a resolver el conflicto judicial donde se ha aportado, convirtiéndose así el procedimiento de tacha principal en una especie de fraude a la ley y al mismo proceso, cuya finalidad no sería otra que retardar el trámite de aquel proceso donde se ha aportado el instrumento que se tacha por vía principal.

Como consecuencia de lo dicho afirmamos la posibilidad de tachar nuevamente y en forma incidental el instrumento cuando no se hubiera formalizado, pues la ley no pena el desistimiento tácito con la no posibilidad de volver a tachar en el mismo proceso el instrumento público; igualmente afirmamos que es viable en este caso proponer la tacha por vía principal, mas cuando existe pronunciamiento en materia de tacha incidental desechando la tacha, aquí si no es permitida la proposición de una nueva tacha incidental o principal, pues se producen los efectos de la cosa juzgada – bien formal o material según el caso- quedando solo abierta la posibilidad de la tacha de falsedad por la vía penal.

En cuanto a la formalización tardía que lógicamente resulta intempestiva, aquí sí debe existir un pronunciamiento del órgano jurisdiccional que declare tal extemporaneidad, lo cual impedirá la posibilidad de presentar una nueva tacha incidental, producto de la cosa juzgada formal, mas creemos

que resulta viable plantearla vía principal, ya que no ha recaído sentencia respecto a la falsedad o no del instrumento, caso en el cual este nuevo proceso tendría influencia prejudicial en el proceso donde se hubiera aportado el instrumento tachado vía principal, para que fuera apreciado por el operador de justicia salvo –como señaláramos- que no tuviera ingerencia, determinancia o influencia alguna en las resultas de la contienda judicial, lo que deberá ser apreciado por el judicante.

6.3. Admisión de la tacha de falsedad.

Puesto en este estado la incidencia de tacha el órgano jurisdiccional deberá pronunciarse sobre la admisión o no de la tacha incidental, a cuyo efecto el artículo 442.2 del Código de Procedimiento Civil, expresa [...] *En el segundo día después de la contestación, o del acto en que ésta debiera verificarse, el Tribunal podrá desechar de plano, por auto razonado, las pruebas de los hechos alegados, si aun probados, no fueren suficientes para invalidar el instrumento. De este auto habrá lugar a apelación en ambos efectos, si se interpusiere dentro del tercer día.*” La norma antes transcrita regula no solo la oportunidad procesal para que el tribunal se pronuncie sobre la admisión o no de la tacha de falsedad, sino que permite la posibilidad de desechar de plano la tacha planteada, pero incurriendo en un error en cuanto a su redacción que la hace confusa pues expresa: [...] *podrá desechar de plano, por auto razonado, las pruebas de los hechos alegados, si aun probados, no fueren suficientes para invalidar el instrumento.*”, y decimos que la redacción además de confusa es errada, por lo siguiente:

- a. No pueden desecharse los medios probatorios –pruebas- que tiendan a demostrar los hechos alegados, por cuanto ni la formalización ni la contestación de la tacha en los términos previstos en el artículo 440 del Código de Procedimiento Civil, involucra e impone a las partes la carga de proponer pruebas en la incidencia de tacha.
- b. Resulta absurdo desechar las “**pruebas de los hechos alegados**” si aún probados no fueren suficientes para invalidar el instrumento tachado, pues lo que se prueba son los hechos, no las pruebas que como hemos estudiado es la consecuencia de la actividad probatoria, la verificación de los hechos enunciados por comparación con sus fuentes y que genera convicción judicial, de manera que la norma permite desechar las pruebas que todavía no han sido propuesta y peor aún, desechar las pruebas si los hechos aún probados son insuficientes, cuando lo correcto es eliminar de la norma las palabras “las pruebas” y entender que lo que puede el operador de justicia es desechar de plano los “hechos” en que se fundamenta la pretensión de tacha, si aún verificados no fueron suficientes para invalidar el instrumento tachado.

Sin perjuicio de lo dicho al segundo (2do) día de despacho siguiente al vencimiento del término para la contestación -se haya producido o no ésta- siempre que se haya insistido expresamente en hacer

valer el instrumento, lo cual y como señalamos no involucra el acto de contestación, pues puede haber insistencia sin contestación y contestación sin insistencia expresa, el operador de justicia lo que puede es desechar, no las “pruebas” que hasta ese momento no se han propuesto, sino los “hechos” en que se basa o fundamenta la pretensión de tacha, si aún probados los mismos no fueran suficientes para invalidar el instrumento, lo que involucra un análisis apriorístico o anticipado de la potencialidad de los hechos denunciados que debe ser analizado con sumo cuidado, de manera que en este caso se producirá la declaratoria de inadmisibilidad de la tacha de falsedad, la cual podrá ser recurrida libremente –expresión poco técnica que en nuestra legislación se refiere a los efectos de la apelación, esto es, devolutivo y suspensivo- en el lapso de tres (3) días de despacho siguiente al vencimiento del lapso de dos (2) días que tiene el tribunal para pronunciarse sobre la tacha, pues si el pronunciamiento no se hace en este tiempo deberá notificarse a las partes, sin lo cual no se computará lapso alguno en la incidencia.

La apelación en cuestión que deberá ser oída al día de despacho siguiente al vencimiento del lapso –artículo 293 del Código de Procedimiento Civil- se oirá libremente –efecto devolutivo y suspensivo- paralizándose consecuentemente el proceso, lo cual es lógico pues se trata de una incidencia de falsedad de un instrumento que deberá ser apreciado y valorado por el juzgador en la sentencia definitiva, que conlleva a que deban esperarse los resultados de la tacha para poder sentenciarse la causa, especialmente cuando este instrumento es determinante o influyente en los resultados del proceso; pero **¿la sentencia de segunda instancia o grado de jurisdicción en materia de inadmisibilidad o desecho de la tacha, será recurrible en casación?**

La respuesta es afirmativa en el sentido que si se cumplen los requisitos de ley, será admisible el recurso de casación, pero no en forma inmediata sino “diferida” o “mediata”, debiéndose aguardar la sentencia definitiva de última instancia para determinar si el gravamen de la interlocutoria fue reparado, caso contrario en el cual al anunciarse el recurso contra la sentencia definitiva, quedará comprendida la sentencia de la incidencia de tacha.

En cuanto al procedimiento que ha de tramitarse en segunda instancia, será el mismo de las interlocutorias.

Pero la norma en estudio que permite la apelación libremente en materia de desecho de la tacha incidental, a nuestro criterio resulta totalmente desatinada y divorciada de la maloliente actividad jurisdiccional, pues permitir una apelación libremente cuanto ha sido desecheda de plano la tacha por ser los hechos en que se fundamenta totalmente insuficientes para anular el instrumento aún cuando fueran demostrados, es sinónimo de un retardo procesal que perfectamente en los pestilentes tribunales civiles del Área Metropolitana de Caracas puede alcanzar los dos o tres años para obtener su decisión, lo cual pudiera evitarse si se hubiera regulado la posibilidad que el operador de justicia analizara la influencia o

no del instrumento tachado en las resultas del proceso, pues si la tacha incidental recae sobre un instrumento que resulta impertinente o irrelevante, incluso un medio probatorio inidóneo o inconducente para la demostración de los hechos debatidos, no tiene razón de ser la tacha incidental, mucho menos la existencia de una apelación libre cuando se desecha de plano; lamentablemente en nuestra legislación solo se regula la posibilidad de desechar de plano la tacha, cuando los hechos en que se fundamenta no son suficientes para producir su falsedad, aún cuando fueran probados, mas no se prevé la actividad saneadora del operador de justicia, en el sentido de determinar previamente en la oportunidad de pronunciarse sobre la admisión de la tacha incidental, si el instrumento tachado es o no decisivo en las resultas del proceso, si vale o no la pena la tramitación de una tacha incidental por su determinancia, potencialidad o influencia, circunstancia esta que no afectaría la capacidad subjetiva del judicante pues esto no conllevaría a una actividad valorativa de la prueba que infectara su imparcialidad y que en definitiva garantizaría esa falsa teoría constitucional de la tutela judicial efectiva, específicamente de celeridad procesal que no ha conseguido aplicación práctica en la lamentable realidad judicial de nuestro maltratado y dividido país.

En todo caso y en el estado actual de las cosas, al permitirse la apelación libremente contra la decisión que de plano desecha la tacha incidental, el operador de justicia no podrá sentenciar el fondo del asunto –llegado el momento- debiendo esperar las resultas de la alzada, bien confirmando su decisión o revocándola, caso éste último donde tendrá que tramitar la tacha incidental para luego sentenciar la causa; pero si la tacha se produce en segunda instancia o grado de jurisdicción, no habrá apelación y solo será permitido –de ser viable- cuestionar la sentencia por vía del recurso de casación, pero no en forma inmediata sino diferida, vale decir, que debe aguardarse a la sentencia definitiva de segunda instancia y determinar si el gravamen fue o no reparado, anunciándose el recurso contra ésta última sentencia, donde quedará comprendido la decisión interlocutoria de la tacha incidental.

Por otro lado si el tribunal admite la tacha de falsedad, determinará en el auto correspondiente, los hechos controvertidos en la incidencia sobre los cuales deberá recaer la prueba de las partes, tal como lo expresa el artículo 442.3 al señalar [...] *Si el Tribunal encontrare pertinente la prueba de alguno o de algunos de los hechos alegados, determinará con toda precisión cuáles son aquellos sobre los que haya de recaer la prueba de una u otra parte.*⁴⁰⁹ Igualmente y conforme a lo previsto en artículo 442.14 *ejusdem*, el tribunal una vez admitida la tacha deberá ordenar la notificación del Ministerio Público, a los fines de la articulación e informes para la sentencia o transacción, como parte de buena fe.

⁴⁰⁹ Este artículo refuerza mas nuestra tesis sobre la errada redacción del ordinal 2° del artículo 442 del Código de Procedimiento Civil, pues lo que se trata es de la fijación de los “hechos”, no del desecho de “pruebas” que aún no se han aportado.

6.4. Fase instructoria o probatoria de la tacha incidental.

Admitida la tacha de falsedad y fijados los hechos sobre los cuales ha de recaer la actividad probatoria de las partes, lógicamente que debe venir un tiempo procesal para que las partes propongan los medios probatorios para aportar las fuentes que sirvan a esa actividad probatoria y acreditar sus extremos de hecho controvertidos, en cuyo caso en el mismo auto de admisión, el operador de justicia debe fijar las reglas del juego –de la incidencia- vale decir, el tiempo procesal en que las partes podrán proponer los precisados medios probatorios de la incidencia, la oportunidad para oponerse a la admisión, la oportunidad de admisión y su evacuación, tiempos procesales que no se encuentran regulados en el Código de Procedimiento Civil, siendo curioso que esto se le haya escapado al legislador vernáculo cuando ha sido tan enfático –por no decir fastidioso o latoso- al presentar un procedimiento de tacha tan largo y engorroso; pero ante esta situación y a falta de previsión nos parece que debe echarse mano al sistema de procedimiento probatorio ordinario, lo que debe ser expresamente señalado por el judicante para evitar confusionismo e indefensión, de manera que el lapso de promoción de medios probatorios será de quince (15) días de despacho computados luego de producida la admisión de la tacha, siempre que se realice en tiempo oportuno –lo cual es una fantasía en nuestros nefastos tribunales del Área Metropolitana de Caracas- seguido de tres (3) días de despacho para oponerse a la admisión de los medios probatorios propuesto, tres (3) días de despacho para la providenciación de los medios probatorios promovidos y treinta (30) días de despacho para evacuar las mismas.

Insistimos que estas reglas del juego de la tacha de falsedad debe señalarla expresamente el operador de justicia en el auto de admisión de la tacha incidental, ello para evitar sorpresas y no fomentar el tan usual pestilente juego judicial; pero no faltaría quien pensara tramitar la tacha incidental por vía del 607 del Código de Procedimiento Civil, mediante una articulación probatoria de ocho (8) días de despacho, lo cual resulta totalmente absurdo e inconveniente, pues la incidencia de tacha –como veremos- contempla la realización de una serie de actos que imposiblemente pueden realizarse en este breve tiempo procesal, circunstancia esta que aboga por la aplicación analógica del lapso probatorio ordinario, pues incluso el del procedimiento breve, también resulta ineficaz por insuficiente al existir la necesidad de un lapso probatorio extenso que permita realizar todas las actuaciones propias del procedimiento que estudiamos.

6.5. Reglas especiales en materia probatoria.

Ya señalamos que admitida la tacha incidental debe tramitarse la fase probatoria igual que en materia de procedimiento ordinario, en cuyo caso las partes tendrán un lapso de quince (15) días de despacho para promover sus pruebas, pero en materia de tacha de falsedad existen algunas reglas especiales sobre la promoción y evacuación de determinados medios probatorios, tal como se verá de seguidas.

6.5.1. Prueba testimonial.

Dispone el artículo 442.4 del Código de Procedimiento Civil que [...] *Cuando se promoviere prueba de testigos se presentará la lista de éstos con indicación de su domicilio o residencia, en el segundo día después de la determinación a que se refiere el número anterior.*” La prueba de testigos deberá ser propuesta al segundo (2do) día de despacho siguiente a la admisión de la tacha incidental –si se produjo en tiempo oportuno- regulación esta absolutamente caprichosa del legislador y que no tiene lógica ni razón alguna, especialmente cuando la promoción de medios probatorios será en el lapso ordinario de quince (15) días de despacho; en la promoción de este medio probatorio el legislador exige la presentación de la lista de los testigos con indicación de su domicilio o residencia, sin perjuicio del señalamiento de la identificación del objeto de la prueba, sin lo cual la prueba no será admitida –tal como lo hemos estudiado en su momento-; en cuanto a su admisión y evacuación se hará en la forma ordinaria, tal como fuera analizado en el capítulo referida a la mecánica de la prueba por testigos.

6.5.2. Prohibición de declaración anticipada de los testigos y del funcionario que autorizó el instrumento tachado.

Dispone el artículo 442.6 del Código de Procedimiento Civil que [...] *Se prohíbe hacer que el funcionario y los testigos que hubieren intervenido en el acto del otorgamiento, rindan declaraciones anticipadas, y caso de hacerse no se admitirán en juicio.*” Como se aprecia está prohibido hacer que el funcionario y los testigos que hubieren intervenido en el acto del otorgamiento rindan declaraciones anticipadas, caso en el cual no se admitirán en el proceso, lo que se traduce en una prohibición de preconstituir la prueba extraproceso, incluso anticipar el medio, pues lo importante no solo es el contacto directo del operador de justicia con la fuente probatoria, con los testigos y el funcionario público, sino la intervención del contendor judicial a los fines de controlar y contradecir la prueba, tratándose entonces de una regla especial en materia de declaración de testigos y del funcionario, de una norma expresa que regula el establecimiento de la prueba por declaración en materia de tacha incidental.

6.5.3. Inspección previa de los protocolos y registros. Evacuación de las declaraciones.

Nos dice el artículo 442.7 del Código de Procedimiento Civil que [...] *Antes de proceder a la evacuación de las pruebas promovidas por las partes, y sin pérdida de tiempo, el Tribunal se trasladará a la oficina donde aparezca otorgado el instrumento, hará minuciosa inspección de los protocolos o registros, confrontará éstos con el instrumento producido y pondrá constancia circunstanciada del resultado de ambas operaciones. Si el funcionario y los testigos instrumentales, o alguno de ellos, residieren en la misma localidad, los hará comparecer también el Juez ante dicha oficina para que, teniendo a la vista los protocolos o registros y el instrumento producido, declaren con precisión y claridad sobre todos los hechos y circunstancias referentes al otorgamiento. Si la oficina estuviere fuera del lugar del juicio, y el funcionario y los testigos o alguno de ellos residieren en ese lugar, se dará comisión al Juez de mayor categoría en primera instancia, de dicha localidad, para las operaciones y declaraciones expresadas. Si fueren distintos el lugar de la oficina y el de la residencia del funcionario y los testigos, o de alguno de ellos, se darán las respectivas comisiones a los jueces locales. En todo caso, tanto al funcionario como a los testigos, se les leerán también los escritos de impugnación o tachas y sus contestaciones, para que declaren sobre los hechos alegados en ellos, haciéndose las correspondientes inserciones en los despachos que se libren.*” Observemos que el judicante antes de proceder a la evacuación de las pruebas promovidas por las partes, se trasladará a la oficina donde aparezca otorgado el instrumento tachado incidentalmente para inspeccionar los protocolos o registros donde esté inserto el instrumento tachado, con la finalidad de confrontar – comparar- éstos con el instrumento tachado, dejando constancia de lo que observe, de manera que la inspección judicial tendrá por objeto cotejar el instrumento producido en el proceso y tachado con el inserto en los protocolos o registros respectivos, para así determinar si se trata o no del mismo instrumento o incluso, determinar si existen diferencias entre ambos.

Si el funcionario que autorizó el instrumento –que no necesariamente tiene que estar en el ejercicio del cargo- y los testigos instrumentales o alguno de ellos, residieren en la misma localidad del lugar donde se encuentre la oficina pública de donde emanó el instrumento tachado, el operador de justicia deberá notificarlos a los fines que concurran en la misma oportunidad en que el tribunal se trasladará a la oficina pública para hacer la inspección antes señalada, con la finalidad que rindan su declaración sobre los hechos y circunstancias referentes al otorgamiento, teniendo a la vista los protocolos o registros y el instrumento tachado; pero si la oficina pública estuviere fuera del lugar del proceso, en otra circunscripción judicial diferente a donde el tribunal ejerce sus funciones jurisdiccionales y si el funcionario público que autorizó el instrumento tachado y los testigos o alguno de ellos residieren en ese lugar, se dará comisión al juez de mayor categoría en primera instancia de dicha localidad, para que realice

la inspección judicial –confrontación del instrumento tachado y el inserto en la oficina pública- y tome declaraciones del funcionario público que autorizó el instrumento tachado y de los testigos, teniendo a la vista los protocolos y registros; si fueren distintos el lugar de la oficina pública y el de la residencia del funcionario que autorizó el instrumento y los testigos o de alguno de ellos, se darán las respectivas comisiones a los jueces locales.

En todos los casos señalados tanto al funcionario público que autorizó el instrumento como a los testigos se les leerán también los escritos de formalización de tacha y sus contestaciones, para que declaren sobre los hechos alegados en ellos, haciéndose las correspondientes inserciones en los despachos que se libren; en este sentido observemos que la declaración de los testigo y del funcionario público se hace en la misma oficina pública, si éstos se encuentran domiciliados en ese lugar o en el tribunal de la causa o ante el comisionado, si se encuentran en un domicilio diferente al del tribunal de la causa y al del lugar donde se encuentra la oficina pública; igualmente si la oficina pública se encuentra en la misma circunscripción judicial del tribunal que conoce de la tacha, la inspección no puede comisionarse y no es permitida la declaración del funcionario público y de los testigos –domiciliados en la misma localidad- en el tribunal, ni antes de la tacha, pues la norma prevé que la misma debe hacerse en la oficina pública con vista a los protocolos y registros.

Pero debe advertirse que los testigos a que se refiere este ordinal y que deben declarar con vista al instrumento inserto en los protocolos y registros, son los instrumentales, no así cualquier otro que haya propuesto la parte, de manera que los demás testigos no están obligados a declarar con vista a los referidos instrumentos y pueden hacerlo en el tribunal de la causa o ante el comisionado según el caso.

Por otro lado y conforme a la forma como se encuentra redactada el ordinal en estudio, que la declaración del funcionario público y de los testigos instrumentales, resulta obligatoria para el operador de justicia, de manera que aún cuando las partes no hayan promovido sus declaraciones, el judicante se encuentra en el deber de oír directamente o por comisión, sus declaraciones.

6.5.4. Preguntas y repreguntas al funcionario público y a los testigos.

Conforme a lo previsto en el artículo 442.8 del Código de Procedimiento Civil y como viéramos en el punto anterior, funcionario público y los testigos instrumentales declararán sobre los hechos que conozcan y las partes no podrán repreguntar al funcionario ni a los testigos, pudiendo en todo caso indicar al operador de justicia las preguntas que quieran que se les haga y éste las hará si fueren pertinentes, en términos claros y sencillos, regulación esta que es evidentemente inconstitucional y antigarantista que no encuentra justificación alguna y que sólo busca proteger al funcionario público y a los testigos

instrumentales, lo que riñe con el actual sistema constitucional, pues no existe problema alguno en que las partes puedan formular o dirigir directamente las preguntas pertinentes a éstos sujetos, que en todo caso serán controladas por el operador de justicia, de manera que esta limitación debe reverse por vía control de la constitucionalidad o reinterpretación constitucional del asunto; pero la norma en comento se refiere en forma general a los “testigos”, sin especificar si son aquellos instrumentales o cualquier otro testigo, a cuyo efecto y siguiendo con la redacción de la norma y el orden cronológico de las mismas, afirmamos que se trata es del testigo instrumental, por lo que cualquier otro testigo no instrumental no se encuentra protegido por la insana, ortodoxa, infeliz, inconstitucional y antigarantista previsión legal que prohíbe las preguntas o repreguntas directas de las partes. La norma en comento –artículo 442.8- indica [...] *Las partes no podrán repreguntar al funcionario ni a los testigos; pero podrán indicar al Juez las preguntas que quieran que se les haga, y el Juez las hará si fueren pertinentes, en términos claros y sencillos.*”

6.5.5. Testigos promovidos para la demostración de coartada.

Siguiendo con el procedimiento de la tacha el artículo 442.9 del Código de Procedimiento Civil expresa [...] *Si alguna de las partes promoviere prueba de testigos para demostrar coartada, no será eficaz si no deponen en absoluta conformidad cinco testigos, por lo menos, que sepan leer y escribir, mayores de toda excepción, y de edad bastante para conocer los hechos verificados en la época del otorgamiento del instrumento. Las partes, y aun los testigos, podrán producir instrumentos que confirmen o contraríen la coartada y que pueden obrar en el ánimo de los jueces, quienes, en todo caso, podrán darla como no probada, aun cuando la afirme el número de testigos que se deja indicado, si por las circunstancias del caso no la consideraren los Tribunales suficientemente demostrada.*” Si la prueba testimonial promovida por alguna de las partes tuviera por objeto demostrar la coartada, vale decir, la intención y concierto para producir un instrumento falso, la misma –prueba por testigos- no será eficaz si no deponen en absoluta conformidad cinco testigos por lo menos, que sepan leer y escribir, mayores de toda excepción y de edad bastante para conocer los hechos verificados en la época del otorgamiento del instrumento, lo que evidencia una tarifa legal en cuanto a la apreciación y valoración de la prueba por testigos, en el sentido que la coartada solo podrá ser declarada en la medida que la declaración sea de cinco testigos hábiles y contestes, cuyas declaraciones se refieran al mismo hecho –la coartada-; no obstante a ello y en base a los criterios que hemos venido sosteniendo, se trata de una limitación probatoria inconstitucional y antigarantista que no tiene justificación en el estado actual donde se ha positivado el derecho de acceso al sistema probatorio, de manera esta limitación debe reverse por medio del control de la constitucionalidad o la reinterpretación constitucional, de manera que el judicante puede declarar la existencia de la coartada sea cual fuere el número de testigos y la condición de éstos, lo que será apreciado

por su sana crítica, en base a la coherencia, contextualización, corroboración e imparcialidad del dicho del testigo como lo hemos estudiado en su oportunidad y al cual remitimos al lector para no entrar en repeticionismo.

Sin perjuicio de lo expresado en casos de coartada las partes y los testigos, podrán producir instrumentos que confirmen o contraríen la coartada y que pueden influir en el ánimo del operador de justicia, quien en todo caso y como dijimos tiene que aplicar la sana crítica.

6.5.6. La contradicción, divergencia u olvido en la declaración del funcionario público y de los testigos instrumentales.

Conforme a lo previsto en el artículo 442.12 del Código de Procedimiento Civil que indica [...] *Si el funcionario y los testigos instrumentales sostuvieren sustancialmente la autenticidad del instrumento y de los hechos del otorgamiento, no serán suficientes para desechar sus dichos cualesquiera divergencias en pormenores, o faltas de recuerdo, si hubieren transcurrido algunos años, o si la edad hubiere podido debilitar la memoria de los declarantes. Si todos, o la mayor parte de los testigos instrumentales y el funcionario, sostuvieren sustancialmente la autenticidad del instrumento, sólo podrá desecharse éste cuando resulte, sin duda posible, una prueba concluyente de la falsedad. En caso de duda se sostendrá el instrumento, sin que valga por sí solo a desvirtuarlo el desconocimiento que de su firma hiciera el funcionario que lo autorizó, si se prueba que ésta es auténtica.*”, si el funcionario y los testigos instrumentales sostuvieren sustancialmente la autenticidad del instrumento y de los hechos del otorgamiento, no serán suficientes para desechar sus dichos cualesquiera divergencias en pormenores o faltas de recuerdo, si hubieren transcurrido algunos años o si la edad hubiere podido debilitar la memoria de los declarantes, circunstancia esta que cae en el campo de la sana crítica del operador de justicia, pues en todo caso, si todos o la mayor parte de los testigos instrumentales y el funcionario sostuvieren sustancialmente la autenticidad del instrumento, la falsedad del instrumento sólo podrá declararse cuando exista prueba irrefutable de tal hecho, lo cual también quedará a la sana crítica el judicante; en caso de duda el operador de justicia debe sostener la certeza o verdad del instrumento, sin que valga por sí solo para desvirtuarlo el desconocimiento que de su firma hiciera el funcionario que lo autorizó, si se prueba que ésta es auténtica, esto es, que sí es la firma del funcionario aunque la haya desconocido.

El contenido de esta norma nos parece inapropiada, primero por el hecho que la falta de recuerdo por el transcurso de los años y la edad, son aspectos que lógicamente deben ser analizados críticamente por el judicante sin necesidad que se le recuerde o indique, pero además el desconocimiento de la firma que no se acredite mediante cotejo y que tampoco conduce a la falsedad, no hace falta que sea recordada

expresamente al judicante, de manera que insistimos, se trata de una norma inapropiada y que nada aporta al procedimiento de tacha.

6.5.7. Prueba de experticia.

Conforme a lo previsto en el artículo 442.10 del Código de Procedimiento Civil, si alguna de las partes promoviere experticia para la comparación de firmas o letras, los instrumentos con que se haga la comparación deben ser de los indicados en el artículo 448 –documento indubitado- y en cuanto a la forma de proponer la prueba, su admisión y evacuación, se hará en la forma ordinaria.

6.5.8. Presentación del original del instrumento tachado.

Indica el artículo 442.5 del Código de Procedimiento Civil que [...] *Si no se hubiere presentado el instrumento original, sino traslado de él, el Juez ordenará que el presentante manifieste el motivo de no producir el original y la persona en cuyo poder esté, y prevendrá a ésta que lo exhiba.*”, de donde se aprecia que si no se hubiere presentado el instrumento original, sino traslado de él –por ejemplo copia certificada- el operador de justicia ordenará que el presentante manifieste el motivo de no producir el original y la persona en cuyo poder esté, para lo cual prevendrá a ésta que lo exhiba, vale decir, a la propia parte o al tercero que lo tenga, caso éste último donde pudiera aplicarse el contenido del artículo 436 y siguientes del referido Código; la exhibición del original puede referirse tanto a instrumentos públicos como privados reconocidos, lo cual resulta importante, pues es con ese original –en caso de instrumento público o privado reconocido cuando se tacha el propio reconocimiento- que se hará la inspección para la confrontación con el original que ríela en la oficina pública, mas esto no resulta aplicable en materia de instrumentos privados simples, pues la tacha de los mismos siempre debe ser sobre el original, ya que el instrumento privado simple en copia no tiene efecto alguno y la tacha no puede recaer sobre la copia, dado que su forma de impugnación es otra –artículo 429 del Código de Procedimiento Civil-.

Pero la norma en comento no regula sanción alguna para el caso de no exhibirse el original del instrumento, en cuyo caso debe tomarse en consideración la conducta obstruccionista de la parte como un indico procesal o también pudiera aplicarse analógicamente el efecto que se produce en materia de exhibición de documentos, teniéndose en consecuencia como cierto el traslado del instrumento, el cual servirá en todo caso para la inspección; finalmente resulta lógico que el operador de justicia cuando no se ha presentado el original del instrumento tachado, no pueda acudir a la oficina pública hasta tanto se consigne en autos el original del instrumento tachado o se produzcan algunas de las consecuencias señaladas, producto de la no exhibición o colaboración de las partes, incluso de terceros.

6.5.9. No contestación de la demanda o a la formalización de la tacha. Indicio procesal de la conducta omisiva de la parte contumaz.

Conforme a lo previsto en el artículo 442.1 del Código de Procedimiento Civil, tanto la falta de contestación a la demanda de tacha por vía principal, como la falta de contestación al escrito de formalización de la tacha incidental, producirán el efecto que da este Código a la inasistencia del demandado al acto de la contestación –artículo 362 del Código de Procedimiento Civil- lo que se traduce en que la no contestación de la demanda o de la formalización, producirá un indicio endoprocesal del demandado, producto de su conducta omisiva que tendrá por demostrados los hechos en que se fundamenta la demanda principal de tacha o la formalización cuando es incidental, indicio procesal que admite prueba en contrario –infirmación- da manera que el contumaz o rebelde podrá en el lapso probatorio, no aportar medios de prueba que le favorezcan -pues no dio contestación- sino aportar las pruebas que desvirtúen el indicio procesal. Así la primera de las normas citadas expresa [...] *Tanto la falta de contestación a la demanda de impugnación como la falta de contestación al escrito de tacha, producirán el efecto que da este Código a la inasistencia del demandado al acto de la contestación.*”

Insistiremos que el efecto de la inasistencia –indicio procesal- se produce en cuanto no se contesta la demanda o la formalización, pues si lo sucedido en autos es que no hubo insistencia expresa del presentante del instrumento de hacerlo valer, no se producirá el efecto del artículo 362 del Código de Procedimiento Civil, sino la desestimación del instrumento artículos 440 y 441 *ejusdem*-.

6.5.10. Prejudicialidad penal.

Señala el artículo 442.11 del Código de Procedimiento Civil que [...] *Cuando por los hechos sobre que versare la tacha, cursare juicio penal de falsedad ante los jueces competentes en lo criminal, se suspenderá el procedimiento civil de la tacha hasta que haya terminado el juicio penal, respetándose lo que en éste se decidiere sobre los hechos; pero conservará el Juez civil plena facultad para apreciarlos cuando el proceso penal concluyere por muerte del reo, por prescripción de la acción pública, o por cualquier otro motivo legal que impidiera examinar en lo criminal el fondo del asunto. Sin embargo, no se decretará la suspensión cuando el Tribunal encuentre que la causa o algunos de sus capítulos pueden decidirse independientemente del instrumento impugnado o tachado, caso en el cual continuará la causa civil.*”. Como apreciamos cuando por los hechos sobre que versare la tacha cursare proceso penal de falsedad ante los jueces competentes en lo criminal, se suspenderá el procedimiento civil de la tacha hasta que haya terminado el proceso penal, respetándose lo que en éste se decidiere sobre los hechos, pero conservando el operador

de justicia civil plena facultad para apreciar el instrumento cuando el proceso penal concluyere por muerte del imputado o acusado, por prescripción de la acción pública o por cualquier otro motivo legal que impidiera examinar en lo criminal el fondo del asunto, como el sobreseimiento; no obstante no se decretará la suspensión del proceso civil cuando el tribunal encontrare que la causa o algunos de sus capítulos pueden decidirse independientemente del instrumento impugnado o tachado, caso en el cual continuará la causa civil.

Analizando la norma encontramos que el proceso penal de tacha de falsedad crea un prejudicialidad del proceso de tacha en materia civil, que debe ser declarado por el operador de justicia, lo cual resulta lógico, pues mientras el juez civil solo analiza la parte objetiva del instrumento, la falsedad material del mismo, el juez del crimen analiza el carácter subjetivo del instrumento, analiza tanto la imputabilidad del agente –voluntad y conciencia del agente, intencionalidad- como la materialidad, todo como consecuencia que la jurisdicción penal se mueve con la finalidad de establecer una responsabilidad penal y castigar al culpable, no solo para desechar un instrumento por falso, sino para perseguir al culpable, en consecuencia al existir una prejudicialidad de lo penal en lo civil, la sentencia condenatoria en sede penal produce cosa juzgada que vincula al juez civil, debiéndose respetar lo que allá se decida, salvo que el proceso penal hubiera terminado por muerte del imputado o acusado, prescripción, sobreseimiento, donde el operador de justicia civil queda en libertad de apreciar los elementos de hecho, de derecho y de pronunciarse sobre la falsedad o no del instrumento; pero la misma norma relaja la prejudicialidad cuando permite la continuación del proceso civil, en los casos que el operador de justicia considere que puede decidirse la controversia independientemente del instrumento tachado, lo cual evidencia que el legislador prevé una especie de depuración de la tacha, no para su admisión –como lo señaláramos- que permite desechar la incidencia por considerar que el instrumento no aporta nada a la solución del proceso, sino para los efectos de la prejudicialidad, de la suspensión del proceso civil, lo cual es un verdadero absurdo.

Por otro lado el carácter prejudicial se ve mas marcado cuando el artículo 442.16 del Código de Procedimiento Civil, prevé que la sentencia firme dictada en materia penal que reconozca la autenticidad de un instrumento público, no permitirá abrir un nuevo debate sobre ella, respetándose la ejecutoria, salvo –agregamos- los casos de muerte del imputado o acusado, prescripción o sobreseimiento, donde no se produjo una sentencia que analizara el fondo de lo debatido; y en todo caso, salvo lo señalado, la cosa juzgada penal debe ser respetada por el juez civil.

6.5.11. Transacción en materia de tacha.

La tacha de falsedad de instrumento públicos como se ha venido expresando, tiene por objeto eliminar la eficacia probatoria del instrumento, lo que solo afecta al mismo, no así su contenido, de manera que la declaratoria de falsedad no afecta el acto o hechos jurídicos documentados, circunstancia esta de importancia a los efectos de entender que en materia de tacha, es viable que se produzca la transacción, aún cuando se trata de una cuestión de orden público; de esta manera el artículo 442.15 del Código de Procedimiento Civil, permite cualquiera transacción de las partes, la cual según el texto legal necesita para su validez, además del informe del Ministerio Público, la aprobación del tribunal, si éste no la encontrare contraria a la moral o al orden público, señalando al efecto [...] *Cualquiera transacción de las partes necesitará para su validez, además del informe del Ministerio Público, la aprobación del Tribunal, si éste no la encontrare contraria a la moral o al orden público.*” Como hemos estudiado en otro momento, en materia probatoria es pertinente y viable los pactos probatorios en los casos permitidos, lo que también es viable en materia de tacha instrumental a los fines que el instrumento no sea valorado en el proceso judicial, lo que no afecta en nada el acto instrumentado y para lo cual se requiere la aprobación –homologación- del tribunal, caso en el cual el efecto no será otro que desecharse el instrumento del proceso, no teniéndose como tal en la sentencia y no siendo valorado por el judicante; pero en cuanto al informe del Ministerio Público afirmamos que el mismo resulta innecesario y su falta de presentación no es un elemento que influya en la decisión del judicante ni en la validez de la transacción, pues son en definitiva las partes quienes tienen en poder en esta materia y quien debe analizar la posibilidad de transacción no siendo el Ministerio Fiscal –que por demás es parte de buena fe- sino el judicante, de manera que esta exigencia resulta errónea y por demás un requisito o formalidad inútil que solo entorpece el desarrollo y celeridad del proceso, sumado al entorpecimiento que generalmente producirá la opinión fiscal quien siempre y basado en el exceso de trabajo, retarda su opinión al respecto, ello como consecuencia del conocimiento que se tienen de la realidad y politización del Ministerio Público que en la última década se ha prestado como brazo ejecutor y persecutor de la disidencia política, sumado a su poca o nula intervención positiva en los procesos civiles; además y como argumento analógico pudiéramos señalar, que si la opinión fiscal no es vinculante ni necesaria en materia de amparo constitucional, donde están en juego los intereses y derechos constitucionales, resulta absurdo exigirlo en materia de transacción de tacha de instrumentos.

La transacción en el proceso de tacha solo produce efectos entre las partes, de manera que producida la homologación, no podrá volverse a intentar la tacha de falsedad, ni por vía principal ni incidental al producirse la cosa juzgada, pero la misma no afecta a los terceros que no intervinieron y que

tengan una posición jurídica independiente de las partes e incompatible con la relación decidida, mas sí afecta a aquellos terceros que tenga una relación jurídica subordinada a la de alguna de las partes, como sucede en materia de fiadores.

6.5.12. Sentencia de la tacha.

Lo referente a la sentencia de la tacha de instrumentos, se encuentra regulada en el artículo 442.13 del Código de Procedimiento Civil, que expresa [...] *En la sentencia podrá el Tribunal, según el caso y sus circunstancias, ordenar la cancelación en todo o en parte, o la reforma o renovación del instrumento que declare falso en todo o en parte; y, además de las costas, impondrá indemnización de perjuicios a quien hubiere impugnado o tachado el instrumento con temeridad.*” Destaquemos primeramente de la norma la oportunidad procesal en que debe producirse la decisión de la tacha de falsedad, pues y aunque el legislador a previsto un procedimiento farragoso o latoso, irónicamente no reguló la oportunidad en que el judicante debe pronunciar la sentencia de la tacha, de manera que pueden plantear dos escenarios:

- a. Que la decisión se dicta en el mismo cuaderno separado de tacha incidental, antes de producirse la sentencia sobre el fondo del asunto judicial debatido.
- b. Que la decisión de la tacha se produzca en la misma sentencia que resuelva el fondo del asunto debatido, como punto previo.

El primero de los casos es defendido por el maestro BELLO LOZANO, tomando como fundamento el contenido del artículo 441 del Código de Procedimiento Civil, cuando expresa que [...] *Si no insistiere, se declarará terminada la incidencia y quedará el instrumento desechado del proceso, el cual seguirá su curso legal.*”, lo cual ha decir de nuestro antecesor se traduce en que debe existir un pronunciamiento previo sobre la tacha, pronunciamiento que además es recurrible libremente; en este la decisión de la incidencia de la tacha es influyente en la sentencia sobre el fondo del asunto judicial debatido, pues se trata de una prueba instrumental que según lo que se haya decidido en la tacha, deberá ser valorado o no en la sentencia de mérito, lo que permite explicar que la incidencia de la tacha debe ser resuelta –decidida– antes del la sentencia definitiva –en sentencia aparte– pues la decisión de la tacha tendrá apelación, la cual será oída libremente y será una vez que quede firme la misma, que podrá sentenciarse el fondo del asunto.

Este criterio resulta correcto por cuanto sería torpe y contrario a la economía procesal, a la celeridad y al derecho a la tutela judicial efectiva, que la sentencia de fondo abrazara la decisión de la tacha, pues de producirse la apelación contra la misma y si el superior encontrara que debe revocar la sentencia de la tacha, tendría indefectiblemente que declarar la nulidad de la sentencia de fondo y reponer la causa al estado que se dicte una nueva decisión, bien apreciándose o no el instrumento, según lo que

decida la tacha; incluso pudiéramos pensar que el superior podría revocar la decisión de la tacha y entrar a conocer el fondo del asunto, considerando que el instrumento nada aporta a la solución de la causa, lo cual resulta claramente erróneo pues la sentencia de instancia apreció el instrumento y en este caso se estaría vulnerando el derecho constitucional al doble grado de jurisdicción, ya que es necesario volver a decidir la tacha y el superior no puede desechar de buenas a primeras el instrumento; pero ésta última problemática pudiera solucionarse si se regulara el saneamiento de la tacha incidental al momento de su admisión, permitiéndose al juzgador de instancia analizar la utilidad o no del instrumento tachado y evitar así tramitar un engorroso incidente de tacha. Por otro lado la decisión de la tacha que tendrá apelación libremente, no tendrá casación de inmediato sino en forma diferida como hemos anotado.

Este trámite no inhabilita al operador de justicia en su competencia subjetiva, pues no se trata de la valoración de la prueba, sino de la declaratoria de falsedad o no del instrumento, de manera que la decisión de la alzada revocando, confirmando o modificando la decisión sobre la incidencia de tacha, no conlleva a la inhibición del juez de instancia, salvo que se produjera la reposición de la causa en la incidencia de la tacha decidida, caso en el cual sí tendría el juzgador que inhibirse de la incidencia y lógicamente del proceso principal. Pero siguiendo este criterio, nos preguntamos **¿habrá posibilidad de presentar informes?** Y **¿cuál será el lapso que tendrá el judicante para sentenciar la tacha incidental?**

Respondiendo las interrogantes tenemos que ante la falta de regulación del tiempo para dictar la sentencia debe aplicarse el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, de manera que vencido el lapso de evacuación de pruebas de la incidencia de la tacha, el juez tendrá tres (3) días para dictar su decisión y con relación a la posibilidad de informes, creemos que si bien no está regulado, las partes podrán presentar cualquier conclusión, observación o informe escrito para ilustrar el criterio del juez en cualquier momento antes de producirse la decisión, aún cuando estamos concientes que en este lapso es fantástico e imposible que los operadores de justicia por ejemplo del Área Metropolitana de Caracas decidan la tacha, salvo la existencia intereses irregulares y ajenos a la sana administración de justicia. El segundo de los criterios sería que en la misma sentencia definitiva y como punto previo se decidiera la tacha de falsedad, criterio este que y como hemos visto resulta incorrecto en función de los argumentos expuestos.

Debe destacarse que la incidencia de la tacha no suspende el curso del proceso principal, salvo el caso del dictado de la sentencia definitiva, la cual no podrá producirse hasta tanto no quede firme la interlocutoria de la tacha de falsedad, circunstancia esta que igualmente sucede en materia de prejudicialidad producto de un proceso penal de falsedad de instrumentos, donde el proceso solo debe paralizarse en fase de sentencia, no antes.

Siguiendo con el análisis del artículo 442.13 del Código de Procedimiento Civil, encontramos que el operador de justicia en la sentencia podrá ordenar:

- a. La cancelación –nulidad por falsedad- total o parcial del instrumento tachado.
- b. La reforma total o parcial del instrumento.
- c. La renovación del instrumento.
- d. La imposición de indemnización de los perjuicios a quien hubiera tachado con temeridad.
- e. Las costas procesales.

La declaratoria de falsedad total o parcial del instrumento, su reforma o renovación, no afectan al acto instrumentado, el acto o hechos jurídico instrumentados, pues la tacha siempre es material y el acto o hecho jurídico en comento solo puede atacarse por simulación o por nulidad en los casos respectivos según el acto que se trate.

La sentencia que se dicte en materia de tacha incidental o por vía principal produce efecto solo entre las partes y entre aquellos terceros que tienen una relación jurídica dependiente o subordinada a la de algunas de las partes, no afectando a quienes tengan una posición jurídica independiente e incompatible con los de las partes; igualmente la sentencia de la tacha produce los efectos de la cosa juzgada, pero debe distinguirse cuando se trata de falsedad declarada en materia penal, pues:

- a. Si la sentencia penal no juzgó sobre la tacha, por haberse declarado el sobreseimiento, la prescripción, la muerte del reo, no hay influencia ni cosa juzgada que limite u obligue al juez civil.
- b. Si la sentencia penal declaró la falsedad o no del instrumento, el juez civil debe respetar la misma y no puede controvertirse la cuestión en ningún otro proceso.
- c. La sentencia que dicte el juez civil declarando la falsedad o no del instrumento, no afecta ni vincula al juez del crimen, pues aquel –juez civil- no juzga sobre el carácter subjetivo o imputabilidad del agente, mas sí produce cosa juzgada en procesos civiles donde no puede abrirse nuevamente el debate sobre el tema de la falsedad, salvo –como expresáramos- que la tacha haya terminado por falta de formalización, formalización extemporánea o por falta de insistencia en hacer valer el instrumento.
- d. La falsedad o no declarada en sede penal, afecta tanto a las partes como a los terceros –efecto *erga omnes*- tenga o no una relación dependiente de las partes.
- e. Declarada o no la falsedad penal resulta improponible objetivamente toda nueva pretensión civil que verse sobre el mismo tema.

Todo lo relacionado con la cosa juzgada en materia de tacha de instrumentos, se encuentra regulado en el artículo 442.16 del Código de Procedimiento Civil conforme al cual [...] *Si se hubiere dictado*

sentencia firme, civil o penal, que reconozca la autenticidad de un instrumento público, no podrá abrirse nuevo debate sobre ella, respetándose la ejecutoria.”

6.5.13. Tacha por vía principal.

La tacha por vía principal se encuentra regulada en el artículo 440 del Código de Procedimiento Civil que expresa [...] *Cuando un instrumento público, o que se quiera hacer valer como tal, fuere tachado por vía principal, el demandante expondrá en su libelo los motivos en que funde la tacha, expresando pormenorizadamente los hechos que le sirvan de apoyo y que se proponga probar; y el demandado, en su contestación a la demanda, declarará si quiere o no hacer valer el instrumento; en caso afirmativo, expondrá los fundamentos y los hechos circunstanciados con que se proponga combatir la impugnación. Si presentado el instrumento en cualquier estado y grado de la causa, fuere tachado incidentalmente, el tachante, en el quinto día siguiente, presentará escrito formalizando la tacha, con explicación de los motivos y exposición de los hechos circunstanciados que quedan expresados; y el presentante del instrumento contestará en el quinto día siguiente, declarando asimismo expresamente si insiste o no en hacer valer el instrumento y los motivos y hechos circunstanciados con que se proponga combatir la tacha.”* La tacha vía principal se tramitará por la vía ordinaria y el demandante expondrá en su libelo los motivos en que funde la tacha, expresando pormenorizadamente los hechos que le sirvan de apoyo y que se proponga probar; y el demandado en su contestación a la demanda, declarará si quiere o no hacer valer el instrumento, siendo que en caso afirmativo, expondrá los fundamentos y los hechos circunstanciados con que se proponga combatir la tacha, pero si no insiste expresamente, haya contestado o no la demanda, se terminará el procedimiento y el operador de justicia deberá proceder a dictar la sentencia, sin necesidad de abrirse el proceso a pruebas, declarando desechado el instrumento en el lapso de tres (3) días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de emplazamiento, ello conforme a lo previsto en el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil; las reglas a que se refiere el artículo 442 *ejusdem* y que hemos analizado son aplicables en la fase probatoria del procedimiento ordinario cuando se trata de tacha por vía principal.

7. TACHA DE FALSEDAD INSTRUMENTAL EN EL SISTEMA DE LOS PROCEDIMIENTOS ORALES.

Para completar el estudio de la tacha de falsedad instrumental y su procedimiento, especialmente cuando se trata de la vía incidental, resulta necesario referirnos a su tramitación en los diversos sistemas de procedimiento orales, con la advertencia que el tema resulta un poco complicado ante la falta de regulación expresa, lo que nos motiva a sustentar algunas soluciones viables, las cuales partirán del

supuesto de no hacer remisión al sistema de procedimiento civil escrito ya estudiado, por su carácter farragoso y contrario a la propia celeridad del sistema de procedimiento, que en muchas de las ocasiones riñe con la oralidad, concentración, inmediación y bilateralidad propias del sistema oral.

7.1. Tacha de falsedad en el sistema de procedimiento civil.

Como hemos estudiado en el procedimiento de las pruebas en el sistema civil oral, una de las circunstancias procesales no prevista por el legislador fueron precisamente del trámite de las incidencias de desconocimientos de instrumentos privados, tacha de instrumentos públicos y/o privados así como tacha testimonial, lo que nos obliga para tratar el tema y concretamente al de la tacha instrumental que nos ocupa, a referirnos al contenido del artículo 860 del Código de Procedimiento Civil, que expresa [...] *En el procedimiento oral, la forma escrita de los actos sólo será admitida en los casos expresamente contemplados en disposiciones del presente Título y cuando deban practicarse pruebas antes del debate oral, que requieran el levantamiento de un acta. Son aplicables supletoriamente en el procedimiento oral las disposiciones del ordinario en todo aquello no previsto expresamente en este Título, pero en estos casos, el juez procurará asegurar la oralidad, brevedad, concentración e inmediación del procedimiento oral. En todo caso, las disposiciones y formas del procedimiento oral no pueden renunciarse ni relajarse por convenio de las partes ni por disposición del Juez.*”

Como se desprende de la citada norma todo lo no expresamente previsto en el procedimiento oral, será resuelto por aplicación supletoria de las disposiciones del procedimiento ordinario, a cuyo efecto y con ocasión a la tacha de falsedad la prueba instrumental privada deberá hacerse en la oportunidad que señala el artículo 443 del Código de Procedimiento Civil, que dispone [...] *Los instrumentos privados pueden tacharse por los motivos especificados en el Código Civil. La tacha deberá efectuarse en el acto del reconocimiento o en la contestación de la demanda, o en el quinto día después de producidos en juicio, si antes no se los hubiese presentado para el reconocimiento, o en apoyo de la demanda, a menos que la tacha verse sobre el reconocimiento mismo. Pasadas estas oportunidades sin tacharlos; se tendrán por reconocidos; pero la parte, sin promover expresamente la tacha, puede limitarse a desconocerlos en la oportunidad y con sujeción a las reglas que se establecen en la Sección siguiente: En el caso de impugnación o tacha de instrumentos privados, se observarán las reglas de los artículos precedentes, en cuanto les sean aplicables.*”. Si los instrumentos privados fueron acompañados al libelo de la demanda por ser éstos fundamentales de donde se desprende inmediatamente la pretensión del demandante, podrán tacharse de falsos en la contestación de la demanda y si fueron aportados en otra oportunidad procesal como lo será en el lapso de promoción de pruebas, podrán ser tachados de falsos en el quinto (5to) día de despacho siguiente a su presentación o producción, lo que y como hemos visto, aplicando un criterio constitucional

y garantista nada impide que se realice anticipadamente en el lapso de cinco (5) días de despacho siguientes a su presentación.

De ser tachados de falsos los instrumentos privados aportados al proceso, se seguirá el procedimiento contenidos en los artículos 440 y siguientes del Código de Procedimiento Civil ya analizado.

Si se trata de instrumentos públicos, los mismos conforme a lo previsto en el artículo 439 *ejusdem*, podrán tacharse de falsos en cualquier estado y grado del proceso, siguiéndose con el mismo procedimiento contenido en el Código de Procedimiento Civil estudiado.

7.2. Tacha de falsedad en el sistema de procedimiento penal.

En el sistema de procedimiento penal el Código Orgánico Procesal Penal no ha regulada nada al respecto, ni cuando se trate de instrumento público ni privado aportado al proceso como medio probatorio, lo que y como estudiamos en su oportunidad deberán ser promovidos para el acusador junto con la acusación conforme al artículo 308.5, para la víctima que se querelle en el lapso de cinco (5) días contados desde la notificación para la convocatoria a la audiencia preliminar –artículo 309- y para el acusado hasta cinco (5) días antes del vencimiento del plazo fijado para la celebración de la audiencia preliminar –artículo 311.7-

Las pruebas instrumentales de haber sido admitidas como medio de pruebas por el juez de Control –artículo 314- deberán ser tratadas verbalmente en la audiencia pública y oral, formándose la misma con inmediación y contradictorio como lo señala el artículo 314, lo que en apariencia permitiría afirmar que sería ésta la oportunidad legal para que las partes pueden ejercitar las correspondientes impugnaciones instrumentales, sea por la vía de la tacha de falsedad para los instrumentos públicos y privados o el desconocimiento para el caso de la firma de los privados, con la acotación y para el caso del instrumento privado –como lo analizaremos en el próximo capítulo- que al presentarse en la audiencia oral una prueba instrumental privada por parte del acusador, estando el acusado amparado por el derecho constitucional a la presunción de inocencia, éste no tiene la carga procesal de desconocer el instrumento y su silencio al respecto no genera un reconocimiento tácito, de manera que en este caso el acusador proponente de la prueba en fase preliminar, no sólo debe limitarse a promover la instrumental sin más, sino que debe promover los medios de prueba adicionales –como la experticia grafotécnica- que permita demostrar en la audiencia de juicio la autenticidad del instrumento, sin lo cual incluso –ante la ausencia de la promoción del medio probatorio complementario- el juez de Control no debería ni siquiera admitir la instrumental; pero cuando se trata de instrumentos públicos a la cosa es diferente, precisamente por el carácter público que le imprime “fe pública” y “autenticidad” al acto en forma apriorística, cuya

desvirtuación quedaría en cabeza de quien lo pretendiera impugnar, de manera que el acusador le bastaría su proposición en forma simple y quien en audiencia quisiera cuestionar su falsedad, tendría que activar la vía de la tacha estudiada o la simulación, el dolo o fraude según donde se ubicara la falsedad.

Pero hemos dicho que en teoría sería en la audiencia de juicio el momento de la tacha, más y como explicaremos con más detalles al tratar la tacha en el sistema de procedimiento laboral –punto que sigue y al cual remitimos al lector- esta tesis tendría el inconveniente de romper con el principio de concentración propia del sistema oral, lo que nos ha conducido a sugerir que el momento de la tacha de falsedad instrumental se produzca en un tiempo anterior, lo que en el procedimiento penal debería producirse en fase preliminar, concretamente en el debate de la audiencia preliminar, incluso luego de producido el auto de apertura a juicio donde se admita la instrumental promovida, lo que brindaría la oportunidad de tramitar todo un incidente de tacha, cuyas resultas serían a vez debatidas y tratadas oralmente en la audiencia de juicio oral, sin que se rompiera con la citada concentración y donde pudieran cumplirse con todos los aspectos propios de la incidencia de falsedad como la intervención del Ministerio Público, la posibilidad de transacción, la declaración del funcionario y los testigos actuarios o instrumentales, el traslado del tribunal para tener a la vista, inspeccionar y cotejar los protocolos o libros en la oficina pública, la presentación del original de instrumento tachado y demás elementos propios de la tacha.

En todo caso insistamos **¿de producirse una tacha de falsedad instrumental cual sería el procedimiento a seguir?**

Ya hemos dicho que no nos resulta aplicable el procedimiento de la tacha de falsedad civil establecida en el Código de Procedimiento Civil,⁴¹⁰ no solo por su carácter farragoso sino por reñir con la propia oralidad, inmediación, concentración y bilateralidad propia del sistema oral, para lo cual pudiéramos sugerir dos soluciones: la primera que simplemente –y en las oportunidades señaladas anteriormente que no debiera ser en la propia audiencia pública y oral- el judicante ante la ausencia de regulación y con basamento constitucional fijara la fórmula de procedimiento a seguir en tal caso, atendiendo a criterios garantista y respetando el derecho constitucional de la defensa, de manera que al producirse la tacha la misma deberá ser propuesta en forma motivada, permitiendo al contendor judicial exponer lo que a bien tenga al respecto y permitiendo a las partes –especialmente al tachante- proponer los medios probatorios que utilizará para demostrar la falsedad pretendida; en este sentido y como resultará lógico el judicante deberá analizar la potencialidad de los hechos en que se fundamente la tacha,

⁴¹⁰ No obstante en nuestra doctrina vernácula y respecto al procedimiento de la tacha de falsedad incidental aplicable al sistema de procedimiento penal, como consecuencia de su falta de regulación consideran viable utilizar el procedimiento del Código de Procedimiento Civil. Carlos E. MORENO BRANT. Ob. cit. pp. 322 y ss.

así como de los medios probatorios que pretende proponer, sin perjuicio de la determinancia o influencia que pueda tener el instrumento tachado para la solución del caso, lo que dará paso eventualmente a su admisión y fijación expresa de un lapso prudencial para que las partes propongan o promuevan sus medios probatorios referidos únicamente a la tacha de falsedad instrumental, que nos parece pudiera ser no menor de tres (3) no mayor de cinco (5), luego de lo cual las partes tendrían un lapso de tres (3) días para oponerse a la admisión de los medios probatorios e igual lapso –tres (3) días- luego de vencido el lapso de oposición para que el tribunal pronunciarse sobre su admisión, para que fueran evacuadas en una audiencia oral que se fijaría al respecto, dando paso así a la decisión que tendría que dictarse al respecto, la cual sería recurrible y luego de quedar firme sus resultas serían tratadas en la audiencia oral y pública, de manera que observemos que la decisión de la tacha tendría que hacerse en forma anticipada y separada de la sentencia definitiva, incluso antes de la audiencia oral para que fuera tratada en ella.

Por otro lado y respecto a las incomparecencia a las audiencias de prueba de la tacha, nos parece acertado como se establece en otras leyes de procedimiento, que de tratarse del proponente de la tacha, quedaría desistida la misma en tanto que de ser su contendor se entendería como aceptación de la falsedad, pero debemos tener presente que el procedimiento oral la figura del acusado tiene un tratamiento especial como consecuencia del derecho a la presunción de inocencia, de manera que si este fuera el tachante y entendiendo que no puede celebrarse la audiencia sin su presencia al tratarse de un derecho constitucional y humano, aunque el actual Código Orgánico Procesal Penal –artículo 310- de corte inconstitucional y “social-comunista” establezca lo contrario en grosero atropello a los derechos humanos tan lesionados en la última década de gobiernos militaristas, no debería producirse el desistimiento de la tacha y debería proseguirse con la evacuación e las pruebas promovidas y admitidas; en tanto que si es el no proponente de la prueba instrumental tacha, su eventual inasistencia a la audiencia probatoria de tacha instrumental no produciría efecto alguno.

La otra postura que pudiera asumirse al plantease en audiencia oral una tacha de falsedad, precisamente -se nos ocurre- sería remitirse al sistema de procedimiento laboral al cual nos referiremos en el punto que sigue, con las adaptaciones señaladas en función del derecho constitucional y humano que ampara a acusado.

Finalmente y respecto al contenido de la sentencia, sus efectos, la transacción en materia de tacha y demás aspectos ya estudiados, con sus adaptaciones serían iguales al régimen civil.

Sin perjuicio de los dicho y citando la doctrina argentina en materia penal, nos dice JAUCHEN que en materia de instrumentos o documentos públicos existe una presunción de autenticidad fijada por el legislador, que supone en consecuencia limitar la libertad de el judicante frente a la prueba, pues desde que frente al instrumento público está obligado a tener por ciertas las enunciaciones que hacen fe, salvo

que sean desvirtuadas por redargución de falsedad mediante acción civil o penal; que esa limitación en cuanto a la valoración de la prueba, a raíz de la previa imposición legislativa, también se presenta en el proceso penal a pesar de la existencia del sistema de libre convicción, de modo –indica- que si no se demuestra la falsedad por la vía correspondiente y mediante sentencia firme –acción de falsedad vía civil o penal- el juez penal también estará sujeto a la eficacia probatoria que la ley civil le otorga a los instrumentos públicos, con los alcances y limitaciones que a su vez allí de establecen, todo ello entendiendo que la falsedad se referirá sobre los elementos que quedan amparados por la “fe pública” no así el contenido del hecho jurídico instrumentado y declarado por las partes, que puede desvirtuarse mediante prueba en contrario.⁴¹¹ Importa destacar del autor argentino, primeramente el hecho que aún existiendo en el procedimiento penal un sistema de valoración libre de la prueba mediante la sana crítica, en materia de instrumental pública se aplican las reglas civiles y en consecuencia la valoración es tasada como “plena prueba” hasta tanto no se produzca la tacha de falsedad, debiendo en consecuencia tener como ciertos y verificados aquellos hechos sobre los cuales recae la “fe pública” que y como hemos indicado, no abarca a la verdad de los hechos jurídicos declarados por las partes que puede ser desvirtuado por la simulación, sin perjuicio del dolo y el fraude; pero también destacamos que la vía para la impugnación de la “fe pública” será por la tacha de falsedad civil.

Por nuestra parte no compartimos el criterio sostenido, no solo por contrariar los propios principios del sistema de procedimiento penal como la inmediación, la oralidad y la libre valoración mediante la sana crítica, sino especialmente por el hecho que en el estado actual de las cosas –por lo menos en nuestro sistema constitucional y legal- el tema de la prueba está positivado o constitucionalizado, lo que a propósito de la aplicación del “garantismo” no nos permite sostener que la prueba instrumental pública tenga un tratamiento tasado y de pleno valor probatorio igualmente tasado en el sistema de procedimiento oral como el penal; asimismo y con base a lo dicho, riñe con estos derechos fundamentales el rigorismo del procedimiento de la tacha civil extendido al penal, cuando y como hemos señalado pueden adaptarse otros sistemas más idóneos con la oralidad, sin perjuicio de aplicar –en forma adaptada- algunas reglas propias del sistema civil no previstas en otras legislaciones que asumen o regulan la tacha de falsedad, tal como sucede en el laboral como lo veremos; en consecuencia nos separamos del criterio de JAUCHEN y especialmente de la tarifación del medio en el sistema oral.

En la doctrina penal colombiana FIERRO-MENDEZ igualmente señala que el documento público puede ser objeto de tacha de falsedad, pero respecto a la valoración indica que se procederá no en forma tarifada sino por la sana crítica, de manera que el judicante no queda obligado ni atado con el citado instrumento, aunque –indica- algunos aspectos de la autenticidad que son consecuencia de la tarifa

⁴¹¹ Eduardo M. JAUCHEN. Ob. cit. pp. 499 y ss.

legal, deben ser tenidos en consideración por el juez –salvo su falsedad- como la certeza de su otorgamiento –emanación y autor- fecha de la realización y las declaraciones del servidor público.⁴¹²

GONZALEZ NAVARRO como parte de la misma doctrina colombiana nos dice que respecto a los documentos públicos en general –textos manuscritos, mecanografiados o impresos, grabaciones fonotípicas o videos, fotografías, películas cinematográficas, mensajes de datos, télex, telefax, radiografías, ecografías, tomografías, electrocardiogramas, electroencefalogramas, entre otros- que gozan de una presunción de autenticidad que los ampara, así como a las publicaciones periódicas públicas, que admiten prueba en contrario –obsérvese que no se trata el tema de la tacha de falsedad para desvirtuar la autenticidad, sino cualquier prueba en contrario que desvirtúa la precitada presunción relativa-; que la autenticidad del documento es una calidad o cualificación del mismo cuya importancia recae al ser tomado como ítem de su valoración o asignación de mérito, después que se ha admitido o incorporado formalmente como prueba en la audiencia pública, sin perjuicio que la misma –autenticidad- puede ser impugnada con anticipación en la audiencia preliminar; que respecto a esos documentos que gozan de presunción de autenticidad, la parte interesada en destruirla tendrá la carga de demostrar que no son auténticos, lo que podrá hacer mediante la utilización de cualquier medio probatorio admisible, con la advertencia que ante el silencio la presunción queda incólume; que en el juicio lo ideal es que se debata con relación a documentos auténticos, donde además de la presunción la ley prevé otros métodos para establecer la autenticidad, especialmente cuando se trata de instrumentos privados, como el reconocimiento por la persona que lo ha elaborado o de la que se le opone, ello sin perjuicio de informes de expertos de la ciencia específica –grafólogos por ejemplo- así como certificaciones expedidas por entidades certificadoras de firmas digitales de personas naturales o jurídicas, todo lo que determinará la autenticidad pregonada respecto a la procedencia u origen, no así en cuanto al contenido que pueden verificarse por cualquier medio probatorio, que valoradas en su conjunto sean valoradas por la sana crítica del juez; que en la audiencia oral si el documento es impugnado respecto a su autenticidad –así como de su contenido- por quien se le opone, surge la posibilidad de utilizar otros medios probatorios para acreditar la autenticidad –véase que el autor en ningún momento se refiere a la tacha de falsedad- lo que en la sentencia definitiva será apreciable y valorable por la sana crítica; que respecto al documento privado presentado en audiencia pueden surgir varios escenarios, que sea aceptado por la parte a quien se le opone, que sea impugnado –caso en el cual puede acreditarse su autenticidad por cualquier medio probatorio o método adicional para dirimir el punto dentro del mismo debate- y que la parte a quien se le opone guarde silencio –caso en el cual se produce una autenticación tácita-; finalmente que en el documento público o privado una vez producida la autenticidad, no significa que necesariamente tenga

⁴¹² Heliodoro FIERRO-MENDEZ. La Prueba en el Derecho Penal. Sistema Acusatorio. pp.208 y ss.

eficacia probatoria por su contenido, pues su fuerza o poder demostrativo sólo podrá determinarse en concreto con el análisis que en razón de la sana crítica haga el judicante de conocimiento.⁴¹³

7.3. Tacha de falsedad en el sistema de procedimiento laboral.

En el sistema de procedimiento laboral la prueba instrumental pública, privada reconocida o tenida legalmente por reconocida, a tenor de lo establecido en el artículo 83 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, podrá ser tachada de falsa por las causales contenidas en dicha norma, tales como son:

a. FALSIFICACIÓN DE LA FIRMA DEL FUNCIONARIO PÚBLICO. Se encuentra regulada en el ordinal 1º del artículo 83 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que expresa [...] *Que no ha habido la intervención del funcionario público que aparezca autorizándolo, sino que la firma de éste haya sido falsificada.*”. Esta causal de refiere a falsedad material.

b. FALSIFICACIÓN DE LA FIRMA DE LOS OTORGANTES. Se encuentra regulada en el ordinal 2º del artículo 83 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que expresa [...] *Que aún cuando sea auténtica la firma del funcionario público, la del que apareciere como otorgante del acto haya sido falsificada.*”. Esta causal contempla una falsedad material en cuanto a la falsificación de la firma de los otorgantes y otra intelectual, referida a que el funcionario público al autorizar el acto, hace constar la presencia ante él de los otorgantes.

c. EL FRAUDE O LA SORPRESA ACERCA DE LA COMPARECENCIA DEL OTORGANTE. Se encuentra regulada en el ordinal 3º del artículo 83 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que expresa [...] *Que es falsa la comparecencia del otorgante ante el funcionario público, certificada por éste, sea que el funcionario público haya procedido maliciosamente o que se le haya sorprendido en cuanto a la identidad del otorgante.*”. Se trata de una falsedad intelectual, al hacer constar una comparecencia que no ocurrió.

d. DECLARACIONES QUE NO HA HECHO EL OTORGANTE. Se encuentra regulada en el ordinal 4º del artículo 83 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que expresa [...] *Que aún siendo auténtica la firma del funcionario público y cierta la comparecencia del otorgante ante aquél, el primero atribuya al segundo declaraciones que éste no ha hecho; pero esta causal no podrá alegarse por el otorgante que haya firmado el acto, ni respecto de él.*”. Se trata de una falsedad intelectual, cuando el funcionario público miente al dar fe de declaraciones no hechas.

e. ALTERACIONES MATERIALES POSTERIORES AL OTORGAMIENTO. Se encuentra regulada en el ordinal 5º del artículo 83 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que expresa

⁴¹³ Antonio Luís GONZXPALÉZ NAVARRO. La Prueba en el Sistema Penal Acusatorio. Pp. 889 y ss.

[...] *Que aún siendo ciertas las firmas del funcionario público y del otorgante, se hubiesen hecho, con posterioridad al otorgamiento, alteraciones materiales en el cuerpo de la escritura capaz de modificar su sentido o alcance.*”. Esta causal se refiere a falsedad material.

f. CONSTANCIA FALSA DEL FUNCIONARIO DE LA FECHA Y LUGAR. Se encuentra regulada en el ordinal 6° del artículo 83 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que expresa [...] *Que aún siendo ciertas las firmas del funcionario y los otorgantes, el primero hubiese hecho constar falsamente y en fraude de la ley o perjuicio de terceros, que el acto se efectuó en fecha o lugar diferentes de los de su verdadera realización.*”. Aquí estamos en presencia de una falsedad intelectual, cuando el funcionario público, hace constar y da fe falsamente que el acto se efectuó en un lugar y fecha que no es real

Si analizamos detalladamente el contenido del artículo 83 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo podemos observar que esta comienza expresado que [...] *La tacha de falsedad de los instrumentos públicos y los privados, reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos...*” transcripción esta que en apariencia y solo en apariencia, nos da en principio una idea que la tacha de falsedad como medio de impugnación de la prueba instrumental recae no solo sobre los instrumentos públicos, sino también sobre los instrumentos privados simples y reconocidos o tenidos legalmente, pues la coma como signo de puntuación utilizada por el legislador antes de la palabra “reconocidos” pudiera considerarse como separación o división de diversos supuestos, por un lado instrumentos públicos y privados –tal como está expresado antes de la referida coma como signo de puntuación- e instrumentos privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos –como se expresa luego de la coma como signo de puntuación- pero realmente conforme a la normativa legal en comento, los únicos instrumentos que conforme a la ley pueden ser objeto de tacha de falsedad, son los públicos o auténticos, pues al analizar las causales de tacha de falsedad se observa que en los seis numerales de la normativa legal se prevé la presencia del funcionario público, que es precisamente el elemento característico del instrumento público y diferenciador con el instrumento privado, pues recordemos que en éste último hay la ausencia del funcionario público, de manera que la ley realmente no expresó causal alguna de tacha de falsedad de instrumentos privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, pues como se viene expresando las causales de tacha de falsedad previstas en el artículo 83 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, solo se refieren a instrumentos públicos caracterizados por la intervención del funcionario público y como es sabido, el instrumentos privado reconocido o tenido legalmente por reconocido nunca se eleva a la categoría de público, pues sigue siendo privado, solo que las partes han reconocido su paternidad –firma- ante el funcionario competente, por lo que en este caso lo que podría tacharse de falso sería el propio reconocimiento, situación esta no prevista en la Ley.

Pero si lo señalado es cierto, debemos preguntarnos **¿que sucede con la tacha de falsedad de los instrumentos privados simples y reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos?**

Para responder la interrogante planteada debemos comenzar manifestando que el artículo 83 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, no previó en forma alguna motivos o causales de tacha de falsedad de instrumentos privados simples y reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, situación esta irregular y falta de técnica procesal, probatoria y legislativa que debe ser subsanada y canalizada por vía de la analogía, tal como lo permite el artículo 11 *ejusdem* de manera que a tales efectos deberá aplicarse el contenido del artículo 1.381 del Código Civil, como lo explicaremos a continuación.

La forma de impugnación de los instrumentos privados es mediante el desconocimiento –que recae sobre la forma- y la tacha de falsedad, cuando lo que pretende cuestionarse es su contenido falso, salvo que se tache el reconocimiento mismo, tacha que puede proponer por cualquiera de los motivos – enunciativos- a que se refiere el artículo 1381 del Código Civil, como son:

a. FALSIFICACIÓN DE FIRMA. Se encuentra regulada en el artículo 1.381.1 del Código Civil, el cual dispone [...] *Cuando haya habido falsificación de firmas.*”. Se trata de una falsedad material.

b. FIRMA EN BLANCO. Se encuentra regulada en el artículo 1.381.2 del Código Civil, el cual dispone [...] *Cuando la escritura misma se hubiere extendido maliciosamente, y sin conocimiento de quien aparezca como otorgante, encima de una forma en blanco suya.*”. Creemos que más que una falsedad material, se trata de una falsedad ideológica o intelectual, pues el contenido maliciosamente y luego de una firma extendida en blanco, pretende atribuírsele a su otorgante, para que produzca determinados efectos jurídicos.

c. ALTERACIONES MATERIALES. Se encuentra regulada en el artículo 1.381.3 del Código Civil, el cual dispone [...] *Cuando en el cuerpo de la escritura se hubiesen hecho alteraciones materiales capaces de variar el sentido de lo que firmó el otorgante.*”. También se trata de una falsedad material.

Estas causales de tacha de falsedad de los instrumentos privados no pueden alegarse y no podrán desconocerse los mismos, luego de su autenticación o reconocimiento voluntaria, salvo que se tache el mismo reconocimiento por cualquiera de las causas no taxativas a que se refiere el artículo 1.380 del Código Civil, o que se hubieren hecho en los instrumentos alteraciones materiales luego del reconocimiento que alteren o varíen su sentido, de manera que siguiendo con el análisis de la impugnación de la prueba por instrumentos públicos y su eficacia probatoria, debemos puntualizar, que en el medida que el instrumento privado adquiriera su reconocimiento o se produzca su reconocimiento, bien sea en forma judicial o voluntaria, expresa o tácita, el instrumento tendrá plena eficacia probatoria entre las partes y respecto de terceros, por lo que en caso de impugnación, tendrá que demostrarse su autenticidad, bien mediante la prueba de cotejo o eventualmente de testigo cuando aquella fuera imposible, para el

caso de desconocimiento de la firma o mediante las pruebas pertinentes, para el caso de la tacha de falsedad.

En cuanto a la oportunidad procesal para tachar de falsos los instrumentos públicos o privados reconocidos, tenidos legalmente por reconocidos o privados simples y promovidos en la audiencia preliminar, deberá efectuarse en la audiencia de juicio, caso en el cual el tachante hará una exposición oral de los motivos de hecho para tachar los instrumentos, a cuyo efecto y conforme a lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, dentro de los dos (2) días de hábiles siguientes a la formulación de la tacha, las partes deberán proponer las pruebas pertinentes, las cuales serán evacuadas en una audiencia oral que tendrá lugar dentro de los tres (3) días de despacho siguientes, lo que lesiona el principio de concentración de los actos procesales, pues de producirse la tacha de falsedad de instrumentos en la audiencia de juicio, se producirá un diferimiento o prolongación de la misma y no podrá emitirse el dispositivo del fallo, lo que nos ha llevado a sugerir que la tacha de falsedad instrumental debería haber sido prevista para ser propuesta en la propia audiencia preliminar, para que evacuadas en forma anticipada las pruebas de la tacha de falsedad, fueran tratadas, discutidas y controvertidas en forma oral en la audiencia de juicio, cumpliéndose de esta manera con el principio de concentración contenido en el artículo 2º de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Por su parte y como lo prevé el artículo 85 de la Ley, la no comparecencia del tachante a la audiencia en que se dicte la sentencia, traducirá o traerá como consecuencia que el instrumento tachado quede con todo el valor probatorio, por efecto del desistimiento tácito de la tacha; en tanto que si quien no comparece es el proponente de la prueba instrumental tachada de falsa, se desechará el instrumento tachado. Sobre último aspecto referido a la incomparecencia de las partes al acto de evacuación de pruebas de la tacha de falsedad, debe observarse que la tacha de falsedad es una verdadera incidencia dentro del proceso laboral, en el sentido que propuesta la tacha en la audiencia de juicio, una vez que esta culmine con la evacuación de todos los medios probatorios propuestos y admitidos en el proceso, el operador de justicia no podrá dictar el dispositivo del fallo, pues se encuentra pendiente la incidencia de tacha de falsedad, lo cual producirá una inevitable prolongación de la audiencia de juicio hasta que sea tramitada la incidencia de tacha –ello en contravención del principio de concentración previsto en el artículo 2º de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo- en otros términos, propuesta en la audiencia de juicio la tacha de falsedad, una vez que culmine la evacuación de los demás medios de prueba, dicha audiencia quedará en suspenso y –afirmamos- no podrán las partes hacer sus observaciones finales sobre los medios probatorios evacuados –tal como lo regula el artículo 155 *ejusdem*- pues deberá en todo caso tener lugar la incidencia de la tacha de falsedad.

Es importante distinguir y comprender que la incidencia de tacha de falsedad no constituye una prolongación de la audiencia de juicio, sino que por el contrario hace suspender la misma, pues los efectos de la incomparecencia para una y otra son diferentes a saber: La incomparecencia del tachante a la audiencia de evacuación de pruebas de la tacha de falsedad, solo produce el desistimiento de la tacha, en tanto que la incomparecencia del presentante del instrumento tachado a la audiencia de evacuación de pruebas de la tacha, solo producirá la terminación de la audiencia y el desecho del instrumento; por su parte la incomparecencia del demandante a la audiencia de juicio, producirá el desistimiento de la pretensión, en tanto que la incomparecencia del demandado a la audiencia de juicio producirá su confesión, de manera que debe tenerse claro que la incidencia de tacha y la audiencia de evacuación de las pruebas de la tacha de falsedad, no constituye una prolongación de la audiencia de juicio, por lo que si bien la prolonga o difiere, no es su continuación, por lo que los efectos de la incomparecencia no son iguales ni pueden confundirse, no siendo legal que la incomparecencia del tachando –de ser actor- a la audiencia de la tacha produzca el desistimiento de la pretensión, ni que la incomparecencia del presentante del instrumento –siendo demandado- produzca su confesión, pues la incidencia de la tacha –insistimos- es una verdadera incidencia dentro del proceso laboral que no constituye una continuación de la audiencia de juicio.

Pero una vez evacuadas las pruebas en la incidencia de la tacha de falsedad **¿cuando deberá dictarse la sentencia correspondiente?**

Si observamos el contenido del artículo 85 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, encontramos que la sentencia definitiva se dictará al día siguiente a que finalice la evacuación de las pruebas de la tacha, situación esta –afirmamos- que se traduce –para crear certeza y seguridad jurídica y no sorprender a las partes con artimañas, ardidés procesales o criterios judiciales de avanzada- en que el operador de justicia una vez evacuadas las pruebas de la incidencia de la tacha de falsedad, deberá en el acta respectiva donde se recoja lo sucedido en la incidencia, fijar la hora respectiva del día siguiente donde se continuará y reanudará la audiencia de juicio, pues la incomparecencia a esta audiencia de las partes, producirá los efectos a que se refiere el artículo 151 *ejusdem*. En este sentido en esta audiencia –prolongación, continuación y reanudación de la audiencia de juicio- las partes tendrán el derecho de hacer sus observaciones finales y producidas las mismas o no, el juzgador tendrá sesenta minutos para dictar su dispositivo, todo en el entendido que de no otorgar el operador de justicia a las partes la oportunidad de hacer sus observaciones finales, no solo estaría inobservando el artículo 155 *ibidem*, sino que estaría lesionando el derecho constitucional de la defensa de las partes e incluso de control de las pruebas.

Para concluir este punto sobre la tacha queremos hacer referencia a algunos aspectos procedimentales que no fueron previstos o regulados en esta materia por la Ley Orgánica Procesal del

Trabajo, que resultan por demás vitales, los cuales han sido expuestos de manera amplia y correcta por el profesor y amigo José Vicente SANTANA OSUNA, en su artículo titulado “La Tacha y la Ley Orgánica Procesal del Trabajo”,⁴¹⁴ como son:

a. La falta de regulación de la tacha por vía principal.

En relación a la posibilidad de incoar la tacha de falsedad de un instrumento público o privado por vía principal y no incidental, como lo expresa el profesor SANTANA OSUNA la Ley Orgánica Procesal del Trabajo no reguló nada al respecto, aún cuando existen criterios de laboristas que no se identifican como procesalistas y que opinan erróneamente lo contrario, pues si bien es cierto no hubo previsión legislativa –la idea si es que la hubo, se quedó en el tintero- lo cierto es que tampoco está prohibido, siendo perfectamente viable que el procedimiento oral laboral, que se ejerza la pretensión de tacha vía principal para impugnar instrumento forjados que otorguen al trabajador beneficios económicos que no le correspondan o que se haya falsificado una convención colectiva que hubiese regulado o previsto prestaciones sociales a los trabajadores por encima del mínimo legal, como correctamente lo sostiene el citado profesor.

En este sentido compartimos la tesis de la posibilidad de ejercitarse la tacha de falsedad de instrumentos públicos o privados por vía principal, por medio del procedimiento laboral ordinario y oral, cuya competencia corresponderá a la jurisdicción laboral, adaptándose el procedimiento a la pretensión de la tacha.

b. La falta de regulación de la intervención del fiscal del Ministerio Público en el procedimiento de tacha.

Al respecto tampoco se reguló en forma alguna la necesidad de intervención del Ministerio Público en la incidencia de tacha de falsedad, tal como lo regula el artículo 131 del Código de Procedimiento Civil, que incluso prevé la obligatoriedad de dicha intervención y la sanción de nulidad de lo actuado ante la falta de notificación, todo ello a propósito de la necesidad de la aprobación del Ministerio Público para la realización de transacciones en materia de tacha, lo cual constituye una situación de orden público como correctamente lo sostiene el profesor SANTANA OSUNA, cuyo cumplimiento, aún cuando no fue

⁴¹⁴ Ver artículo publicado por el profesor José Vicente SANTANA OSUNA, en el libro Temas de Derecho Procesal. Volumen II, colección de estudios jurídicos N° 15 editado por el Tribunal Supremo de Justicia. Pp. 361 a la 422.

regulado, es obligatorio por parte del juez del trabajo, quien debe notificar al fiscal del Ministerio Público para que intervenga, bien en la tacha incidental o en el procedimiento respectivo cuando se trate de tacha principal.

c. La falta de previsión de la prejudicialidad cuando exista tacha de instrumentos en un proceso penal y de los efectos de la cosa juzgada que produce la sentencia del proceso penal en el laboral.

En cuanto a la prejudicialidad penal, de la existencia de un proceso penal donde se discuta la falsedad de un instrumento aportado en el proceso laboral, que no obstante la falta de regulación expresa de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se crea una prejudicialidad del proceso de tacha en materia laboral civil y que debe ser declarado por el operador de justicia, lo cual resulta lógico, pues mientras el juez laboral igual que el juez civil solo analiza la parte objetiva del instrumento, la falsedad material del mismo, el juez del crimen analiza el carácter subjetivo del instrumento, analiza tanto la imputabilidad del agente –volunta y conciencia del agente, intencionalidad- como la materialidad, todo como consecuencia que la jurisdicción penal se mueve con la finalidad de establecer una responsabilidad penal y castigar al culpable, no para solo desechar un instrumento por falso, sin perseguir al culpable. Consecuencia de lo anterior es que debe existir una prejudicialidad de lo penal en lo laboral, pues la sentencia condenatoria en sede penal produce cosa juzgada que vincula al juez civil –laboral en este caso- debiéndose respetar lo que allá se decida, salvo que el proceso penal hubiera terminado por muerte del imputado o acusado, prescripción, sobreseimiento, donde el operador de justicia civil –laboral en el caso tratado- queda en libertad de apreciar los elementos de hecho y de derecho y de pronunciarse sobre la falsedad o no del instrumento.

Pero a diferencia del proceso civil, tampoco se reguló la posibilidad de continuación del proceso laboral, en los casos que el operador de justicia considere que puede decidirse la controversia independientemente del instrumento tachado, como especie de depuración de la tacha, no para su admisión, que permite desechar la incidencia por considerar que el instrumento no aporta nada a la solución del proceso, sino para los efectos de la prejudicialidad, de la suspensión del proceso laboral; pero tampoco se reguló nada para el caso que la sentencia firme dictada en materia penal que reconozca la autenticidad de un instrumento público, caso donde no podría abrirse nuevo debate sobre ella, respetándose la ejecutoria, salvo los casos de muerte del imputado o acusado, prescripción o sobreseimiento, donde no hubo una sentencia que analizara el fondo de lo debatido; en todo caso y salvo lo señalado, la cosa juzgada penal debe ser respetada por el juez laboral, aún cuando nada se haya regulado al respecto.

d. La falta de previsión sobre la posibilidad de transacción en materia de tacha.

La tacha de falsedad de instrumentos públicos como se ha venido expresando, tiene por objeto eliminar la eficacia probatoria del instrumento y que solo afecta al mismo, no así su contenido y la declaratoria de falsedad, no afectando el acto o hechos jurídicos instrumentados, circunstancia esta de importancia a los efectos de entender que en materia de tacha, es viable que se produzca la transacción, aún cuando se trata de una cuestión de orden público; de esta manera mientras el artículo 442.15 del Código de Procedimiento Civil, permite cualquiera transacción de las partes, la cual según el texto legal necesita para su validez, además del informe del Ministerio Público la aprobación del tribunal, si éste no la encontrare contraria a la moral o al orden público, no fue regulada por el legislador laboral.

No obstante a la falta de regulación legal, en materia probatoria es pertinente y viable los pactos probatorios –como hemos indicado- siendo que en materia de tacha es viable el pacto de las partes para que el instrumento no sea apreciado en el proceso judicial, lo cual no afecta en nada el acto instrumentado, para lo cual se requiere la aprobación –homologación- del tribunal, caso en el cual el efecto no será otro que desecharse el instrumento del proceso, no teniéndose como tal en la sentencia y no siendo valorado por el operador de justicia; pero en cuanto al informe del Ministerio Público insistiremos que el mismo resulta innecesario y su falta de presentación, no es un elemento que influya en la decisión del operador de justicia ni en la validez de la transacción, pues son en definitiva las partes quienes tienen en poder en esta materia y quien debe analizar la posibilidad de transacción, no siendo el Ministerio Fiscal –que por demás es parte de buena fe- sino el operador de justicia.

La transacción en el proceso de tacha solo produce efectos entre las partes, de manera que producida la homologación, no podrá volverse a intentar la tacha de falsedad, ni por vía principal ni incidental, ya que se produce la cosa juzgada, pero la misma no afecta a los terceros que no intervinieron y que tengan una posición jurídica independiente de las partes e incompatible con la relación decidida, mas sí afecta a aquellos terceros que tenga una relación jurídica subordinada a la de alguna de las partes, como sucede en materia de fiadores civil.

e. La falta de regulación en cuanto a la posibilidad o no de la declaración anticipada de los testigos y del funcionario que autorizó el instrumento tachado.

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo –como es costumbre- dejó en el tintero la posibilidad o no, de la toma de declaración de los testigos que actuaron en el instrumento público tachado, del funcionario público que otorgó el mismo, así como tampoco reguló obligatoriedad de la declaración de éstos en ante

el tribunal de Juicio o eventualmente ante un tribunal comisionado de la circunscripción judicial donde se encuentre ubicada la oficina pública de donde emanó el instrumento tachado.

f. La falta de regulación de la inspección previa de los protocolos y registros, así como la evacuación de las declaraciones.

El legislador en materia de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, así como sus redactores originarios, fueron mezquinos –por desconocimiento o por dejadez- en relación a la necesidad del juez de Juicio de trasladarse y constituirse en la oficina pública de donde emanó el instrumento que se ha tachado en el proceso, para inspeccionar los protocolos o registros donde esté inserto el instrumento tachado, con la finalidad de confrontar –comparar- éstos con el instrumento tachado, dejando constancia de lo que observe; pero también se quedó en el tintero la notificación que debe hacer el juez al funcionario que autorizó el instrumento –que no necesariamente tiene que estar en el ejercicio del cargo- y los testigos instrumentales o alguno de ellos, que residieren en la misma localidad del lugar donde se encuentre la oficina pública de donde emanó el instrumento tachado, a los fines que concurran en la misma oportunidad en que el tribunal se trasladará a la oficina pública para hacer la inspección antes señalada, con el objeto que rindan su declaración sobre los hechos y circunstancias referentes al otorgamiento, teniendo a la vista los protocolos o registros y el instrumento tachado; mucho menos se reguló –como correctamente lo expone el profesor José Vicente SANTANA OSUNA- el caso que la oficina pública estuviere fuera del lugar del proceso, en otra circunscripción judicial diferente a donde el tribunal ejerce sus funciones jurisdiccionales y si el funcionario público que autorizó el instrumento tachado y los testigos o alguno de ellos residieren en ese lugar, el libramiento de comisión al juez de dicha localidad, para que realice la inspección judicial –confrontación del instrumento tachado y el inserto en la oficina pública- y tome declaraciones del funcionario público que autorizó el instrumento tachado y de los testigos, teniendo a la vista los protocolos y registros, circunstancias éstas a las cuales debe agregarse que el legislador en materia laboral fue tan limitado, ortodoxo y poco feliz, que en materia de comisión, especialmente en materia de inspección judicial, existe una evidente contradicción entre el artículo 112 de la Ley, que permite la comisión en esta prueba, y los artículos 2º y 6º *ejusdem*, que prohíben la valoración de pruebas no evacuadas ante el juez de Juicio, hechos éstos que nos identifican con la posición de SANTANA OSUNA y que dejan de manifiesto la imprevisión legislativa, la falta de técnica y de asesoramiento de procesalistas, pues un instrumento procesal no puede quedar en manos de simples laboristas y magistrados–como ocurrió en este instrumento legal con sus ilustres redactores- siendo prueba de ello las imperfecciones de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que se encuentra infectada de

errores procesales que no se le hubiesen pasado a los “doctores en ciencias jurídicas” y a los procesalistas, que no fueron consultados por los ilustres redactores auto-considerados “todos poderosos” pero que dejaron de manifiesto su pase mediocre por la magistratura.

g. La falta de previsión en cuanto a la necesidad de la presentación del original del instrumento tachado.

Otro elemento de suma importancia ignorado o descuidado por el operador legislativo en materia procesal del trabajo, fue el hecho que si no se hubiere presentado el instrumento original, sino traslado de él –por ejemplo copia certificada- el operador de justicia –juez de Juicio- tendría que ordenar que el presentante manifestara el motivo de no producir el original y la persona en cuyo poder se encuentre, previniendo a ésta que lo exhiba, vale decir, a la propia parte o al tercero que lo tenga, caso éste último donde pudiera aplicarse el contenido del artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

h. La falta de regulación en cuanto a los efectos y forma de la sentencia de la tacha de falsedad.

Con relación a la sentencia de la tacha de falsedad la Ley Orgánica Procesal del Trabajo resulta bien simplista y gris –como sus redactores- pues solo señaló que la decisión sobre la incidencia estará contenida en la sentencia definitiva, sin indicar si en la misma ordenaría la cancelación en todo o en parte, la reforma o renovación del instrumento que se declare falso en todo o en parte, así como tampoco lo referido al régimen de las costas y la indemnización de perjuicios a quien hubiere impugnado o tachado el instrumento con temeridad. En este sentido y como se ha señalado el pronunciamiento sobre el instrumento tachado se hará en la sentencia definitiva, vale decir, que la decisión de la tacha se produce en la misma sentencia que resuelva el fondo del asunto debatido, como punto previo, lo cual no resulta conveniente pues la decisión de la incidencia de la tacha es influyente en la sentencia sobre el fondo del asunto judicial debatido, ya que se trata de una prueba instrumental que, según lo que se haya decidido en la tacha, deberá ser valorada o no en la sentencia de mérito, lo que permite explicar que resulta conveniente –no como se reguló en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo- que la incidencia de la tacha debiera ser resuelta –decidida- antes de la sentencia definitiva –en sentencia aparte- pues la decisión de la tacha tendrá apelación, la cual sería oída libremente y sería una vez que quede firme la misma, que podrá sentenciarse el fondo del asunto; pero el problema que se presenta actualmente radica en el hecho que, de desecharse o no el instrumento que fuera fundamental para la solución del problema laboral judicial en la misma decisión que resuelva el fondo, al producirse la apelación contra ella, la alzada revisaría

primeramente la cuestión de la tacha y de conseguir erróneo el criterio de la instancia, no podría pasar a dictarla sentencia de fondo, sino que tendría que reponer la causa al estado que la instancia dictara nueva sentencia apreciando el instrumento cuya tacha fue revocada o no apreciando el instrumento que fue valorado pero que el Superior consideró que no debía serlo por prosperar la tacha, pues de lo contrario, se vulneraría el doble grado de jurisdicción.

En otras palabras cuando la sentencia de fondo abraza la decisión de la tacha, de producirse la apelación contra la misma, si el Superior encuentra que debe revocar la sentencia de la tacha, tendría indefectiblemente que declarar la nulidad de la sentencia de fondo y reponer la causa al estado que se dicte una nueva decisión, bien apreciándose o no el instrumento según lo que decida la tacha, pues el superior no podría revocar la decisión de la tacha y entrar a conocer el fondo del asunto, aún considerando que el instrumento nada aporta a la solución de la causa, ya que la sentencia de instancia valoró el instrumento y en este caso se vulneraría el derecho al doble grado de jurisdicción, por ser necesario volver a decidir la tacha, lo que se traduce en que el Superior no puede desechar de buenas a primeras el instrumento, problemática ésta que pudiera haberse solucionado si se hubiera regulado el saneamiento de la tacha incidental al momento de su admisión, permitiéndose al juzgador de instancia analizar la utilidad o no del instrumento tachado y evitar así tramitar un engorroso incidente de tacha.

i. Del breve lapso de la incidencia de tacha de falsedad instrumental.

Del análisis que hemos hecho del buen trabajo realizado por el profesor José Vicente SANTANA OSUNA, nos percatamos que la incidencia de la tacha de falsedad resulta muy breve para la materialización de todas las pruebas, así como de las diligencias que en esta materia deben hacerse –tanto las partes como el operador de justicia- bien para combatir el instrumento, para defender su autenticidad o sencillamente para encontrar la verdad sobre ella -la autenticidad-. En este sentido hemos señalado que muchas diligencias y actividades procesales de importancia en materia de tacha, no fueron reguladas expresamente por descuido, ignorancia o dejadez, lo que no significa que no puedan ni deban aplicarse, pues además que para ello el artículo 11 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo permite la aplicación de otros instrumentos procesales –Código de Procedimiento Civil, Ley de Tierras y Desarrollo Agrario- resultan actividades necesarias para la demostración de la autenticidad, siendo incluso normativas de orden público, como la notificación de la representación fiscal, la inspección de los protocolos, la declaración del funcionario y testigos actuarios en el instrumento tachado, la presentación del instrumento original tachado, que no son meros formalismos inútiles en materia de tacha, sino actividades esenciales para el esclarecimiento de la verdad, que insistimos, deben ser realizadas por el juez de Juicio; pero todas

éstas diligencias, en puridad de verdad –como correctamente lo sostiene SANTA OSUNA- son imposibles de materializar en la incidencia de la tacha a que se refieren los artículos 84 y 85 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, lo cual no puede ser desconocido por el operador de justicia, quien en todo caso deberá garantizar el derecho constitucional a la defensa, a la aportación y evacuación de pruebas –artículo 49 constitucional- desaplicando las referidas normas –inconstitucionales-⁴¹⁵ por vía de control difuso, aplicando el procedimiento probatorio incidental que considere idóneo para la materialización de las pruebas de la incidencia, como podría ser el del procedimiento ordinario en materia civil o cualquier otro, diferente al procedimiento incidental por audiencias, pues si se aplicara el procedimiento oral del Código de Procedimiento Civil o la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, se incurriría en el mismo error de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Esta problemática demuestra el acierto del criterio que hemos venido sosteniendo desde hace más de una década,⁴¹⁶ referido a que la tacha instrumental debe hacerse –o debió preverse- en la audiencia preliminar, caso en el cual todas estas diligencias de la incidencia de tacha, como inspecciones de protocolos, comisiones, declaraciones, presentación del instrumento original, notificación del Ministerio Público, entre otras, perfectamente pudieran realizar o materializarse –evacuarse- antes de la audiencia de juicio, consignándose sus resultados en el proceso para garantizar el acceso de las partes a ellas, y debiendo ser discutidas las mismas en la audiencia oral, lo cual garantizaría la concentración procesal y los derechos constitucionales. Lo dicho aboga por la revisión del artículo 85 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en el sentido que la incidencia de la tacha sea decidida en forma aparte a la decisión de fondo, creándose una especie de prejudicialidad, ya que la decisión de la tacha sería recurrible libremente y una vez firme el pronunciamiento, es que se procedería a la sentencia del fondo del asunto debatido.

7.4. Tacha de falsedad en el sistema de procedimiento de niños y adolescentes.

En esta materia no hubo regulación del tema, por lo que nos parece aplicable las soluciones que hemos dado en materia penal y laboral.

7.5. Tacha de falsedad en el sistema de procedimiento agrario.

⁴¹⁵ Tal como lo expresó el profesor José Vicente SANTANA OSUNA, en su trabajo citado, p. 389.

⁴¹⁶ Ponencia realizada en el mes de noviembre de 2.002, en el auditorio central del Tribunal Supremo de Justicia, donde expusimos seriamente los inconvenientes de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, aportando las soluciones a sus problemas y yerros y donde fuimos atacados mediocrementemente por el para entonces presidente de la Sala de Casación Social, quien no ofrecería ningún argumento jurídico para dejar sin piso nuestros argumentos, dejando así de manifiesto la típica mediocridad de quienes ocupan altos cargos judiciales.

En el sistema de procedimiento agrario el tema de la tacha de falsedad de encuentra regulado en el artículo 251 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario conforme al cual, el demandado deberá tachar los documentos acompañados con la demanda en la oportunidad de la contestación, formalizando fundamentadamente en ese mismo acto la tacha, en cuyo caso si el presentante insistiera en hacer valer dicho instrumento, contestará la tacha en la audiencia preliminar; por su parte el demandante podrá tachar los documentos acompañados por el demandado a su contestación antes de la realización de la audiencia preliminar o en esa misma audiencia, formalizando fundamentadamente la tacha y pudiendo el demandado insistir en hacer valer el instrumento de que se trate, presentando su contestación en dicha audiencia.

En cuanto a la incidencia de tacha se sustanciará en cuaderno separado y el judicante al segundo (2) día de despacho siguiente a la audiencia preliminar, podrá desechar las pruebas aportadas si no fueren suficientes para invalidar el instrumento, siendo que contra dicha decisión se oirá apelación en ambos efectos; en tanto que si el judicante admitiere la pruebas, lo que tendrá que hacer en el lapso indicado en el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, ante la falta de previsión legal, hará la determinación en dicho auto cuáles son aquellos sobre los que va a recaer prueba de una u otra parte, continuándose el procedimiento de tacha según lo pautado en los ordinales 4° al 12° del artículo 442 del Código de Procedimiento Civil y concluido el lapso probatorio del procedimiento principal oral, se diferirá el proferimiento del fallo hasta que concluya el trámite de la tacha, de manera que en esta materia y salvo las especialidades propias de la oportunidad de la tacha, el procedimiento será el mismo estudiado en puntos anteriores al cual nos remitimos.

8. SIMULACIÓN Y SU PRUEBA. EL CONTRADOCUMENTO.

Las manifestaciones de las partes vertidas en el acto o hecho jurídico instrumentado en presencia de un funcionario público, no quedan amparadas o arropadas por la “fe pública” que éste le imprime al acto, esto es y como lo hemos dicho suficientemente, la fe pública no se extiende a la verdad de las declaraciones de las partes vertidas en el instrumento y referidas al hecho jurídico, lo que en los términos del artículo 1.360 del Código Civil, puede ser impugnado y demostrado en contrario a través de la simulación; y es precisamente el contenido de esta norma concatenada con las previstas en los artículo 1.359 y 1.362 del citado Código, las que nos permiten afirmar que cuando la falsedad proviene de las declaraciones de las partes, la vía para la impugnación correspondiente que desvirtúe dicha verdad vertida

en el instrumento, no será a través de la tacha de falsedad sino por conducto de la simulación a que se contrae el artículo 1281, que en sí es un andarivel de la falsedad instrumental, al igual que ocurre cuando se denuncia el dolo y el fraude que no se presentan como motivos de la tacha de falsedad en los términos del artículo 1382 del Código Civil que expresa [...] *No dan motivo a la tacha del instrumento, la simulación, el fraude, ni el dolo en que hubiesen incurrido sus otorgantes, sino a las acciones o excepciones que se refieran al acto jurídico mismo que aparezcan expresado en el instrumento.*” Como consecuencia de la citada norma la simulación, así como el dolo o fraude en el instrumento referido a la declaración de las partes, a la verdad vertida por ellos produce un motivo de impugnación diferente a la tacha de falsedad, lo que puede ser ejercido por el andarivel de una pretensión principal a tal fin, sin perjuicio que puede vía incidental excepcionarse en el marco de un proceso donde se presente el instrumento para hacer valer el negocio jurídico simulado, doloso o fraudulento.

La simulación –nos dice el profesor CABRERA IBARRA- implica una falsedad ideológica, una falsedad relacionada directamente con el contenido sustancial de instrumento, donde los otorgantes del mismo manifiestan algo en el instrumento que no es una realidad pero que se quiere hacer aparecer como tal con la intención de defraudar a uno o varios terceros o para encubrir un negocio jurídico diferente, incluso y en muchos casos para encubrir operaciones ilegales o no amparadas por el derecho; indica - citando al maestro LORETO- que puede definirse la simulación como la declaración de un contenido volitivo no querido que alguien emite con el fin de hacer surgir exteriormente la apariencia de un negocio jurídico; que de aquel que tiene una apariencia contraria a la realidad, ya porque no existe absolutamente, ya porque es distinto del que aparece exteriormente; que entre la forma extrínseca y la esencia íntima existe un manifiesto contraste: el negocio que aparentemente se muestra como serio y eficaz es, por el contrario, mentiroso y ficticio o es una larva que oculta un negocio diverso.⁴¹⁷

Nuestro antecesor citando a DONEDIEU DE VABRES señala que la simulación es una mentira concertada entre las partes y consignada en un escrito que tiende a disimular la naturaleza o los elementos de una convención que no existe; que la alteración de la verdad que ella implica no tiene por objeto un hecho exterior de esta, la sustancia de la convención- que ellas han concertado; que la simulación puede ser absoluta o relativa, la primera que solo existe en un contrato aparente o simulado, en tanto que la segunda se originan dos, uno aparente y otro oculto o verdadero, siendo elementos característicos; el convenio entre las partes para plantear una situación engañosa y cuyo engaño consiste en hacer aparecer como efectuado un contrato, que en realidad no ha nacido o cuyas cláusulas son completamente contrarias al verdadero celebrado; y el desacuerdo entre ambos actos que son opuestos entre sí. Más adelante nos dice citando a Diego ARREAZA ROMERO que el acto simulado es aquel en el cual las

⁴¹⁷ Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA. Ob. cit. pp. 463 y ss.

partes de mutuo acuerdo, hacen una declaración de voluntad distinta, en todo o en parte, de su verdadero y real propósito, con el objeto de engañar sin daño o perjuicio de la ley o de terceros; que la simulación es un defecto que vicia tal acto y el contradocumento, se presenta como el escrito generalmente secreto que comprueba y reconoce la simulación total o parcial del acto.⁴¹⁸

La simulación como se aprecia se trata de una vía para impugnar y cuestionar al contenido de la prueba instrumental pública, concretamente la verdad de las declaraciones vertidas por las partes u otorgantes respecto a un hecho jurídico que no es real, que y como hemos expresado no queda amparado por la “fe pública”, en tratándose en consecuencia de un acto simulado que puede tener fines lícitos o ilícitos, el primero por ejemplo cuando una persona hace la adquisición de algunos bienes en subasta pública, pero con dinero de un tercero, quien originalmente no podía intervenir en la misma –subasta- por el incumplimiento de algunos requisitos exigidos; así imaginemos que el Estado subasta unos bienes y como requisito exige que los postulantes o postores sólo pueden ser personas naturales o jurídicas nacionales, lo que excluiría a cualquier extranjero, quien podría negociar con una empresa o persona venezolana para que adquiriera los bienes con su dinero y luego, previo el pago de una comisión le traspasara los mismos, de donde se puede observar -en el ejemplo- que se trata de un negocio simulado pero que no tiene fines ilícitos; pero también y generalmente, el negocio puede ser simulado con fines ilícitos, cuando por ejemplo para evadir a los acreedores el deudor simula la venta de su patrimonio.

La simulación como vía para desvirtuar el contenido del instrumento público, puede ser utilizada no solo por las partes sino incluso por terceros afectados directa o indirectamente, situación esta que nos pone precisamente frente al artículo 1.362 del Código Civil que expresa [...] *Los instrumentos privados, hechos para alterar o contrariar lo pactado en instrumento público, no producen efecto sino entre los contratantes y sus herederos a título universal. No se le puede oponer a terceros.*” Cuando son las partes quienes mienten sobre la verdad o falsedad del hecho jurídico documentado o instrumentado, insistimos en que una las vías para impugnar o atacar el mismo es la simulación, cuya problemática se centra precisamente en el medio probatorio y la fuente que servirá para su acreditación o verificación, a lo que la doctrina generalmente y partiendo de la precitada norma se pronuncia en función del sujeto que reclame vía principal o incidental la simulación, sea entre las partes o en relación a los terceros.

En el primero de los casos –partes- nuestra doctrina ha limitado el universo probatorio a la existencia de un contradocumento o contraescritura en los términos del artículo 1.362 del Código Civil, no permitiéndose ningún otro medio de prueba para desmentir la supuesta verdad declarada ante el funcionario público, de manera que ante la ausencia de dicho instrumento será imposible la demostración

⁴¹⁸ Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. II. p. 457.

del hecho y en consecuencia la obtención de la anhelada simulación. Pero **¿qué es el contradocumento o la contraescritura?**

Para responder diremos que se trata de un instrumento de carácter privado –aunque nada obsta para que pueda ser público- suscrito entre las partes que intervinieron en el instrumento público o auténtico suscrito, que contiene una verdad diferente a la documentado o instrumentada en aquel, que lo modifica, altera o contradice, bien en forma total o parcial y que solo surte efecto entre las partes y sus herederos a título universal, inoponible a terceros. De lo anterior se desprenden los siguientes elementos característicos:

- a. Se trata de un instrumento privado realizado por las mismas partes que intervinieron en el instrumento público, incluso, pudiera ser autenticado –privado reconocido- y hasta lo hemos visto en la práctica en forma pública.
- b. El mismo es realizado con la finalidad de alterar, modificar o contrariar en todo o parte el instrumento público.
- c. Solo surte efecto entre las partes y sus sucesores a título universal, de manera que no es oponible a terceros.
- d. Siempre debe ser escrito, aunque nada obsta para que puedan ser producidos por medio de otros documentos no escritos.

Como hemos indicado y según nuestra doctrina, el contradocumento o contraescritura resulta la única prueba válida para destruir la verdad contenida o declarada en el instrumento público o auténtico, cuando la pretensión o excepción de simulación es entre las mismas partes, que no afecta ni daña, mas aún, no produce efectos o es oponible a terceros, de allí que el universo probatorio en materia esta materia tratada ha quedado reducido al precitado contradocumento o contraescritura; pero cuando la simulación es pretendida o excepcionado por terceros, a quien no afecta la contraescritura y quienes no han intervenido en la formación del mismo, lo que por lógica hace prácticamente imposible proveerse del contradocumento, éstos pueden hacer valer de cualquier medio de prueba para demostrar la falsedad del contenido del instrumento público, la falsedad o simulación del hecho jurídico que las partes declaran en el precitado instrumento.

Esta regla probatoria –sostenida tanto por la doctrina vernácula como foránea- y la existencia de una especie de “idoneidad” o “conducencia” en materia de prueba de la simulación entre las partes mediante el contradocumento o contraescritura, precisamente se ha basado en el citado artículo 1.362 del Código Civil, que en puridad de verdad no limita la prueba de la simulación a la precitada contraescritura, sino que indica a qué se refiere ella y contra quienes produce efectos jurídicos, pero de ahí a limitar la acreditación de la simulación a dicha prueba existe mucho trecho; precisamente y en base al contenido

de esta norma –que no limita la prueba en este sentido- y en base al contenido constitucional del derecho de acceso al sistema probatorio, así como del garantismo aplicado a esta materia, no resulta ajustado a la noción constitucional la limitación de la prueba de la simulación cuando el tema es debatido entre las partes, quienes tendrían derecho a utilizar cualquier medio probatorio en forma amplia, no limitada a los casos de excepción que hemos estudiado en otro momento en materia por ejemplo de testigos, como la imposibilidad material o moral para de obtener la contraescritura, su pérdida por caso fortuito o fuerza mayor, de manera que la interpretación amplia, flexible y garantista en base al derecho constitucionalizado de acceso al sistema de prueba debe llevarnos a precisar y entender que la prueba de la simulación entre las partes, si bien por excelencia es el contradocumento, no queda limitado al mismo y en cualquier caso ante su ausencia pueden utilizarse cualquiera de los medios probatorios para aportar al procesos esas fuentes que permitan la convicción judicial mediante el acreditamiento de la simulación por comparación.⁴¹⁹

⁴¹⁹ En este sentido podemos citar las sentencias de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, N° 676, de fecha 19 de octubre de 2005, con ponencia del magistrado Antonio RAMÍREZ JIMÉNEZ, expediente 04-055 y la N° 155, de fecha 27 de marzo de 2007, con ponencia de la magistrado Isbelia Josefina PÉREZ VELÁZQUEZ, expediente 04-147. En la doctrina y aplicando este criterio constitucional y garanrista puede verse a Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA. Ob. cit. pp. 464 y ss.

CAPITULO VIII

PRUEBA INSTRUMENTAL PRIVADA

.....

SUMARIO: 1. Instrumento privado. Definición. Características. Requisitos. 1.1. Fuerza probatoria, valoración probatoria, plena fe, fuerza obligatoria, autenticidad y reconocimiento en materia de instrumentos privados. 2. Requisitos de los documentos e instrumentos privados. 2.1. Requisitos de existencia. 2.1.1. Que contenga la representación de un hecho jurídico. 2.1.2. Que se encuentre firmado por sus otorgantes. 2.2. Requisitos de validez. 2.2.1. Consentimiento de los otorgantes. 2.2.2. Aportación procesal en forma legal. 2.3. Requisitos de eficacia. 2.3.1. Que se haya producido su autenticidad. 2.3.2. Que produzca convicción judicial. 2.3.4. Que se encuentre completo, sin alteraciones, raspaduras, tachaduras o mutilaciones, entrerreglonados. 3. Tipología de los documentos e instrumentos privados. 3.1. Según su certeza. 3.2. Según estén o no firmados. 3.3. Según su naturaleza. 4. Eficacia o fuerza probatoria de los documentos e instrumentos privados. La fecha cierta. 5. El desconocimiento de documentos e instrumentos privados. Reconocimiento judicial por vía incidental. Procedimiento. 6. Reconocimiento judicial de documentos e instrumentos privados por vía principal. 7. Tacha de falsedad de instrumentos privados. Procedimiento. 8. Documentos e Instrumentos privados sin firma. 8.1. Cartas misivas. 8.1.1. Cartas misivas entre las partes. 8.1.2. Carta misiva dirigida por una de las partes a un tercero. 8.1.3. Carta dirigida entre terceros. 8.2. Libros de comerciantes. 8.3. Registro y papeles domésticos. 8.4. Notas marginales. 8.5. La fotografía. 8.6. Los medios de captación, almacenamiento y reproducción de palabras, imágenes y sonidos. Las grabaciones visuales, auditivas y audiovisuales. Documentos electrónicos. 8.7. Mensaje de datos y firmas electrónicas. 8.8. El fax o facsímil. 8.9. Las tarjetas. 8.10. Las contraseñas y las fichas. 9. La fotocopia. 10. Publicaciones en periódicos o gacetas. 11. Documentos privados emanados de terceros. 12. Exhibición de documentos. 13. Prueba de informes.

1. INSTRUMENTO PRIVADO. DEFINICIÓN. CARACTERÍSTICAS. REQUISITOS.

En el tema precedente hemos tratado el instrumento público como una de las especies de la prueba documental, caracterizado fundamentalmente por el hecho de intervenir desde su nacimiento, creación o formación el funcionario público que tenga capacidad y competencia territorial para dar “fe pública” y autorizar el acto o hecho jurídico instrumentado, mas en el presente capítulo nos proponemos analizar lo referente a la prueba instrumental privada que se presenta como otra de las especies documentales, que es precisamente –por argumento en contrario a la definición de instrumento público- aquel realizado entre las partes sin la intervención inicial o desde su nacimiento, del funcionario público, de esta manera comencemos nuestro estudio con la siguiente interrogante: **¿qué es el instrumento privado?**

Al igual que el tratamiento que hicimos del asunto al analizar la prueba instrumental pública, para el caso concreto y a los fines de ofrecer nuestra definición nos pasaremos por la doctrina probatorista y procesalista, comenzado al efecto con la italiana de la mano del gran maestro CHIOVENDA para quien el “documento” privado es aquel que no proviene del funcionario público autorizado para atribuirle fe pública, no haciendo por sí prueba ni de sí mismo ni de ninguna cosa que en el se afirmen ocurridas, hasta que no se produzca el “reconocimiento” por la persona contra quien se presenta, caso en el cual el valor probatorio es idéntico al que se presenta en el instrumento público; que el reconocimiento está

equiparado por ley con la “autenticación” que permite testimoniar la identidad de la persona y la firma, pero limitado a la firma y no afectando a lo intrínseco del documento; que para el perfeccionamiento del documento privado bastará que la persona firme con su puño y letra, salvo en materia comercial.⁴²⁰ Se destaca de lo escrito por el eterno maestro italiano que la definición ofrecida parte de la característica de la no intervención del funcionario público que da “fe pública” al acto instrumentado y “autenticidad”, lo que no ocurre en el privado que no goza de la precitada fe ni nace “auténtico”, lo que se obtendrá y entendido como certeza de su autor y origen al producirse el “reconocimiento” que es el equivalente a la “intervención del funcionario público” en aquel instrumento y que como consecuencia de ello, adquiere valor probatorio tasado tal como sucede en el público –plena fe, plena eficacia o pleno valor probatorio-; pero inmediatamente se advierte que ese valor probatorio, esa plena fe derivada de la autenticidad por reconocimiento es solo sobre la firma, sobre la autoría del instrumento no sobre su contenido o hecho jurídico declarado por las partes, el cual puede ser desvirtuado por prueba en contrario. De lo dicho insistimos que la intervención del funcionario público en este tipo de instrumentos –públicos- que le otorga “fe pública” y “autenticidad” equivale –sólo respecto a la autenticidad- al reconocimiento que se produce en el instrumento privado.

CARNELUTTI al tratar el tema de la verificación de las escrituras privadas indica, que a diferencia de lo que sucede en los documentos públicos, los privados no hacen prueba de su proveniencia, de la identidad de su autor con el autor que se indica en el documento mismo o se afirma por quien lo produce, de lo que se extrae que quien lo produce debe dar de otra forma prueba de ella; consecuencia de lo dicho es que el documento privado es aquel donde no interviene el funcionario público competente y que como consecuencia de ello carece desde el principio de “autenticidad”; que la autenticidad que permite la eficacia probatoria del precitado documento, puede producirse de manera expresa o tácita, concretamente –indica- por “comisión” u “omisión” lo que denomina “reconocimiento comisito” y “reconocimiento omisivo” quedando en cabeza de la parte contra quien se opone el documento la “carga” del desconocimiento so pena de reconocimiento omisivo, consistiendo el “desconocimiento” en la negación formal de la autenticidad o paternidad, cuando es documento “*oleógrafo*” o de la firma cuando es “*alógrafo*”; que producido el desconocimiento debe procederse a su “verificación” mediante cualquier prueba histórica o crítica –indica- testifical o documental y ante la ausencia de prueba que sirva para esta verificación, se impone al sujeto que ha desconocido la carga de escribir un dictado a los fines de realizar la misma –verificación-.⁴²¹

⁴²⁰ Guiseppe CHIOVENDA. Ob. cit. T. III. p. 192.

⁴²¹ Francesco CARNELUTTI. Instituciones del Proceso Civil. V. II. pp. 102 y ss.

REDENTI bajo la denominación de “escritura privada” indica que en sentido lato y genérico se trata de cualquier escrito –sea cual fuere la materia que lleva los signos gráficos y cualesquiera que sean estos signos- que no tenga los caracteres de documentación formada por un oficial público; que aquella escritura privada adquirida en el proceso viene siendo aquel medio de prueba material –documento o monumento- en cuanto suministre al juez elementos de convicción según su libre apreciación, aunque –indica- existen algunas escrituras privadas acerca de las cuales el código las regla como prueba legal; que las primeras reglas corresponden a las denominadas escrituras privadas “firmadas”, las cuales se pueden reconocer que hayan servido de medio material o vehículo para la emisión de declaraciones, manifestaciones o atestaciones recepticias, negociales o confesorias; que respecto al valor probatorio tarifado de este medio probatorio se produce en la medida que obtenga el reconocimiento, sea expreso o tácito, caso este último en el cual se presenta una presunción legal de “autenticidad” de la firma que debe ser considerada como autógrafa, lo que no se extiende al contenido, pues mientras la parte contra quien se le opone un instrumento privado como emanado de ella puede simplemente desconocerlo colocando en cabeza del interesado la demostración de su autenticidad a través de la “verificación de la escritura” –nuestro cotejo- respecto al contenido, al texto o emisiones de las declaraciones en él contenidas, la parte que las niegue o impugne asume la carga de la prueba de tal circunstancia, por ejemplo por haberse arbitrariamente sustraído el documento, que el mismo ha sido alterado o que ha sido abusivamente inserto en una hoja firmada en blanco, todo lo que no son más que las causales de tacha de falsedad de la escritura privada.⁴²²

Por su parte ROCCO indica que junto al instrumento público se encuentra el privado, constituido en general por la redacción en signos gráficos o numéricos, que asumen a su lectura o examen un significado ideológico, siendo la más importante de sus categorías la escritura privada firmada, en las cuales generalmente se tiene una declaración de voluntad de una parte respecto a la otra, escrituras que quedan en el ámbito de las disposiciones de las partes, por cuando –indica- sujetas a registro, el original o los originales quedan en manos de los interesados, mientras una simple copia queda en manos de la oficina pública; que la eficacia de la escritura privada está en el hecho de que esté firmada por las partes o por la parte, pues de ello se infiere su eficacia probatoria, la cual sólo se producirá cuando su escrituración sea genuina, esto es, que se produzca su “autenticidad” ya que las partes pueden desconocerlo; que y respecto al valor probatorio el instrumento o escritura privada hace plena fe hasta la querrela de falsedad respecto a las declaraciones contenidas en él por quien lo ha firmado, siempre que aquel contra quien se presente reconozca la firma o si esta es legalmente reconocida, lo que puede ser en forma expresa o implícita; que el reconocimiento también puede ser consecuencia de la “autenticación”

⁴²² Enrico REDENTI. Ob. cit. T. I. pp. 289 y ss.

de la escritura privada que consiste en la atestación por parte del oficial público que la firma fue puesta en su presencia, previa declaración de certeza de la identidad de la persona que firma.⁴²³ Importa destacar de ROCCO primeramente que al igual que los otros maestro citados, la escritura privada –instrumento privado- firmado es aquel que generalmente contiene hechos o actos jurídicos que emanan de la voluntad de las partes o de uno de ellas que lo suscribe, lo que tiene plena eficacia probatoria –plena fe- hasta tanto no se demuestre lo contrario y siempre que se haya producido la “autenticidad” de la misma mediante el reconocimiento expreso o implícito; también que el reconocimiento puede ser o producirse como consecuencia de la intervención del funcionario público lo que generará el tipo de escritura privada reconocida o “autenticada”, más advertimos que en la forma indicada por el precitado maestro y especialmente cuando expresa que la “autenticación” consistirá en la atestación del oficial público respecto a la firma puesta en su presencia, previa declaración de certeza de la identidad de la persona que firma, si la formación de la escritura es ante el propio funcionario no estaremos en presencia como tal de escritura privada reconocida o “autenticada” sino ante una clásica “escritura pública” conforme a la terminología utilizada, de ahí la importancia de distinguir la forma de la autenticación, pues si esta se hace en la formación del instrumento no se trata de un privado reconocido sino de un público, en tanto que si es suscrito por las partes y luego llevado ante el funcionario para que lo “autentique” mantiene su carácter de privado pero ahora reconocido o “autenticado”.

MICHELI por su parte y refiriéndose a la “escritura privada” indica que el Código Civil no señaló ninguna definición, por lo que aplicando un criterio contrario al sostenido la escritura pública indica que puede considerarse, como todo escrito que provenga de un sujeto, persona física que no tenga carácter de oficial público o empleado público, que no hace “plena prueba” ni de su procedencia ni en cuanto a su contenido, a menos que quien resulte haberlo firmado reconozca su firma o esta última sea auténtica por notario o por otro oficial público autorizado para ello; que la paternidad de esta tipo de documentos está determinado, según la regla de la experiencia que puede sin embargo ser demostrada en el caso concreto, infundada por el signo de la firma puesta al final del mismo; que cuando se produce el reconocimiento de la firma en el documento privado alcanzando su “autenticidad” –lo que desde el inicio se produce en el público como consecuencia de la intervención del empleado público- el valor probatorio es de “plena prueba” mientras no se formule querrela de falsedad por quien lo ha suscrito; que respecto al contenido del instrumento, a los hechos documentados que no están cubiertos con la “plena prueba”, el judicante está en la libertad de valorarlos, aún en relación con otras pruebas que puedan ser pedidas por las partes y la veracidad de esos hechos puede ser desmentida por otro medio de prueba, sin necesidad de recurrir a los procedimientos dispuestos al respecto para el control de la veracidad de los documentos,

⁴²³ Ugo ROCCO. Ob. Cit. V. III. pp. 115 y ss.

de manera –indica- que el documento privado tiene eficacia probatoria libremente valorable por cualquier otro medio de prueba, hasta tanto no sea desconocida la firma o el documento por aquel contra el cual se produce o es impugnada la falsedad por negarse su procedencia, no obstante al reconocimiento de la firma; que la fecha cierta del documento privado oponible a los terceros, sólo se produce cuando se adquiere la autenticidad, sin perjuicio de otros medios que a falta de autenticidad por su reconocimiento ante empleado público, puede igualmente producir fecha cierta oponible a terceros, como la muerte de alguna de las partes, su registro, incapacidad física de alguna de las partes para firmar, entre otros.⁴²⁴

LIEBMAN nos dice que la noción de documento privado se deduce negativamente de la del acto público, siendo según la ley documento privado aquel documento escrito cuya formación no haya constituido ejercicio de una función pública, de manera que se comprenden por eso en él no ser los escritos de quien no esté investido de tal función, sino también los de quien aun siendo un funcionario público lo ha formado como un acto de su vida privada y no como un acto de su oficio; que en sentido escrito el documento privado debe estar provisto de firma autógrafa y como autor de la escritura es considerado aquel que lo ha firmado, aún cuando el texto se formase en todo o en parte por otro o por un medio mecánico, de manera que quien suscribe el documento aprueba y asume su paternidad; que a diferencia de lo sucedido en el documento público, en el privado la presencia de la firma no es suficiente para identificar su autor, siendo necesario establecer su certeza a través de la autenticación, el reconocimiento o verificación, la primera que se hace ante el funcionario público autorizado para ello, quien atestará que la firma ha sido puesta en su presencia, previa comprobación de la identidad de la persona que suscribe; el reconocimiento que hace aquel contra quien se opone el documento en juicio, el cual puede ser expreso o tácito; y finalmente ante el defecto de autenticación o reconocimiento, se presentará la verificación judicial; indica el precitado maestro que cuando es una de las formas indicadas se produce la autenticidad del documento privado, éste hará plena prueba, mientras no se formule la querrela de falsedad en cuanto a la procedencia de las declaraciones de quien lo ha firmado.⁴²⁵

TARUFFO expresa que cualquier documento que por alguna razón no sea una escritura pública u oficial es documento privado, concepto que incluye –indica- una gran cantidad o variedad ilimitada de escritos, como documentos públicos inválidos, contratos, pagarés, recibos, correspondencias privadas, testamentos, entre otros; que en ocasiones estos escritos están firmados por las partes o por alguna de ellas, en tanto que otras veces están firmados por personas ajenas a las partes e incluso pueden no estar firmados por nadie, aunque son limitados los casos donde se admiten los documentos sin firma como medios probatorios, ello como consecuencia que precisamente es la firma la que determina la autenticidad

⁴²⁴ Gian Antonio MICHELI. Ob. cit. V. II. pp. 134 y ss.

⁴²⁵ Enrico Tullio LIEBMAN. Ob. cit. pp. 317 y ss.

del mismo, permitiendo la identificación de su autor; respecto al valor probatorio indica que alguna veces está regulado jurídicamente cuando están firmados, de manera que se establece que la persona que firmó el documento sea considerada jurídicamente como la autora de las declaraciones que ahí se asientan, conexión –entre el autor y la declaración- que suele ser cubierta por una regla de prueba legal –tarifa legal- considerando así la autoría como cierta, vinculante e irrefutable; que el valor probatorio en cuestión solo abarca la identidad o conexión entre su signatario y las declaraciones vertidas, no respecto a la verdad de las mismas; que en ocasiones el valor probatorio del documento privado auténtico o reconocido, se toma como la otorgada a los públicos.⁴²⁶

En la doctrina española comencemos con SILVA MELERO para quien el documento privado se diferencia del público por la no intervención del funcionario público de la cual deriva la cualidad del autor, así como por el hecho de la eficacia probatoria que difiere en ambos, dado que en el segundo – públicos- hace fe respecto a la identidad de su autor y la condición de verdadero, siempre que el funcionario sea competente y que el documento se haya formado en el modo previsto en la ley, en tanto que los privados no hacen fe –autenticidad- respecto al autor y su demostración condiciona este supuesto –indica-; que en instrumento privado a diferencia del público no hace prueba *erga omnes* sino solo entre partes; en cuanto a la intensidad de la eficacia probatoria –expresa el maestro español- la regla es idéntica a la documental pública, de manera que se trata de un grado de convicción tasado o tarifado, siempre que el instrumento privado sea auténtico, acreditando la verdad del hecho representado, salvo falsedad civil o penal; que el documento da fe sólo de la existencia material del hecho representado y tratándose de documentos dispositivos, de la declaración de voluntad, pero no de su eficacia jurídica, de la verdad del contenido de las declaraciones vertidas por sus autores, por lo que cabrá oponer tanto la alegación de su ineficacia por oponerse a lo dispuesto en las normas jurídicas, como la existencia de otros hechos los cuales actúan excluyendo o modificando su eficacia, lo que no es otra cosa –indicamos- que la prueba en contrario que destruya la buena fe que abraza al contenido del documento privado. Más adelante dice el maestro que la definición de documentos privados no se ubica en la legislación pero que pueda obtenerse de la exclusión de los elementos que identifican a los públicos, caracterizándose por la ausencia de agente autorizante –funcionario público- y la presencia de la firma del interesado o interesados, de manera que documento privado sería [...] *aquel que, suscrito por los interesados, no esté autorizado por Notario ni por funcionario público alguno competente.*”, sin perjuicio que la propia legislación da categoría de documentos privados y fuerza probatoria de tal a aquellos que no se encuentran firmados, como notas marginales y libros de comerciantes entre otros, que a juicio del maestro citado, solo sirven como principios de prueba por escrito no alcanzado la categoría propia de documentos privados en cuanto a su eficacia, a la que sólo se

⁴²⁶ Michele TARUFFO. Ob. cit. pp. 78 y ss.

le atribuiría un valor puramente indiciario. Sigue indicando el precitado maestro que respecto a la eficacia probatoria –grado de convicción- habrá que ponerla en proporción directa con su autenticidad –determinación de su autoría- lo que viene condicionado por su “reconocimiento”, caso en el cual tendrá el mismo valor probatorio que la escritura pública entre las partes que lo han suscrito y sus causahabientes; que el reconocimiento puede ser expreso o tácito y finalmente que la valoración probatoria al producirse la precitada autenticidad mediante el reconocimiento, queda tasada o reglada por el legislador, de manera que no queda a discreción del judicante.⁴²⁷

GUASP se refiere al documento privado a aquel que contrariamente no pertenece, por su eficacia, a la esfera del ordenamiento jurídico público, sino a la del privado, caracterizado por su exclusión como todos aquellos que no entran en alguna de las categorías de documentos públicos.⁴²⁸

En esta misma línea el maestro ASENSIO MELLADO nos dice que el concepto de documento privado ha de construirse en contraposición al del público, de manera que todo instrumento que contenga una representación de la realidad y que no pueda calificarse de público, tendrá que considerarse como privado, sujetándose a sus especiales reglas, siendo que incluso –indica- será documento privado aquel que en principio siendo público se desmejore en su calidad como consecuencia de la incompetencia del funcionario público o por el incumplimiento de los requisitos legales de su otorgamiento; que documento privado es cualquier representación de la realidad aunque la misma falte la escritura o la firma de la parte o partes a quienes ha de perjudicar, aunque la firma de la parte ha de ser esencial en orden a la valoración del documento por el judicante, pues en principio es la que determinará su “autenticidad”; que la precitada “autenticidad” será consecuencia del “reconocimiento” de su paternidad por la parte, ya que en caso contrario los mismos no serán eficaces ni producirán efectos contra la parte a quien se les opone; que el reconocimiento puede ser expreso o confesorio y tácito, y ante el desconocimiento debe procederse al cotejo con aquellos indubitados que permitan determinar su autenticidad; en cuanto a su eficacia probatoria se tiene que una vez producido el reconocimiento del documento, el valor será tasado e igual al público, con fuerza probatoria sólo entre las partes y sus causahabientes –no afectando a terceros como el público- y **finalmente interesa en este punto señalar que aduce el precitado maestro citando la doctrina del Tribunal Supremo español que aún cuando no llegue a producirse el reconocimiento de los instrumentos privados, pueden ser valorados por el judicante siempre y cuando su contenido pueda ser corroborado con otros medios probatorios, incluso con los alegatos de las propias partes, lo que y como expondremos, se encuentra en sintonía con los criterios constitucionales y garantistas en materia probatoria, dejando la libertad –sana crítica-**

⁴²⁷ Valentín SILVA MELERO. Ob. cit. T.I. pp. 255 y ss.

⁴²⁸ Jaime GUASp. Ob. cit. T. I. p. 366.

de valoración probatoria en cabeza del judicante, quien no dependerá para otorgarle grado de convicción y servir para la verificación o confirmación de las afirmaciones de hecho institucionales realizados por las partes como fundamentos de sus pretensiones o excepciones, de ese reconocimiento expreso o tácito que es consecuencia de la propia tarifa legal que y como hemos dicho, riñe con el sistema constitucional y garantista actual, de manera que un instrumento privado que no lograra su “autenticidad” a través del mentado “reconocimiento” igualmente podría ser apreciado por el judicante en la sentencia correspondiente al poderse corroborar su contenido con otros medios probatorios, lo que es propio del sistema de **procedimiento orales**. En este sentido indica el autor citado [...] *El Tribunal Supremo, interpretando el art. 1.225 CC, ha sentado una doctrina que ha de considerarse como altamente positiva y así ha manifestado que los documentos privados no reconocidos no pierden su eficacia siempre que su contenido sea corroborado por otros medios probatorios o, incluso, por los resultados de las alegaciones formuladas por las partes. En definitiva, los Jueces pueden libremente apreciar el valor de los documentos privados no reconocidos a la luz de los demás elementos de prueba u otra naturaleza existente en la causa (STS 25. III. 88; 30. XII.88; 6.VII.89; 12.V.92).*⁴²⁹

GÓMEZ COLOMER también se expresa indicando que documentos privados son todos aquellos que no son públicos, donde no interviene en consecuencia el funcionario público, incluyendo a los documentos públicos defectuosos que se reducen a la categoría de privados; que su impugnación y sin perjuicio de la falsedad, se referirá a la carencia de “autenticidad”, de manera que producida la misma se procederá al cotejo mediante una prueba pericial con cualquier medio de prueba que se estime útil y pertinente al efecto; en cuanto a la valoración probatoria señala que igualmente está en función de su autenticidad, bien por reconocimiento expresa que de él haga la parte o tácito; que al producirse el reconocimiento su valoración probatoria o grado de convicción será igual al tasado y previsto para el público, pero sólo entre las partes y sus causahabientes; que respecto a los terceros la garantía de la fecha cierta se produce desde el día de la muerte de alguno de sus otorgantes o desde que haya sido entregado a un funcionario público.⁴³⁰

En la doctrina alemana SHÖNKE nos dice que el instrumento privado es aquel que no es público, el cual exige para su fuerza probatoria la autenticidad, que se obtendrá con el reconocimiento produciendo “fuerza probatoria formal” respecto a su autor cuando están firmados y debiendo valorarse tarifadamente, más cuando no están suscritos solo podrán apreciarse libremente por el tribunal; que respecto a la “fuerza probatoria material” debe ser considerada como la importancia que tenga el

⁴²⁹ José María ASECIO MELLADO. Ob. cit. Parte Primera. pp. 192 y ss. Ver igualmente Juan MONTERO AROCA. La Prueba en el Proceso Civil. p. 170.

⁴³⁰ Juan Luís GÓMEZ COLOMER. Derecho Jurisdiccional II. pp. 299 y ss.

documento para el tema probatorio, esto es, su pertinencia y relevancia para el acreditamiento de los hechos enunciados y debatidos en el proceso –decimos-.⁴³¹

En nuestro continente iniciemos con la doctrina argentina donde el maestro ALSINA nos dice que son instrumentos privados los producidos por las partes sin la intervención del funcionario público, los cuales pueden ser otorgados por ellas conjuntamente –contratos- o individualmente – correspondencias comerciales, cartas misivas, notas marginales, papeles domésticos, entre otros-; nos dice que no existe forma determinada para su redacción y pueden ser hechos en cualquier idioma y fechados en cualquier día, exigiéndose como únicos requisitos: 1. La firma de las partes, las cuales no pueden ser reemplazadas por signos ni por iniciales de los nombres o apellidos, constituyendo condición esencial para la validez, aunque la propia legislación permite la existencia y validez de instrumentos privados sin firma; 2. El otorgamiento de tantos ejemplares como partes haya con interés distinto, cuando el acto contenga varias convenciones bilaterales; que los instrumentos privados requieren de autenticación pues a diferencia del público carecen de ella y de fecha cierta, de manera que se hace necesario la determinación de su autoría mediante el reconocimiento de la firma, sea en forma voluntaria, expresa o tácita, incluso mediante apoderado si estuviere facultado expresamente para ello; nos dice que respecto a los instrumentos firmados por ciegos, la firma puesta por éstos carece de todo valor probatorio y en consecuencia no puede producirse su reconocimiento ni su comprobación, pero si el firmante veía cuando firmó y luego perdió la vista, aunque el reconocimiento no será posible, se admitirá la comprobación; respecto a los instrumentos firmados por incapaces, los mismos no serán admitidos para el reconocimiento, siempre que los firmantes no fueren capaces aunque sí lo fueran al momento de firmarlos, lo que no obsta para la comprobación de la autenticidad mediante otros medios, especialmente mediante el cotejo cuando el firmante hubiese sido capaz al tiempo de firmarlo; nos dice que la “comprobación” es el modo de la determinación de su autenticidad cuando la misma es desconocida por la persona a quien se le opone, bien mediante la prueba testimonial que recayendo sobre el tema de la firma en nada se ve afectado por la limitación del valor legal que estudiamos al tratar el tema de la prueba testimonial y que hoy como tarifa legal riñe con el tema constitucional y garantista que se presenta en materia probatoria, así como mediante la prueba de cotejo en el sentido no de comparación sino de prueba calígrafa, partiendo de documentos indubitados que ante su ausencia, permite al juez ordenar que la persona a quien se le atribuye la autoría del documento firme y escriba lo que le dicte bajo apercibimiento, para que ello sirva de documento indubitado; finalmente y en cuanto a la valoración probatoria, indica que una vez producido el reconocimiento por la parte a quien se le opone o declarado debidamente reconocido, tiene el mismo valor que el instrumento público entre quienes lo han suscrito

⁴³¹ Adolfo SHÖNKE. Ob. cit. pp. 221 y ss.

y sus sucesores; que respecto a la fecha cierta esta será entre ellas y sus sucesores a título universal la expresada en el documento en razón del reconocimiento, más en cuanto a los terceros o sucesores a título singular no tendrá fecha cierta sino mediante algunas de las situaciones previstas en la ley, como la muerte de sus otorgantes o alguno de ellos, la incorporación en un archivo público, entre otros.⁴³²

PALACIO señala que el documento privado es aquel que no se encuentra dentro del concepto de público, de manera que por vía de exclusión reviste aquel carácter todos los documentos provenientes de personas privadas, sean partes o terceros con relación al proceso en el cual se hacen valer; que para su valor probatorio es necesario el reconocimiento expreso o presunto de la parte a quien perjudique o a través de la práctica de cualquier otro medio de prueba; en cuanto a sus requisitos, indica que es menester diferenciar los “constitutivos” de los “dispositivos no escritos”, así como los “informáticos” o meramente “representativos”, los primeros que en cuanto a su validez se encuentran sujetos a la presencia de la firma de quienes lo han otorgado, que no puede ser reemplazada por signos ni por iniciales de los nombres y apellidos, debiendo contar con otro requisito en el supuesto que contengan convenciones perfectamente bilaterales, como lo es el ser redactados tanto originales como partes hayan con un interés diferente; los segundos –dispositivos no escritos- se ha considerado que son válidos aunque carezcan de firma, lo que únicamente es exigido a los constitutivos. Indica el precitado maestro en cuanto al reconocimiento –que recae sobre la firma- que una vez producido éste en forma expresa o tácita, incluso luego del procedimiento pertinente de comprobación cuando es desconocido, es suficiente para que el cuerpo del documento quede también reconocido, en cuyos supuesto el valor probatorio será el mismo que el atribuido por ley al público entre quienes lo han sucrito y sus sucesores, de manera que el reconocimiento conduce a la plena fe del documento privado, salvo que sea redargüido de falsedad por vía de pretensión civil o penal en lo que atañe a la verdad material de la relación de hechos en ellos contenida, incluso hasta simple prueba en contrario respecto a los hechos consignados en el mismo; que respecto a los terceros y sucesores a título singular los instrumentos privados reconocidos revisten la misma fuerza probatoria que los públicos recién a partir del momento en que adquieren “fecha cierta” por la exhibición en juicio, reconocimiento ante escribano, transcripción en cualquier registro público, fallecimiento de la parte que lo firmó o del que lo escribió, incluso de quien firmó como testigo.⁴³³

En el marco del sistema de procedimiento penal escribe JAUCHEN que el sistema de valoración de la libre convicción para la valoración de la prueba, descarta toda restricción o forma especial respecto al modo en que se debe probar la existencia o autenticidad del instrumento privado cuando éste es objeto

⁴³² Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. pp. 412 y ss.

⁴³³ Lino Enrique PALACIO. Ob. cit. T. IV. pp. 439 y ss. En los mismos términos pueden citarse a Aldo BACRE. Ob. cit. T. III. pp. 134 y ss; y a Jorge L. KIELMANOVICH. Ob. cit. pp. 292 y ss.

de prueba; como tampoco la eficacia probatoria que a éste se le debe otorgar cuando es medio de prueba en el proceso, de ahí la inexistencia de normas legales que regulen el tema. Lo dicho por el autor argentino resulta esencial para entender el sistema de procedimiento oral que rige en nuestro estado actual, no solo penal sino en otros ámbitos caracterizados por la existencia de la inmediación, concentración, gratuidad, publicidad, contradicción y libre valoración de pruebas, donde no resultan aplicables las reglas rígidas del sistema civil escrito y tarifado, no solo en cuanto al valor probatorio o de convicción judicial, sino también en cuanto a la forma de la determinación de su autenticidad, que no debe obedecer o limitarse al mero reconocimiento expreso o tácito y a la consecencial prueba de cotejo y subsidiariamente testimonial ante la ausencia de documento indubitado, pues precisamente y en el marco penal, como consecuencia de la presunción de inocencia que como derecho fundamental ampara al acusado, éste no tiene la carga procesal de desconocer expresamente el instrumento privado que se le oponga, mucho menos sufrirá la consecuencia de la falta de desconocimiento –reconocimiento omisivo como dice CARNELUTTI- de manera que es al sujeto que lo opone –acusador- a quien corresponde realizar la prueba de la autenticidad utilizando cualquier medio probatorio y al efecto, al proponer los medios de prueba correspondientes tendrá adicionalmente que proponer aquellos que sirvan para la verificación o comprobación de la autenticidad, que el mismo emana del acusado, so pena que el juez de Control inadmita tal medio probatorio por irregularmente propuesto, tomando en consideración lo dicho respecto a la presunción de inocencia que impide la producción de los efectos de la falta de desconocimiento del instrumento privado. En este sentido indica el precitado autor que [...] *Así, las normas contenidas en los artículo 1012 a 1036 del Código Civil, resultan en esas legislaciones aplicables, en principio, para la comprobación de los documentos privados. Pero aun en estos sistemas no podrán invocarse aquellas previsiones de la ley civil que importan la fijación tácita o ficta del algún hecho, lo cual no conculga con el objeto del proceso penal, Así, por ejemplo, el mero reconocimiento de la firma del documento que puede conducir a tener por reconocido el contenido del mismo como lo dispone el artículo 1028 del Código Civil. Como tampoco la obligación genérica de declarar en juicio si la firma del documento privado que se presenta contra una de las partes le pertenece o no, pues ello es inadmisibile frente a la garantía del imputado.*⁴³⁴ Vemos en consecuencia el tratamiento especial que en materia penal se presenta, tanto respecto al valor probatorio que no es ni puede ser tasada sino mediante la sana crítica, como en cuanto a la forma de la determinación de la autenticidad –autoría- no aplicándose las normas del reconocimiento civil y sus consecuencias, quedando en cabeza del acusador la carga de probar tal autenticidad, aún cuando no se produzca desconocimiento expreso.

En la doctrina colombiana comencemos con el maestro ROCHA ALVIRA para quien el instrumento privado es aquel que no es público, no autorizado por un funcionario público competente,

⁴³⁴ Eduardo M. JAUCHEN. Ob. cit. pp. 498 y ss.

sino tan solo por sus obligados, por dos o más contratantes quienes lo firman, bien de manera personal o a ruego cuando no se sabe o no se puede firmar, incluso cuando no estén firmados si su autor lo reconoce como tal, como sucede con asientos, registros y papeles domésticos, libros de comercio, asientos de corredores, notas escritas, firmadas o no, aquellas que se ponen al margen o dorso, incluso al pié de un documento firmado; que su valor probatorio solo se produce al obtenerse su autenticidad mediante el reconocimiento, que se presenta –indica- como una verdadera confesión de verdad sobre lo que dice el documento.⁴³⁵

Por su parte el maestro DEVIS ECHANDÍA nos enseña que el instrumento privado es aquel que no tiene carácter de público, sea o no auténtico, que puede ser firmado o no firmado –contraseña, libros de comerciantes, cartas o misivas, los boletos aéreos, los tiquetes de estacionamiento, transporte aéreo, marítimos, espectáculos públicos entre otros- auténtico o no auténtico; que para que el instrumento privado tenga eficacia probatoria es preciso su autenticidad mediante el reconocimiento, lo que en principio conduce a la necesidad de la existencia de su firma por el otorgante como requisito del mismo, aún cuando realmente existen y son válidos los instrumentos privados sin firma; que la firma realmente importa en cuanto a la eficacia probatoria pues los que la tienen son más propensos o facilitan la prueba de la autoría; que la firma es la signatura autógrafa del documento, cuando la persona escribe su nombre sea o no inteligible o los signos que habitualmente lo sustituyen para identificarse como el autor del acto jurídico documentado o para adherirse a él, incluso para dar fe de su otorgamiento como testigo actuario o para autorizarlo o autenticarlo como funcionario público; que respecto a la firma y a diferencia del instrumento público donde debe constar la de sus otorgantes y del funcionario público, en los privados no es esencial, pudiendo ser suplida por la confesión posterior de su autor o pos la prueba testimonial de quienes hayan presenciado su formación, incluso y siendo manuscritos no firmados puede suplirse la firma de su autor mediante el testimonio de personas que hayan presenciado cuando aquél lo hubiere manuscrito, también por prueba grafotécnica o grafológica sumada a indicios o testigos, por reconocimiento expreso o tácito; que existen documentos privados que no requieren firma e igualmente producen efectos probatorios, como los periódicos oficiales, gacetas, mapas, cuadros, planos; que la autenticación del instrumento privado puede obtener bien sin haberse manuscrito cuando se reconoce en confesión o expresamente por aquel contra quien se le opone y, cuando siendo manuscrito por su autor jurídico se prueba esta circunstancia por confesión o por testigos presenciales, incluso por grafología, por reconocimiento expreso o implícito; que en cuanto a la firma de documentos en blanco o con espacios sin llenar indica el maestro colombiano, que en el primero de los casos la legislación no obliga en el caso de los instrumentos privados –pues no opera en los públicos- que la firma y el contenido

⁴³⁵ Antonio ROCHA ALVIRA. Ob. cit. pp. 451 y ss.

del instrumento sean simultáneos, de manera que el instrumento puede extenderse en una firma en blanco para que luego por la misma persona que firmó o por otra, sea incorporada el texto que represente una declaración de carácter dispositivo, siempre que de ella no se abuse, pues de lo contrario cabría la tacha de falsedad –abuso de firma en blanco que se presenta como un caso de abuso de confianza- que por ejemplo podría probarse con testigos que declaran cual era el pacto respecto a lo que debía escribirse en el documento y respecto a los espacios en blanco para ser llenados, el instrumento quedaría perfeccionado cuando en los mismos se estampa la firma, aún cuando esté incompleto, como sucede con formularios de bancos, letras de cambio, cheques, pagaré, entre otros, de manera que en estos dos casos la estampación de la firma hace presumir como cierto su contenido.

Indica el maestro colombiano citado que el reconocimiento que determina la autenticidad del instrumento privado, puede ser expreso, implícito o ficto, lo que puede ser realizado bien por la misma persona que lo ha suscrito o por sus causahabientes, incluso por quien habría firmado a ruego de aquellos, reconocimiento que puede recaer tanto sobre instrumentos privados firmados como no firmados pero que sean manuscritos; que el reconocimiento también puede ser judicial, extrajudicial, espontáneo o provocado, este último que puede ser como consecuencia de un acto de posiciones juradas o de un interrogatorio de partes; importa destacar que y como comenta el maestro, la autenticidad del instrumento privado puede ser acreditado o demostrado por cualquier medio probatorio que produzca certeza, como es el caso de testimonios de personas que presenciaron su elaboración, por quienes fueron requeridos para firma a ruego, entre otros, lo que resulta relevante pues en nuestro sistema de procedimiento civil escrito se nos ha enseñado que el reconocimiento o autenticidad solo podrá obtenerse mediante la prueba de cotejo o subsidiariamente la testimonial, no permitiéndose otros medios, lo que riñe con un sistema probatorio constitucional y garantista, especialmente con el sistema de procedimiento oral, de manera que debe apostarse por un criterio aperturista que permita la demostración de la autenticidad del instrumento privado mediante cualquier medio probatorio, como testigos –sin limitación en función de la cuantía del asunto, no solo por resultar inconstitucional, sino por el hecho de no referirse a una convención sino a la demostración del hecho conexo de su autoría- confesión, indicios y lógicamente mediante la experticia grafológica; finalmente y en cuanto a la “valoración” probatoria y “fuerza” obligatoria del instrumento privado no auténtico, indica que el mismo carece de valor probatorio contra terceros y entre las partes, lo mismo que de fuerza obligatoria entre éstas y sus causahabientes, ya que mientras no se establezca la autenticidad no contendrá ninguna confesión extrajudicial de la parte contra quien se aduce o de su causante, pero una vez reconocido adquirirá el carácter de auténtico –documentos privado auténtico- y tendrá el mismo valor probatorio atribuido a los documentos públicos respecto a sus autores y de las personas a quines se hayan transferido las obligaciones y derechos de éstos, esto

último siempre que el documento tenga fecha cierta anterior a la transferencia de esos derechos; que como consecuencia de lo señalado, hace plena fe entre las partes y sus causahabientes a título universal o singular del hecho de haberse otorgado y de las declaraciones en él contenidas, incluyendo su fecha, el lugar de otorgamiento, las personas intervinientes y las declaraciones dispositivas y enunciativas directamente relacionadas con las primeras; que respecto a la “fuerza” obligatoria del documento privado auténtico es igual al que se produce en el público, obligando o vinculando a las partes y respecto a los terceros, aunque no se obligan deben respetar el acto jurídico documentado; que en cuanto al valor probatorio del documento privado auténtico respecto a terceros, se presente igual que en los públicos, haciendo plena prueba del hecho de haberse otorgado y de su contenido, pero no de su veracidad, con la diferencia respecto a la “fecha” de su otorgamiento, que contra terceros no será la que aparece en el documento privado, sino la de su autenticación o de la ocurrencia de alguno de los hechos que determinan la fecha cierta, aunque los terceros podrían atenerse a la fecha del documento si les conviniera; que el contenido del documento privado auténtico no forma plena prueba contra terceros, pero éstos no pueden desconocerlo a partir de la fecha cierta, en cuanto una de sus partes sea un persona distinta de quien lo aduce como prueba y con él se establezca una situación jurídica para el oponente; y respecto a la “fuerza” obligatoria de los instrumentos privados auténticos frente a terceros, si bien no los obligan ni pueden constituirse como mérito ejecutivo en su contra, no significan que no deben respetar y reconocer su contenido y la situación jurídica creada a favor de las partes del documento.⁴³⁶

PARRA QUIJANO muy similar a la definición anterior, expresa que el instrumento privado es aquel que no reúne los requisitos del instrumento público, careciendo en principio de valor probatorio entre las partes y no siendo oponible a terceros, a menos que se produzca su autenticidad, caso en el cual entre las partes y sus causahabientes será prueba demostrativa de las declaraciones consignadas en él, en tanto que y respecto a terceros el valor probatorio se producirá no respecto a la fecha del documento sino desde su autenticidad o en los supuestos donde se produce la fecha cierta; que respecto a la “fuerza obligatoria” la misma sólo se produce entre las partes y no se extiende a terceros –que no han intervenido en el mismo- quienes no obstante deben respetar el acto jurídico cuando se produce su autenticidad y fecha cierta.⁴³⁷

Finalmente en el estudio de la doctrina colombiana nos referiremos a lo escrito por FIERRO-MENDEZ quien al tratar el tema en el sistema de procedimiento penal y al igual que lo indica JAUCHEN para el caso argentino, la valoración de la prueba instrumental o documental privada no puede ser tasado

⁴³⁶ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. pp. 551 y ss.

⁴³⁷ Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. T. III. pp. 63 y ss. Igualmente en Manual de Derecho Probatorio. pp. 532 y ss.

ni le son aplicables las normas civiles, pues en el marco del procedimiento oral debe dejarse al juzgador la libre valoración de la fuente y del medio probatorio mediante la sana crítica.⁴³⁸

En Nicaragua el profesor ESCOBAR FORNOS nos define el documento privado como aquel que otorgan una o más personas sin intervención del funcionario público, así como en aquellos casos de escrituras públicas defectuosas por incompetencia del mismo o por falta en su forma.⁴³⁹

Entre nosotros comencemos como es lógico con nuestro antecesor y maestro Humberto BELLO LOZANO, padre del Derecho Probatorio venezolano quien nos dice al tratar de definir el documento privado que en nuestro ordenamiento jurídico no se consigue una definición al respecto, lo que obliga a elaborarlo por exclusión de los caracteres previstos en el artículo 1.357 del Código Civil para el documento público, debiéndose sustentar en dos puntos esenciales: a. Ausencia de funcionario público; y b. firma de los interesados, pues en los términos del artículo 1.363 *ejusdem*, resulta indispensable la suscripción por el obligado; que el documento privado puede ser -como el público- constitutivo, modificativo o extintivo, así como unilaterales o pluripersonales; que en nuestra legislación el documento privado auténtico o reconocido se asimila al público en cuanto se refiere al hecho material de las declaraciones, de manera que si bien goza de presunción de veracidad por lo que hace respecto a las declaraciones de las partes, en virtud de haber sido preconstituidas -redactadas *in tempore non suspecto*- de ninguna manera pueden considerarse como una prueba absoluta de la realidad de un hecho, desde el punto de vista de la certidumbre de la prueba; que en cuanto a la existencia del documento privado es necesario que esté firmado por la persona a quien se le opone, no pudiendo ser reemplazada la firma por una cruz, marca o sello, aunque el acto haya sido presenciado por testigos, tal como lo prevé el artículo 1.368 *ibidem* y lo exige el artículo 128 del Código de Comercio, sin perjuicio -como nos enseña- de la regulación legal de otros tipos de instrumentos también de carácter privado que no requieren firma y tienen valor probatorio, como sucede con los libros de comerciantes -artículo 1.377 del Código Civil- registro y papeles domésticos -artículo 1.378- las anotaciones puestas por el acreedor a continuación, al margen o al dorso de su título de crédito -artículo 1.379- las cartas misivas -artículos 1.371- y los telegramas cuando el original ha sido firmado por el remitente y en caso de no estar firmado, cuando se demuestre la autografía -artículo 1.379-; que el instrumento privado puede ser *ad substantiam actus* -como sucede en aquellos donde se hace constar las disposiciones constitutivas de una sociedad mercantil- o *ad probationem* tal como igualmente se presenta en materia de los públicos, así como imperfectos cuando los públicos no cumplen con los requisitos legales siempre que estén firmados -artículo 1.358- salvo que fueran *ad solemnitatem* donde no valdría ni el documento ni el acto jurídico como tal; que respecto al valor

⁴³⁸ Heliodoro FIERRO-MENDEZ. Ob. cit. p. 208.

⁴³⁹ Iván ESCOBAR FORNOS. Ob. cit. p. 188.

probatorio y conforme a la legislación vernácula resulta necesario la firma, la que permitirá la determinación de su autenticidad o paternidad mediante el reconocimiento; que respecto a la fecha cierta la cual se tiene desde el momento del otorgamiento y con efecto ante todos en los públicos, en los privados la situación varía por cuanto es obra exclusiva de quienes lo han elaborado, quienes en base a determinados intereses pueden dar fecha cualquier al documento, de manera y respecto a los terceros, la fecha cierta no será la plasmada documentalmente –que vincula a las partes salvo prueba en contrario- sino aquella producida por los acontecimientos señalados legislativamente en el artículo 1.369 cuando alguna de las partes que lo suscribieron hubiera muerto, hubiera quedado imposibilitado físicamente de escribir, cuando fuere copiado o incorporado en algún registro público, conste haberlo presentado en juicio o que ha tomado razón de él, que se ha inventariado por un funcionario público o archivado en oficina de registro competente, casos en los cuales el documento adquiere fecha cierta; que la autenticidad producida por el reconocimiento y que determina la fuerza probatoria del documento privado, puede ser preventivo –autenticación ante notario incluso mediante la preparación de la vía ejecutiva- o como consecuencia del curso de un proceso.

Nos dice BELLO LOZANO al diferenciar el documento público del privado y con un claro ejemplo, que mientras el primero es público desde el inicio y puede desmejorarse a la categoría de privado cuando incumpla con los requisitos legales y siempre que esté firmado, produciendo fuerza probatoria entre las partes y respecto a terceros, en el privado desde su nacimiento tiene tal carácter y nunca puede elevarse a la categoría de público ni siquiera con la autenticación –privado reconocido- como sucede en el caso de una venta de inmuebles mediante documento privado que no estando registrado aunque si notariado solo afecta y vincula a las partes y no a terceros, a menos que se produzca su posterior registro inmobiliario que genera su oponibilidad frente a éstos –terceros- sin que ello pueda considerarse como documento público –documento privado autenticado y registrado- de manera que en este caso el documento privado producirá respecto a los terceros los efectos previstos en el artículo 1.363 del Código Civil, más no los del artículo 1.359 referidos al documento público, lo que trae como consecuencia que dicho documento privado autenticado y registrado podrá ser atacado no por vía de tacha de falsedad –a que se refiere el artículo 1.380 y reservado al documento publico- sino mediante la prueba en contrario respecto a la verdad de las declaraciones de las partes. Finalmente y en cuando a la eficacia probatoria del documento privado nos enseña que a diferencia del público no lleva en sí mismo la prueba de su origen –autenticidad- al no contener evidencia cierta de su autoría, por lo que su autoría en los términos del artículo 1.363 se producirá al obtenerse el reconocimiento que no es más que la confesión expresa o tácita respecto a su paternidad por la parte a quien se le opone; que en caso de desconocimiento –respecto únicamente de la firma pues la impugnación del contenido bien puede hacerse vía tacha de falsedad o

mediante prueba en contrario- debe proceder a su comprobación mediante la prueba de cotejo y subsidiariamente la prueba por testigos y agrega, que puede suceder que la parte reconozca la firma y el contenido pero que aduzca que el mismo no es verdadero, que no corresponde a la verdad, caso en el cual y en los términos del artículo 1.363 se admite la prueba en contrario, de manera que de no desvirtuarse tal veracidad el judicante deberá darle valor probatorio al contenido plasmado y reconocido.⁴⁴⁰

El acedémico Allan-Randolph BREWER CARÍAS por su parte nos dice que con el nombre de instrumento o documentos privados se comprenden todos los actos o escritos que emanan de las partes, sin intervención del Registrador, el Juez o de otro funcionario competente y que se refieren a hechos jurídicos a los cuales pueden servir de prueba; que su condición esencial de existencia es la presencia de la firma de la persona a quien se le opone, sin perjuicio de aquellos documentos sin firma que la ley admite y otorga valor probatorio, así como en los casos de firma a ruego si la persona no pudiera o no supiere firmar.⁴⁴¹

Luego de haber realizado un recorrido por la doctrina probatorista y procesalista y llegado el momento de ofrecer nuestra **definición de documento e instrumento privado** como medio probatorio, diremos que es aquella cosa u objeto producto de un acto humano, especialmente de particulares –sin la intervención de ningún tipo de funcionario público, sin perjuicio del supuesto que se presenta cuando el funcionario público actuando en la elaboración de un documento no es competente o no se han cumplido los requisitos o solemnidades legales, donde el documento en caso de estar firmado, se degrada a la categoría de privado- capaz de representar un hecho jurídico que tenga significación probatoria, que puede ser “declarativo” –puro al contener la simple declaración de ciencia o constitutivo-dispositivo, cuando el acto constituye, modifica o extingue relaciones jurídicas- “representativo” –cuando no contiene declaración- *ad probationem* –realizado con la finalidad del acreditamiento del hecho en el futuro- o *ad solemnitatem* –también *ad substantiam actus* cuya existencia marca a su vez la del acto jurídico como sucede con la letra de cambio y el pagaré-; cuando esta cosa u objeto adopta la forma escrita, estaremos en presencia de un “instrumento privado”, el cual en los términos del artículo 1.363, es aquel escrito realizado por las partes sin la presencia del funcionario público en su nacimiento, que contiene la representación de un hecho jurídico con significación probatoria, que puede o no estar firmado por los mismos, cuya autenticación o determinancia de su autoría se produce como consecuencia de su reconocimiento –expreso o tácito- que le otorga eficacia probatoria -en principio y conforme a la ley de

⁴⁴⁰ Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. II. pp. 381 y ss. Igualmente pp. 435 y ss.

⁴⁴¹ Allan-Randolph BREWER CARÍAS. Consideraciones acerca de la Distinción entre Documento Público o Auténtico, Documento Privado Reconocido y Autenticado y Documento Registrado. En El Documento Público y Privado. Ediciones Fabretón. Caracas, sin fecha. pp. 275 y ss.

manera tarifada- respecto al hecho material de las declaraciones y a la verdad de su contenido, salvo que esto último sea destruido mediante prueba en contrario, con fuerza vinculante u obligatoria entre las partes –luego de producido dicho reconocimiento- y oponible a terceros en la medida que se produzca fecha cierta, quienes si bien no se obligan con el mismo deben respetar el contenido del acto jurídico a que se contrae. De la definición ensayada destacan las siguientes **características**:

- a. En la materia tratada y como lo hemos hecho en temas anteriores, se presenta la distinción entre “documentos privados” como toda cosa u objeto producto de un acto humano, especialmente de particulares –sin la intervención de ningún tipo de funcionario público- capaz de representar un hecho jurídico que tenga significación probatoria, sea declarativo o representativa y el “instrumento privado” como aquel cuando adquiere el carácter de escrito.
- b. El instrumento privado como especie del género documental se caracteriza por la intervención de las partes interesadas y sin la presencia del funcionario público, aún cuando éste en principio puede estar al momento del nacimiento del acto jurídico pero por razones de incompetencia o de incumplimiento de las formalidades legales, pierde el carácter de público y se desmejora a la categoría de privado en la medida que esté firmado entre las partes –artículo 1.358 del Código Civil-; igualmente la intervención del funcionario público en un acto posterior a la creación de instrumento privado, bien para autenticarlo o al producirse su registro, no lo eleva a la categoría de público, en tratándose en el primer caso –autenticado- de un privado reconocido y en el segundo –registrado- de un documento privado autentico y registrado, consecuencia de lo cual se extrae que el instrumento que nace privado muere privado, nunca puede elevarse a la categoría de público.
- c. El instrumento privado generalmente contiene la representación de un hecho jurídico con significación probatoria y puede o no estar firmado por los mismos por sus autores, pues en el marco de nuestra legislación la determinación del instrumento privado no viene dado por la firma, lo que es como tal un elemento relacionado con la eficacia probatoria al poder determinar su autoría, de manera que si bien en el instrumento firmado resulta menos complejo la determinación de su autenticidad –autoría- no significa que en aquellos ausentes o carentes de firma y meramente representativos no pueda producirse tal autenticidad, como en el caso se fotografías, mapas, planos, tiquetes, libros de comerciantes, notas marginales, papeles domésticos, telegramas, entre otros, donde la paternidad puede obtenerse por cualquier vía, sea por reconocimiento expreso o tácito de su presunto autor, mediante confesión producto de posiciones juradas, interrogatorios formales o libres, testigos y hasta indicios.

- d. La autenticidad –autoría- del instrumento privado se obtendrá a través de su reconocimiento expreso o tácito, incluso con la producción de cualquier tipo de medio probatorio al producirse su desconocimiento, lo que desde ya nos permite adelantar que si bien nuestro legislador ante el desconocimiento regula la prueba de cotejo –expertise grafológica- y subsidiariamente la testimonial, en el marco de un sistema constitucional y garantista, especialmente en el sistema de procedimiento orales, nada impide que pueda acudir a cualquier medio probatorio para la demostración o comprobación de su autenticidad.
- e. La eficacia probatoria del instrumento privado –también del documento privado- se adquiere en la medida que se produzca el reconocimiento, sin lo cual el mismo carece de todo valor probatorio y de fuerza obligatoria entre las partes. Luego al producirse el reconocimiento nuestro legislador le imprime al instrumento privado la misma fuerza probatoria que el público –lo que no significa que se asimile ni se eleve a tal categoría pública como explicamos- en lo que respecta al hecho material de las declaraciones, más no así a la verdad de las mismas, que amparadas por una presunción de buena fe pueden ser desvirtuada por prueba en contrario –cualquier medio probatorio- de manera que si se produce el reconocimiento y no existe prueba en contrario que destruya la verdad de las declaraciones, hará plena prueba –plena fe- tanto entre las partes como frente a terceros; pero y como lo hemos expresado al tratar los instrumentos públicos, esta regla tasada o tarifada riñe con el actual estado constitucional y garantista, que al establecer el derecho de acceso al sistema probatorio como derecho fundamental, nos permite afirmar la necesidad de rever esta tarifa legal de valoración para dar paso a la sana crítica del juez, lo que se traduce en el hecho que al producirse el reconocimiento del instrumento privado, el juez debe apreciar y valorar el mismo por las reglas de la lógica y la experiencia, corroborando su contenido con otros medios probatorios para en definitiva verificar los hechos afirmados, enunciados y controvertidos y llegar a la convicción judicial traducida en certeza no ausente de error.
- f. En sintonía con lo dicho expresamos que el reconocimiento –autenticidad- del instrumento privado trae también como consecuencia que el mismo tenga fuerza obligatoria entre las partes y respecto a terceros, éstos último en el entendido que si bien no quedan atados con el acto jurídico realizado entre las partes, no puede desconocerlo y deben respetarlo.
- g. El instrumento privado respecto a los terceros y en cuanto a la fecha cuenta no la expresa en el mismo sino aquella que se produce como consecuencia de su reconocimiento o de alguno de los eventos a que se refiere el artículo 1.369 del Código Civil y al cual nos referiremos posteriormente, de manera que será desde este momento que será oponible a dichos terceros,

quienes no obstante tienen el derecho en función a sus intereses de tener como tal la fecha señalada por las partes.

En nuestra legislación el tema del instrumento privado se encuentra regulado en el artículo 1.363 del Código Civil conforme al cual [...] *El instrumento privado reconocido o tenido legalmente por reconocido, tiene entre las partes y respecto de terceros, la misma fuerza probatoria que el instrumento público en lo que se refiere al hecho material de las declaraciones; hace fe, basta prueba en contrario, de la verdad de esas declaraciones.*” Como hemos indicado ya esta norma que realmente no nos ofrece una definición de instrumento privado y a la cual solo puede llegarse –según la mayoría de la doctrina citada- mediante el descarte de lo que no es un instrumento público, se refiere a la “fuerza probatoria” entendida erróneamente como grado de convicción judicial que debe imprimírsele al mismo, pero que realmente se refiere a la “fuerza obligatoria” lo que nos conduce inmediatamente –como lo hicimos en materia de instrumentos público- y con los solos fines de aclarar y no caer en el mismo confusionismo del legislador, a diferenciar lo que es la “fuerza probatoria” o “valoración probatoria” que se identifica con la “*plena fe*”, la “fuerza obligatoria”, la autenticidad y el “reconocimiento”, lo que haremos en el punto que sigue.

1.1. Fuerza probatoria, valoración probatoria, plena fe, fuerza obligatoria, autenticidad y reconocimiento en materia de instrumentos privados.

Como hemos venido señalando la norma contenida en el artículo 1.363 del Código Civil y referida a los instrumentos privados, en cuanto a su eficacia probatoria hace referencia a la figura de “fuerza probatoria” y remite al contenido de los artículos del mismo Código que tratan el tema del instrumento privado, sin indicar si tal remisión es en cuanto a la “fuerza o eficacia probatoria” propiamente dicha –valoración probatoria que viene dado por la denominación “plena fe”- o respecto a la “fuerza obligatoria” presentando un lamentable confusionismo que desde años se nos enseña en las universidades sin darle el debido tratamiento reposado. En este orden de ideas comencemos identificando nuevamente cada concepto, comenzando con la “fuerza o eficacia probatoria” también conocida como “valoración probatoria” y que es tratada en la legislación que regula la prueba en estudio como “plena fe” –artículo 1.359 y 1.360 del Código Civil, al cual hace remisión el artículo 1.363 en materia de instrumentos privados- que es un grado o medida de eficacia probatoria, la máxima eficacia probatoria que generalmente se conecta el sistema de la tarifa legal que rige en los procedimientos civiles de corte escrito, donde igualmente se presentan conceptos que identifican el grado o eficacia probatoria como “*plena prueba*”, “*semi plena prueba*” y “*principio de prueba*” –véase lo dicho en materia de instrumentos públicos-. Esta noción de “plena fe” que se identifica con la “plena prueba” –presente en los instrumentos privados y que en

teoría hace remisión el legislador cuando trata la instrumental privado en los términos del artículo 1363- propios del sistema de procedimiento escrito y del régimen de la tarifa legal como sistema de valoración probatoria, el cual aún existe en nuestra legislación civil aplicable en el procedimiento civil escrito y oral, incluso en todos los sistemas de procedimientos según la mayoría doctrinaria, debe desaparecer o exterminarse por insostenible, irritante y contrario al sistema constitucional y garantista, pues en el marco del texto constitucional que positiva el derecho de acceso al sistema probatoria y que se ubica en el marco de un sistema garantista, no pueden seguirse sosteniendo estos criterios de tarifación de la eficacia probatoria de los medios, así como los privilegios en cuanto a determinados medios probatorios y especialmente no puede fijarse de antemano el grado de convicción que los mismos deben surtir en el judicante a los fines del dictado de la sentencia, sobre todo cuando la actividad probatoria va dirigida a éste para la formación de esa convicción judicial libre y aplicando las reglas de la sana crítica,⁴⁴² de manera que los medios probatorios deben ser liberados de toda tarifa legal que pretenda maniatar al judicante, dejando a éste la absoluta libertad para formarse la convicción judicial que se traduzca en certeza más allá de toda duda razonable, lo que en materia instrumental tanto pública como privado –esta última de nuestro interés en este momento- debe traducirse en la plena libertad para darle valor probatorio respecto al acto documentado, lo que se conecta con la “autenticidad” y el “reconocimiento” y nos explicamos.

El grado de convicción judicial mediante la sana crítica que puede imprimírsele al instrumento privado para la confirmación de los hechos por comparación con las fuentes y llegar a la convicción judicial traducido en certeza, sin perjuicio que el instrumento se encuentre o no firmado, se producirá en la medida que se logro su “autenticidad”, que no es más que la determinación de la autoría del mismo y que generalmente vendrá dado por el “reconocimiento” en cualquier de sus especie, que no es más que y como dijimos la declaración de autoría o paternidad del documentos o instrumento a través de cualquier medio probatorio. Lo dicho inmediatamente nos remite a la noción de “fuerza obligatoria”, que se refiere a la vinculación u obligatoriedad jurídica que se deduce del acto o relación jurídica obligacional en él contenido, esto es, de las “declaraciones” vertidas por las partes y que opera únicamente entre quienes los suscriben y sus sucesores a título universal, no afectando en consecuencia a terceros que no han

⁴⁴² Lo dicho nos permite expresar que esa “plena fe” traducida en “plena prueba” como denominaciones propias de la tarifa legal, deben reverse y sustituirse para la sana crítica, a través del sistema del control de la constitucionalidad o de la reinterpretación constitucional; pero incluso y más allá de la mera enunciación o denominaciones que se le impriman, lo importante es entender que al momento de valorar la prueba el judicante no puede ser previamente amarrado por el legislador que le impone ese grado de convicción y lo que debe tener como cierto en materia instrumental para formarse la convicción; por el contrario –insistimos- el judicante debe tener plena libertad para apreciar, interpretar y valorar el contenido instrumental a los efectos de fijarse la convicción, lo que hará consciente de la autenticidad que se logre.

intervenido en el mismo, quienes no soportan los efectos jurídicos que de él se deducen, aunque y luego de lograrse la “autenticidad” mediante el “reconocimiento” que conduce a una “fecha cierta” –sin perjuicio del contenido del artículo 1.369 del Código Civil- deben respetar su contenido y efectos entre las partes sin poder desconocerlo

Dicho esto volvamos al punto inicial, pues el artículo 1.363 del Código Civil utiliza la terminología “fuerza probatoria” pero erradamente entendida como “eficacia o valoración probatoria”, como grado de convicción, haciendo remisión al respecto en cuanto [...] *al hecho material de las declaraciones*” al instrumento público, siendo lo cierto que esa vinculación a la que se contrae la citada norma cuando el instrumento privado es reconocido o se tiene legalmente por reconocido no es la mentada “eficacia probatoria” sino la “fuerza obligatoria” entre las partes y respecto a los terceros recaída en cuanto [...] *al hecho material de las declaraciones*”; como consecuencia de ello, el instrumento privado reconocido o tenido como tal tiene carácter o “fuerza obligatoria” tanto entre las partes como frente a terceros, éstos últimos que si bien no se obligan al producirse la fecha cierta por el “reconocimiento” que genera la “autenticidad” no pueden desconocer el acto jurídico realizado por las partes.

Pero y en cuanto al tema de la “eficacia probatoria”, tal como lo diremos en su momento la mentada norma –artículo 1.363- no contiene ninguna expresión al respecto, más concretamente no presenta una regulación de valoración tarifada y nos explicamos. Cuando dicha norma se refiere a “fuerza probatoria” es en el correcto entendimiento de “fuerza obligatoria” y no de eficacia identificado con la valoración; luego cuando la misma remite a las normas del instrumento público, por lógica y en cuanto [...] *al hecho material de las declaraciones*”, debemos remitirnos necesariamente a los artículos 1.359 y 1.360, los cuales no se refieren a la “fuerza obligatoria” sino a la “eficacia o valoración probatoria” al indicar en ambas la noción de “plena fe” que y como indicamos, se trata de grado de convicción tarifado, de manera que al no identificarse las nociones en comento nuevamente afirmaremos que la remisión que hace el legislador en la instrumental privado a la pública es solo en cuanto a la vinculatoriedad u obligatoriedad del instrumento entre las partes y respecto a terceros, no así en cuanto a la valoración –plena consecuencia de lo cual y en sintonía con el sistema de procedimiento constitucional y garantista, especialmente en el sistema oral, la prueba instrumental privada debe ser valorada por la sana crítica del juez, luego de producirse su autenticidad como consecuencia de su reconocimiento por cualquier medio.

En definitiva afirmamos que el contenido del artículo 1.363 solo se refiere a la “fuerza obligatoria” del instrumento privado y no a la valoración probatoria, salvo que se quiera seguir entendiendo errada y confusamente que la “fuerza probatoria” es sinónimo de “valoración o eficacia probatoria”.

2. REQUISITOS DE LOS DOCUMENTOS E INSTRUMENTOS PRIVADOS.

2.1. Requisitos de existencia.

2.1.1. Que contenga la representación de un hecho jurídico.

Hemos expresado que el documento privado es aquella cosa u objeto producto de un acto humano, especialmente de particulares –sin la intervención de ningún tipo de funcionario público- capaz de representar un hecho jurídico que tenga significación probatoria, que puede ser “declarativo” o “representativo”, que permita estampar circunstancias fácticas con significación jurídica y que sirvan para el futuro, lo que igualmente se traslada cuando el documento adopta la forma escritural y nos ubica en el mundo de los instrumentos capaces de representar hechos presentes, pasados o efectos para el futuro.

2.1.2. Que se encuentre firmado por sus otorgantes.

Se trata de otro requisito de existencia aunque no obligatoria, pues especialmente se refiere a los casos de instrumentos privados declarativos, pues cuando son representativos y estamos en el mundo de los documentos privados generalmente no hay firma de los mismos, sin perjuicio de su no necesidad en algunos instrumentos declarativos. En este sentido el artículo 1368 del Código Civil nos indica que [...] *El instrumento privado debe estar firmado por el obligado, y además, debe expresarse en letras la cantidad en el cuerpo del documento, en aquellos casos en que una sola de las partes se obligue hacia la otra a entregarle una cantidad de dinero u otra apreciable en dinero. Si el otorgante no supiere o no pudiere firmar, y se tratare de obligaciones cuya prueba se admite testigos, deberá estar suscrito por persona mayor de edad que firme a ruego de aquél, y además, por dos testigos*”. De la norma y lo dicho comencemos diciendo que en principio para la existencia del instrumento privado se hace necesario que esté firmado, pero esto es solo en teoría, pues no solo nuestro legislador regula instrumentos privados que careciendo de firma tiene eficacia probatoria, como sucede con las cartas misivas, telegramas, notas marginales, libros de comerciantes, papeles domésticos, entre otros, sino que cuando se trata de la forma documental generalmente no se encuentran firmados y ello no les resta eficacia probatoria. Luego el tema de la firma más que con la existencia del documentos y del instrumentos privado se conecta con la determinación de su “autenticidad” mediante el “reconocimiento” que resulta mucho menos complejo cuando se ubica la firma, pero que se identifica con la eficacia probatoria, de manera que sostenemos que no podemos seguir ubicando como requisito de existencia de un instrumento o documentos privados que esté firmado.

Pero ¿qué es la firma?

Se trata de la signatura autógrafa del instrumento, la escritura de los signos que utiliza su autor para identificar su paternidad o autoría, como el nombre o apellido, sea o no legible, cualquier otra señal escrita de su puño y letra que signifique que emana de él, sin perjuicio y como se ha dicho de aquellas firmas mediante otros medios mecánicos o manuales de cualquier especie que la sustituyan, como por ejemplo los sellos de caucho donde se copia la rúbrica, las firmas contenidas en sistemas computarizados –caso de las firmas bancarias- firmas digitales o firmas electrónicas, que si bien en puridad de verdad obedecen al concepto de firma o signatura autógrafa, permitan su reconocimiento y eventual determinación de autoría –autenticidad-.

Por otro lado y respecto al contenido de la norma citada, veamos que si el otorgante del documentos o instrumento no puede firmar o no sabe, puede pedir que otro lo haga a su ruego –firma a ruego- y con presencia de dos testigos, lo que será valido cuando se trate de obligaciones cuya prueba en razón del valor admite la prueba testimonial; pero y como indicamos en su momento, no podemos seguir sosteniendo esta limitación de la prueba testimonial en caso de obligaciones por determinadas cantidades o valor, por reñir con el sistema libre y constitucional, incluso garantista en materia probatoria al constitucionalizarse o positivarse el derecho de acceso al sistema probatorio. Consecuencia de ello es que al tratarse de firma a ruego, la prueba de la autenticidad mediante el reconocimiento de quien firmó y la declaraciones de testigos, cabrá perfectamente cualquiera sea el monto de la obligación, lo que deberá hacerse mediante el revés de la norma –artículo 1368 del Código Civil- mediante la reinterpretación constitucional y el control de la constitucionalidad al reñir con los artículos 2, 26, 49 y 257 constitucionales; pero también el reconocimiento del instrumento en estos casos y en cualquier otro donde no se ubique firma del obligado, podrá realizarse por cualquier medio probatorio incluyendo los indicios, confesión, declaración de parte, testigos, experticias, entre otros.

Finalmente y en cuanto al señalamiento de la cantidad en el cuerpo del documento cuando se trata de obligaciones dinerarias, su ausencia tampoco debe conducir a la inexistencia del documento, entrándose más bien de un tema de eficacia, de manera que la cantidad a entregar ante su falta de expresión en letras, perfectamente puede acreditarse por cualquier medio probatorio, ello en el marco del sistema constitucional y garantista que venimos sosteniendo y fomentando; volviendo a párrafos anterior, también diremos que aquello que la doctrina nos enseña de la no validez del documentos o instrumento privado cuando hay ausencia de firma o esta es suplida por huellas, sellos o marcas, entre otros, se nos antoja que también es un criterio retrógrado, irritante, inconstitucional y antigarantista, insostenible en la dinámica actual, pues no se trata de un tema de existencia o validez, sino de eficacia, pues en la medida que este tipo de distintivos que suplan a la firma puedan ser autenticados mediante el reconocimiento que nos indiquen la identidad o paternidad del mismo y su responsable, podremos atribuir eficacia

probatoria y fuerza obligatoria al mismo, por lo que nos separamos de la doctrina nacional y extranjera que rechaza tal situación.

2.2. Requisitos de validez.

2.2.1. Consentimiento del otorgante.

Siendo que el documento privado es un cosa u objeto producto de un acto humano, especialmente de particulares, donde consta un hecho jurídico con trascendencia en el futuro, resulta esencial para su validez el consentimiento libre o consciente de sus otorgantes, sin coacción de ninguna naturaleza y ausente de cualquier elemento que distorsione la libre voluntad de los sujetos.

2.2.2. Aportación procesal en forma legal.

Como todo medio de prueba judicial es necesario que su incorporación al proceso judicial se haga en la forma y conforme a los requisitos legales en cada caso, de manera que en los casos donde se admite el instrumento fundamental debe aportarse junto a la demanda o a la contestación según de ellos dimanen directamente o se deduzca la pretensión o excepción; pero en aquellos casos donde no se admite el precitado instrumento fundamental –según hemos visto al tratar el momento de la prueba- o no siendo estos de tal índole, en línea general el medio probatorio debe producirse en el lapso probatorio, sin perjuicio de lo que hemos dicho respecto a los medios que pueden producirse en alzada en el marco del sistema constitucional y garantista –remitimos al lector a la primera parte de este trabajo donde se trate el citado tema del momento de la prueba en los diferentes sistemas de procedimiento-. Pero también debemos destacar que el medio probatorio además de su oportuna aportación, debe ser propuesto en forma regular, debiendo en consecuencia cumplir con los requisitos de pertinencia, relevancia, idoneidad o conducencia, licitud, legalidad, identificación del objeto y demás requisitos que determinan su admisión e inmaculan al mismo, de manera que también se hace necesario que su tratamiento sea procesalmente adecuado, permitiéndose su control y contradicción, especialmente en el sistema de procedimiento oral, debiendo ser tratado verbalmente y en contradictorio o bilateralidad en la audiencia oral o probatoria, lo que no debe limitarse a la simple ratificación o reproducción, sino a su incorporación verbal en audiencia para su contradictorio –como indicamos- mediante su lectura o referencia al contenido, sin lo cual carecerá de aptitud para servir de elemento de convicción para la verificación o comprobación de los hechos institucionales debatidos en el proceso y que son presupuesto de las normas jurídicas que resultan aplicables al caso.

2.3. Requisitos de eficacia.

2.3.1. Que se haya producido su autenticidad.

A diferencia de lo que se presente en materia de documentos e instrumentos públicos donde su autoría –autenticidad- y como consecuencia de la intervención del funcionario público, viene determinado desde el mismo momento en que nace, de manera que se conoce en ciencia cierta los autores del mismo y su valor probatorio como consecuencia de esa autenticidad y del manto de certeza que le imprime la “fe pública” existe o se presume desde el inicio, solo siendo destruible mediante la tacha de falsedad y la demostración de la simulación –como lo vimos- en materia de instrumentos privados el tema es otro, pues su autenticidad ni se presume ni existe desde su inicio, sino que se obtiene como consecuencia de actos jurídicos posteriores y concretamente su “reconocimiento” sea en forma expresa o tácita, previa, posterior, extrajudicial o judicialmente; este reconocimiento es precisamente el elemento que determina la “autenticidad” del documento e instrumento privado, que demostrable por cualquier medio probatorio permite identificar el autor de los mismos y como consecuencia de ello produce tanto “fuerza obligatoria” entre las partes y respecto a los terceros, estos últimos en la medida que se produzca la fecha cierta, así como “fuerza o eficacia probatoria” para la acreditación de los hechos debatidos en el proceso, lo que en otras palabras podría permitirnos afirmar que sin la presencia del reconocimiento a causa de la autenticidad, el documento e instrumento en comento no tendrá ni “fuerza obligatoria” ni “valor probatorio”.

Pero la autenticidad como consecuencia del reconocimiento es un tema que se identifica con la eficacia probatoria tanto del documento como del instrumento privado, éste último que resulta de menor complejidad cuando es autógrafo o con firma, pues en aquellos casos de documentos representativos y no autógrafos o de instrumentos privados sin firma, de no producirse el reconocimiento expreso del mismo o en forma tácita, incluso de producirse su desconocimiento, tocará a su proponente la demostración –por cualquier medio probatorio- de la autenticidad del mismo, incluso, puede ser producto de actividades procesales como la experticia o la confesión judicial, entre otros medios, de manera que y a los efectos que nos interesa, como requisito de eficacia probatoria que permita al judicante apoyarse en la prueba documental o instrumental privado para la verificación o comprobación de los hechos afirmados por comparación con las fuentes propuestas a través de los medios, es necesario que se haya producido la autenticidad de los mismos a través del citado “reconocimiento” que no es más que la determinación de la autoría o paternidad del mismo, sólo así podrá servir como elemento de prueba para la convicción judicial.

2.3.2. Que produzca convicción judicial.

Se trata de un requisito más que del medio probatorio que estudiamos, de todos los medios –requisito de eficacia general o genérico- que se traduce en que el documento o instrumento privado contenga elementos que permitan al judicante verificar o comprobar hechos afirmados o negados en el proceso como fundamento de las pretensiones o excepciones, mediante el sistema comparatista de los mismos con esa fuente probatoria que se extrae del medio documental aportado en su oportunidad correspondiente, de donde el judicante pueda basar su convicción judicial traducido en esa certeza no ausente de falencia o error.

2.3.3. Que no exista prueba que lo desvirtúe.

Este requisito de eficacia está íntimamente ligado con los anteriores, especialmente respecto a la autenticidad mediante el reconocimiento, pues al producirse éste y en los términos del artículo 1.363 del Código Civil, en teoría y como explicamos oportunamente, se producirá la misma “fuerza probatoria” –entendido erradamente como “valor probatorio” aún cuando realmente se refiere a “fuerza obligatoria”- que el instrumento público, en cuanto al [...] *hecho material de las declaraciones?*, esto es, a que efectivamente sus autores realizaron esas declaraciones, lo que no comprende la verdad de las mismas que como consecuencia de la presunción de buena fe que rige en materia contractual, hasta tanto no se produzca cualquier medio probatorio que la desvirtúa –que demuestre que es un acto ficticio o simulado- también se tendría como cierto, vinculando a las partes y debiendo ser respecto por terceros.

En este sentido, si en el marco del proceso judicial el documento privado no es impugnado y se logró su autenticidad por el reconocimiento y de igual manera su contenido no ha sido demostrado en contrario, el judicante debe dar valor probatorio al mismo y su contenido; también si el instrumento privado no fue desconocido, habiendo sido desconocido se logra demostrar su autenticidad, sumado a que no se logró demostrar la falsedad de las declaraciones realizadas por las partes, incluso, de no haberse tachado de falso y demostrado su falsedad, el mismo será un instrumento de prueba útil que debe ser apreciado y valorado por el judicante.

¿Pero cómo puede desvirtuarse el documento y el instrumento privado? La respuesta resulta un poco compleja en el primer caso –documentos privados, sea cualquier medio que almacene palabras, imágenes o sonidos, DVD, VCD, pens drive, C-Rom, ipod, ipad, teléfonos android o cualquier dispositivo, videos, fotografías, entre otros-- pues nuestro legislador realmente se ha referido al caso de los documentos escritos o instrumentos –privados para el caso que nos ocupa- de manera que para el

cuestionamiento probatorio del medio necesariamente debe acudir a la figura genérica de la impugnación del mismo por parte de aquel contra quien se le oponga y luego de ello, será carga de su proponente quien deba realizar la prueba –cualquier medio- que permita la demostración de su autenticidad –sea testigos, experticia, confesión provocada, interrogatorio libre de partes, indicios, entre otros- sin perjuicio de su demostración con la proposición de medios probatorios adicionales junto con la producción del documento, que desde el inicio permitan la prueba de su autenticidad y sin aguardar la impugnación, como veremos más adelante, de manera que por esta vía de la impugnación puede cuestionarse bien el documento propiamente dicho –medio- lo que lo convertirá en tema de la prueba o su contenido –fuente-. Pero cuando estamos en el mundo de los instrumentos el tema cambio de tono, pues dependiente de lo que se impugne el legislador ofrece varias vías a saber: Si el tema a cuestionar es la firma, para ello debe procederse mediante el andarivel del “desconocimiento” que conducirá al cotejo y subsidiariamente a la testimonial, sin perjuicio que siendo esto consecuencia de la prueba tasada hoy inconstitucional, pueda acreditarse la autenticidad del mismo mediante cualquier medio probatorio; si lo cuestionado es el contenido por falsificación de firma, abuso de firma en blanco o alteraciones posteriores a su elaboración, debemos acudir a la tacha de falsedad a que se refiere el artículo 1380 del Código Civil, sin perjuicio que se tacha el acto mismo de reconocimiento cuando el instrumento es “autenticado” –privado reconocido-; finalmente si pretendemos atacar la verdad de las declaraciones realizadas por las partes que intervinieron en el instrumento, indistintamente que se haya producido previa o posteriormente su reconocimiento, en los términos del citado artículo 1.363, para la destruir la presunción de buena fe pueden utilizarse cualquier medio probatorio.

En definitiva y en lo que respecto a este apartado diremos que si no se ha producido en el proceso prueba alguna –por las vías señaladas que desvirtúen el documento o instrumento en su contenido o en sus declaraciones vertidas, el mismo deberá ser valorado otorgándole eficacia probatoria en la medida que logre demostrar hechos debatidos y convenzan al judicante del mismo.

2.3.4. Que se encuentre completo, sin alteraciones, raspaduras, tachaduras o mutilaciones, interregionados.

Se trata de otros requisitos de eficacia que como nos dice el maestro DEVIS ECHANDÍA deben distinguirse tres hipótesis a saber: Si no está completo, tiene alteraciones, raspaduras, tachaduras o mutilaciones, pero estas fueron “salvadas” por sus autores por medio de notas marginales, incluso con la sola firma de los mismos al final, tendrá valor probatorio y será valorable por el judicante, en caso contrario y en la medida que pueda afectarlo en forma tal que no permita la convicción judicial, deberá

ser desechado; si tiene interlineados o alteraciones materiales capaces de variar su sentido y no fueron salvados por las partes en la forma indica, en los términos de nuestro artículo 1.381.3 del Código Civil, puede dar motivo a la tacha de falsedad, pero de no haberse propuesto la misma en su momento, nos parece que se producirá un reconocimiento tácito de la situación y deberá ser valorado por el juez, sin perjuicio que pueda demostrarse la falsedad de la verdad de las declaraciones –no obstante el precitado maestro opina que debe ser desechado sin necesidad de tacha-; también cuando el documento aparece enmendado, raspado, roto o alterado pero ello no tiene influencia en lo sustancial del mismo, indistintamente de la impugnación o tacha podrá ser valorado por el juez, situación que queda a su criterio en cuanto a la afectación o no sustancial del contenido del mismo, por criterio en contrario si se produjo una afectación sustancial de su contenido, por lógica no debe ser valorado por el juez, ello sin perjuicio que ante esta situación el juez pueda corroborar o complementar el documentos o instrumento con otros medios probatorios, sumado al hecho que pueda servir como un indicio probatorio.⁴⁴³

3. TIPOLOGÍA DE LOS DOCUMENTOS E INSTRUMENTOS PRIVADOS.

3.1. Según su certeza.

En esta categoría tenemos que los documentos e instrumentos privados pueden ser **“auténticos”** o **“no auténticos”** lo que será consecuencia de su reconocimiento expreso o tácito, extrajudicial o judicial, de manera que insistamos que el instrumento privado nace sin su autenticidad, la que se obtiene con posterioridad al producirse el reconocimiento, situación ésta que le otorga **“valor probatorio”** y **“fuerza obligatoria”** entre las partes y respecto a terceros; pero a lo dicho es necesario distinguir la noción de documento e instrumento **“autenticado”** que es aquel que luego de realizado o formado por las partes, es llevado ante el funcionario público –generalmente los notarios- para que éstos lo autentiquen, es decir, que mediante la intervención de funcionario público las partes voluntariamente **“reconocen”** su autoría y como consecuencia de ello se produce su **“autenticidad”** lo que elimina que en el marco del proceso pueda desconocerse la firma, aunque puede tacharse el reconocimiento mismo y aportarse la prueba que demuestre la simulación, el dolo o fraude en cuanto a su contenido en los términos 1.382 del Código Civil.

⁴⁴³ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. pp. 584 y ss.

La “autenticación” de los documentos e instrumentos privados que y como dijimos solo se refieren al reconocimiento de la autoría del mismo, a que las firmas que aparecen en el mismo –de ser firmados- son de quienes así lo manifiestan ante el funcionario público –notario- no le otorga al mismo categoría de público, sino de simple privado reconocido, que perfectamente puede ser registrado y lo que tampoco le da tal carácter de público –recordemos lo dicho, el documento e instrumento que nace privado muere privado, nunca se eleva a la categoría de público- de manera que estaremos en presencia de un documento o instrumento privado reconocido, autenticado y registrado. También digamos para despejar todo tipo de duda, que si el documento o instrumento desde su inicio se produce en presencia y con la intervención del funcionario público competente y conforme a las formalidades de ley, aunque se le llame “autenticado” –como generalmente lo indican los notarios- estamos en presencia de un instrumento público y no privado.

Finalmente en este punto es interesante la posición –errada- que al respecto sostiene el académico Arístides RENGEL ROMBERG⁴⁴⁴ y correctamente cuestionada por uno de los mejores exponente de la materia, nos referimos al profesor Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA conforme a lo que sigue: [...] *En sentido contrario a este planteamiento encontramos la posición de Arístides Rengel Romberg, cuyo punto de vista podemos resumir de la siguiente manera: sostiene el mencionado autor que en Venezuela, al haber equivalencia entre instrumento público y auténtico en virtud de lo dispuesto por el artículo 1357 del Código Civil, y al no haber disposición legal alguna que condicione el acto de autenticación a si se realiza en la formación del instrumento o posterior a éste, entonces considera que aunque la autenticación se realice con posterioridad a la formación del documento, se tratará igual de un instrumento público o auténtico, y que resulta un contrasentido hablar de un instrumento privado auténtico. Sin embargo, como ya he mencionado, esta posición de Rengel Romberg no ha sido la adoptada por la doctrina, ni por la práctica forense nacional, que ha adoptado el principio fundamental en materia instrumental y que ya he tratado anteriormente: el instrumento que nace privado, continuará siendo privado, y su posterior autenticación no lo convierte en instrumento público. Así las cosas, el instrumento privado simple es aquel formado por las partes sin que haya operado el reconocimiento de la creación y origen de ese instrumento por parte de la persona con respecto a la cual se quiere hacer valer. El instrumento privado autenticado, en cambio, es aquel instrumento privado formado por las partes, y que luego es reconocido ante un notario.*⁴⁴⁵

3.2. Según estén o no firmados.

Ya hemos abordado el tema indicando que en general los documentos privados representativos carecen de firma y aún cuando en materia de instrumento la regla es que estén firmados, es el propio legislador

⁴⁴⁴ Arístides RENGEL ROMBERG. Ob. cit. T. IV. pp. 159 y ss.

⁴⁴⁵ Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA. Ob cit. pp. 473 y ss.

quien nos indica que existen instrumentos no firmados que tienen vocación probatoria para el acreditamiento de hechos controvertidos en el proceso, de ahí que puedan clasificarse en documentos e instrumentos **“firmados”** y **“no firmados”**.

3.3. Según su naturaleza.

Pueden ser “documentos” o “instrumentos”, los primeros que no adoptan una forma escrita sino se trata de cosa u objetos producto de actos humanos capaces de almacenar palabras, imágenes o sonidos –PIS- como fotografías, grabaciones, videos, sistemas computarizados, entre otros; pero cuando se produce su forma escritural estamos en presencia de instrumentos.

3.4. Según su naturaleza o contenido.

Pueden ser **“representativos”** y **“declarativos”**, los primeros que aquellos que contienen la representación de determinados hechos, pasados, presentes o futuros, provenientes de acto humanos o de la naturaleza, que pueden llevar al juzgador a la convicción sobre la ocurrencia, existencia o no de un hecho que se debata en el proceso judicial, tal como sucede con las fotografías, los planos, calcos, postales, mapas, signos, fichas, marcas, señas, contraseñas, entre otros. Por su parte los **“declarativos”**, son aquellos que contienen la declaración realizado por personas, tales como escritos, grabaciones, filmaciones, cintas, discos –normales o compactos- CD-ROM, DVD, VCD, pens drive, i-pod, i-pad, mensajes de datos o cualquier otro tipo cosa o objeto capaz de contener y reproducir declaraciones de ciencia o conocimiento, de carácter narrativas, constitutivos o dispositivos –cuando contienen actos de voluntad para producir determinados efectos jurídicos, como documentos, testamentos, donaciones-testimoniales o confesorios.

3.5. Según su función.

En atención a la función que cumple la prueba documental y especialmente la instrumental privada, se clasifican en **“ad probationem”** o **“ad solemnitatem –ad substantiam actus-”** el primero que es construido o formado con la sola finalidad de acreditar o demostrar el acto o hecho documentado, de manera que ante su ausencia el precitado hecho o acto puede acreditarse mediante otra forma; el **“ad solemnitatem”** por su parte se forma no tanto con la finalidad de la demostración del acto o hecho documentado, sino que en sí mismo es el acto jurídico, de manera que sin su existencia no solo inexisten

la prueba del mismo sino que y especialmente, no existe el acto jurídico, que por ley requiere de la existencia necesaria de un acto documentado, como con la letra de cambio y el pagaré por ejemplo. De esta manera según el instrumento sean fundamentales o esenciales, no solo para demostrar el hecho documentado –representado- sino para que el acto exista como tal, se habla de documentos o instrumentos “*ad probationem*”, donde el acto documentado existe y es válido, indistintamente de la existencia o no del documento o instrumento, el cual solo sirve para demostrar la existencia del hecho documentado; en tanto que se habla de documento “*ad solemnitatem*” cuando el documentado no solo sirve para demostrar la existencia del acto documentado, sino que sin su existencia, no habrá acto como tal.

4. EFICACIA O FUERZA PROBATORIA DE LOS DOCUMENTOS E INSTRUMENTOS PRIVADOS. LA FECHA CIERTA.

Insistamos que el documento y el instrumento privado a diferencia del público o auténtico, no goza de presunción de veracidad desde su formación –autenticidad- ello en virtud de la falta de intervención del funcionario público que le imprima “fe pública” y da certeza de su autoría, por el contrario, el documento e instrumento privado carece de “eficacia probatoria” y “fuerza obligatoria” hasta tanto no se produzca su “autenticidad” a través del “reconocimiento”, de manera que estas circunstancias no se obtiene desde su nacimiento sino como consecuencia de un acto jurídico posterior como lo es el precitado “reconocimiento”, por lo que si hacemos un símil podríamos decir que el “reconocimiento” generador de la “autenticidad” en el instrumento privado equivale a la intervención del funcionario público en el instrumento público o auténtico.

Pero ¿qué es el reconocimiento?

El reconocimiento es el elemento que otorga “eficacia probatoria” y “fuerza obligatoria” –esto último entre las partes y respecto a terceros- tanto al documento como al instrumento privado, mediante el cual se reconoce la paternidad o autoría y que en los términos de lo previsto en el artículo 1.364 del Código Civil, en principio recae sobre la firma del “instrumento”, pues es precisamente la firma el elemento identificador de la persona de quien emana o quien se obliga mediante el instrumento privado, ello no obstante –como hemos expresado- a que existen tanto documentos como instrumentos privados que tienen “eficacia probatoria” y “fuerza obligatoria” aún cuando carecen de firma, tal como lo veremos mas adelante. En este sentido la precitada norma nos dice [...] *Aquél contra quien se produce o a quien se exige el reconocimiento de un instrumento privado, está obligado a reconocerlo o negarlo formalmente si no lo hiziere, se tendrá igualmente por reconocido. Los herederos o causabientes pueden limitarse a declarar que no conocen la firma de su*

causante.” De la norma en comento sigamos diciendo que nuestro legislador al tratar el tema de la prueba que nos ocupa se refirió exclusivamente a su carácter escrito, a los instrumentos, dejando a un lado los documentos, de manera que en una interpretación amplia, constitucional y garantista al respecto, diremos que el “reconocimiento” que determina la “autenticidad” en principio se identifica –por falta de previsión de nuestro limitado legislador limitado- con la prueba instrumental firmada, dejando aún lado tanto la no firmada como la documental representativa propiamente dicha, éstas últimas también sometidas al régimen del reconocimiento y de la autenticidad para producción de “eficacia probatoria” y “fuerza obligatoria”.

De esta manera recordemos –como hemos dicho- que el tema del reconocimiento generador de la autenticidad, se identifica con el requisito de eficacia del medio probatorio, que aunque propio y menos complejo cuando se trata de un instrumento firmado, donde como tal el reconocimiento recae sobre la firma, tal circunstancia no es ajena a la instrumental no firmada y a los documentos representativos, sobre los cuales también debe recaer el tema del “reconocimiento” pero ya no sobre la firma; lo dicho nos permite afirmar que el acto de reconocimiento en la forma que veremos para generar la autenticidad y consecuencial “eficacia probatoria” y “fuerza obligatoria” se ubica en toda la gama de la prueba en comento, difiriendo solo respecto al objeto sobre el cual recae, siendo la firma cuando el instrumento privado es firmado y sobre el documento o instrumento, así como su contenido éste último cuando no está firmado. Dicho esto y considerando que el reconocimiento es el elemento que otorga tanto al documento como al instrumento privado –firmado o no- “eficacia probatoria” y “fuerza obligatoria”, que a diferencia del documento e instrumento público se presume su autenticidad y puede ser cuestionada mediante la tacha de falsedad, sin lo cual tendrá valor probatorio tarifado –según la legislación que rechazamos por inconstitucional- en materia de documento e instrumento privado –firmado o no, el valor probatorio se adquirirá en la medida que se obtenga su reconocimiento, sin lo cual carecerá de tanto de “eficacia probatoria” como de “fuerza obligatoria”, todo en los términos del artículo 1.363 del Código Civil al señalar [...] *El instrumento privado reconocido o tenido legalmente por reconocido, tiene entre las partes y respecto de terceros, la misma fuerza probatoria que el instrumento público en lo que se refiere al hecho material de las declaraciones; hace fe, hasta prueba en contrario, de la verdad de esas declaraciones.*”

Esta norma hemos dicho resulta errónea y tiende a confusión, primeramente por el hecho de confundir “eficacia o fuerza probatoria” con “fuerza obligatoria”, en el sentido que la vinculatoriedad o efectos que produce la prueba entre las partes, no es más que la señalada “fuerza obligatoria” que al producirse el reconocimiento del documento o instrumento tiene entre las partes y respecto a los terceros la misma que se le atribuye a los instrumentos públicos en lo que se refiere al hecho material de haberse realizado las declaraciones, no así en cuanto a la verdad de su contenido que puede ser destruido mediante

la utilización de cualquier prueba en contrario una vez que se ha “impugnado” el mismo por simulación, fraude o dolo –artículo 1.382- sin perjuicio de la tacha cuando se presenta el caso de abuso de firma en blanco –artículo 1.381.2.- pero en cuanto a su “valor probatorio” hemos sostenido que la norma en comento –artículo 1.363- pareciera hacer la remisión al contenido de los instrumentos privados –artículo 1.359 y 1.360- que se refieren a la terminología “plena fe” que se identifica con la eficacia o grado de convicción tarifado y pleno propio del sistema de procedimiento civil escrito.

En este orden de ideas y en cuanto a la prueba instrumental privada –firmada- que es la regulada por el legislador y que se identifica con el precitado reconocimiento de firma, el tratamiento que le ha dado nuestra doctrina al respecto es la que luego de producido el citado reconocimiento, tendrá “eficacia o fuerza probatoria” tarifada al igual que el instrumento público, sólo en cuanto al hecho material de las declaraciones –no sobre la verdad de las mismas- así como “fuerza obligatoria” produciendo efectos tanto entre las partes como respecto a terceros, que si bien no quedan obligados, no pueden desconocer el acto jurídico a que se contrae el documento. Esta situación que y como hemos dejado de manifiesto realmente no es así –producto del confusionismo de los conceptos y nociones señaladas- pues en definitiva conforme a las normas sustantivas y especialmente el artículo 1363 sólo hizo referencia a la “fuerza obligatoria” del instrumento privado firmado, no regulando el tema de la “fuerza probatoria”, lo cierto es que en el estado actual constitucional y garantista, siendo el derecho probatorio y la prueba judicial un tema constitucionalizado, no puede seguirse sosteniendo una tarifa legal para la valoración del medio en comento al reñir con las precitadas nociones constitucionales y garantistas, lo que nos brinda la oportunidad –como lo hicimos en materia de documentos e instrumentos públicos- de afirmar que debe dársele paso a la sana crítica, para que el judicante a través de las reglas de la lógica y la experiencia, una vez que se produzca la autenticidad del instrumento privado como consecuencia de su reconocimiento, pueda verificar los hechos enunciados y debatidos por comparación con las fuentes que contengan estos medios y crearse la convicción judicial sobre el tema fáctico debatido, de manera que producida la citada autenticidad, el judicante deberá –por sana crítica- confrontar la prueba instrumental con otros medios probatorios y en definitiva determinar si efectivamente sirvieron para acreditar o no los hechos y crear certeza jurídica no ausente de error.

Lo dicho es perfectamente trasladable al tema de los documentos privados y los instrumentos de esta naturaleza sin firma, que al producirse su reconocimiento y consecuentemente autenticidad, será valorables por el judicante a través de la sana crítica, produciendo tanto “eficacia probatoria” como “fuerza obligatoria” entre las partes y respecto a los terceros –en la forma indicada- en cuanto al hecho material de las declaraciones o de la representación en ellas contenida, sin perjuicio de la impugnación y

prueba en contrario para destruir la verdad de su contenido, aún cuando se haya producido el reconocimiento.

Resulta interesante y atinado para lo que venimos expresando lo dicho por el profesor NIEVA FENOLL, quien al tratar el tema de la “Valoración legal de los documentos privados” nos enseña que otro de los temas que nadie se atreve a cuestionar es el hecho de que deben tener valor probatorio los documentos privados no impugnados por ninguna de las partes en el proceso civil, lo que aparece más cómodo al no correr riesgo el judicante de extralimitarse incurriendo en incongruencia de no valorarlo – nuestro silencio- sumado al hecho que las partes podría confiar en la estabilidad de la documentación aportada, que permanecería inmodificable e irrefutable durante dato el proceso. Indica que lo anterior en principio fue una expresión del principio dispositivo, donde el judicante no podía ir más allá de lo que las partes pidieran a riesgo de incurrir en incongruencia o inconsonancia, para lo cual se pregunta cómo pudo llegarse tan lejos para determinar que podría consensuarse el dar por cierto un documento falso por el simple hecho de no haberse impugnado y operar el reconocimiento tácito, lo que no podía ser desconocido por el judicante quien en todo momento ampararía esta situación; que la discusión es antigua y trasciende a la problemática del documento, teniendo su origen – de hecho- en el brocardo *secundum allegata et probata*, con el *partium* o sin él, consistente en la circunscripción –o no- de la cognición del judicante a lo probado por las partes, que hoy día se presenta o manifiesta con el principio de “aportación de partes”, cuyo origen es el mismo de disposición de las partes a través de la confesión en juicio y de la transacción, que se acabaría mezclando con cuestiones probatorias por culpa –indica- precisamente de la errada concepción de la confesión.

Expresa el citado profesor español que esa posibilidad de que las partes acuerden que un documento es auténtico no es sino otra de las manifestaciones de la idea del “*partium*”, que impide la libre valoración probatoria en el sistema civil, pues en el marco penal –manifiesta- una conclusión probatoria semejante sería totalmente extravagante –chocante- al limitar la libertad de criterio del judicante, que por demás no tiene el más mínimo sentido –señala-; que en el marco del proceso civil tampoco existe justificación de mantener una tarificación valorativa de la documental privada por el simple hecho de producirse su autenticidad por el reconocimiento cuando no es cuestionada o desconocida la prueba, lo que evidentemente limita la libertad de valoración del judicante, resultándose antiepistémico que el juez deba verse vinculado por la supuesta realidad del documento, si el mismo claramente fuera falso, lo que podría suceder si las partes quisieran probar la existencia de un documento falso con la intención de perjudicar a terceros, valiéndose para ello del proceso judicial entre las mismas para que se declarara la autenticidad del precitado documento; que no se entiende que el judicante tenga facultad para rechazar por mala fe un allanamiento –convenimiento- que o haría prueba sobre la realidad del documento, y en

cambio tendría que aceptar sin más que el documento es auténtico cuando no es desconocido, teniendo como única alternativa –extrema- la declaración de falsedad penal; finalmente que [...] *en mi opinión, por tanto, las normas que prevén la indiscutibilidad de los documentos privados no discutidos son inoportunas, no sólo porque se vayan en contra del sentido común de las razones referidas, sino porque pueden amparar sonoros fraudes procesales que el juez debe tener una oportunidad más sencilla de prevenir. Por ello, estimo que esas normas sobre el valor legal de los documentos privados no deberían pasar de ser mera orientación para el juez. Es completamente cierto que, normalmente si las partes no discuten un documento, éste será auténtico. Pero no siempre. Por ello, que exista una suposición general de veracidad de estos documentos me parece absolutamente lógica y conveniente, para simplificar la materia probatoria en el proceso. Ahora bien, me parece excesivo que de ser una simple suposición orientativa se convierta en un mandato legal.*⁴⁴⁶

El profesor NIEVA FENOLL nos muestra otra cara del mismo problema que tratamos, esta vez analizado no desde la visión constitucional y garantista que hemos abordado para rechazar el tema de la tarifa legal en la valoración de la prueba documental, sino desde el prisma del razonamiento lógico y de la contrariedad para el judicante de verse limitado y tener que conformarse con la actividad procesal de las partes respecto a la prueba, que en base al principio dispositivo le impide desechar el medio y la fuente cuando ellas –las partes- ha aceptado el documento a través de un reconocimiento tácito, lo que igualmente lo interdicta para declarar su falsedad como consecuencia del precitado principio. Al efecto demuestra lo insostenible de este criterio que limita la libertad del judicante y apuesta en definitiva a la libre valoración del documento, criterio que compartimos e igualmente acogemos por constitucional y garantista.

En este orden de ideas y conforme a lo expresado por el profesor en comentario, para la valoración de la prueba instrumental privada y en aplicación del sistema de valoración a través de la sana crítica, deberán aplicarse las máximas de experiencia referidas a la coherencia, contextualización, corroboración y ausencia de comentarios oportunistas como elementos que permitirán su apreciación judicial y especialmente la interpretación de su contenido, partiendo de la *semiótica* –ciencia que estudia los signos, especialmente los indicios como expresión o función signíca que tiene un fundamento objetivo independiente del sujeto que lo interoreta, y guarda una conexión natural con el objeto a quien sustituye o representa-⁴⁴⁷ donde el tema fundamental a ser analizado será la contextualización. Así la *coherencia* sería analizado tanto desde un nivel global de todo el documento en su conjunto, como de las propias frases del texto, que será interpretada por el lector en base a su cultura o ideologías, así como en base a las equivalencias semánticas que contenga; la *contextualización* del escrito, referido al ambiente, lugar, modo y tiempo de su formación y redacción que permite interpretarlo correctamente en base a éstos factores, al

⁴⁴⁶ Jordi NIEVA FENOLL. La Valoración de la Prueba. pp. 314 y ss.

⁴⁴⁷ Lluís MUÑOZ SABATÉ. Introducción a la Probática. p. 108.

conocer el momento que se vivía o vivió al formarse el instrumento para conocer la finalidad e intención del contenido y su trascendencia jurídica.

Pero siguiendo con el tema que abordamos importa destacar también que una vez producido el reconocimiento de los documentos e instrumentos privados –con o sin firma- es la fecha en que aparece en ellos –no la del reconocimiento- la que regirá para las partes, en tanto que y respecto a los terceros, sin perjuicio que puedan aprovecharse de la indicada en los mismos y expresada a la voluntad de las partes, para ellos la fecha que contará será aquella del reconocimiento a cuando ocurra alguna de las eventualidades indicadas en el artículo 1.369 del Código Civil, que referidas a la “fecha cierta” analizaremos más adelante en este mismo punto, de manera que será desde este momento que será oponible a terceros.

Pero ¿cómo puede ser el reconocimiento?

El reconocimiento de los documentos e instrumentos privados, puede hacerse en forma “**voluntaria**” o “**judicial**”, la primera cuando el documento o instrumento es llevado ante el funcionario público competente para que se autentique –generalmente notario- para que las partes reconozcan ante el funcionario público que las firmas contenidas en el mismo, son de ellos, produciéndose así el reconocimiento de su autoría o paternidad, lo cual conlleva a que sea oponible a terceros y que no pueda ser posteriormente objeto de desconocimiento e incluso de tacha –como veremos- salvo que se tache el propio reconocimiento o que se hubiera hecho, con posterioridad al reconocimiento, alteraciones que lo modifiquen –artículo 1.381 del Código Civil-. En estos términos el artículo 1.364 del Código Civil señala, que aquel contra quien se produzca o a quien se le exija el reconocimiento de un instrumento privado, está obligado a reconocerlo o negarlo formalmente y si no lo hiciera, se tendrá por reconocido, reconocimiento que igualmente pueden hacer los herederos o causahabientes, quienes también pueden limitarse a señalar que no conocen la firma de su causante. El “reconocimiento judicial” es aquel que se produce en el marco de un procedimiento jurisdiccional cuando es aportado en su oportunidad legal y no es desconocido expresamente o, cuando habiéndolo sido es demostrada su autenticidad a través de los diversos medios probatorios producidos al efecto –cotejo como experticia grafológica, testigos, confesión, declaración de partes, indicios, entre otros-; pero el reconocimiento también puede ser “**expreso**” –del latín *expressus*- que es el que se hace en forma clara, patente, específica cuando la parte espontánea o provocadamente –por petición judicial para la preparación de la vía ejecutiva o mediante el reconocimiento vía principal- así lo manifiesta, bien sea en forma judicial o extrajudicial; “**tácito**” –del latín *tacitus*, de *tacere*: callar, callado, silencioso e impropiamente denominado implícito-⁴⁴⁸ cuando aportado al proceso judicial la parte a la que se le opone guarda silencio sin desconocerlo expresamente,

⁴⁴⁸ Véase a Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. T. III. pp. 80 y ss.

no ejerciendo la carga procesal al efecto, lo que también se produce cuando citado para el reconocimiento a los fines de preparar la vía ejecutiva o para el reconocimiento vía principal, guarda silencio, diferenciándose del “**facto**” –del latín *factus* que significa fingido- y que se produce cuando citada la persona a los fines del reconocimiento en los términos expresados, este no comparece produciéndose el reconocimiento o compareciendo asume una conducta evasiva; “**incidental**” cuando igualmente es llevado al proceso como medio probatorio a los efectos de su reconocimiento; y por “**vía principal**” lo que en nuestra legislación se realiza para la preparación de la vía ejecutiva a que se refiere el artículo 631 del Código de Procedimiento Civil que expresa [...] *Para preparar la vía ejecutiva puede pedir el acreedor, ante cualquier Juez del domicilio del deudor o del lugar donde se encuentre éste, el reconocimiento de su firma extendida en instrumento privado, y el Juez le ordenará que declare sobre la petición. La resistencia del deudor a contestar afirmativa o negativamente dará fuerza ejecutiva al instrumento. También producirá el mismo efecto la falta de comparecencia del deudor a la citación que con tal objeto se le haga; y en dicha citación deberá especificarse circunstanciadamente el instrumento sobre que versa el reconocimiento. Si el instrumento no fuere reconocido, podrá el acreedor usar de su derecho en juicio. Si fuere tachado de falso, se seguirá el juicio correspondiente si el Tribunal fuere competente, y de no serlo, se pasarán los autos al que lo sea.*” En esta modalidad también pudiera producirse el reconocimiento “tácito” cuando citado a los efectos del reconocimiento la parte fuera contumaz y no atendiera justificadamente al llamado del órgano jurisdiccional. Finalmente importa destacar el reconocimiento “**implícito**” que como expone el maestro PARRA QUIJANO del latín *implicitus*, se refiere a lo que está incluido en otra cosa sin expresarlo, produciéndose en aquellos casos donde la parte que produce un documento o instrumento privado para su reconocimiento por otro sujeto, “implícitamente” está reconociendo su autenticidad sin así expresarlo.⁴⁴⁹

Resumiendo lo dicho hasta ahora tenemos:

- a. La “eficacia o valor probatorio” del documento y del instrumento privado –con o sin firma- se adquiere en la medida que se produzca su “autenticidad” a través del “reconocimiento”.
- b. En principio y cuando se trata del reconocimiento de instrumentos privados firmados, el mismo recae sobre la firma de las partes, más cuando se trata de no firmados o de documentos representativos, igualmente hay presencia del reconocimiento pero respecto al acto jurídico como tal y al documento o instrumento propiamente dicho.
- c. El reconocimiento puede ser “voluntari” o “judicial”, “expreso” o “tácito”, por “vía principal” o “incidental”.
- d. Producido el reconocimiento del documento o instrumento privado, adquiere “eficacia probatoria” y deberá ser apreciado y valorado libremente –sana crítica- por el judicante para la

⁴⁴⁹ Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. T. III. p. 82.

formación de la convicción judicial, de manera que debe desterrarse el tema de la tarifa legal como sistema de valoración por reñir con el sistema constitucional y garantista que aplica en materia probatoria, todo lo que tiene aplicación y hasta tanto se produzcan las reformas que corresponda, a través de la reinterpretación constitucional de la norma sustantiva y procesal, incluso por medio del control de la constitucionalidad por colidir con los artículo 2, 26, 49 y 257 constitucionales.

- e. La producción de la “autenticidad” mediante el “reconocimiento” que permita la valoración probatoria de la prueba en comento, igualmente genera la noción de “fuerza obligatoria” del mismo tanto entre las partes como respecto a terceros, quienes no se obligan pero deben respetar y le es oponible el acto jurídico documentado. Luego la fecha del documento o instrumento a tomar en consideración varía entre las partes y respecto a terceros, los primeros que deben regirse por aquel que aparece en el medio probatorio, en tanto que los segundos solo le es oponible y la fecha a considerar es aquella donde se ha producido el reconocimiento o alguno de los eventos del artículo 1.369 del Código Civil, sin perjuicio y en función de sus intereses, que asuman la fecha que las partes fijaron en el medio probatorio.
- f. El “reconocimiento” que produce la “autenticidad” solo se refiere al hecho material de haberse realizado las declaraciones, no así en cuando a la verdad de su contenido que puede ser refutado, impugnado y demostrado en contrario –como consecuencia de la presunción de buena fe que la ampara- mediante cualquier medio.
- g. Quien se le presente un documento o instrumento privado –con o sin firma- como emanado de él, debe reconocerlo o desconocerlo y si no lo hiciere, se tendrá por reconocido, pero los herederos pueden limitarse a señalar que no conocen la firma del causante –cuando los instrumentos son firmados- a lo que agregamos que cuando no son firmados o son documentos representativos pueden igualmente limitarse a señalar que no tienen conocimiento del mismo, de manera que el reconocimiento y el desconocimiento pueden hacerlos las partes y sus herederos o causahabientes, pero también puede realizarlo el apoderado, así como aquel que a firmado a ruego.

Para terminar este apartado y respecto a la **fecha cierta de los documentos e instrumentos privados**, que precisamente es un tema que se refiere al “valor probatorio” y “fuerza obligatoria” frente a terceros, por lo que volvamos a repetir que la fecha a tomar en consideración difiere respecto a las partes y los terceros, los primeros que se obligan conforme a la fecha expresada en el medio probatorio, en tanto que los segundos la fecha oponible será aquella donde se produzca el reconocimiento en cualquier de las formas indicadas, sin perjuicio que asuman la fecha determinada en el cuerpo del

documento por las partes; pero también la fecha cierta respecto a tercero se produce cuando se sucede alguno de los eventos contenido en el artículo 1369 del Código Civil, momento a partir del cual la fecha será oponible a dichos terceros, siendo los mismos: a. Cuando alguna de las partes que firmó el instrumento haya muerto; b. Cuando alguna de las partes que firmó el instrumento haya quedado imposibilitado físicamente de firmar; c. Cuando el instrumento se ha incorporado o copiado en algún Registro Público; d. Cuando el instrumento se haya aportado en cualquier proceso judicial; e. Cuando del instrumento se ha tomado razón de él en el proceso, vale decir, se deja constancia de su existencia; e. Cuando el instrumento ha sido inventariado por un funcionario público; f. Cuando el instrumento se haya archivado en alguna oficina de Registro u otra competente.

Producido cualquiera de estos eventos y desde ese momento, esa fecha será la que cuenta a los efectos de terceros, no así entre las partes, donde la fecha que deberá ser tenida como tal, es la original, la contenida en el documento o instrumento desde que se elaboró, circunstancia ésta que evita el fraude a terceros por colusión o concierto entre las partes para perjudicarlos. Finalmente y conforme a lo previsto en el artículo 1370 del Código Civil, el no extender el instrumento privado en papel sellado ni el hecho de no haberse pagado los impuestos, no le resta eficacia probatoria, quedando a salvo las responsabilidad de las partes.

5. EL DESCONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS E INSTRUMENTOS PRIVADOS. RECONOCIMIENTO JUDICIAL POR VÍA INCIDENTAL. PROCEDIMIENTO.

El reconocimiento del medio probatorio que estudiamos y que conduce a su autenticidad que permite su “eficacia o valor probatorio” y “fuerza obligatoria”, hemos dicho que conforme a la noción limitada y ortodoxa de nuestro legislador, se relaciona directamente con el instrumento privado firmado, dejando a un lado el tema del no firmado así como del documento representativo generalmente no firmado, por lo que abordaremos este punto en relación a los instrumentos firmados y luego nos referiremos a las otras modalidades señaladas. En este sentido la parte a quien se le opone un instrumento privado como emanado de él, tiene la carga procesal de reconocerlo o negarlo so pena de tenerse como tácitamente por reconocido produciendo los efectos señalados, de manera que la forma de impugnación que ofrece el legislador para este tipo instrumental y sin perjuicio de otros andarriveles, es precisamente el “desconocimiento”, pero a **¿qué se refiere esto?**

Indicamos que el desconocimiento viene siendo una de las formas como puede impugnarse en el proceso judicial la prueba instrumental privada, que en principio y para los casos de instrumentos firmados recae sobre la firma, de manera que si lo que se pretende cuestionar es la firma, la vía procesal

será precisamente el desconocimiento, en tanto que si la firma resulta cierta y lo falso es el contenido del instrumento, dependiendo de lo que se cuestione podrá utilizar la vía de impugnación mediante la tacha de falsedad a que se refiere el artículo 1.381 del Código Civil o, la impugnación genérica para la aportación de cualquier prueba en contrario que desvirtúe la presunción de buena fe cuando se ataca la simulación, fraude o dolo respecto a la verdad de las declaraciones formuladas por las partes. Pero de haberse producido el reconocimiento voluntaria mediante la autenticación del documento ante notario, ya no podrá cuestionarse el mismo mediante el desconocimiento, aunque puede tacharse de falso el reconocimiento mismo por las causales a que se refiere el artículo 1.380 del Código Civil.

Pero ¿quiénes pueden desconocer los instrumentos privados y en qué oportunidad?

Par responder la primera de las interrogantes observemos que primeramente las partes son quienes tienen la carga de desconocer los instrumentos privados firmados, así como los sucesores o herederos del causante que firmó el mismo, quienes pueden limitarse a manifestar que desconocen la firma de su causante, lo que se traducirá en un desconocimiento del mismo tal y como lo permite el artículo 1364 del Código Civil en concordancia con lo previsto en el artículo 444 del Código de Procedimiento Civil, este último que expresa [...] *La parte contra quien se produzca en juicio un instrumento privado como emanado de ella o de algún causante suyo, deberá manifestar formalmente si lo reconoce o lo niega, ya en el acto de la contestación de la demanda, si el instrumento se ha producido con el libelo, ya dentro de los cinco días siguientes a aquel en que ha sido producido, cuando lo fuere posteriormente a dicho acto. El silencio de la parte a este respecto, dará por reconocido el instrumento.*” También se encuentran legitimados para desconocer los instrumentos privados los apoderados judiciales, sin necesidad de facultad expresa para tal acto por no requerirlo nuestra legislación ritual –artículo 154 del Código de Procedimiento Civil- y los defensores judiciales quienes tampoco requieren facultad expresa ni autorización judicial para ello.

Respecto a la segunda de las interrogantes planteadas y en cuanto a la oportunidad procesal para desconocer los instrumentos privados firmados, esto dependerá de la oportunidad de su proposición en el proceso judicial, pues como anotáramos en su oportunidad si la prueba instrumental privada es fundamental, debe proponerse en el libelo de la demanda, en tanto que si no es fundamental, solo puede aportarse en el lapso probatorio, siendo aplicable el contenido del artículo 444 del Código de Procedimiento Civil, que señala [...] *La parte contra quien se produzca en juicio un instrumento privado como emanado de ella o de algún causante suyo, deberá manifestar formalmente si lo reconoce o lo niega, ya en el acto de la contestación de la demanda, si el instrumento se ha producido con el libelo, ya dentro de los cinco días siguientes a aquel en que ha sido producido, cuando lo fuere posteriormente a dicho acto. El silencio de la parte a este respecto, dará por reconocido el instrumento.*” El desconocimiento de instrumentos privados no puede ser tácito ni presumirse, debiendo ser expreso, de manera que si se trata de una prueba instrumental privada aportada junto al libelo de la

demanda por ser fundamental, el desconocimiento debe realizarse en la contestación de la demanda; en tanto que si el medio probatorio es aportado en el lapso de promoción de pruebas, el desconocimiento deberá realizarse dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes a la publicación de las pruebas, por lo que si los medios probatorios promovidos son publicadas al día de despacho siguiente al vencimiento del lapso de promoción, ese día *–a quo–* no se computa y será al día de despacho siguiente cuando comience a computarse el lapso de cinco (5) días de despacho para desconocer el instrumento privado, todo en el entendido que de no desconocerse el instrumento privado en éstos tiempos procesales, el mismo quedará tácitamente reconocido produciendo “eficacia probatoria” y “fuerza obligatoria”, lo que aplica también para el caso de producirse el desconocimiento en forma extemporánea.

Negada la firma o declarada por los herederos no conocerlas, conforme a lo previsto en el artículo 445 del Código de Procedimiento Civil, el presentante del instrumento privado se encuentra en la carga de demostrar su autenticidad, sin lo cual quedará desechado el instrumento, para lo cual deberá promover la prueba de cotejo *–*expertise grafológica*–* sobre las firmas para demostrar su autenticidad. En este sentido la norma expresa [...] *Negada la firma o declarado por los herederos o causabientes no conocerla, toca a la parte que produjo el instrumento probar su autenticidad. A este efecto, puede promover la prueba de cotejo, y la de testigos, cuando no fuere posible hacer el cotejo. Si resultare probada la autenticidad del instrumento, se le tendrá por reconocido, y se impondrán las costas a la parte que lo haya negado, conforme a lo dispuesto en el artículo 276.*”

¿Cuál es el tiempo procesal para proponer el cotejo?

El cotejo *–*como señaláramos*–* debe ser propuesto por la parte presentante del instrumento privado, lo que generará una incidencia procesal regulada en el artículo 449 del Código de Procedimiento Civil, que expresa [...] *El término probatorio en esta incidencia será de ocho días, el cual puede extenderse hasta quince, pero la cuestión no será resuelta sino en la sentencia del juicio principal.*” Esta norma es la que regula el tiempo procesal de la prueba de cotejo, pero el legislador no señala en forma alguna el momento a partir del cual comenzará a computarse este lapso probatorio, de manera que pudieran presentarse dos escenarios, atendiendo a la oportunidad en que se ha producido el desconocimiento, a saber: Si el desconocimiento se produce en la contestación de la demanda por tratarse de un instrumento privado fundamental, podemos plantear dos oportunidades a partir de las cuales comienza a computarse el tiempo para proponer el cotejo, tales como son:

- a. Desde el día de despacho siguiente a desconocido el instrumento fundamental.
- b. Desde el día de despacho siguiente al vencimiento del lapso de emplazamiento.

En el primero de los casos nos topamos con el inconveniente que la contestación de la demanda puede producirse en cualquiera de los veinte (20) días de despacho del lapso para contestar la demanda, lo cual involucraría que el demandante tendría que acudir todos los días al tribunal, para verificar si se ha

contestado la demanda y si se ha producido o no el desconocimiento del instrumento privado fundamental, circunstancia esta que aboga por la segunda solución, que resulta mas correcta, constitucional y garantista de la seguridad jurídica, del derecho a la defensa y que evita el típico juego socio del proceso, ello no obstante a que resulta viable aplicar el primero de los criterios, pues la ley no dice nada al respecto y esto queda a criterio del juzgador, quien en todo caso debe garantizar los derechos constitucionales procesales de las partes, pero lo que si es cierto y que no se presta a criterios, es que el tiempo de la incidencia probatoria para el cotejo, se abre de pleno derecho y no requiere providencia alguna por parte del operador de justicia, aún cuando nos ha pasado y hemos sido sorprendidos por abogados ignorantes que solicitan al tribunal que les aclaren e indiquen el momento a partir del cual comenzará a computarse el lapso de la incidencia del cotejo, pero lo mas increíble es que los operadores de justicia del Área Metropolitana de Caracas, con mayor ignorancia le indican a las partes la oportunidad para ello, lo cual es aberrante pues esto es tanto como solicitarle al juzgador que nos indique cuando comienza a computarse el lapso de contestación de la demanda o el lapso para apelar, incluso imagínense que se le solicitara al superior que nos indicara cuando comienza a computarse el lapso para anunciar el recurso de casación o se le solicita al tribunal de instancia que nos indique cuando comienza a computarse el lapso de evacuación de pruebas o de informes. Lo cierto es que esta situación es propia del estado de ignorancia generalizado en más de una década de destrucción de nuestro pobre país por unos pocos enchufados.

Pero si el instrumento es producido en el lapso de promoción de medios probatorios, el desconocimiento debe hacerse dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes a la publicación de las pruebas –exclusive- y el lapso de la articulación probatoria del cotejo, comenzará a computarse al día de despacho siguiente al vencimiento del lapso para desconocer los instrumentos privados, aún cuando el desconocimiento se hubiere hecho en alguno de los cinco (5) días y no el quinto día, ya que debe dejarse transcurrir íntegramente el lapso conforme al principio de preclusión; en todo caso la incidencia del cotejo no paraliza el proceso, sino que discurre paralela al mismo y no se tramita en cuaderno aparte, sino en el mismo expediente. Por otro lado la incidencia será de ocho (8) días de despacho, los cuales pueden ser extendidos hasta quince (15), vale decir, ocho (8) mas siete (7) días de despacho, siempre que la extensión del lapso se haya solicitado antes del vencimiento de los ocho (8) días de despacho, incluso, el último de los ocho (8) días; esta incidencia no se decidirá en forma separada como sucede en materia de tacha de falsedad, sino que será resuelta en la sentencia definitiva como punto previo, pudiendo arrojar la peritación la autenticidad o no de la firma, todo en los términos del artículo 449 del Código de Procedimiento Civil que señala [...] *El término probatorio en esta incidencia será de ocho días, el cual puede extenderse hasta quince, pero la cuestión no será resuelta sino en la sentencia del juicio principal.*”

Resulta interesante destacar que en esta incidencia el legislador regula la carga de proponer los medios de prueba pertinentes –cotejo y subsidiariamente testigos- para la demostración de la autenticidad del instrumento privado desconocido y en la forma que veremos, lo cuales incluso deben ser evacuados en dicho lapso, pero siendo evidente su carácter breve y la imposibilidad de practicar el cotejo en dicho lapso, pues hay que designar los expertos, notificarlos, que se juramenten, señalar el día, la hora y el lugar en que realizarán sus actividades, para luego consignar el dictamen pericial, actividades éstas que por lo general no podrán realizarse en tan corto lapso, por lo que bastará que se realicen las diligencias necesarias para la designación de los expertos, su notificación y juramentación, para que se entienda que la parte ha cumplido con su carga procesal, indistintamente que el informe pericial sea consignado posteriormente, fuera del lapso de la articulación probatoria, lo cual no invalida la prueba, pues la única sanción será la imposición de multas a los expertos, de ser el caso y conforme a lo previsto en el artículo 469 del Código de Procedimiento Civil.

Estos criterios que expusimos desde el año 2005, sin la cita correspondiente y producto de la típica y mediocre envidia de los grises y acomplejados, fueron asumidos por el Tribunal de Casación conforme a la sentencia que transcribimos a continuación.

De conformidad con la doctrina y la jurisprudencia antes citadas, la articulación para la promoción y evacuación de la prueba de cotejo, o en su defecto la de testigos, se abre *ope legis*, sin necesidad de decreto del juez, en razón de lo cual no se requiere que el tribunal dicte un auto estableciendo que comenzó la referida incidencia. Por lo cual, esta Sala considera que el juez actuó acertadamente al considerar que una vez desconocido el documento se abre de pleno derecho la articulación probatoria.

Sin embargo, la Sala presenta serias dudas en cuanto al plazo tan breve de ocho (8) días prorrogable a quince (15), que el Código de Procedimiento Civil establece para la evacuación de la prueba de cotejo.

En efecto, el legislador en el referido artículo 449 del citado Código, no estableció distinción en cuanto al lapso para promover y evacuar la prueba de cotejo o de testigos, de lo que se deduce que cualquiera de estas actuaciones deberán realizarse dentro de ese plazo.

Lo anterior pone de manifiesto, que dichas pruebas se pueden promover en el último día de esa articulación, es decir el día ocho (8); pero entonces nos preguntaríamos ¿Cuándo se evacuaría la prueba de cotejo, si el lapso probatorio fenece el mismo día en que fue promovida la prueba?.

La Sala considera que al no hacer la distinción el legislador, en cuanto a los días para promover y evacuar la prueba de cotejo o la de testigos, mal podría hacerlo el intérprete, ya que en la ley se establece un único lapso para la promoción y evacuación de pruebas en la incidencia.

Por otra parte, se observa que en la mayoría de los casos es casi imposible que tales pruebas puedan evacuarse en este breve lapso debido a lo dilatado de su tramitación y dada la naturaleza de la prueba de cotejo y de testigos. Por tanto, al no ser posible la evacuación de la prueba en el corto plazo que establece la ley para la evacuación de la prueba destinada a probar la autenticidad del documento impugnado, resulta perjudicado el proceso, pues no cumple su finalidad de hallar la verdad y la justicia.

...omissis...

Tomando en consideración la precedente apreciación, esta Sala de Casación Civil estima que existen medios de prueba que dada su naturaleza no permiten su evacuación dentro del lapso establecido para ello. Por esa razón, esta Sala cree oportuno señalar que en los casos en los que la evacuación de la prueba se extienda más allá del lapso que establece la ley, esta debe ser igualmente apreciada en conformidad con principios y normas constitucionales que rigen el proceso. En efecto, las pruebas de experticias, inspecciones judiciales, las declaraciones de testigos, la reproducción judicial, la exhibición de documentos, entre otros, generalmente su evacuación sobrepasa el lapso concedido para ello, pero en aras de una justicia efectiva éstas deben ser incorporadas en el proceso, y el juez deberá apreciarlas como pruebas regularmente promovidas y evacuadas, pues la brevedad de los lapsos no es una razón contundente para que el juez desestime la prueba, y con ello lesione el derecho a la defensa, que tienen las partes de demostrar sus alegatos.

Por tanto, este Alto Tribunal considera que si el legislador no prohibió de manera expresa que la prueba tiene que evacuarse obligatoriamente dentro de la articulación, y que si allí no se reciben, las que se insertaren luego resultaren extemporáneas; es porque si no existe tal distinción en la ley, el intérprete tampoco debe distinguirla.

En este sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de fecha 8 de marzo de 2005, caso: Banco Industrial, expediente N° 03-2005, estableció:

...omissis...

Aunado a lo anterior, la Sala Constitucional dejó establecido que el desconocimiento de un documento privado (cotejo), comprende una experticia, la cual es una prueba de mucho peso, debido a su esencia y tramitación por lo que conforme a la jurisprudencia antes transcrita puede recibirse fuera del término probatorio, pues sería contrario al derecho de defensa de las partes, cercenarles tal derecho, concretado en el ofrecimiento de pruebas, creándoles la carga de promoverlas en los primeros días de la articulación de ocho días (de despacho), cuando la ley no distingue oportunidad dentro del término para promoverlas, ni ordena tal proceder.

Esta Sala de Casación Civil acoge los anteriores criterios, y establece que al no señalar el Código de Procedimiento Civil que estos medios de pruebas deban evacuarse obligatoriamente dentro de la articulación, debe interpretarse que la tramitación de la experticia e inspección judicial, entre otros medios de prueba, que deban ser evacuadas en una incidencia, podrán sustanciarse en un plazo mayor, en cuyo caso corresponderá al sentenciador fijarlo atendiendo la naturaleza y necesidad de la prueba, tal como fue establecido por la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal; sin embargo, dicho lapso en ningún caso podrá exceder el de evacuación ordinario establecido en la ley. Además, bajo estas circunstancias, la parte debe haber promovido el medio probatorio en el lapso de la incidencia.

En consecuencia, la Sala modifica el criterio sostenido en la decisión del 8 de noviembre de 2001, caso: Bluefield Corporation C.A., c/ Inversiones Veneblue c.a., expediente N° 596 y las que se opongan al establecido en esta decisión, y en lo sucesivo deberá considerarse que la tramitación de esos medios de prueba podrá efectuarse en un plazo mayor, siempre que el medio probatorio halla sido promovido en el lapso de la incidencia. Por tanto, los jueces de instancia están obligados a ponderar cada situación para fijar el plazo que para la evacuación de la prueba, aun cuando la misma haya sido promovida en el último día de la articulación probatoria, ya que la posibilidad de promover pruebas en el juicio,

incluso incidentalmente, es una manifestación del derecho de defensa.

⁴⁵⁰(Resaltado nuestro).

En la incidencia probatoria el proponente del instrumento debe promoverse la prueba de cotejo –experticia grafológica- señalando en el mismo acto el instrumento cierto o indubitado que deberán utilizar los expertos para la realización de la en cuestión, pues el cotejo como experticia grafológica se realiza conforme a las normas que regulan la prueba de experticia, considerándose como instrumentos indubitados, conforme a lo previsto en el artículo 448 del Código de Procedimiento Civil, los siguientes:

- a. Los instrumentos que las partes reconozcan como tales, de común acuerdo.
- b. Los instrumentos firmados ante un Registrador u otro funcionario público.
- c. Los instrumentos privados reconocidos por la persona a quien se atribuya el que se trate de comprobar, pero no aquellos que ella misma haya ,negado o, no reconocido, aunque precedentemente se hubieran declarado como suyos.
- d. La parte reconocida o no negada del mismo instrumento que se trate de comprobar.

De esta manera el artículo 447 del Código de Procedimiento Civil expresa [...] *La persona que pida el cotejo designará el instrumento o los instrumentos indubitados con los cuales debe hacerse.*”, y por su parte el artículo 448 *ejusdem* dispone [...] *Se considerarán como indubitados para el cotejo: 1° Los instrumentos que las partes reconozcan como tales, de común acuerdo. 2° Los instrumentos firmados ante un Registrador u otro funcionario público. 3° Los instrumentos privados reconocidos por la persona a quien se atribuya el que se trate de comprobar, pero no aquellos que ella misma haya ,negado o, no reconocido, aunque precedentemente se hubieran declarado como suyos. 4° La parte reconocida o no negada del mismo instrumento que se trate de comprobar. A falta de estos medios, puede el presentante del instrumento cuya firma se ha desconocido o si se ha declarado por los herederos o causahabientes no conocerla, pedir, y el Tribunal lo acordará, que la parte contraria escriba y firme en presencia del Juez lo que éste dicte. Si se negara a hacerlo, se tendrá por reconocido el instrumento, a menos que la parte se encuentre en la imposibilidad física de escribir.*”. Si no es posible obtener un instrumento indubitado para la realización de la experticia grafoténica, podrá solicitarse al tribunal que fije un día y hora, sin necesidad de notificación –las parte se entiende a derecho- para que el presentante del instrumento cuya firma se ha desconocido, comparezca al tribunal para que escriba y firme en presencia del operador de justicia, lo que éste dicte, en el entendido que la negativa a hacerlo producirá –por la conducta rebelde y obstruccionista que es un indicio probatorio- que se tenga por reconocido el instrumento –reconocimiento implícito-; si el desconocimiento es consecuencia que los

⁴⁵⁰ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, N° RC-00774, de fecha 10 de Octubre de 2.006, con ponencia de la magistrado Isbelia Josefina PEREZ VELAZQUEZ, expediente N° 2005.000540. Este criterio fue ratificado por esta ilustre jurista en decisión N° 766, de fecha 24 de octubre de 2007.

herederos manifestaron no conocer la firma del causante o simplemente –de conocerla- la desconocieron y/o la parte que desconoció el instrumento se encuentra imposibilitado para firmar, incluso tratándose del defensor judicial quien desconoce el paradero de su defendido, de no existir instrumento indubitado, podrá demostrarse eventualmente la autenticidad de la instrumental privada desconocida, mediante la prueba de testigos, advirtiéndose que dicha prueba –testimonial- solo es viable ante la falta de instrumentos indubitados y la imposibilidad de obtener uno en la forma antes señalada, esto es, con la comparecencia de la parte para que escriba y firme lo que le dicte el juez, sin que le sean aplicables las normas sobre la admisión de dicha prueba –testimonial- respecto a lo cual nos hemos pronunciado sobre su inconstitucionalidad.

De lo dicho colegimos inmediatamente que ante el desconocimiento y como expresamos, nuestro legislador limitado y ortodoxo solo ofreció como vías para demostrar la autenticidad del instrumento privado firmado y desconocido, el cotejo –experticia grafológica- y subsidiariamente a falta de instrumento indubitado y de imposibilidad que la parte firme y escriba –por ejemplo que haya muerto- la prueba testimonial, lo que se presenta como una limitación inconstitucional y antigarantista contrario al derecho de acceso al sistema probatorio, que nos permite afirmar que la autenticidad del instrumento en comento podrá producirse en la incidencia que estudiamos mediante la aportación de cualquier medio probatorio, sea experticia, testimonial, confesión, declaración de partes, indicios, medios libres o cualquiera idóneo y conducente al efecto. Finalmente y como indicamos la decisión sobre la autenticidad del instrumento, será como punto previo en la sentencia definitiva, donde se tendrá por reconocido si se demostrara su autenticidad, imponiéndose las costas a quien hubiera desconocido el instrumento reconocido posteriormente, siendo aplicables las normas de la experticia –que estudiaremos en otro momento- cuando se proceda al cotejo.

Pero y como hemos dicho el tema del desconocimiento, el cotejo y subsidiariamente la prueba testimonial, solo fue limitativamente prevista por nuestro infeliz legislador para el tema del instrumento privado con firma, dejando por fuera el tema de los no firmados y de documentos representativos, para lo cual insistiremos que también le son aplicables las normas sobre la autenticidad, reconocimiento y desconocimiento, especialmente las oportunidades procesales para el reconocimiento o desconocimiento y la incidencia de cotejo para la demostración de su autenticidad cuando es desconocido, donde podrán utilizarse cualquier medio probatorio para tal efecto sin limitación alguna, todo conforme a los criterios constitucionales y garantistas que sostienen nuestro trabajo.

6. RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE DOCUMENTOS E INSTRUMENTOS PRIVADOS POR VÍA PRINCIPAL.

Sin perjuicio de la preparación de la vía ejecutiva a que se refiere el artículo 631 del Código de Procedimiento Civil, el reconocimiento judicial de documentos e instrumentos privados con o sin firma puede hacerse por vía principal, caso en el cual, será tramitado por el procedimiento ordinario, observándose las reglas del reconocimiento incidental, antes analizadas, tal como lo dispone el artículo 450 del Código de Procedimiento Civil que señala [...] *El reconocimiento de un instrumento privado puede pedirse por demanda principal. En este caso se observarán los trámites del procedimiento ordinario y las reglas de los artículos 444 a 448.*”

7. TACHA DE FALSEDAD DE INSTRUMENTOS PRIVADOS. PROCEDIMIENTO.

Veámos que la forma de impugnación de los instrumentos privados firmados es mediante el desconocimiento –que recae sobre la firma- sin perjuicio que ello también aplica para los documentos representativos e instrumentos privados no firmado; que la tacha de falsedad procede cuando lo que se pretende cuestionar es su contenido, a menos que se tache el reconocimiento mismo por los motivos de tacha de instrumentos públicos y sin perjuicio de la prueba en contrario cuando se ataca la verdad del contenido de las declaraciones de las partes por simulación, fraude o dolo, donde no cabe tacha de falsedad por señalamiento expreso del legislador –artículo 1363 y 1382 del Código Civil-. Respecto a la tacha de falsedad, puede proponerse por cualquiera de los motivos –enunciativos- a que se refiere el artículo 1381 *ejusdem* como son:

1º. FALSIFICACIÓN DE FIRMA. Se encuentra regulada en el artículo 1.381.1 del Código Civil, el cual dispone [...] *Cuando haya habido falsificación de firmas.*” Se trata de una falsedad material.

2º. FIRMA EN BLANCO. Se encuentra regulada en el artículo 1.381.2 del Código Civil al señalar [...] *Cuando la escritura misma se hubiere extendido maliciosamente, y sin conocimiento de quien aparezca como otorgante, encima de una forma en blanco suya.*” Se trata de una falsedad más que material, de corte ideológico o intelectual, pues el contenido extendido maliciosamente y luego de una firma en blanco, pretende atribuírsele a su otorgante, para que produzca determinados efectos jurídicos.

3º. ALTERACIONES MATERIALES. Se encuentra regulada en el artículo 1.381.3 del Código Civil que expresa [...] *Cuando en el cuerpo de la escritura se hubiesen hecho alteraciones materiales capaces de variar el sentido de lo que firmó el otorgante.*” También se trata de una falsedad material.

Estas causales de tacha de falsedad de los instrumentos privados, no pueden alegarse y no podrán desconocerse los mismos luego de su autenticación o reconocimiento voluntaria, salvo que se tache el reconocimiento mismo por cualquiera de las causas no taxativas a que se refiere el artículo 1.380 del Código Civil o, que se hubieren hecho en los instrumentos alteraciones materiales luego del reconocimiento, que varíen su sentido, de manera que y siguiendo con el análisis de la impugnación de la prueba por instrumentos y su eficacia probatoria, debemos puntualizar que en el medida que el instrumento privado adquiera su reconocimiento o se produzca su reconocimiento, bien sea en forma judicial o voluntaria, expresa o tácita, incluso implícita, el instrumento tendrá “eficacia probatoria” y “fuerza obligatoria” entre las partes y respecto de terceros, de manera que en caso de impugnación, tendrá que demostrarse su autenticidad, bien mediante la prueba de cotejo o eventualmente de testigo cuando aquella sea imposible, para el caso de desconocimiento de la firma o mediante cualquier prueba idónea y pertinentes conforme al criterio constitucional y garantista expresado, lo que se extienda al caso de la tacha de falsedad.

La tacha de falsedad a diferencia del desconocimiento, no se refiere a la impugnación de su autenticidad o paternidad identificada limitativamente con la firma, sino mas bien del contenido –salvo el caso de la falsificación de firma- especialmente por tratarse de una firma en blanco, donde la firma resulta cierta pero el contenido ha sido colocado posteriormente, en forma maliciosa y sin el conocimiento del firmante o burlando su buena fe, de manera que se trata de un abuso de firma para colocar hechos jurídicos que no han sido consentidos por el otorgante, incluso que puede desconocer; o por tratarse de alteraciones o modificaciones realizadas en el cuerpo de la escritura luego de ser firmado o incluso autenticado, por lo que la firma resulta cierta o auténtica, pero el contenido, los hechos jurídicos documentados han sido alterados sustancialmente, producto de modificaciones en el cuerpo del instrumento capaces de variar su sentido, lo que se traduce en que dependiendo de lo que pretende cuestionarse en el documento o instrumento privado, la vía para su impugnación –en sentido general- será el desconocimiento –generalmente de la firma- o la tacha –contenido- sin perjuicio de la prueba en contrario por simulación, fraude o dolo.

Pero ¿cual será el procedimiento a seguir en materia de tacha de falsedad de instrumentos privados?

La respuesta nos las brinda el artículo 443 del Código de Procedimiento Civil que señala [...] *Los instrumentos privados pueden tacharse por los motivos especificados en el Código Civil. La tacha deberá efectuarse en el acto del reconocimiento o en la contestación de la demanda, o en el quinto día después de producidos en juicio, si antes no se los hubiese presentado para el reconocimiento, o en apoyo de la demanda, a menos que la tacha verse sobre el reconocimiento mismo. Pasadas estas oportunidades sin tacharlos, se tendrán por reconocidos; pero la parte, sin promover expresamente la*

tacha, puede limitarse a desconocerlos en la oportunidad y con sujeción a las reglas que se establecen en la Sección siguiente. En el caso de la impugnación o tacha de instrumentos privados, se observarán las reglas de los artículos precedentes, en cuanto les sean aplicables.” Como observamos la oportunidad legal para proponer la misma, es la siguiente:

- a. Si se trata de un instrumento privado fundamental aportado junto al libelo de la demanda, la oportunidad preclusiva para tachar de falso el mismo, será en la contestación de la demanda.
- b. Si se trata de instrumentos privados no fundamentales y que deben ser aportados en el lapso de promoción de pruebas, la tacha podrá proponerse dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes a la publicación de las pruebas exclusive.
- c. Si se trata de un reconocimiento por vía principal, la tacha podrá proponerse en la misma oportunidad del reconocimiento, esto es, en la contestación de la demanda.
- d. Si la tacha versa sobre el reconocimiento mismo, dado que el supuesto que indica el artículo 1.381 del Código Civil, se refiere al reconocimiento mediante acto auténtico, vale decir, cuando se produce la autenticación del instrumento privado, lo cual involucra que no se refiera la norma al reconocimiento tácito sino expreso, la oportunidad para producir o proponer la tacha, será en las mismas señaladas, de manera que si se trata de un instrumento autenticado fundamental, en la contestación de la demanda; si se trata de un instrumento autenticado no fundamental y que deberá proponerse en el lapso de promoción de pruebas, la tacha podrá proponerse dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes a la publicación de las pruebas exclusiva.

De producirse la tacha en tiempo oportuno y en cualquiera de los casos indicados, su tramitación y decisión será idéntica a la de instrumentos públicos en cuanto les sean aplicables, lo que ha sido analizado en otro momento y al cual remitimos al lector. Finalmente indiquemos que en materia de tacha de instrumentos privados al igual que en materia de instrumentos públicos o auténticos, conforme a lo previsto en el artículo 1.382 del Código Civil, la simulación, el fraude y el dolo, no son motivos de tacha, sino de las acciones *-rectius:* pretensiones- o excepciones respectivas para obtener la nulidad del acto simulado, fraudulento o doloso, procediendo en estos casos la utilización de cualquier medio probatorio que demuestren tales circunstancias.

8. DOCUMENTOS E INSTRUMENTOS PRIVADOS SIN FIRMA.

Seguimos expresando que nuestro limitado e infeliz legislador patrio en general solo hizo regulación del tema de los instrumentos privados firmados, dejando a un lado los no firmados y los documentos representativos, especialmente en cuanto a la exigencia de la firma como requisito de “existencia” de tal medio probatorio y en cuanto al reconocimiento y desconocimiento, aún cuando fuera el mismo quien

previera otra tipología de documentos e instrumentos sin firma que tienen carácter de privado, al cual le son aplicables las normas sobre la autenticidad para su “fuerza probatoria” y “fuerza obligatoria”. En este sentido existen instrumentos privados que aún cuando no contienen la firma, constituyen medios probatorios eficaces cuya autenticidad podrá obtenerse también por el reconocimiento pero conforme a la noción amplia, flexible y garantista, más aún constitucional que hemos expuesto, mediante la utilización de cualquier medio probatorio como experticia, confesión, declaraciones testimoniales, de partes mediante interrogatorios, el reconocimiento del mismo por sus otorgantes, indicios entre otros, estando constituidos los mismos por las cartas misivas, libros de los comerciantes, papeles domésticos, notas puestas por el acreedor a continuación, al margen o al dorso del título de crédito, entre otros y a los cuales nos referiremos a continuación.

8.1. Cartas misivas.

Las cartas misivas se encuentran reguladas en el artículo 1.371 del Código Civil, constituyendo instrumentos privados que pueden o no estar firmados, provenientes de las partes o de terceros, por medio de las cuales pueden comunicarse en forma escrita, utilizadas en el ámbito de las relaciones jurídicas; se trata de instrumento privados que es utilizado con la finalidad de comunicarse en forma escrita, que puede contener hechos jurídicos que sirvan de elementos probatorios o principio de prueba por escrito –según la tendencia ortodoxa de la prueba tarifada- que ayudarán a formar la convicción del operador de justicia, por lo que en la medida que se trate de comunicaciones escritas dirigidas entre las partes o de una de las partes a un tercero, contentiva de hechos jurídicos relacionados con la controversia al cual es aportado, estaremos en presencia de una carta misiva,⁴⁵¹ todo en los términos de la precitada norma que expresa [...] *Pueden hacerse valer en juicio como prueba o principio de prueba por escrito, las cartas misivas dirigidas por una de las partes a la otra, siempre que en ellas se trate de la existencia de una obligación o de su extinción, así como de cualquier otro hecho jurídico relacionado con los puntos que se controvertan. El autor de la carta puede exigir la presentación de ésta a la persona a quien fue destinada o ésta producirla en juicio para los efectos mencionados.*” Como observamos de la norma las cartas misivas –por lo menos cuando son enviadas entre las partes- sirven para la demostración o acreditamiento de hechos enunciados y controvertidos en el marco de un proceso judicial cuando se refieran a la existencia de obligaciones o de su extinción, así como cualquier hecho jurídico relacionados con el tema debatido en el proceso según las pretensiones o excepciones, en otras

⁴⁵¹ Así el maestro Humberto BELLO LOZANO conceptúa las cartas misivas como [...] *documentos privados que pueden proceder de las partes que litigan o de tercero. En el primer caso después de reconocidos, hacen plena prueba contra su autor; y, en el segundo, pueden ser consideradas como testimonios o simples indicios; pero en todo caso, se les da el valor de simples documentos.*” Ob. cit. T. II. p. 406.

palabras, como fuentes probatorias que propuestas oportunamente sirven para la verificación o comprobación por comparación con los hechos institucionales debatidos en el proceso, para formar la convicción judicial traducido en certeza no ausente de error; pero también apreciamos que sujeto a la tarifa legal que ha regido en materia probatoria y especialmente documental e instrumental, se asocia las cartas misivas con la noción de principio de prueba por escrito que sirve como punto de partida para la demostración de un hecho, por hacer verosímil lo alegado –artículo 1.392- y que emana de aquel a quien se le opone, pero que por sí sola es incapaz de acreditar un hecho, lo que hoy día resulta insostenible por resentirse con los postulados constitucionales y garantista al positivarse el derecho de acceso al sistema probatorio, tal y como lo hemos venido sosteniendo, de manera que reiteramos la necesidad de exterminar toda noción de tarificación en materia probatoria, como sucede con este principio de prueba por escrito que es reminiscencia de este sistema propio del procedimiento civil escrito, que no tiene cabida en el estado actual del asunto probatorio.

Dicho esto y para el análisis de este medio probatorio, para que sea capaz y sirva para acreditar hechos debatidos en el proceso por ser fundamento de las pretensiones o excepciones, indiquemos que debe partirse del supuesto de sus autores y destinatarios, para lo cual estas cartas misivas pueden ser elaboradas y dirigidas entre las partes de una de ellas a terceros o entre terceros. Veamos cada caso y su tratamiento legal.

8.1.1. Cartas misivas entre las partes.

En el proceso judicial y conforme a lo previsto en el artículo 1.371 del Código Civil antes transcrito, pueden hacerse valer como prueba –fuente- y descartando la noción de principio de prueba por escrito, las cartas misivas dirigida por una de las partes a la otra, siempre que ellas contengan o traten de la existencia de una obligación o de su extinción, así como de cualquier hecho jurídico controvertido en el proceso, de manera la carta misiva dirigida entre las partes, servirá como prueba de los hechos debatidos en la medida que contengan la demostración de cualquier hecho jurídico constitutivo, extintivo, impeditivo o modificativo que sea controvertido en el proceso, que contenga la existencia o extinción de la obligación discutida, descartándose por inconstitucional y garantista, insistimos, esa noción retrógrada del principio de prueba por escrito, cuando no refiriéndose a la existencia o extinción de una obligación o directamente a un hecho controvertido en el proceso, en forma indirecta se refieran a ella, haciendo viable, verosímil o creíble el hecho debatido judicialmente, pues en este caso y como tal podría considerarse meramente como un indicio contingente que requerirá de otros para el acreditamiento del hecho que se trate.

En estos casos y tratándose de un instrumento privado, debe ser aportado en el lapso probatorio –promoción- si no es de carácter fundamental, pues de lo contrario deberá acompañarse junto al libelo de la demanda, pudiendo cualquiera de las partes en el proceso –que la tenga consigo- aportarla al mismo o exigirle a la otra que la presente, utilizando al efecto la mecánica de exhibición de documentos al cual nos referiremos más adelante. Estas cartas misivas dirigidas entre las partes, deben estar referidas a hechos debatidos en el proceso judicial, especialmente a la existencia o extinción de la obligación reclamada o sencillamente a los hechos constitutivos, extintivos, impeditivos o modificativos que se debatan, pues si su contenido es ajeno a éstos elementos, estaremos en presencia de cartas misivas “confidenciales”, las cuales a tenor de lo previsto en el artículo 1.373 del Código Civil, no pueden ser publicadas en el proceso, sin el consentimiento del autor y de la persona a quien se dirige, de manera que si la carta es de carácter confidencial, al momento de su proposición debe aportarse igualmente la autorización de los sujetos que intervinieron en la misma, sin lo cual la referida prueba -medio- carecerá de eficacia probatoria alguna, incluso afirmamos que ante la ausencia de la prueba que demuestre el consentimiento, la carta deberá ser declarada inadmisibile, ya que el requisito del consentimiento no solo afecta la eficacia, que es asunto a resolverse en la sentencia de mérito, sino a la propia admisibilidad, dado que el consentimiento es un requisito de la promoción y admisión de la prueba; en este sentido la precitada norma señala [...] *Las cartas misivas de carácter confidencial, es decir, en que no se trata de los asuntos expresados en el artículo 1.371, no pueden publicarse ni presentarse en juicio, sin el consentimiento del autor y de la persona a quien fueron dirigidas.*”

Para la determinación del carácter o no confidencial de la carta, es necesario que el proponente cumpla con la identificación del objeto de la prueba, pues solo en la medida que manifiesto los hechos que pretende probar y analizando el contenido de la misma, es que podrá determinarse su confidencialidad o no, lo que dependerá del tema controvertido para conocer si era o no necesaria la prueba del consentimiento. De lo dicho tenemos que las cartas confidenciales son aquellas que contienen hechos jurídicos cualquiera, no relacionados con el tema controvertido en el proceso, que no contienen la existencia o extinción de las obligaciones reclamadas, que no se refieran a hechos constitutivos, extintivos, impeditivos o modificativos, a hechos institucionales afirmados o negados en lo que se fundamenta la pretensión o excepción, la acusación o la defensa que se discute en el proceso judicial, en cuyo caso y conforme a lo previsto en el artículo 1.374 del Código Civil, deberán ser desestimadas en el proceso y cuando fueran publicadas sin el consentimiento de su autor o destinatario, dará lugar a que puedan ejercerse las reclamaciones pertinentes por violación del secreto a la correspondencia epistolar o postal.

En cuanto a la eficacia probatoria de las cartas misivas producidas en el proceso, cuando son dirigidas entre las partes se aplica el contenido del artículo 1.374 del Código Civil que señala [...] *La fuerza*

probatoria de las cartas misivas producidas en juicio, se determina por las reglas establecidas en la Ley respecto de los instrumentos privados y de principio de prueba por escrito; pero carecerán de valor las que no estén firmadas por la persona a quien se atribuyan, salvo que hubieren sido escritas de su puño y letra, y remitidas a su destino. El Juez desestimará las que se hayan presentado en contravención con la Ley, sin perjuicio de los derechos que correspondan al agraviado por violación del secreto debido a la correspondencia epistolar.” De la norma en cuestión se aprecia claramente ese criterio de la tarifa legal que criticamos y que choca con el sistema probatorio actual constitucional y garantista, donde se hace remisión a la “fuerza probatoria” de los instrumentos privados a que se refiere el artículo 1363, que y como indicamos más bien se trata de “fuerza obligatoria” entre las partes y respecto a terceros y que al producirse su reconocimiento que conduce a su autenticidad, pero sólo respecto al hecho material de las declaraciones, en teoría tendría la misma “fuerza probatoria” –plena fe- que se le imprime al instrumento público, de manera que y respecto a la verdad de las declaraciones vertidas, amparadas por la presunción de buena fe, podría ser destruidas mediante prueba en contrario en los casos de simulación, fraude y dolo.

Lo dicho también nos permite afirmar que en el estado actual del asunto y conforme a la norma en estudio, el valor probatorio de las cartas misivas regidas por las normas del instrumento privado – artículo 1.363- que remite al público –artículos 1.359 y 1.360- sólo aplica cuando están firmadas por la persona a quien se le atribuya, salvo que estén a puño y letra del mismo y remitidas a su destino, de manera que las cartas misivas sin firmas y elaboradas por cualquier medio diferente al impreso, incluso redactadas a puño y letra, carecen de valor probatorio. Esta situación que pudiera “justificarse” por lo limitado de nuestro legislador patrio y por el momento que se vivía cuando el Código es redactado, quien no sería previsivo –como en otros casos- respecto a los avances futuros de la tecnología y de las formas de comunicación, deja lógicamente de lado los actuales medios de comunicación electrónicos que simplemente dejan en letra muerta la previsión legal identificada –limitativa u ortodoxamente- a las cartas escritas a puño y letra, en otras palabras; pero además de ello insiste con la valoración tarifada del principio de prueba por escrito. Esta situación insostenible en este mundo globalizado y tecnológico que nos coloca en franco retroceso legislativo, sin perjuicio de las reformas que deban hacerse cuando vuelva la democracia a nuestro estropeado, maltratado, asaltado, exprimido y saqueado país por parte de unos pocos, debe reinterpretarse en sentido constitucional y garantista, no solo para incluir en la noción de cartas misivas los documentos privados en general, con inclusión de los instrumentos sean o no escritos, de manera que para la demostración de la existencia o extinción de obligaciones y de cualquier hecho jurídico en el proceso, puedan utilizarse como medios y fuentes cualquier vía de comunicación personal electrónica, computarizada y mediante cualquier sistema redes electrónicos, telefónicas y cualquier otra- que simplemente deben ser consideradas como cartas misivas, a las cuales le serían aplicables las

regulaciones respecto a la confidencialidad o no de las mismas, eliminando toda limitación a la forma escrita y tarifada como hoy se prevé.

Como consecuencia de lo anterior tenemos que ante cartas misivas enviadas y recibidas por las partes por cualquier vía, le serán igualmente aplicables las normas y las interpretaciones que hemos hecho en cuanto a la autenticidad, a través del reconocimiento expreso o tácito, incluso implícito, judicial o extrajudicial, que le otorgarán “eficacia probatoria” y “fuerza obligatoria” tanto entre éstas como en relación a terceros –en los términos que hemos explicado en puntos anteriores, que deberán ser asumidas, interpretadas, apreciadas y valoradas por el judicante a través de la sana crítica; reconocimiento que puede hacerse a través de la utilización de cualquier medio probatorio, incluso como consecuencia del desconocimiento. Pero también indiquemos que le son aplicables a las cartas misivas entre las partes las mismas explicaciones que hemos hecho en cuanto a su impugnación, bien a través del desconocimiento cuando están firmadas o son a puño y letras; mediante prueba en contrario cuando se trata de cuestionar la verdad del contenido de las declaraciones vertidas por simulación, fraude o dolo; bien mediante la tacha de falsedad cuando se presenten alguno de los casos previstos en el artículo 1381, sin perjuicio de la tacha del reconocimiento mismo en los términos del artículo 1380, cuando se ha producido la autenticación de la carta misiva. Finalmente diremos que aportadas las cartas misivas en forma legal –cualquiera sea su modalidad, escrita o por cualquier medio electrónico- si no son desconocidas –carga en cabeza de la parte a quien se le oponen- quedarán tácitamente reconocidas y producirán “fuerza probatoria” y “fuerza obligatoria”.

8.1.2. Carta misiva dirigida por una de las partes a un tercero.

En el punto anterior indicamos que las cartas misivas dirigidas entre las partes, para su presentación o aportación en el proceso no se requiere de consentimiento alguno, salvo que sean confidenciales, pero cuando la carta ha sido enviada por una de las partes a un tercero es necesario el consentimiento, tanto de su autor como de su destinatario –tercero a quien se dirigió la misma- sin lo cual no podrá requerirse a este último –tercero- su presentación, incluso el mismo tampoco podrá valerse de la carta como prueba sin el consentimiento de su autor, pues precisamente el consentimiento garantiza la licitud del medio probatorio, al regularse constitucionalmente el tema de la inviolabilidad de la correspondencia –secreto de la correspondencia epistolar- todo en los términos del artículo 1372 del Código Civil que expresa [...] *No puede una parte requerir la presentación de una carta dirigida a un tercero por alguno de los interesados en el juicio, o por personas extrañas, si el tercero y el autor de la carta no prestan su consentimiento para ello. El tercero tampoco puede valerse de la carta como prueba, contra la voluntad del autor de ella. Las cartas misivas, dirigidas y recibidas entre terceros,*

no pueden, en ningún caso, emplearse como medios de prueba en juicio por personas para las cuales los terceros no eran causantes o mandatarios. Los herederos y causahabientes de las personas que dirigieron o recibieron las cartas misivas antedichas, pueden emplearlas como medios de prueba en los mismos casos en que aquéllas habrían podido hacer uso de ellas.” De las normas en cuestión podemos apreciar dos escenarios:

- a. Que en el proceso la parte no autora de la carta solicite del tercero que la exhiba, caso en el cual deberá activar la mecánica de exhibición de documentos a que se refiere el artículo 437 del Código de Procedimiento Civil, debiendo en el escrito de promoción aportar no solo la prueba que demuestre el consentimiento del autor de la carta sino del tercero, de manera que la prueba del consentimiento constituye un requisito de admisibilidad, salvo el caso del consentimiento del tercero, quien –afirmamos- podría prestar el mismo al momento de exhibir la carta, bien en forma expresa o tácita, esta última si exhibiera el documento, todo lo cual nos motivo a expresar que en relación a la prueba del consentimiento del tercero, debe haber una flexibilización y permitirse su demostración luego de la admisión de la prueba, en los términos señalados –criterio constitucional y garantista-.
- b. Que el autor de la carta solicite la exhibición de la misma al tercero destinatario, caso en el cual resulta lógico que su autor puede prestar el consentimiento en forma expresa o tácita, éste último al solicitar la exhibición al tercero y en cuanto al consentimiento del tercero o destinatario, deben aplicarse las mismas reflexiones hechas en el punto anterior.

Como se advierte es necesario el consentimiento como garantía de licitud del medio probatorio, pero igualmente y conforme al propio artículo 1.372 del Código Civil, los herederos y causahabientes de las personas que dirigieron o recibieron las cartas misivas, pueden emplearlas como medios de prueba en los mismos casos en que aquellos habrían podido hacer uso de ellas. Finalmente y en cuanto a la eficacia probatoria, se aplican los mismos criterios expresados al tratar las cartas misivas dirigidas entre partes.

8.1.3. Carta dirigida entre terceros.

El último de los escenarios que se plantea en materia de cartas misivas, es cuando las mismas son enviadas y recibidas entre terceros, caso en el cual a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.372 del Código Civil antes transcrito, no pueden en ningún caso emplearse como medios de prueba en el proceso, por personas para las cuales los terceros no eran causahabientes o mandatarios, sin perjuicio que y aplicando un criterio amplio y garantista sirva como indicio contingente.

8.2. Libros de comerciantes.

Otro de los medios de prueba documentales e instrumentales que comportan eficacia probatoria pero que no se encuentran suscritos o firmados, son los libros de los comerciantes a que se refiere el artículo 1377 del Código Civil, conforme al cual [...] *Los libros de los comerciantes hacen fe contra ellos; pero la parte contraria no podrá aceptar lo favorable sin admitir también lo adverso que ellos contenga.*” Los libros de los comerciantes nos dice ALSINA son instrumentos privados sin firma cuya sinceridad presume la ley, siempre que sean llevados de acuerdo con las formalidades que ella prescribe, lo que obliga a quien intente desconocerla a probar la falta de eficacia legal en los asientos fraguados o dolosos, siendo equiparada a la “confesión del comerciante, siendo como ésta “indivisible”, de modo que el adversario no podrá aceptar los asientos que le sean favorables y rechazar los que le perjudiquen, sino que habiendo adoptado este medio probatorio, estará por las resultas combinadas que presenten todos los asientos relativos al punto cuestionado; que su fe se extiende a terceros, pero sin tener el alcance de un instrumento público cuyas expresiones pueden tenerse por ciertas; que los libros de los comerciantes generalmente son el mayor, inventario y diario, así como los auxiliares, probando cuestiones entre comerciantes y con ocasión a actos de comercio, no produciendo efectos entre no comerciantes y de cuestiones ajenas al giro de la empresa, aunque –expresa- los libros puede oponerse al no comerciante.⁴⁵²

PALACIO por su parte nos dice que los libros de comercio constituyen un tipo especial de documentos privados que el Código de Comercio admite como uno de los medios de prueba de los contratos; que fundamentalmente dos son los libros que deben llevar el comerciante, el diario y el de inventario y balances, que deben reunir los requisitos expresados en la ley bajo pena de carecer de valor alguno en juicio a favor del comerciante a quien pertenezcan; que los libros llevados en forma regular deben ser admitidos como medio de prueba entre comerciantes y por hechos de comercio; que aún llevados en forma irregular prueban en contra del comerciante y sus sucesores, sin admitírsele prueba en contrario, pero que en razón de que las constancias de los libros se equiparan a una confesión prestada por el comerciante, por su carácter indivisible el adversario no podrá aceptar sólo lo que le beneficie y desechar lo que le perjudique, de manera que estará a las resultas combinadas del medio probatorio; que los libros llevados en forma correcta tienen eficacia probatoria a favor del comerciante cuando su adversario no presente asientos en contrario en libros arreglados a derecho u otra prueba plena y concluyente, aunque al judicante le incumbirá la facultad de apreciar libremente el mérito de esa prueba y la de exigir, si lo considera necesario, otra prueba supletoria, destacando que los asientos contables carecerán de eficacia probatoria cuando no existan o no se acrediten los comprobantes que lo respalden; que se resultará prueba contradictoria de los libros de las partes que litigan y unos y otros se hallen

⁴⁵² Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. pp. 453 y ss.

conforme a las formalidades legales, se desecharán ambos medios –por neutralizarse indicamos- debiendo el judicante decidir con otros medios probatorios y ante su ausencia mediante el sucedáneo de la carga; que cuando se trata de litigios entre comerciantes y no comerciantes, los libros sólo pueden valer eventualmente como elementos de juicio indiciario o como principio de prueba por escrito, pero en el supuesto que sean invocados y aceptados los libros como elementos probatorios por la parte que no reviste carácter de comerciante, los asientos respectivos por el carácter indivisible también probarán en su contra.⁴⁵³

TARUFFO al tratar el tema indica que otra clase importante de documentos sin firma que pueden tener valor probatorio, precisamente son los libros y registros de las empresas, los cuales pueden ser utilizados como prueba en contra de la empresa, pero la parte que los presente tiene que hacer referencia a su contenido completo, demostrando también transacciones realizadas entre comerciante, entre empresas cuando se redactan y mantienen conforme a las disposiciones legales especiales.⁴⁵⁴

El maestro colombiano Hernando DEVIS ECHANDÍA manifiesta que se trata de una especie importante de documentos sin firma, de documentos privados aunque la ley exige –indica- que se cumpla con el requisito del registro en oficina pública o Cámara de Comercio –nuestro Registro Mercantil-; que su valor probatorio es especial por el doble aspecto que no hace falta que quien asienta o escribe las partidas contables las firme, ni que lo haga en ninguna parte del libro, constituyendo prueba favorable al comerciante que los lleva en forma regular o legal, en procesos contra otros comerciantes y por asuntos mercantiles o de comercio, siendo también prueba contra el propio comerciante a quien le pertenecen los libros cuando le sean desfavorables; que estos documentos tienen otra particularidad a saber, no son voluntarios sino forzosos, pues la ley impone a los comerciantes la obligación de llevarlos, sancionando su incumplimiento; que ese carácter forzoso sumado a las formalidades de su registro previo con indicación del número de folios y la interdicción de hacer raspaduras o enmendaduras, así como de suprimir folios, justifican que tengan o alcancen valor probatorio favorable al comerciante, pudiendo también probar en su contra cuando son irregularmente llevados, aún en asuntos no comerciales, pero quien pretenda beneficiarse de ellos debe pasar y soportar lo que también le desfavorezca o favorezca al comerciante, en los casos que fueran llevados regularmente, pues de lo contrario –llevados irregularmente- pueden dividirse –como en la confesión- en contra del comerciante, de manera que –indica- aquí otra de las bondades de los libros bien o regularmente llevados; que cuando son regularmente llevados los libros, también sirven como principio de prueba por escrito a favor del mismo comerciante

⁴⁵³ Lino Enrique PALACIO. Ob. cit. T. IV. pp. 464 y ss. En los mismos términos puede consultarse a Aldo BACRE. Ob. cit. T. III. pp. 153 y ss. También a Jorge L. KIELMANOVICH. Ob. cit. pp. 297 y ss.

⁴⁵⁴ Michele TARUFFO. Ob. cit. p. 80.

en litigios contra no comerciantes; que en materia civil, aún en pleitos entre no comerciantes, los libros solo tienen valor de anotaciones privadas, haciendo fe contra el comerciante que los lleva, en lo que aparezca claramente y siempre que se respete su indivisibilidad, esto es, lo desfavorable a la otra parte.⁴⁵⁵

En nuestro sistema legal y conforme al transcrito artículo 1.377 del Código Civil, los libros de los comerciantes como medio de prueba documental o instrumental no firmado “hace fe” contra los comerciantes, es decir, prueban en su contra respecto a los hechos jurídicos que puedan controvertirse en el proceso y que guarden relación con dichos libros, pero equivaliendo por su especialidad y como veremos a la confesión del comerciante, por su carácter “indivisible” aquella parte que quiera hacer valer como prueba en contra del comerciante los libros de comercio, debe soportar también lo que le favorezca a aquel o desfavorezca a éste, siempre que fueran llevados en forma legal y correcta, pues de lo contrario solo haría prueba en su contra y respecto a lo que le favoreciera podría dividirse, haciendo prueba sólo en la medida que lo que le favorece pudiera acreditarse con otros medios probatorios, como comprobantes físicos o electrónicos, entre otros; luego, importa destacar que y respecto al valor probatorio que el propio legislador civil tasa como resabio del sistema escrito civil –tarifa legal- que riñe con el sistema constitucional y garantista actual, la valoración probatoria en casos de libros correctamente llevados o no, tanto entre comerciantes como entre no comerciantes y como veremos, será valorable por las reglas de la sana crítica, conforme a la lógicas y a la experiencia. Insistamos que en materia de libros de comerciantes, surge una indivisibilidad, pues quien quiere hacer valer los mismo contra el comerciante, debe soportar aquella parte de los libros que le favorezcan al mismo o simplemente le sean perjudiciales a quien los haga valer, pues precisamente la fuerza probatoria de los libros de comercio, descansa en el hecho de hacer prueba en contra de los comerciantes, pero no a favor, ya que debemos recordar el principio conforme al cual, nadie puede hacerse su propia prueba, principio que en materia de libros de comercio se ve atenuado, pues dada la indivisibilidad, la parte que quiera hacer valer los libros de comercio regularmente llevados contra el comerciante, debe soportar también lo que le favorezca a aquel.

Pero la materia de los libros de comercio, también se encuentra reguladas en el Código de Comercio, donde se le exige al comerciante llevar los libros diario, mayor e inventario –libros necesarios- los cuales deben ser llevados en forma regular y conforme a las exigencias del legislador mercantil – artículos 35, 36 y 37 del Código de Comercio- al igual que los libros auxiliares, haciendo prueba en éstos casos –libros regularmente llevados- entre comerciantes por los hechos del comercio, mas respecto a los no comerciantes, los asientos de los libros sólo hacen prueba contra el comerciante –siempre que estén regularmente llevados- en cuyo caso el no comerciante no podrá aceptar lo favorable sin admitir lo

⁴⁵⁵ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. pp. 581 y ss. Puede consultarse igualmente a Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. T. III. pp. 153 y ss.

adverso –indivisibilidad- tal como lo regula el artículo 38 *ejusdem* –con la indicación que si son llevados irregularmente, habrá posibilidad de la divisibilidad quedando en cabeza del comerciante la prueba de lo que le favorece conforme a los libros, a través de otros medios probatorios- de manera que cuando la ley se refiere a libros de comercio, debemos pensar tanto en los libros necesarios u obligatorios como en los auxiliares –llevados en forma ordinario o electrónicamente- donde es llevada y reflejada el asentamiento de las operaciones mercantiles que realiza el comerciante en su giro, es decir, donde se refleja la contabilidad del comerciante, dado que precisamente los libros demuestran la contabilidad del comerciante, las operaciones diarias que realiza, el asentamiento de los acreedores y deudores del comerciante, el inicio y terminación del giro mercantil, la descripción de los bienes muebles o inmuebles que posee, los créditos y deudas, activos y pasivos vinculados o no con la actividad mercantil, las ganancias y pérdidas, los beneficios obtenidos y las pérdidas sufridas, las garantías otorgadas. En definitiva, los libros de comercio demuestran la contabilidad de la empresa mercantil. Pero veamos el contenido de las normas en comento.

Dispone el artículo 35 del Código de Comercio que [...] *Todo comerciante, al comenzar su giro y al fin de cada año, hará en el libro de Inventarios una descripción estimatoria de todos sus bienes, tanto muebles como inmuebles y de todos sus créditos, activos y pasivos, vinculados o no a su comercio. El inventario debe cerrarse con el balance y la cuenta de ganancias y pérdidas; ésta debe demostrar con evidencia y verdad los beneficios obtenidos y las pérdidas sufridas. Se hará mención expresa de las fianzas otorgadas, así como de cualesquiera otras obligaciones contraídas bajo condición suspensiva con anotación de la respectiva contrapartida. Los inventarios serán firmados por todos los interesados en el establecimiento de comercio que se hallen presentes en su formación.*”; por su parte el artículo 36 expresa [...] *Se prohíbe a los comerciantes: 1. Alterar en los asientos el orden y la fecha de las operaciones descritas. 2. Dejar blancos en el cuerpo de los asientos o a continuación de ellos. 3. Poner asientos al margen y hacer interlineaciones, raspaduras o enmendaduras. 4. Borrar los asientos o partes de ellos. 5. Arrancar hojas, alterar la encuadernación o foliatura y mutilar alguna parte de los libros.*”; el artículo 37 dice [...] *Los errores y omisiones que se cometieron al formar un asiento se salvarán en otro distinto, en la fecha en que se notare la falta*”; finalmente el artículo 38 expresa [...] *Los libros llevados con arreglo a los artículos anteriores podrán hacer prueba entre comerciantes por hechos de comercio. Respecto a otra persona que no fuere comerciante, los asientos de los libros sólo harán fe contra su dueño; pero la otra parte no podrá aceptar lo favorable sin admitir también lo adverso que ellos contengan.*”

De las normas en cuestión concordadas con el artículo 1.377 del Código de Civil nos permite inferir lo siguiente:

- a. Los libros de los comerciantes –diario, mayor e inventarios, sin perjuicios de los auxiliares- donde se asenten los actos de comercio y la contabilidad mercantil son obligatorios para estos y deben ser llevados conforme a la ley, equiparándose a la confesión del comerciante y

consecuencialmente indivisible, de manera que hacen prueba “en contra” de su dueño y aquel que quiera aprovecharse de lo que le desfavorezca al comerciante conforme al contenido de los libros, igualmente debe soportar lo que le favorezca –indivisibilidad- de manera que estará a las resultas combinadas que presenten todos los asientos relativos al punto debatido; si la contradicción es de tal magnitud incompatible e insalvable –lo favorable y lo desfavorable- necesariamente deberá desecharse la prueba y valorarse otros medios probatorios para la fijación de los hechos, salvo la aplicación del sucedáneo de pruebas – carga probatoria- cuando no existan otros medios.

- b. Cuando se trata de libros de comerciantes llevados en forma regular y que se hacen valer en procedimiento judiciales “entre comerciantes” y con ocasión a “actos de comercio” o “mercantiles”, sirven como medios probatorios para el acreditamiento de los hechos debatidos “a favor” del comerciante que lleva los libros, siempre que los de su adversario no fueren llevados en forma regular o no fueren llevados, aunque debe permitirse la prueba en contrario del fraude o dolo del comerciante respecto a los actos de comercio asentados; pero si los libros de ambos comerciantes en litigio se encuentran regularmente llevados y resultan contradictorios respecto a los hechos que pretenden fijarse en el proceso –por ejemplo los del demandante contienen un asiento contrario a los contenidos en los del demandado- deberán desecharse ambos y proceder a la valoración de otros medios, que de no existir darán paso a la carga probatoria como sucedáneo de pruebas, con la advertencia que la contradicción no se presenta cuando existe un asiento en los libros de uno de los comerciantes pero no en el otro, pues en este caso puede existir la omisión deliberada, haciendo en consecuencia prueba aquel que contiene el asiento, siempre que –insistimos- estén regularmente llevados.
- c. Si los libros de los comerciantes son llevados en forma irregular y en tratándose de juicios entre comerciantes y por actos de comercio, hacen prueba en su contra, habiendo indivisibilidad respecto a lo que le beneficie, lo que corresponderá acreditar al comerciante dueño de los libros con otros medios probatorios; si los libros de ambos comerciantes son llevados en forma irregular, hacen prueba en contra de ambos y si existe contradicción insalvable, deberán desecharse ambos y valorar otros medios probatorios o acudir a la carga como sucedáneo de pruebas en su ausencia.
- d. Cuando se trate de libros de comerciantes en juicio entre comerciantes pero respecto a actos que no son de comercio, la doctrina considera que debe tratarse el tema como principio de prueba por escrito, lo que rechazamos conforme al estado constitucional y garantista que

caracteriza el tema del derecho de acceso al sistema probatorio, para lo cual afirmamos que podrá ser apreciado y valorado como indicio contingente; en todo caso si son regularmente llevados hacen prueba a favor del comerciante que los hace valer y si hacen en contra, quien pretenda beneficiarse de ello deberá atenerse a las resultas combinadas de los asientos contradictorios –favorables y desfavorables- a causa de su indivisibilidad, de manera que siendo insalvable dicha contradicción, deberá procederse a su desecho y valorar otros medios o acudir a la carga probatoria.

- e. Respecto a los libros de comercio llevados en forma regular cuando se trate de causas donde una de las partes no sea comerciante, sólo probarán contra su dueño pero aquel que quiera beneficiarse de esta situación, a causa de la indivisibilidad deberá atenerse a las resultas combinadas de los asientos contradictorios –favorables y desfavorables- por lo que siendo insalvable dicha contradicción, deberá procederse a su desecho y valorar otros medios o acudir a la carga probatoria; luego si los libros del comerciante son irregularmente llevados y se trata de procesos donde una de las partes no es comerciante, harán prueba contra el comerciante y respecto a lo favorable a causa de la divisibilidad, corresponderá al comerciante probar con cualquier otro medio, lo asentado en los libros que le favorezca.
- f. En todos los casos señalados, el valor probatorio de los libros de los comerciantes, por actos de comercio o no, entre comerciantes o no, será valorado por la sana crítica y no por la tarifa legal, pero siguiendo las reglas señaladas en cuando la forma regular o no como se llevan los libros y especialmente en cuanto a la indivisibilidad o no de los mismo en la forma vista; también indiquemos que la tarifación de este medio probatorio en la forma señalada por la ley –Código Civil y Código de Comercio- riñen con el sistema constitucional y garantista en materia probatoria, debiendo reverse esta situación a través del control de la constitucionalidad o la reinterpretación constitucional y garantista, lo que nos permite afirmar que debe desaparecer la noción de “principio de prueba” que sostiene la doctrina, para convertirlo en tal caso en indicio probatorio.
- g. Los casos señalados de libros de comerciantes llevados en forma irregular, trátase de actos de comerciante, en juicios entre comerciante o cuando uno de ellos no lo sea, no encuentra regulación en la ley respecto a su eficacia probatoria, pues nuestra legislación solo previó el tema de los libros regularmente llevados, de manera que en el primero de los casos -cuando estos no se han llevado correcta o regularmente- afirmamos que se trata de un fraude con fines ilegales, que debe hacer prueba solo en contra del comerciante y no en su favor, de manera que en estos casos, ante el fraude el judicante solo deberá tomar lo perjudicial,

produciéndose una división de los libros de comercio, en el sentido de no tomarse en cuenta aquello que le beneficie al comerciante, quien en todo caso tendría la carga de probar con otros medios los asientos que le favorecen, todo por criterio en contrario al contenido del artículo 38 del Código de Comercio, donde los libros regularmente llevados hacen prueba entre comerciantes, de manera que -por argumento en contrario- sino no están bien llevados, hacen prueba en su contra.

Conforme al artículo 70 del Código de Comercio Colombiano, cuando se trata de procedimientos judiciales entre comerciantes, las reglas que se aplican son las siguientes: 1. Si los libros de ambas partes están ajustados a las prescripciones legales y concuerdan entre sí, se decidirá conforme al contenido de sus asientos; 2. Si los libros de ambas partes se ajustan a la ley, pero sus asientos no concuerdan, se decidirá teniendo en cuenta que los libros y papeles de comercio constituyen una confesión; 3. Si los libros de una de las partes no están ajustados a la ley, se decidirá conforme a los de la contraparte que los lleva debidamente, si aquella no aduce plena prueba que destruya o desvirtúe el contenido de tales libros; 4. Si los libros de ambas partes no se ajustan a las prescripciones legales, se prescindirá totalmente de ellos y sólo se tomarán en cuenta las demás pruebas allegadas al juicio; y 5. Si una de las partes lleva libros ajustados a la ley y la otra no lleva contabilidad o no la presenta, se decidirá conforme a los de aquella, sin admitir prueba en contrario.⁴⁵⁶

En materia de libros de comerciantes, existe la prohibición de pesquisas –averiguaciones o indagaciones- en forma oficiosa por el operador de justicia o por cualquier autoridad, para averiguar si los libros son o no llevados y en el primero de los casos,⁴⁵⁷ si son llevados regularmente –artículo 40 del Código de Comercio- prohibición que se extiende a la manifestación o examen general de los libros de comercio, bien de oficio o a instancia de parte, en procesos judiciales diferentes a sucesiones universales, comunidad de bienes, liquidación de sociedades legales o convencionales, quiebra o atraso, de manera que si no se trata de cualquiera de esta clase de procesos y conforme a lo previsto en el artículo 41 *ejusdem*, resulta ilegal y consecuentemente inadmisibles todo medio de prueba promovido para obtener la manifestación de los libros de comercio, vale decir, la “**manifestación**”, declaración o expresión por parte del comerciante del contenido de los libros, si son o no llevados, ni estamos frente a confesiones indivisibles, o para “**examinar**” los referidos libros, bien por las partes o mediante la prueba de experticia, prohibición que también afecta al judicante, quien de oficio no puede realizar estas pruebas, salvo que se trate de los procesos mencionados; en todos estos casos, propuesta la prueba debe ser declarada

⁴⁵⁶ Véase a Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. T. III. p. 157.

⁴⁵⁷ Se exceptiona la materia tributaria y penal, cuando los exija la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, los propios socios, entre otros casos.

inadmisible por ilegal –insistimos- y si el judicante oficiosamente ordena el examen o la manifestación de los libros de comercio en procesos diferentes a los regulados en la ley, estará incurriendo en abuso de poder y extralimitación de funciones, a propósito de estar vulnerando la ley, lo que pudiera dar lugar al ejercicio de pretensiones constitucionales, pues en materia probatoria oficiosa las diligencias acordadas no tienen apelación, salvo la posibilidad de plantear una incidencia –artículo 607 del Código de Procedimiento Civil- para discutir el abuso del juez, decisión que sí sería recurrible –véase lo tratado al respecto cuando analizamos en tema de la actividad probatoria oficiosa-.

En este sentido señalan los citados artículos -40 y 41 del Código de Comercio- que [...] *No se podrá hacer pesquisa de oficio por Tribunal ni autoridad alguna, para inquirir si los comerciantes llevan o no libros, o si éstos están o no arreglados a las prescripciones de este Código.*”; por su parte el artículo 41 señala que [...] *Tampoco podrá acordarse de oficio ni a instancia de parte, la manifestación y examen general de los libros de comercio, sino en los casos de sucesión universal, comunidad de bienes, liquidación de sociedades legales o convencionales y quiebra o atraso.*”

Pero si bien la ley prohíbe el examen general de los libros de comercio o su manifestación también general, salvo los procesos mencionados, conforme a lo previsto en el artículo 42 del Código de Comercio que señala [...] *En el curso de una causa podrá el Juez ordenar, aun de oficio, la presentación de los libros de comercio, sólo para el examen y compulsas de lo que tenga relación con la cuestión que se ventila, lo cual deberá designarse previa y determinadamente; pero no podrá obligarse a un comerciante a trasladar sus libros fuera de su oficina mercantil, pudiendo someterse el examen o compulsas, a un Juez del lugar donde se llevaren los libros.*”, en cualquier otra clase de procesos judiciales es viable el “examen” y la “compulsa” de asientos determinados de los libros de comercio, que tengan relación con el tema judicial controvertido –examen o compulsas específicas- mediante su presentación o exhibición, de manera que y conforme a la precitada norma es permisible en cualquiera clase de procesos, no el examen o manifestación general de los libros de comercio, sino su examen particular o compulsas, caso en el cual, el proponente deberá manifestar aquella parte del libro de comercio –asiento- que deberá ser objeto de examen, experticia o que deberá compulsarse, pues de lo contrario y si no hay especificación estaremos en el campo del artículo 41 *ejusdem*, de un examen general que por ley –salvo los casos permitidos- es ilegal; propuesta la prueba y cumplidos los requisitos de ley, deberá el comerciante poner a disposición del tribunal –exhibición- los libros para su compulsas o examen particular –no general- teniendo el derecho de no trasladar los libros fuera de su oficina mercantil, caso en el cual el tribunal deberá trasladarse al lugar donde se encuentren los mismos, para su compulsas o examen.

Tratándose de exámenes de libros de comercio y dependiendo del objeto de la prueba, además de la exhibición, tendrá que proponerse una experticia contable, pues si lo que se quiere es precisamente determinar la forma regular o no de cómo han sido llevado los libros –en los casos permitidos- o el estado

de pérdidas y ganancias, activos y pasivos, deudas y créditos, bienes que posea, estaremos igualmente en el mundo de la experticia, aún cuando las partes y el juez tengan conocimientos contable, pues en el caso del judicante, éste ejerce es la función jurisdiccional y no la contable; por el contrario, si lo que pretende es simplemente saber si una operación determinada ha sido asentada, su forma o contenido, bastará una simple inspección judicial sobre los libros o asiento determinado –según el caso- la compulsión de los asientos determinados o la simple exhibición, de manera que en materia de libros de comerciantes, dependiendo del objeto de la prueba, el examen de los libros conllevará a la proposición de otra prueba auxiliar como la inspección judicial o la experticia contable, situación esta que nos lleva a expresar la importancia de la identificación del objeto de la prueba, pues en la medida que la parte proponente cumpla con este requisito, podrá el judicante determinar la legalidad de la prueba, si lo que se pretende es un examen general o particular de los libros de comercio, su compulsión o pesquisa, la determinación si se llevan o no, si se llevan regularmente o no, si lo que se pretende es establecer el estado de ganancias y pérdidas de una empresa mercantil o simplemente si se ha asentado una operación determinada, lo que igualmente permitirá a su contendor judicial ejercitar su derecho de contradicción a la promoción del medio probatorio –oposición a la admisión- sin lo cual el medio no deberá ser admitido por el judicante por irregularmente promovido. También indicamos que en materia de compulsión y examen de libros de comercio en forma particular, sobre cualquier asiento que tenga relación con el tema judicial discutido, el operador de justicia goza de la actividad probatoria oficiosa.

También el Código de Comercio regula el caso que tratándose de libros de comerciantes, por actos de comercio y en juicio entre comerciantes, uno de los litigantes ofrezca estar y pasar por lo que constare en los libros de su contendor, de manera que si se solicita su exhibición y el comerciante se negara a exhibirlos en forma injustificada, a criterio del judicante podría deferirse el juramento a la otra parte –proponente de la exhibición- o decidir por lo que resulte de los libros de éste, siempre que lógicamente fuere comerciante y estén llevados correctamente. En este sentido el artículo 43 del Código de Comercio expresa que [...] *Si uno de los litigantes ofrece estar y pasar por lo que constare de los libros de su contendor, y éste se niega a exhibirlos sin causa suficiente a juicio del Tribunal de Comercio, el Tribunal podrá deferir el juramento a la otra parte, o decidir la controversia por lo que resulte de los libros de éste, si fuere comerciante y aquéllos estuvieren llevados en debida forma.*”

8.3. Registro y papeles domésticos.

También constituyen medios de prueba documentales o instrumentales privados no firmados y con eficacia probatoria, los registros y papeles domésticos, los cuales y conforme a lo previsto en el artículo 1.378 del Código Civil, no hacen fe contra quien los ha escrito, pero si en su contra; en este sentido expresa la citada norma [...] *Los registro y papeles domésticos no hace fe a favor de quien los ha escrito; pero hace fe contra él: 1°. Cuando enuncian formalmente un pago que se le ha hecho. 2°. Cuando contienen mención expresa de haberse hecho la anotación para suplir la falta de documento a favor del acreedor.*”

Pero ¿qué son los registros y los papeles domésticos?

El “registro” nos enseña el maestro Humberto BELLO LOZANO, representa la idea de anotaciones en cuadernos, libros, libretas domésticas, destinados por una persona para asentar notas de sus actos de administración, ingresos y egresos, cuentas, deudas, operaciones realizadas, como especie de recordatorios o simplemente como instrumentos de contabilidad particular o personal –no mercantil-; en tanto que por “papeles domésticos”, se entiende todo escrito, anotación, firmados o no, en hojas o papeles sueltos o legajos, que sin estar obligados a hacerse, es redactado por la persona con la finalidad de tener un recordatorio de un hecho jurídico, de un acontecimiento, deuda, crédito, obligación.⁴⁵⁸

Los “registros” y “papeles domésticos” como vemos, se tratan de instrumentos privados no firmados pero escritos a puño y letra de la persona a quien se le atribuya, los cuales contienen la representación de un hecho jurídico que puede tener significación probatoria en el proceso judicial, que hacen prueba contra quien los ha elaborado, pero no en su favor, ello como consecuencia del principio que nadie puede hacerse su propia prueba, instrumentos que tendrán eficacia probatoria, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.378 del Código Civil, en la medida que: 1°. Enunciaran formalmente un pago que se les haya hecho; y 2°. Cuando contuvieran la mención expresa de haberse hecho la anotación para suplir la falta de documento a favor del acreedor; no obstante cualquier registro o papel doméstico que contenga -a puño y letra- anotaciones sobre hechos jurídicos relevantes en el proceso judicial, sirven como medio de prueba instrumental privada luego de producirse su autenticidad mediante el reconocimiento.

Importa destacar que cuando estos registros o papeles domésticos, por tratarse de instrumentos privados informales, simples recordatorios o asentamiento irregular de actividades realizadas por una persona, si se encuentran tachados, raspados, mutilados, borrados, tendrán eficacia probatoria en la medida que pueda leerse su contenido y que no arroje dudas del mismo, incluso, pudieran ser considerados como un indicios contingente, pues siendo la características de éstos instrumentos la informalidad casera, es viable que la persona sea dejada y que no preste atención al cuidado del

⁴⁵⁸ Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. II. pp. 416 y ss.

instrumento, pues su finalidad no es precisamente servir como prueba de los hechos sino como recordatorios caseros o domésticos; pero uno de los puntos mas interesantes en esta materia está referido a la forma cómo son obtenidos por su proponente, pues tratándose de papeles o registro domésticos, se supone que se encuentran en el ámbito privado de quien los redacta, por lo que el problema de la licitud de la prueba es fundamental en estos casos, para lo cual creemos que quien los aporte al proceso, no tiene la carga de probar la forma como ha obtenido los mismo, pues se trataría de demostrar que no hubo ilicitud en su obtención, lo que como hecho negativo que es no debe ser probado por quien lo alegado, siendo a su contendor judicial, al autor del registro o papel doméstico - quien será el sujeto que podrá cuestionar el carácter ilícito de la prueba- a quien corresponderá alegar y demostrar la ilicitud en su obtención. En todo caso el contenido de los registros o papeles domésticos, admite prueba en contrario que la desvirtúe, pues la anotación pudo haber sido producto de un error o falsa creencia de su autor, permitiéndose cualquier prueba para demostrar el error de hecho.

8.4. Notas marginales.

También son considerados como documentos o instrumentos privados sin firma, las anotaciones marginales que el acreedor haga a continuación, al margen o al dorso de los títulos de crédito, cuando dicha anotación se refiere a la liberación del deudor, que hace prueba aún cuando no tenga ni fecha ni firma del acreedor que las colocó, con tal que el instrumento de crédito haya permanecido siempre en sus manos, tal como lo dispone el artículo 1.379 del Código Civil al señalar [...] *Toda anotación pues por el acreedor a continuación, al margen o al dorso de su título de crédito, cuando tiende a demostrar la liberación del deudor, hace fe, aunque no lleve la fecha ni la firma del acreedor, con tal que el título haya permanecido siempre en sus manos. Lo mismo sucederá con las anotaciones puestas por el acreedor a continuación, al margen o al dorso del duplicado de un título personal del deudor, o de un recibo precedente, con tal que este documento se encuentre en manos del deudor.*⁴⁵⁹

⁴⁵⁹ Normas similares se encuentran en el artículo 1.332 del Código Civil francés conforme al cual [...] *La nota escrita puesta por el acreedor a continuación, al margen o al dorso de un título que haya permanecido siempre en su posesión, da fe, aún no firmado ni datado por él, cuando tienda a probar la liberación del deudor. Ocurre lo mismo con la nota escrita puesta por el acreedor al dorso o al margen o a continuación del duplicado de un título o de un recibo, con tal de que ese duplicado esté en poder del deudor.*"; en el artículo 2.708 del Código Civil italiano donde [...] *La anotación hecha por el acreedor al pie, al margen o al dorso de un documento que ha quedado en su poder hace prueba, aun cuando no esté suscrita por él si tiende a constatar la liberación del deudor. El mismo valor tiene la anotación por el acreedor, al pie, al margen o al dorso de un recibo o de un ejemplar del documento de deuda poseído por el deudor.*"; en el artículo 1.229 del Código Civil español conforme al cual [...] *La nota escrita o firmada por el acreedor a continuación, al margen o al dorso de una escritura que obre en su poder, hace prueba en todo lo que sea favorable al deudor. Lo mismo se entenderá de la nota escrita o firmada por el acreedor al dorso, al margen o a continuación del duplicado de un documento o recibo que se halle en poder del deudor. En ambos casos el deudor que quiere aprovecharse de lo que le favorezca, tendrá que pasar por lo que le perjudique.*"; y en el artículo 282 del Código de Procedimiento Civil

Estas anotaciones marginales tienen el valor probatorio de instrumentos privados, aún cuando no necesariamente requieren estar fechados y firmados, haciendo prueba en contra del acreedor, siempre que el instrumento haya estado en su posesión, pues existe la presunción que ante esta situación – posesión- fue él quien realizó la anotación marginal que libera en parte o en todo al deudor del título de crédito; esta presunción basada en las reglas de la lógica y la experiencia, permitirá construir una prueba indiciaria al efecto, partiendo del hecho cierto y conocido que deberá acreditarse, como lo es la existencia de las notas marginales y de la posesión del instrumento por parte del acreedor, para establecer el hecho indicado o desconocido que será el hecho que dicha nota fuera puesta por él –acreedor- indicio que podría ser infirmado por prueba en contrario o en los términos de la doctrina patria, que se trata de una presunción desvirtuable; pero indiquemos que y haciendo eco del maloliente juego procesal, podría el contendor judicial luego de producido el instrumento en el expediente, realizar una anotación marginal para luego imputárselas al acreedor, caso en el cual, deberá permitirse la prueba en contrario de que la nota no ha sido a puño y letra del acreedor, por lo que la eficacia probatoria de la nota marginal dependerá del hecho que efectivamente la nota marginal haya sido puesta por el acreedor con su puño y letra, aún cuando no esté firmada y sellada, de manera que si existe una nota marginal que en forma total o parcial libere al deudor, si se demuestra que dicha nota no ha sido puesta a puño y letra por el acreedor, la misma carecerá de eficacia probatoria, en otras palabras, la eficacia probatoria de la nota marginal igualmente se encuentra sometida a la autenticidad mediante el reconocimiento, sin lo cual carecería de eficacia probatoria. En todo caso la nota marginal solo hace prueba contra el acreedor, no en su favor, pues sería un fraude atribuirle valor probatorio a la nota marginal que le favoreciera por vulnerarse el principio probatorio conforme al cual que nadie puede hacer la prueba que le favorece en su propia prueba.

El eterno maestro Humberto BELLO LOZANO al referirse al tema nos enseña, que el origen de esta regla se debe a la costumbre de muchas personas de enviar el instrumento al deudor con la respectiva nota de recibo o pago, valiéndose de un tercero que recibirá el pago, siendo posteriormente devuelto al acreedor si aquel no efectúa el pago, situación donde el deudor a tenido en sus manos el instrumento y la nota de recibo o pago firmada por el acreedor; que la circunstancia de aparecer en el documento la nota de pago total o parcial, no aumenta ni disminuye la fuerza de la presunción de pago, pues la nota vale como prueba de liberación aunque no este firmada o escrita a puño y letra del acreedor, si se justifica que el título no ha salido nunca de sus manos y se encuentra en su poder, estando el deudor en una situación mas ventajosa al estar en presencia de una presunción indesvirtuable referida a que el

colombiano al señalar [...] *la nota escrita o firmada por el acreedor a continuación, al margen o al dorso de un documento que siempre ha estado en su poder, hace fe en todo lo favorable al deudor. También lo hace la nota escrita o firmada por aquél, a continuación, al margen o al dorso del duplicado de un documento, encontrándose dicho duplicado en poder del deudor.*”

acreedor recibió el pago y lo anotó; más adelante nuestro antecesor se contradice cuando expresa, que se requiere en estos casos que la anotación sea hecha a puño y letra por el acreedor, por lo que –manifiesta- contra las pruebas de liberación no puede admitirse ninguna otra, salvo que el acreedor justifique que no es suya la letra de la norma o que ha sido falsificada.⁴⁶⁰

De lo anterior observamos que BELLO LOZANO en materia de notas marginales, se refiere confusa y contradictoriamente a la obligación de estar la nota escrita a puño y letra por el acreedor y al carácter desvirtuable o no de la presunción que se desprende, cuando se produce una nota marginal y el instrumento no ha salido de las manos del acreedor, caso en el cual –indica- se activa una presunción que la misma ha sido colocada por éste; pero como venimos expresando, dado el estado actual del sistema de justicia, de la conducta de los ciudadanos y ante la falta de regulación expresa, creemos que para la validez de la nota marginal, no solo se requiere que sea a puño y letra del acreedor, lo que se traduce que pueda hacerse la prueba en contrario, vale decir, que no es su escritura o que ha sido falsificada, sino que la presunción que dimana de la nota, presunción en cuanto a que la misma ha sido colocada por el acreedor cuando no ha salido el título de su poder, es de carácter relativa, que admite prueba en contrario, a lo que igualmente puede llegarse a través de los indicios, partiendo del hecho indicante o conocido –y demostrado- que el instrumento ha estado en poder del acreedor, para llegar al hecho desconocido –si la nota ha sido puesta por este- mediante un razonamiento lógico y crítico basado en la experiencia –presunción *hominis*-. Por último destacamos que igual eficacia probatoria produce la anota marginal colocada por el acreedor a continuación, al margen o al dorso del duplicado de un título personal al deudor, incluso de un recibido precedente, siempre que el mismo –duplicado con la nota marginal o recibo- se encuentra en poder del deudor.

8.5. La fotografía.

Al abordar el estudio de la prueba documental escribíamos que no necesariamente la misma adopta la forma escritural y que nos ubica en el mundo instrumental, pues existen otros medios de prueba no escritos ni firmados que se encuentran inmersos en el mundo de la prueba por documentos, siendo una de ellas la “fotografía”, que no es otra cosa la reproducción de imágenes valiéndose de una cámara oscura, digital o por cualquier otro medio físico o químico, de manera que la fotografía como documento privado no escrito y sin firma constituye un objeto o cosa producto de un acto humano, capaz de reproducir un hecho diferente a si mismo, que puede tener significación probatoria en el proceso, que puede ser o no producto de un acto humano, lo que en el estado actual de nuestro mundo globalizado y tecnológico,

⁴⁶⁰ Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T.II. pp. 418 y ss.

tomando en consideración que la fotografía que impera es la digital a través de una cámara digital, se trata de un procedimiento digital que permite la impresión de imágenes –incluso de videos- y su guardado o almacena también en forma digital, sin soporte de películas o negativos, similar al procedimiento de cámaras de video.⁴⁶¹

La fotografía -expresaría CARNELUTTI- es una categoría de prueba documental directa, tomando en consideración que la reproducción no pasa por la mente humana, que el hecho representado no cae directamente bajo los sentidos del ser humano quien debe comprenderlos para luego reproducirlos en el documento –documentarlo- por el contrario, el hecho acontecido es directamente reproducido en la fotografía sin pasar por los sentidos humanos que lo comprendan, justifican y representen en el documento.⁴⁶²

Por su parte PARRA QUIJANO al tratar en el capítulo referido a “otros documentos” pero ubicado en los privados no firmados, nos dice que el Código de Procedimiento Civil colombiano no señala un trámite específico para darle autenticidad a la fotografía, de manera que habría que recurrir –indica- a las normas documentales que en su totalidad –como ocurren en nuestra legislación y conforme al Código Civil venezolano- está referida a instrumentos, por lo que ante esa realidad pudieran plantearse dos escenarios a saber:

- a. Que tratándose de un instrumento sin firma y no manuscrito, se asimile la fotografía al mismo, de manera que la autenticidad de la prueba se obtendría en la medida que aquella parte a la que se le opusiera la reconociera en forma expresa o tácita, a lo que agregaríamos nosotros que en este estado del asunto si la parte contra quien se opone la fotografía como prueba en el procedimiento judicial la acepta o simplemente no la desconoce –reconocimiento tácito- se obtendría su autenticidad y como consecuencia de ello sería valorable por el juez a través de la sana crítica; pero en caso de desconocimiento, la parte proponente tendría la carga de demostrar su autenticidad, la que podría realizarse en línea general a través de la prueba de experticia para determinar si se trata o no de un montaje, incluso mediante la testimonio de aquellas personas que aparecieran en la imagen capturada diferente a la propia parte, ello sin perjuicio de la

⁴⁶¹ En la doctrina NIEVA FENOLL ubica a la fotografía en los documentos multimedia, indicando que cuando se habla de la prueba documental no puede pensarse únicamente en el papel u otro soporte que permita reflejar escritos que se perciban a simple vista, sin la ayuda de medios electrónicos; que por el contrario debe incluirse en esta rúbrica los precitados documentos multimedia, los soportes que permitan ver estos documentos en un ordenador, en un teléfono móvil o en una cámara fotográfica, todos lo que merecen la denominación de “documentos” en el sentido que otorga el diccionario a la palabra: Diploma, carta, relación u otro escrito que ilustra acerca de algún hecho, principalmente histórico; que [...] *un documento informático es un escrito, dado que refleja muchas veces la escritura, y otras veces imágenes que son una reproducción todavía más fiel que de la realidad de la propia escritura.*” La Valoración de la Prueba. pp. 316 y ss.

⁴⁶² Francisco CARNELUTTI, ob. cit. p. 159.

confesión de la parte vía declaración libre o mediante posiciones juradas e indicios, de esta manera, si a través de estos medios se obtiene la autenticidad –reconocimiento- sería valorable por el judicante, siempre –en todos los casos- que tuviera significación probatoria y acreditara hechos debatidos en el proceso. También si se trata de los causahabientes de la parte que aparece en la fotografía, estos podrían limitarse a decir que no la reconocen procediéndose al efecto en la forma indicada. Como vemos en este escenario el tratamiento que se le da a la fotografía es el mismo que a la prueba documental no firmada ni manuscrita, que encuentra regulación en nuestro Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil, especialmente en cuanto a la determinación de su autenticidad que es lo que interesa, pues partiéndose de ello es que podría ser tomado como fuente probatoria valorable por el judicante, para lo cual simplemente se echaría mano del contenido del artículo 395 del Código Ritual Civil.

- b. Que tratándose de un instrumento firmado o manuscrito se asimilara la fotografía a la misma y se aplicaran las normas propias de estos instrumentos –entre nosotros los artículo 1.364 y siguientes del Código Civil, así como los artículos 444 y siguientes del Código de Procedimiento Civil- de manera que presentado el instrumento y si no fuera desconocido, quedaría reconocido, lo que sería diferente cuando el instrumento estuviera escrito a máquina, que para que tuviera valor sería necesario que la parte lo aceptara expresamente, no operando el reconocimiento tácito, al no haber ninguna afirmación de individualidad del autor; que cuando la persona en contra de la cual se pretende hacer valer la fotografía está presente en ella, cabría el reconocimiento tácito por existir signos de individualización de la persona; que si se presentara la fotografía indicando o afirmando que la contraparte aparece en ella, podría tacharse de falso por los herederos, por no constarle que el causante aparezca en la misma o que fuera real la fotografía, en cuyo caso y de haber impugnación el proponente tendría la carga de demostrar la autenticidad, adelantando al efecto las diligencias correspondiente como la experticia, para determinar en definitiva si se trató o no de un montaje o de cualquier otra alteración.
- c. Que y conforme con el manejo actual de la fotografía, en el sistema procesal colombiano si se afirma que en el documento se encuentra la imagen de la contraparte y esta guarda silencio, se produciría un reconocimiento tácito y en consecuencia el documento sería auténtico, siendo que en caso contrario se provocaría un incidente de autenticidad; que si la fotografía está representada por una cosa y de aquella es autor un tercero, tendría que ser ratificada por el tercero –nuestro actual artículo 431 del Código de Procedimiento Civil- para que se produjera su reconocimiento.

⁴⁶³ Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. T. III. pp. 174 y ss.

De esta manera y respecto a nuestro sistema, en cualquier de las hipótesis o supuestos analizados por el maestro colombiano, siempre se aplicaría la analogía con la prueba instrumental privada escrita y firmada.

Pero ¿cómo sería el tratamiento de la fotografía como medio probatorio en nuestro sistema de procedimiento actual?

La prueba por fotografía –especie del género documental- constituye un medio de prueba no regulado en la legislación foránea, pero tampoco prohibido, de manera que puede ser propuesta como medio de prueba libre conforme a lo previsto en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil e incluso utilizando por analogía las normas de los instrumentos privados respecto al reconocimiento para la autenticidad, desconocimiento y al valor probatorio, pero mediante la sana crítica y no en forma tarifada –artículo 1.363 y 1.364- circunstancia esta que nos lleva a precisar, que se trata de un medio de prueba que indefectiblemente debe proponerse en el lapso probatorio –promoción de pruebas-. En cuando a la forma de proposición del medio probatorio en cuestión, dependerá de la tesis que se adopte en cuanto a la demostración de su autenticidad, de manera que todo dependerá si su autenticidad deba demostrarse por su proponente sin necesidad de impugnación o si la misma debe demostrarse solo en la medida que se produzca su impugnación, esto último aplicando por analogía las normas de los instrumentos privados.

De esta manera y analizando ambos escenarios tenemos, que partiéndose del supuesto que el proponente deba demostrar la autenticidad de la fotografía sin aguardar que su contendor judicial la impugne, al mismo momento de proponerla deberá promover los medios de prueba adicionales que demuestren la autenticidad, tales como la prueba testimonial, la pieza de convicción que sirvió para realizar la fotografía, entre otros, de manera que al momento de proponerse la prueba deberán cumplirse con los siguientes requisitos:

- a. Que se aporte o promueva, no solo las fotografías contentivas o representativas de los hechos discutidos en el proceso para acreditar su existencia u ocurrencia, sino todas aquellas fotografías contenidas en el rollo fotográfico o en el chip en caso de tratarse de cámara digital, debidamente reveladas o reproducidas en forma de fotográfica, ello para garantizar la comunidad de la prueba, pues precisamente en la cinta, rollo o chip fotográfico pueden existir fotografías que no interesan al proponente y que favorezcan a su contendor judicial.
- b. Debe promoverse la cinta, rollo y chip debidamente identificado, con sus negativos de ser el caso.
- c. Debe promoverse la cámara o medio mecánico o digital por medio del cual se realizó la fotografía, debidamente identificada.

- d. Debe identificarse en lugar, el día y la hora en que fue tomada la fotografía que representada el hecho debatido.
- e. Debe identificarse al sujeto o persona que realizó la fotografía y en caso de ser un tercero ajeno al proceso, deberá proponerse igualmente la prueba testimonial de éste, con la finalidad que ratifique los hechos de lugar, modo, tiempo donde fue tomada la fotografía, para que pueda ser repreguntado por el contendor judicial, asimilándose así a la prueba de instrumentos privados emanados de terceros a que se refiere el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil.
- f. Debe identificarse el objeto de la prueba, de manera que deberá afirmarse el hecho o los hechos debatidos en el proceso que quedan demostrados con tal medio probatorio.
- g. Cualquier otra circunstancia que pueda ayudar a demostrar la autenticidad de la fotografía.

Esta modalidad de proposición de la prueba fotográfica, como hemos indicado hace recaer la carga de la demostración de la autenticidad de las fotografías, en la persona de su promovente, sin aguardar que se produzca su impugnación, proponiendo en forma conjunto con las fotografías todos aquellos medios probatorios que considere idóneos, relevantes y pertinentes para el acreditamiento de su autenticidad, como testimonios de terceros que aparezcan en la fotografía, de la persona que tomara la misma –sin no es parte- la inspección judicial del lugar donde fue tomada la misma, la confesión de la parte que aparece en ella y a quien se le opone, la experticia para demostrar que la fotografía no es falsa ni es un montaje, indicios y en definitiva cualquier medio, de manera que bajo este esquema la promoción de la prueba sin la promoción de los medios adicionales en comento sería inadmisibles por irregularmente promovida; pero también indiquemos en este punto que esta modalidad parte de la premisa de no tomar en consideración la analogía y de no aplicar las reglas de la prueba instrumental privada en cuanto a la autenticidad, reconocimiento y desconocimiento, por considerar que no existe la misma –analogía- en tratándose en consecuencia de un medio de prueba libre en toda su extensión y expresión.

La otra modalidad que puede adoptarse para la proposición de la prueba fotográfica, es que se asimile a un instrumento privado, proponiéndola en forma sencilla, con la sola identificación del objeto de la prueba, dejando la prueba de su autenticidad solo para los casos que se produzca en el proceso la impugnación de la fotografía –desconocimiento por parte de aquel sujeto contra quien se opone- caso en el cual la parte proponente de la misma tendrá que proponer y materializar los medios de prueba que demuestren su autenticidad, lo que se traduce en que propuesta la prueba fotográfica el contendor a quien se le opone deberá manifestar expresamente si la reconoce o la acepta y en el primero de los casos, podría abrirse la misma incidencia del cotejo para demostrar la autenticidad, pero a través de otros medios probatorios como veremos, sin perjuicio que la autenticidad pudiera ser demostrada en el lapso de pruebas.

De esta manera nos preguntamos **¿cuál sería la oportunidad para impugnar la fotografía?**

Tomando en consideración que la fotografía se asimilaría a la prueba instrumental privada, debiéndose aportar la misma en la etapa probatoria, pues se trata de un medio de prueba libre –artículo 395 del Código de Procedimiento Civil- partiendo de la analogía, la impugnación deberá realizarse dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes a la publicación de las pruebas –exclusive- so pena de producirse el reconocimiento tácito de la misma, en cuyo caso la autenticidad podría ser demostrada en el resto del lapso probatorio y mediante la prueba de experticia, pues en materia de fotografía, generalmente la impugnación versará sobre su falsificación, adulteración o montaje, ya que en relación a la privacidad vulnerada cuando fue realizada la fotografía, estaremos en el campo de la prueba ilícita analizada en otro momento; pero también podría proponerse otros medios de prueba –como vimos en la primera de las tesis señaladas- como la testimonial de los terceros que aparecieran en la fotografía, del autor de la misma, el reconocimiento –inspección judicial- del lugar donde fue tomada la misma y que aparece en ella, la confesión, declaración de las partes, indicios, entre otros medios.

En esta misma tónica formulamos la siguiente interrogante: **¿cuáles serían los motivos de la impugnación de la fotografía?**

La respuesta ya la hemos adelantado, pues la misma puede versar sobre la forma como se obtuvo, lo que involucra el tema de la licitud o que ella ha sido el producto de un montaje, que no resulta fidedigna la fotografía, que fue adulterada, incluso pensamos que podría argumentarse que siendo real la fotografía, no siendo un montaje o no habiendo sido adulterada, el hecho representado en la misma es producto de un montaje con la finalidad de engañar y producir determinados efectos jurídicos, caso en el cual lo que se cuestiona no es la fotografía, sino el hecho documentado, circunstancia esta que evidencia la importancia de la identificación de lugar, modo y tiempo en que se produjo la fotografía y la persona que la realizó, que podría por ejemplo demostrarse a través de la inspección judicial en el lugar que aparece en la fotografía para acreditar si efectivamente existe el mismo o es idéntico a como aparece en el mismo, sin perjuicio de las testimoniales de aquellos sujetos que conozcan los lugares para que declaren sobre sus características y formas.

Tomando en consideración las tesis anotadas y ante la falta de regulación, creemos que puede tomarse una posición intermedia, en el sentido de exigírsele al proponente que identifique todos los elementos de lugar, modo, tiempo y sujeto que realizó la fotografía, sin proponer los medios de prueba que demuestren su autenticidad, salvo que se produzca su impugnación, de manera que la autenticidad de la fotografía tendrá que demostrarse en la medida que se produzca su impugnación en tiempo oportuno, asimilándose a la prueba instrumental privada, sin lo cual quedaría tácitamente reconocida la fotografía, pues consideramos que sería un desgaste al litigante y al propio órgano jurisdiccional, proponer

y evacuar la prueba de la autenticidad de la fotografía, si la parte no ha impugnado la misma, cuando realmente se ha producido un reconocimiento tácito que hace innecesaria toda prueba demostrativa de una autenticidad ya obtenida.

Finalmente y en cuanto a la eficacia probatoria de la fotografía, tratándose de un medio de prueba libre, quedará a la sana crítica del operador de justicia.

8.6. Los medios de captación, almacenamiento y reproducción de palabras, imágenes y sonidos (PIS). Las grabaciones visuales, auditivas y audiovisuales. Documentos electrónicos.

En el marco del proceso judicial y como consecuencia del avance tecnológico actual, es frecuente que como medio de prueba del género de documentos no escritos ni firmados, sean propuestas cualquier medio capaz de captar, almacenar y reproducir palabras, imágenes o sonidos, como grabaciones fonográficas, magnetofónicas, digitales, multimedia o por cualquier otro medio, que y como hemos visto se tratan de objetos o cosas –fuente y medio- que puedan captar, almacenar y reproducir palabras, imágenes o sonidos, o simplemente palabras, imágenes y sonidos al unísono, como mensajes de datos y firmas electrónicas –que serán tratadas más adelante- mensajes de texto, mensajes a través de sistema *blackberry*, *whatsapp*, *chats*, *twitter* u otros, cintas digitales y magnetofónicas, discos digitales o compactos y magnéticos, videos, películas, DVD –*digital versatile disk*- VCD, almacenamiento de datos e información electrónica, como los mismos discos compactos o *pendrive* –que no son más que memorias USB cuyo significado es Universal Serial Bus- agendas electrónicas, disquetes, chips de memoria, redes, tarjetas inteligentes como de débito o crédito con chips incorporados, de empresas que por ejemplo permiten el comercio electrónico y el pago vía Internet, entre otros.

Se trata de los denominados “**documentos electrónicos**” considerados como aquellos que sólo pueden ser captados, almacenados y reproducidos con la intervención de máquinas computarizadas que permitan su traducción a lenguaje natural entendible, ya que se encuentran elaborados en forma digital, a través de un sistema alfanumérico o similar y depositado en la memoria central de un computador, tal y como nos dice el profesor Lluís MUÑOZ SABATÉ, quien también expresa que [...] *En este sentido cabe, pues, afirmar, que el documento electrónico posee los mismos elementos que un documento escrito en soporte papel: a) consta en un soporte material (cintas, disquetes, circuitos, chips de memoria, redes); b) contiene un mensaje, el que está escrito usando el lenguaje convencional de los dígitos binarios o “bits”, entidades magnéticas que los sentidos humanos no pueden percibir; c) está escrito en un idioma o código determinado (v.gr.: el estándar UN/EDIFACT) y d) puede ser atribuido a una persona determinada en calidad de autor, mediante una firma digital, clave o llave electrónica. En resumen y al igual que el documento tradicional, el documento electrónico cuando se acompaña o aporta a juicio presenta; a) Un corpus, que*

será el soporte o máquina informática, dentro de la cual estará archivado –almacenado- el contrato o grafía. B) Una forma, desmaterializada, ni escrita ni oral, sino diferente, que utiliza los impulsos electrónicos y cuya percepción por el ser humano se obtiene a través del video o a través del papel.” También se refiere al “**documento negocial informático**”, que es aquel documento que no se reduce a la información o intercambio de datos por vía electrónica, sino que formaliza un contrato o declara una voluntad negocial por medios informáticos.⁴⁶⁴

NIEVA FENOLL al tratar la prueba documental en el marco del sistema de procedimiento penal –pero cuya aplicación se hace extensible a cualquier clase de procedimiento- nos dice, que las legislaciones procesales acostumbraron a tratar el tema de la precitada prueba de manera marginal, fundamentalmente por razones históricas, pues rara vez antes del siglo XX los delitos eran documentos y preconstituidas de esta manera su demostración y que en caso de aparecer dichas pruebas, por el estado científico de la época no se permitía que esos escritos aportaran al proceso las fuentes que hoy pueden presentar; que hoy día el tema es muy diferente como consecuencia de la “desmaterialización” de los documentos –instrumentos- y del avance de la tecnología, la cual igualmente se relaciona y tecnifica en la actividad delictiva, pues suelen utilizarse diferentes medios electrónicos y tecnológicos para su perpetración, para la comunicación como correos electrónicos o *e-mails*, mensajería de datos, sistemas de comunicación por *blackberry*, *whatsapp*, *chats* y demás formas previa y en el momento de cometerse el delito, sin perjuicio de los delitos informáticos propiamente dichos a través de tarjetas inteligentes, electrónicas, de crédito, débito, estafas informáticas, en cajeros electrónicos y un sin número de delitos de esta especie, que por ejemplo en nuestro caso ha sido regulado en la Ley contra Delitos Informáticos que regula delitos como acceso indebido, sabotajes o daños a los sistemas electrónicos, espionaje informático, falsificación de documentos, hurto, fraude, obtención indebida de bienes y servicios, apropiación de tarjetas inteligentes, violación de privacidad, revelación indebida de datos o información de carácter personal, difusión de o exhibición de material pornográfico, exhibición de pornografía infantil, apropiación de propiedad intelectual y oferta engañosa en otros y que sean consecuencia de la utilización de tecnología de información definido por el artículo 2.º como [...] *rama de la tecnología que se dedica al estudio, aplicación y procesamiento de datos, lo cual involucra la obtención, creación, almacenamiento, administración, modificación, manejo, movimiento, control, visualización, distribución, intercambio, transmisión o recepción de información en forma automática, así como el desarrollo y uso del “hardware”, “firmware”, “software”, cualesquiera de sus componentes y todos los procedimientos asociados con el procesamiento de datos.*” Pero también existen extractos que comprueban la disposición de dinero en cajeros automáticos, pago de bienes de consumo vía electrónica, billetes de

⁴⁶⁴ Lluís MUÑOZ SABATÉ. Fundamentos de Prueba Judicial Civil. L.E.C. 1/2000. pp. 311 y ss.

transporte aéreo, marítimo, por autobús o tren –expresa el citado profesor español- que permiten la individualización de los compradores.⁴⁶⁵

En el actual mundo globalizado y tecnológico que vivimos, es poca la información de una persona que no quede registrada en forma electrónica o tecnológica, lo que por lógica y cuando nos referimos a la comisión de hechos delictivos también es muy poco frecuente que no quede registrado en forma electrónica o tecnológica algún indicio que sirvan para la investigación, para evidenciar y descubrir sus autores, la forma de planeamiento del hecho, coartadas, movimientos, comunicaciones, pensemos por ejemplo en las grabaciones telefónicas, compra de boletos, uso de tarjetas, comunicaciones telefónicas, correos, mensajes escritos o filmaciones que usualmente sirven para la investigación de delitos al quedar incorporados en documentos multimedia; también el impacto de la prueba electrónica o tecnológica es vital en delitos económicos cometidos por esta vía, cuando se clona una tarjeta inteligente para sustraer por ejemplo dinero de un cajero o para realizar adquisición de bienes vía electrónica, de manera que y con NIEVA FENOLL afirmamos que hoy día la prueba documental no puede quedar marginada del sistema de procedimiento penal, aunque se trata de una prueba compleja al estar íntimamente vinculada con la experticia que permitirá descifrar el contenido de esa información electrónica o tecnológica que permita el acreditamiento de los hechos debatidos en el proceso, todo lo que será valorado por el juez a través de la sana crítica.

En la legislación española el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, el tema encuentra regulación expresa señalando al efecto [...] *Los medios de prueba de que podrá hacer uso en juicio son...* 2. *También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso.* 3. *Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el Tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarios.*”

Dicho esto y analizando aquellos objetos capaces de captar, almacenar y reproducir “**sonidos o voces**”, que pueden considerarse como “documentos electrónicos” para el caso de requerir para su captación, almacenamiento y reproducción dispositivos computarizados o digitales que permitan su traducción a un lenguaje inteligible, debemos señalar que igualmente se trata de medios de prueba libre, que deben ser aportados en el lapso probatorio y donde su proponente debe precisar:

- a. Identificación del medio, la cosa u objeto contentiva de la reproducción de sonidos o voz, tales como *cassettes*, DVD, VDC, CD-ROM, PENDRIVE, entre otros.

⁴⁶⁵ Jordi NIEVA FENOLL. Fundamentos de Derecho Procesal Penal. pp. 266 y ss.

- b. Identificación del medio, cosa u objeto que por medio del cual se captó, grabó o almacenó la reproducción de sonidos o voces.
- c. Identificación de los sonidos o voces que contiene la grabación, especialmente, la identificación de las personas que intervienen en la misma, y señalamiento de cada una de ellas, vale decir, su individualidad, atribuyéndose la voz grabada a cada persona.
- d. Identificación de la persona que realizó la grabación o reproducción, siendo que en caso de ser un tercero ajeno al proceso, deberá ser propuesto como testigo para que ratifique lo conducente.
- e. Transcripción del contenido de la grabación, bien sea en forma total o parcial, esta última de los pasajes que interese a su proponente.
- f. Identificación del lugar, modo y tiempo en que fue realizada la grabación.
- g. Identificación del objeto de la prueba, vale decir, identificar el contenido de la grabación o medio de captación o representación de sonidos y voces, los hechos en él contenido que demuestran los hechos debatidos en el proceso.

A los requisitos señalados y en el marco del sistema de procedimiento penal, donde es al acusador a quien corresponde la carga de la prueba para destruir la presunción de inocencia que como derecho fundamental ampara al acusado, quien por demás no tiene la carga de impugnar la grabación debe incluirse la prueba pericial para el acreditamiento de su autenticidad, para descartar que no se trata de una grabación manipulada, editada o falsa.

En cuanto a la forma de evacuación de la prueba, no existiendo un medio de prueba análogo para su evacuación, siguiendo con el contenido del artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, afirmamos que el operador de justicia debe fijar la oportunidad para que tenga lugar el acto de evacuación de la prueba –lo que en el sistema de los procedimientos oral queda fijado para el momento del debate oral o probatorio, audiencias de juicio u orales dependiendo del tipo de denominación que en cada caso se dé, pero que en definitiva se trata de la audiencia oral del debate probatorio- mediante su reproducción completa en presencia de las partes, con el mismo aparato donde que sirvió para captar el sonido, salvo que sea imposible realizarlo con éste, caso en el cual deberá contar con el aparato pertinente de reproducción o exhortar a su proponente a que lo aporte al proceso, para materializar la prueba. Llegado el día y hora de la evacuación de la prueba libre y en presencia de las partes, deberá procederse a la reproducción total de la grabación o instrumento de captación de “sonidos y voces”, oportunidad donde podrá controlarse la prueba y cuyas resultas deberán ser transcritas en el acta respectiva, aunado al hecho que la grabación deberá transcribirse íntegramente o en las partes relevantes al proceso, en un acta que se incorporará al expediente en la forma prevista en los artículos 188 y 189 del Código de Procedimiento Civil; una vez evacuada la prueba y en el mismo acto, el contendor judicial del proponente podrá

impugnar la misma, bien por considerarla falsa, montada o manipulada, incluso por que la voz que aparece en la grabación no pertenece al sujeto a quien se le identifica como su autor –desconocimiento que igualmente pueden hacer los herederos al manifestar que no se trata de la voz de su causante- caso en el cual la grabación deberá ser sometida a una prueba de experticia, que consistirá en la comparación de voces, supuesto éste último donde debe recogerse o grabarse la voz a aquel sujeto a quien se le impute o identifique como autor –siempre que ellos sea posible, de lo contrario y por ejemplo de haber muerto o ante la imposibilidad de hablar o emitir sonidos, creemos que pudieran, acudirse a otros medios probatorios como el testimonio de aquellas personas que conocieron o estaban familiarizados con la voz de la persona- con el mismo aparato originalmente utilizado para la grabación impugnada y el mismo objeto utilizado para captar la voz o reproducirla –de ser posible- siguiéndose en lo demás como en materia de experticia, correspondiéndole la carga de la prueba de la autenticidad al proponente de la misma.

Agreguemos a lo dicho que en el marco del sistema de procedimiento penal, que y como consecuencia de la presunción de inocencia que conduce a que sea el acusador quien asuma la carga probatoria, a diferencia del sistema de procedimiento civil –en general- donde la experticia para la demostración de la autenticidad de la grabación deberá proponerse luego de impugnado el medio probatorio, en el sistema penal la cuestión es diferente, debiendo el acusador junto con la promoción de la grabación y en forma adicional –sin aguardar la señalada impugnación que por demás no es carga que pese sobre el acusado en virtud del derecho fundamental constitucionalizado de la presunción de inocencia- proponer la experticia para la demostración de la autenticidad de la misma, sin lo que el medio probatorio no debería ser admitido por el juez de Control de Garantías; luego y respecto a la evacuación el tema es tratado en el artículo 341 del Código Orgánico Procesal Penal –aplicable a las documentales en general sea que almacenen palabras, imágenes o sonidos- que señala [...] *Los documentos serán leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen. El tribunal, excepcionalmente, con acuerdo de todas las partes, podrá prescindir de la lectura íntegra de documentos o informes escritos, o de la reproducción total de una grabación, dando a conocer su contenido esencial u ordenando su lectura o reproducción parcial. Los objetos y otros elementos ocupados serán exhibidos en el debate, salvo que alguna de las partes solicite autorización al Juez o Jueza para prescindir de su presentación. Las grabaciones y elementos de prueba audiovisuales se reproducirán en la audiencia, según su forma de reproducción habitual. Dichos objetos podrán ser presentados a los expertos o expertas y a los o las testigos durante sus declaraciones, a quienes se les solicitará reconocerlos o informar sobre ellos. Si para conocer los hechos es necesaria una inspección, el tribunal podrá disponerla, y el Juez o Jueza ordenará las medidas para llevar a cabo el acto. Si éste se realiza fuera del lugar de la audiencia, el Juez o Jueza deberá informar sucintamente sobre las diligencias realizadas.*”

En relación a la identificación de la voz y siguiendo a PARRA QUIJANO, tenemos que no existen dos voces iguales, pues cada persona tiene una voz distinta, analizándose los aspectos anatómicos y fisiológicos de la voz humana; que y siguiendo MONTON REDONDO, quien a su vez sigue a PORTMAN MICHEL, existen tres grupos funcionales, un *fuelle* –caja torácica: pulmón, bronquios, tráquea- que produce una corriente de aire a presión durante cierto tiempo; un estrechamiento vibrante –cuerda vocales- que cortan rítmicamente la corriente aérea para hacerla vibrar; y unos sistemas de resonancia –cavidades supraglóticas, laringo-faríngeas, bucofaríngeas y nasales- que a partir de la materia prima sonora proporcionada por la laringe forman la voz de la palabra; que en función de ello y de la intensidad del sonido, tonos y altura de la voz, que lo identifica de un tono agudo o grave, que lo hace distinguir de otros sonidos de voces y lo personaliza, puede determinarse o identificarse la voz de los sujetos en forma individualizada, lo cual puede lograrse con un espectrógrafo que determinará la escala de frecuencias –vibraciones- en la voz de cada persona, ya que la intensidad y el tono pueden ser iguales, pero nunca lo podrá ser el timbre de la voz.⁴⁶⁶

Si luego de materializada la prueba aquella parte a quien se le impute la autoría de la voz guarda silencio -no la impugna- se producirá una aceptación tácita de la misma –lo que no opera en el sistema de procedimiento penal como hemos dicho- adquiriendo eficacia probatoria apreciable por vía de la sana crítica del operador de justicia, asimilándose aquí la identificación o imputación de la voz, al reconocimiento que se produce en materia de instrumentos privados y que genera su autenticidad, por lo que si no se desconoce –impugna- la grabación quedará tácitamente reconocida. Como vemos la impugnación de la prueba puede recaer sobre el montaje, falsificación o adulteración de la grabación, por no ser la voz en ella contenida autoría de una de las partes en el proceso a quien se le identifique o atribuya, incluso pudiera recaer, ya no la impugnación sino la admisibilidad del medio probatorio, sobre la forma como se obtuvo la grabación, lo cual nos coloca en el mundo de la prueba ilícita. Insistamos que en el marco del procedimiento penal el tratamiento es diferente, pues al no operar al reconocimiento tácito a causa de la presunción de inocencia, la autenticidad de la grabación solo puede ser la consecuencia de los resultados que arroje la experticia que al efecto promueva el ente acusador, como complemento de la promoción de la prueba documental en estudio –grabación-.

Relacionado con el tema tratado debemos tener presente la existencia de la Ley de Protección a la Privacidad de las Comunicaciones, que tiene por objeto la protección de la privacidad, confidencialidad, inviolabilidad y secreto de las comunicaciones que se produzcan entre dos o más personas, estableciendo penas de prisión de tres (3) a cinco (5) años para quienes de manera arbitraria, clandestina o fraudulentamente grabaren o se impusieran de comunicaciones entre otras personas, las interrumpieran

⁴⁶⁶ Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. T. III. pp. 178 a la 181.

o impidiera, así como a quien las revelare, pena que también se aplicará a quienes sin estar autorizados conforme a la Ley, instalaran aparatos o instrumentos con el fin de grabar o impedir las comunicaciones entre otras personas. Indica la precitada Ley en su artículo 6 que [...] *Las autoridades de policía, como auxiliares de la administración de justicia, podrán impedir, interrumpir, interceptar o gravar comunicaciones, únicamente a los fines de la investigación de los siguientes hechos punibles: a) Delitos contra la seguridad o independencia del estado; b) Delitos previstos en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público,⁴⁶⁷ c) Delitos contemplados en la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas,⁴⁶⁸ y e) Delitos de secuestro y extorsión.*”, cuyo procedimiento se ubica en los artículos 7 y siguientes la Ley en comento, hoy derogadas por las normativas que al respecto trae el Código Orgánico Procesal Penal –artículos 205 y ss-.

En este sentido y conforme al artículo 205 del precitado Código Orgánico Procesal Penal [...] *Podrá disponerse igualmente, conforme a la ley, la interceptación o grabación de comunicaciones privadas, sean éstas ambientales, telefónicas o realizadas por cualquier otro medio, cuyo contenido se transcribirá y agregará a las actuaciones. Se conservarán las fuentes originales de grabación, asegurando su inalterabilidad y su posterior identificación. A los efectos del presente artículo, se entienden por comunicaciones ambientales aquellas que se realizan personalmente o en forma directa, sin ningún instrumento o dispositivo de que se valgan los interlocutores o interlocutoras.*”; por su parte el artículo 206 *eiusdem* señala que [...] *En los casos señalados en el artículo anterior, el Ministerio Público, solicitará razonadamente al Juez o Jueza de Control del lugar donde se realizará la intervención, la correspondiente autorización con expreso señalamiento del delito que se investiga, el tiempo de duración, que no excederá de treinta días, los medios técnicos a ser empleados y el sitio o lugar desde donde se efectuará. Podrán acordarse prórrogas sucesivas mediante el mismo procedimiento y por lapsos iguales, medios, lugares y demás extremos pertinentes. El órgano de policía de investigaciones penales, en casos de necesidad y urgencia, que deberán ser debidamente justificados, podrá solicitar directamente al Juez o Jueza de Control la respectiva orden, previa autorización, por cualquier medio, del Ministerio Público, que deberá constar en la solicitud, en la cual, además, se harán los señalamientos a que se contrae el aparte anterior. La decisión del Juez o Jueza que acuerde la intervención, deberá ser motivada y en la misma se harán constar todos los extremos de este artículo*”; y finalmente el artículo 207 *ibidem* manifiesta [...] *Toda grabación autorizada conforme a lo previsto en este Código y en leyes especiales, será de uso exclusivo de las autoridades encargadas de la investigación y enjuiciamiento, quedando en consecuencia prohibido divulgar la información obtenida.*”

Importa destacar que las interceptación o grabaciones de comunicaciones privadas contenidas en las normas transcritas, siempre que cumplan con los requisitos legales –so pena de ilegalidad e ilicitud– sean estas ambientales –realizadas personalmente o en forma directa, sin ningún instrumento o

⁴⁶⁷ Derogada por la Ley Contra la Corrupción de 7 de abril de 2003.

⁴⁶⁸ Derogada por la Ley Orgánica contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, cuya última versión data de 16 de diciembre de 2005.

dispositivo del cual se valgan los interlocutores- telefónicas o por cualquier otro medio –como actualmente se hace para los dispositivos Android en forma clandestina por determinados cuerpos, no así para mensajes a través del sistema de *pin* mediante dispositivos *blackberry* que y aunque se indica que pueden ser accedidos, como consecuencia de su encriptación por el operador en Canadá, resulta impenetrables a menos que se incaute el aparato y contenga la información enviada o recibida por *pin*, siempre que se acceso al contenido del teléfono pues de estar su acceso restringido por alguna contraseña y luego de intentar por el número de veces establecido por el dueño o usuario, la menajería de *blackberry* por seguridad se borrará, de ahí que y por ejemplo en nuestro país y para el caso de funcionarios públicos, éstos siempre tengan una móvil o teléfono celular blackberry junto con otro tipo de teléfonos- no solo por su ubicación en el Código Orgánico Procesal Penal sino por el fin que cumplen, se trata de “actos de investigación” que permitirán eventualmente sostener o fundamentar la acusación, pero que no sirven como fuentes y actos con vocación probatoria capaces de sustentar la decisión judicial para eventualmente destruir la presunción de inocencia y producir una sentencia condenatoria, pues y lógicamente sin control del acusado en esta fase y en la forma como se produce u obtiene la misma, impide servir como medio y fuente probatoria. En este sentido su utilización en el proceso y para que pueda ser apreciada y valorada en la sentencia como prueba, necesariamente debe estar presidida de una serie de actos procesales, como la oportuna promoción del documento que contiene la grabación por parte del Ministerio Público acusador, conjuntamente con la experticia correspondiente para la demostración de su autenticidad, que luego de admitida será evacuada en la audiencia oral, pública y probatoria con bilateralidad y inmediación y concentración, mediante la reproducción de la misma en presencia del acusado y en la forma que hemos indicado; pero igualmente y en esta oportunidad debe producirse la presentación verbal del dictamen pericial que determine la autenticidad de la grabación, sin perjuicio de la declaración de todos aquellos sujetos que aparezcan en la misma diferentes al acusado –que deberán proponerse en su oportunidad como medios probatorios- y de los funcionarios que realizaron la misma –grabación- quienes y sin perjuicio de la parcialidad a la que nos hemos referido al tratar la prueba testimonial, será cuestión que deba ser apreciada y valorada por la sana crítica del judicante. Solo así es que puede considerarse que la grabación ha sido formada en audiencia pública y oral, con contradictorio o bilateralidad, lo que la habilita para servir como fundamento de una eventual sentencia condenatoria al destruirse la presunción de inocencia.

Sin perjuicio de lo indicado el profesor NIEVA FENOLL por ejemplo al tratar el tema de las grabaciones con autorización judicial, nos dice que su valoración probatoria sólo será como prueba testimonial, refiriéndose a la declaración en audiencia pública y oral de los funcionarios policiales que con previa autorización y en la forma legal realizaron la grabación, a lo cual lógicamente habría que agregar,

que ubicándose el asunto en el tema testimonial, las declaraciones serían sospechosas y tendrían que ser valoradas cuidadosamente por el judicante, partiendo de las premisas expresadas por el citado profesor como la coherencia, contextualización, corroboración y ausencia de comentarios oportunistas por parte de los testigos; pero estas testimoniales –indica- serían reforzadas con la grabación y con el dictamen pericial a la que fuera sometida la misma; por criterio en contrario –nos dice- no tendrían valor probatorio aquellas grabaciones que no cumplieran con los requisitos legales, especialmente la autorización judicial. Nos dice NIEVA FENOLL que uno de los principales problemas se presenta en materia de grabaciones en lugares privados, que y aún con orden judicial pueden lesionar el derecho constitucional a la intimidad, como por ejemplo la grabación de dos personas teniendo relaciones sexuales, para lo cual la jurisprudencia ha sido –indica- contradictoria- expresando en algunos casos que cuando una persona dialoga con otra y esta la graba aún sin su consentimiento, al no tratarse de un confesor tendría valor probatorio; que cuando se trata de relaciones sexuales por el carácter íntimo no son admitidos como medios probatorios; que la grabación de un delito que es incitado por engaño, también carece de valor probatorio, no así y sería válida la grabación de la víctima en forma espontánea y no inducida.⁴⁶⁹

JAUCHEN al referirse a las intervenciones telefónicas no vacila en indicarnos que está en juego el derecho constitucional a la intimidad y su derivado como lo es la interdicción de violar las comunicaciones telefónicas y por otros medios, como radiales, teletipo, fax, teléfono celular y todo modo que posibilite en definitiva la comunicación entre personas, entendiéndose –indica- predispuesto de tal modo que los diálogos o mensajes sean sólo conocidos por quienes se comunican, no estando expuestos a la difusión ni a la escucha involuntaria de un número indeterminado de personas, esto último que convierten esos medios de comunicación en métodos en los que el ciudadano puede confiar en la reserva de su comunicación, la que sólo quedará encerrada dentro de la intimidad de las personas que se han contactado, pudiendo entonces gozar de una “razonable expectativa de privacidad”; que por esas razones –sigue indicando- no están tuteladas las modernas comunicaciones que se efectúan mediante el sistema o red de Internet, como el correo electrónico o e mail, como correspondencia electrónica entre dos o más usuarios de conexión telemáticas, ni las video conferencias, ello a que la naturaleza y características de aquel sistema permiten que esas emisiones puedan ser captadas por cualquier persona que conozca la forma de ingresar al mismo, incluso mediante una red internacional, lo que hacen que no gocen de la precitada “razonable expectativa de privacidad”. Al respecto nos separamos del criterio del autor argentino, pues y aunque el tratamiento de la firma electrónica y los mensajes de datos es tema de una normativa especializada, ello no es motivo para considerar que escapan del amparo del derecho constitucional a la privacidad y a la interdicción de sus intervenciones –salvo orden judicial- so pena de

⁴⁶⁹ Jordi NIEVA FENOLL. Fundamentos de Derecho Procesal Penal. pp. 123 y ss.

ilegalidad e ilicitud; por el contrario y al igual que en materia de grabaciones y escuchas de conversaciones o comunicaciones, el Internet es una vía más de comunicación que debe y está amparada por los derechos constitucionales hasta el punto de considerar delictiva la conducta que de alguna manera lesione estas comunicaciones, con todo y más cuando ello tiene fines ilícitos como el robo de información o la obtención de datos para determinados fines. No se trata –como indica JAUCHEN- que el usuario de Internet sabe que cualquier persona con los conocimientos suficientes puede entrar en un ordenador y sacar información, lo que le permite afirmar prácticamente que por ello queda a criterio y responsabilidad del usuario, sino que quien con esos conocimientos técnicos ilegalmente se mete en un ordenador y copia, utiliza, difunde o cualquier otra cosa información de otro, está lesionando el derecho a la intimidad y puede ser objeto de sanciones penales.

Sin perjuicio de lo dicho para JAUCHEN al tratar la noción conceptual de las intervenciones de comunicaciones, indica que importa interferir por el órgano jurisdiccional, las llamadas telefónicas o cualquier otro tipo de comunicación que por medios técnicos efectúe el imputado o estén dirigidas a él, con la finalidad probatoria de interiorizarse sobre lo dialogado o de impedir dicha comunicación en resguardo de la eficacia de la investigación, de manera que su naturaleza –indica- es la de una medida, de un medio de coerción procesal, para obtener datos o elementos probatorios sobre un hecho que se investiga y se ha cometido, incluso del delito que se esté por cometer; que en la práctica esto consistirá en captar la comunicación, desgrabarla y documentarla por escrito. De lo dicho por el autor argentino interesa destacar el carácter “cautelar” que le imprime, junto con el allanamiento y las intervenciones corporales, lo que nos motiva a considerar que igualmente se trata de un mero acto de investigación y que sólo puede convertirse en prueba en la forma que hemos indicado. Finalmente importa destacar que y respecto a la intervenciones de comunicaciones entre el imputado y su abogado, en ningún momento y bajo ninguna circunstancia pueden ser autorizadas, mucho menos puede servir como medio probatorio, pues aquí están presentes derechos constitucionales y humanos como la intimidad, la asistencia letrada y el secreto profesional, ello en los términos del artículo 8.2.d de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que señala el derecho del imputado a ser [...] *asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.*”, aunque y la excepción lógica sería en aquellos casos donde el abogado o letrado no obrara en el ejercicio de su ministerio sino como autor o copartícipe del delito, donde podría ponerse en tela de juicio la mentada inmunidad y los derechos constitucionales que amparan la situación; que en el marco del sistema de procedimiento penal, tampoco podrían ser utilizadas como pruebas contra el imputado o acusado las conversaciones grabadas con familiares, cónyuge, ascendientes o descendientes, ello por las exenciones legales –en nuestro caso conforme al artículo 210 del Código Orgánico Procesal

Penal que hemos analizado en otro momento- salvo que el delito apareciere ejecutado contra alguno de ellos, o que aparezcan como denunciante, querrelante o actor civil contra el imputado.⁴⁷⁰

Siguiendo con el tema de las grabaciones es interesante la opinión del profesor CABRERA IBARRA quien cuando se trata de grabaciones entre las partes y de uno de ellos con un tercero, para su tratamiento procesal expone la viabilidad de darle el mismo tratamiento que las cartas misivas –ya tratadas- señalando al efecto [...] *Luego, en materia civil, a las grabaciones de conversaciones no confidenciales en las que participan terceros que no son parte en el proceso considero que se le ha de dar análogo trato al que se brinda a las cartas misivas de acuerdo con el texto del artículo 1372 del Código Civil: no puede un parte pedir la presentación de la grabación hecha a un tercero o alguna persona extraña al proceso si ese tercero y la otra persona que participa en la conversación, no prestan su consentimiento para ello. El tercero tampoco puede valerse de esa grabación como prueba contra la voluntad de las personas que participaron en dicha conversación. Cuando la grabación haya sido hecha de una conversación sostenida entre dos terceros, no pueden en ningún caso emplearse como medios de pruebas en un proceso por personas para las cuales los terceros no eran causantes o mandatarios. Los herederos o causahabientes de las personas participantes en la conversación grabada pueden emplearlas como medios de prueba en los mismos casos en que aquéllas habrían podido hacer uso de ellas.*”, y termina expresando [...] *Abora bien, en los casos en los cuales cualquier persona graba a escondidas y sin permiso una conversación con otra, por ejemplo, por vía telefónica, asunto este muy fácil en la actualidad con la avanzada tecnología de los teléfonos celulares y Blackberrys actuales, y luego pretende hacerla valer en un proceso como prueba considero pertinente hacer algunas observaciones al respecto: Una comunicación telefónica como tal reviste el mismo carácter de una correspondencia porque se trata de comunicación a distancia, la diferencia radica en el formato (escrito en la carta, auditivo en el teléfono), y en la velocidad de recepción de la misma (diferida en el tiempo para la carta, en tiempo real para el teléfono). Cuando una persona graba una conversación en su teléfono celular no hay interceptación de la comunicación, sino la simple grabación de la misma. Si la grabación es acerca de una conversación confidencial, es decir, aquella que no versa sobre los temas mencionados por el artículo 1371 del Código Civil, según nos señala el mismo artículo 1373 ejusdem, entonces la misma podrá ser utilizada en un proceso; pero si la conversación versa sobre asuntos confidenciales, entonces no podrá publicarse ni ser presentadas ni reproducidas en un proceso sin el consentimiento de la o las personas grabadas. Si fuesen presentadas no serán pruebas válidas, y, dependiendo del contenido de la información que se revele con ellas, podría también incurrir el sujeto presentante de la grabación obtenida sin permiso en los delitos de difamación o injuria, si fuese el caso.*⁴⁷¹

En relación a las “**grabaciones gráficas y fonográficas**” que también pueden ubicarse como “documentos electrónicos” cuando captan, almacenan y reproducen palabras o imágenes con la utilización de máquinas electrónicas que permiten descifrar y traducir su contenido, como los videos captados y almacenados por cualquier medio electrónico o tecnológico, donde se conjugan los elementos

⁴⁷⁰ Eduardo M. JAUCHEN. Ob. cit. pp. 181 y ss.

⁴⁷¹ Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA. ob. cit. pp. 511 y 512.

de la imagen y el sonido, resultan aplicables las anotaciones anteriores, en cuanto a su promoción y evacuación, más en relación a éste último aspecto, igualmente el medio que haya captado la imagen y el sonido deberá ser reproducido en el acto de evacuación en forma total, dejándose constancia en el acta de los hechos representados o reproducidos, donde la parte a quien se le impute o identifique como su autora, que se encuentra presente en la imagen sonora, podrá impugnar el medio probatorio bien por adulteración, montaje, tanto de la grabación visual y sonora como de los hechos representados, impugnación que además de poder recaer sobre el carácter lícito o no del medio, puede limitarse a la sola imagen o a la voz o sonido, sin descartar que puede ser una impugnación total -imagen y sonido- casos en el cual la carga de la demostración de la autenticidad y mediante la prueba de experticia, recaerá en su proponente. Pero en el marco del sistema de procedimiento penal, reiteramos que el tratamiento es diferente, debiendo el ente acusador que la promueva y en forma adicional, proponer la experticia para la demostración de su autenticidad, sin aguardar que se produzca la impugnación por parte del acusado o su defensor, sobre quienes no pesa dicha carga a causa de la presunción de inocencia que los ampara y que obliga en consecuencia al acusador al acreditamiento de la precitada autenticidad, ello por no operar la admisión o reconocimiento tácito por falta de impugnación.

Sin perjuicio de lo anotado y con ocasión a la prueba de reproducción de imágenes, específicamente de imágenes contenidas en una cinta de VHS, para el caso civil, el Tribunal de Casación ha dicho:

1.- La apoderada judicial de la sociedad mercantil Producciones 8 ½ C.A.interpuso demanda en contra de la empresa Banco Mercantil (Banco Universal), por cobro de bolívares, mediante escrito presentado el 4 de agosto de 1994, pues a su juicio realizó la fiesta infantil navideña para los hijos de los empleados del Banco en los términos convenidos en el contrato, sin que hasta la fecha la demandada hubiera cumplido con su obligación de cancelar la cantidad de dos millones doscientos mil bolívares (Bs. 2.200.000,00), suma esta que representa *“el cuarenta por ciento (40%) del monto que ambas partes convinieron, como costo de la Fiesta Navideña Infantil que la última de las nombradas produjo...”*. La cantidad de dos millones doscientos sesenta mil bolívares (Bs.2.260.000,00), por concepto de *“Penalidad que debe el Banco pagarle a la productora, a razón de diez mil bolívares (Bs.10.000,00) diarios como lo prevé la cláusula cuarta del contrato que firmaron ambas partes, por su incumplimiento en cancelar el referido cuarenta por ciento...”*. La cantidad de tres millones trescientos mil bolívares (Bs.3.300.000,00), por *“Penalidad que el Banco debe pagarle a la productora por haberse negado a cancelarle a esta última, sin justa causa, el citado cuarenta por ciento (40%), según*

convinieron ambas partes en la cláusula quinta del contrato...”. La referida demanda fue admitida por el tribunal de primera instancia por auto de fecha 4 de octubre del mismo año.

2.- La parte demandada presentó escrito de contestación a la demanda el 27 de marzo de 1995. En el citado escrito la accionada reconvino a la actora, y solicitó al tribunal de primera instancia que declarará la resolución del contrato por el incumplimiento de las obligaciones contraídas en la convención, al no haberse realizado la fiesta infantil en los términos convenidos. Mediante auto de fecha 3 de abril de 1995, se admitió la reconvencción propuesta, y se fijó el quinto día de despacho siguiente a esa fecha, para que el actor diera contestación a la reconvencción.

...omissis...

PRUEBA LIBRE

Consigno un casete de VHS que grabó la empresa FOTO FLORIDA, en la fiesta de los hijos de los trabajadores del BANCO MERCANTIL, C.A., S.A.C.A., a fin de que la juez pueda observar que el público asistente recibió: bebidas refrescantes, chucherías, sandwiches o empaperados, helados, disfrute de colchones de aire, maquillaje y sombreros de globos para los niños.

Así mismo, para que compruebe que el artista EDGAR OJEDA motivó a los niños para participar en su espectáculo musical, y que ellos efectivamente respondieron a esa motivación.

Además, para que observe cuan tediosa y larga fue la intervención de los personeros del BANCO MERCANTIL, C.A., S.A.C.A., al hacer unas rifas entre sus trabajadores, sin realizar animación alguna. Al interrumpir el espectáculo para ello, las representaciones programadas por PRODUCCIONES 8 1/2, C.A., se tuvieron que hacer tardíamente y con luz diurna ya menguante.

Por último, para que vea y oiga al Presidente del BANCO MERCANTIL, C.A., S.A.C.A., Dr. GUSTAVO MARTURET, referirse al evento diciendo que fue **UNA GRAN FIESTA**, como realmente lo fue.

A fin de que la Juez pueda observar lo expuesto, en presencia de ambas partes, solicito la colaboración de la demandada, mediante su intimación, de conformidad con lo previsto en el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil.

Ruego a la ciudadana Juez que me señale oportunamente la colaboración que deba prestarle, con el objeto de evacuar la prueba libre promovida.

Solicito que las pruebas promovidas en este escrito sean agregadas a los autos en su oportunidad, admitidas y apreciadas en toda su fuerza probatoria en la sentencia definitiva, donde se declare procedente la demanda que, en nombre de PRODUCCIONES 8 ½, C.A., he incoado.

Finalmente, pido al Tribunal que me expida copia certificada de este escrito, de su auto de admisión, y de los documentos distinguidos como Anexo N° 1 y Anexo N° 2...”.

5.- La parte demandada impugnó la referida prueba libre de la siguiente manera:

“...De conformidad con la última parte del artículo 397 del Código de Procedimiento Civil, presento, en nombre de mi representado, formal oposición a la admisión del medio de prueba libre promovido por la demandante en el capítulo IV de su escrito de promoción de pruebas.

1) En primer lugar, el medio de prueba libre promovido carece de toda credibilidad o veracidad, ya que con el mismo no fueron acompañadas las pruebas colaterales que permitan establecer la legalidad de dicho medio de prueba y que aporten los requisitos necesarios para que nuestra representada ejerza el debido control del mismo. En efecto, el promovente no aportó los elementos que permitan establecer que lo que va a arrojar el medio de prueba libre promovido es un reflejo de la realidad, es decir, no identificó el promovente, con marca, número y clase, el vídeo cassette promovido; con que máquina se realizó la filmación y si la misma funcionaba en forma correcta; no expresó quién fue la persona que efectuó tal grabación, identificándolo con precisión y ni si el mismo tenía los conocimientos y destreza para ello; no provee al Juez elementos que le den certeza si tal grabación fue realizada el día de la fiesta que mi representada otorgó a los hijos de sus empleados: En definitiva, el promovente no da al juzgador los elementos que le permitan a éste saber con exactitud la procedencia de dicho medio de prueba libre, para así poder establecer, con su veracidad, la legalidad del mismo.

...omissis...

Por lo tanto, solicito que el medio de prueba libre promovido, no sea admitido por ilegal, por no existir en autos elementos que le den credibilidad y para que mi representado pueda ejercer su debido control y con ello, su derecho a la defensa.

2) En segundo lugar, nos oponemos a la admisión del referido medio de prueba libre, dado que existe una inexactitud entre el medio y el objeto del mismo. En efecto, pretende el demandante probar con tal medio de prueba que: "...Edgar Ojeda motivó a los niños para participar en su espectáculo musical, y que ellos efectivamente respondieron a esa motivación"; asimismo para que: "...observe cuan tediosa y larga fue la intervención de los personeros del Banco Mercantil, C.A., S.A.C.A., al hacer unas rifas entre sus trabajadores, sin realizar animación alguna. Al interrumpir el espectáculo para ello, las representaciones programadas por Producciones 8 ½, C.A., se tuvieron que hacer tardíamente y con luz diurna ya menguante" y, por último para que: "... vea y oiga al Presidente del Banco Mercantil, C.A., S.A.C.A., Dr. Gustavo Marturet, referirse al evento diciendo que fue una gran fiesta...".

Entonces, tal como se evidencia de lo transcrito precedentemente, el accionante no da al sentenciador los datos o elementos que permitan a éste conocer, al momento de observar y apreciar el medio en cuestión, quienes son las personas a que se refiere el demandante y, además, si las mismas son quienes el querellante dice que son. También, esta inexactitud, dificulta el control de la prueba por parte de mi poderdante, violando así, su derecho a la defensa.

En consecuencia, este medio de prueba libre no puede ser admitido por este Juzgado por ilegal, ya que le será imposible al sentenciador determinar si los hechos que se pretenden probar con el mismo se evidencian de éste, por falta de elementos necesarios para ello.

3) Por último, el accionante al promover el medio de prueba libre ya referido, solicita a este Juzgado se sirva, conforme al artículo 505 del Código de Procedimiento Civil, intimar a mi representado para que ésta preste su colaboración. Con ello, el promovente incurre en una indebida mezcla de medio de prueba libre, con un medio de prueba legal, como lo es el previsto en el referido artículo 505, y como consecuencia de ello, lo promovido es ilegal.

El artículo 505 del Código de Procedimiento Civil dispone lo siguiente:

...omissis...

Entonces, la solicitud hecha por el accionante para la evacuación del medio de prueba libre promovida por éste, debe ser negado por este Tribunal, por las razones que, de seguida, expresamos:

El demandante está promoviendo un medio de prueba libre con otro medio legal. En efecto, el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil, es aplicable, únicamente, a las reproducciones, reconstrucciones y experiencias hechas por o ante el juez, previstas en los artículos 502, 503 y 504 eiusdem, las cuales son, evidentemente, pruebas legales y, por ello, diferentes al medio de prueba promovido por el querellante y del cual me opongo a su admisión. El promovente pretende mezclar o reformar un medio legal para formar uno libre. Por esta razón, el medio de prueba promovido, no debe ser admitido, por ilegal.

A mayor abundamiento, cabe destacar que el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil, está referido a las pruebas de reproducciones, reconstrucciones y experiencias previstas en los artículos 502, 503 y 504 eiusdem, las cuales se forman dentro del mismo proceso, con el control directo de la otra parte y del mismo juez, y no, como el vídeo promovido como medio de prueba libre, ya que ésta supuestamente se realizó o se formó (si es que realmente se hizo) fuera del proceso, fuera del control directo de mi representado y del mismo sentenciador, por lo que, en todo caso, el artículo 505 es inaplicable e incompatible con el medio de prueba libre promovido.

En virtud de los asertos expuestos precedentemente, solicitados a este Juzgado, no admita, el cassette de VHS de la empresa Foto Florida, promovido, por el accionante, como medio de prueba libre en el capítulo IV de su escrito de promoción de pruebas...”.

6.- Por auto del 31 de mayo de 1995, el *a quo* procedió a resolver la oposición de la prueba de VHS, en los siguientes términos:

“...Como se evidencia de autos, la parte actora se opuso a la prueba promovida por la parte actora en el Capítulo IV de su escrito de promoción de pruebas, fundamentándose para ello, entre otras cosas en los siguientes alegatos: Que dicho medio de prueba carecía de credibilidad o veracidad, en virtud de que no fueron acompañadas las pruebas colaterales que permitieren establecer la legalidad de dicho medio de prueba capaces de aportar los requisitos para que la parte demandada ejerciera el debido control de la prueba; que el promovente no aportó los elementos que permitieran establecer que lo que va arrojar el medio de prueba libre promovido es un reflejo de la realidad; que en definitiva el promovente no le dió al juzgador los elementos necesarios para saber con exactitud la procedencia

de dicho medio de prueba libre, para así poder establecer con su veracidad la legalidad del mismo; que existe una exactitud entre el medio y el objeto del mismo, en virtud de que el demandante no da al sentenciador los datos o elementos que permitan a éste conocer, al momento de observar y apreciar el medio en cuestión, quienes son las personas a que se refiere el demandante y, además, si las mismas son quienes el querellante dice que son; que también dicha inexactitud dificulta el control de la prueba por parte de la demandada violándose su derecho a la defensa, por lo que dicho medio no podía ser admitido; que con la solicitud de que se intime a la parte demandada para que presté su colaboración, la promovente mezcló indebidamente el medio de prueba libre con uno legal, que es el establecido en el artículo 505 adjetivo, lo que lo hace ilegal.

Dicho lo anterior, este Juzgador apeándose rigurosamente a la exposición realizada en líneas anteriores, aprecia que la prueba sujeta a oposición, no se ajusta a los términos de ilegalidad y/o impertinencia manifiesta a que se refiere el artículo 398 de nuestro Texto de Trámites, toda vez que al aparecer con la evacuación de la misma se pretenden probar una serie de hechos que a juicio de este Tribunal forman parte de la presente controversia, por lo que al no existir norma expresa alguna que impida a este juzgador admitir pruebas como la de marras, siendo que contrariamente se establece la libertad de utilizar medios probatorios no establecidos ni tarifados en la ley siempre que estos no la contradigan, debe pues admitirse la prueba promovida por la parte actora en el Capítulo IV de su escrito de promoción de pruebas, salvo su apreciación en la sentencia definitiva, y ASÍ EXPRESAMENTE SE DECIDE, fijándose en consecuencia las once de la mañana (11:00) del quinto día de despacho siguiente al de hoy, para que tenga lugar el acto de proyección del video-cassette VHS, que actualmente está en custodia del ciudadano Secretario de este Despacho, sin necesidad intimación (sic) ni citación alguna de las partes. Es de hacer notar, en virtud los alegatos formulados por la parte opositora que todos aquellos –supuestos- requisitos necesarios para la promoción de la prueba de marras, que según su dicho, son causal suficiente para declarar inadmisibles dichas pruebas, tan sólo podrán ser valorados conforme a derecho en el momento en que deba este Tribunal pronunciarse sobre el fondo de la presente causa, y no precisamente en esta prematura etapa del proceso...”.

...omissis...

El juez superior en la sentencia definitiva de fecha 2 de junio de 2003, examinó el referido medio de prueba de la siguiente manera:

“...De la grabación. Consignó un cassette de VHS que grabó la empresa FOTO FLORIDA, en la fiesta de los hijos de los trabajadores del Banco Mercantil, C.A., S.A.C.A., a los fines de que se pueda observar que el público asistente recibió: bebidas refrescantes, chucherías, sándwiches o emparedados, helados, disfrute de colchones de aire, maquillaje y sombreros de globos para los niños. A los fines de que se compruebe que el artista EDGAR OJEDA motivó a los niños para participar en su espectáculo musical, y que ellos efectivamente respondieron a esa motivación.

Del acta levantada al examinarse la grabación y de la revisión de la grabación misma, se evidencia que la fiesta, a que tantas veces se ha hecho referencia de fecha 11.12.1993 celebrada por el Banco Mercantil para los hijos de sus trabajadores se llevó a cabo, en donde consta que los niños que participaron en la misma consumieron helados, bebidas como refrescos, y demás golosinas. Se observa que de conformidad con el acto de proyección de video que igualmente se encontraban una serie de globos adornando el escenario donde actuaban algunos personajes de dibujos animados; que igualmente hubo cuatro colchones de aire de los usados frecuentemente para fiestas de infantiles para que los niños jueguen y salten en el mismo, que algunos niños vestían unos sombreros que parecen ser utilizados con globos delgados, que también algunos niños tenían las caras pintadas. Que en un momento particular de la fiesta se realizó una rifa en las que se premiaron los números ganadores, que la rifa fue perifoneada por una persona quien era precisamente la que expuso a viva voz los números ganadores. Que seguidamente el animador presentó a quien llamó al presidente de dicha Institución Bancaria, es decir, el Banco Mercantil, ciudadano GUSTAVO MARTURET, quien dijo lo siguiente: “Buenas tardes quiero en adelante en nombre de todos nosotros y nuestros hijos que están aquí presentes y han disfrutado de un día magnífico, le quiero adelantar felices pascuas y próspero año nuevo, que nos sigamos divirtiendo y mucho éxito en el año próximo”. Que finalmente se observó de la proyección de dicho video que un actor cantó y contó algunas historias infantiles, a lo cual se dice apreciar algunos niños que

presenciaban dicha actuación, aplaudían y bailaban al tiempo de la música que tocaba dicho actor.

Esta prueba ha sido cuestionada por la parte accionada bajo el argumento de que no se ha indicado cual fue la máquina utilizada, el tipo de cinta y quien fue la persona que realizó la grabación, además de que fue editada. En verdad la prueba de grabación constituye un medio de representación que, como dicen algunos autores ha venido a sustituir a la apreciación que hace la persona de los hechos que ha visto y de las circunstancias que le rodean, y si bien ha sido una práctica forense el indicar el tipo de equipo utilizado, no es menos cierto que no hay en el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil una exigencia en tal sentido, quedando a criterio del juez la exigencia de formalidades que puedan garantizar la fidelidad de lo grabado, sin que no pueda apreciar dentro de las reglas de la sana crítica, una grabación por el hecho de que no se indicó cual fue el equipo utilizado, máxime cuando no se ha impugnado la prueba imputándole que fuera un montaje o que contenga una distorsión de la realidad. En este caso, es decir, que se hubiera impugnado la prueba por ser un montaje correspondería al promovente de la misma acreditar en autos su fidelidad, a través de los medios que la misma ley adjetiva autoriza.

Ha sido admitido en la declaración rendida por el ciudadano Pedro Misle que la grabación fue realizada por un profesional al servicio de Foto Florida, lo cual, para quien decide, da un margen de credibilidad a la grabación, en vista de haber sido realizada por una empresa dedicada a esos menesteres. En consecuencia, se admite la prueba de video promovida, y se aprecia de acuerdo a las reglas de la sana crítica, para acreditar los hechos que (sic) preñarrados. Así se declara...”.

...omissis...

Como puede observarse, la doctrina es conteste al considerar respecto a la tramitación de las pruebas libres que no se asimilan a los medios probatorios tradicionales, lo siguiente:

1.- El promovente de un medio de prueba libre representativo, esto es, fotografías, películas cinematográficas, audiovisuales, y otras de similar naturaleza, tiene la carga de proporcionar al juez, durante el lapso de promoción de pruebas, aquellos medios probatorios capaces de demostrar

la credibilidad e identidad de la prueba libre, lo cual podrá hacer a través de cualquier medio probatorio.

2.- El juez en la oportunidad de pronunciarse sobre la admisibilidad de dicha prueba debe en conformidad con lo previsto en los artículos 7 y 395 del Código de Procedimiento Civil, establecer la manera en que ésta se sustanciará; y en caso de que el medio de prueba libre sea impugnado, debe implementar en la tramitación la oportunidad y forma en que deba revisarse la credibilidad e idoneidad de la prueba; pues sólo cumpliendo con esa formalidad por delegación expresa del legislador cumple el proceso su finalidad, que es un instrumento para alcanzar la justicia según lo dispone el artículo 257 de nuestra Carta Magna, al mismo tiempo, se garantiza el debido proceso y derecho de defensa de las partes.

3.-Una vez cumplidas estas formalidades, el sentenciador determinará en la sentencia definitiva -previo al establecimiento de los hechos controvertidos-, si quedó demostrada la credibilidad y fidelidad de la prueba libre en cuestión; caso contrario, desestimaré dicha prueba, pues si bien se trata de medios probatorios que no prejuzgan sobre el fondo del litigio, son indispensables para que una vez establecidas dichas circunstancias, el juez pueda establecer con plena libertad los hechos que se desprenden de la prueba conforme al sistema de la sana crítica.

Por consiguiente, la Sala deja establecido que es obligatorio para los jueces de instancia fijar la forma en que deba tramitarse la contradicción de la prueba libre que no se asemeje a los medios de prueba previstos en el ordenamiento jurídico, pues así lo ordenan los artículos 7 y 395 del Código de Procedimiento Civil; de lo contrario se estaría subvirtiendo la garantía del debido proceso, con la consecuente infracción del derecho de defensa de las partes.

En el caso que nos ocupa, el juez de la causa no estableció la forma mediante la cual debía sustanciarse la impugnación y evacuación de la prueba de VHS, y al no hacerlo omitió el cumplimiento de formas procesales que interesan al orden público y, por ende, no convalidables por las partes, vulnerando los requerimientos de los artículos 7 y 395 del Código de Procedimiento Civil.

Al no haber procedido el juez de instancia de la manera establecida en la ley, esta Sala declara de oficio el quebrantamiento de forma con menoscabo del derecho de defensa de las partes, y repone la causa al estado en que el juez de primera instancia establezca el trámite para que la prueba de VHS sea incorporada al expediente, y especifique las formas procesales que garantice el debido proceso que permita la contradicción de esa prueba.

Con base en las consideraciones expuestas, la Sala declara de oficio la infracción de los artículos 7 y 395 del Código de Procedimiento Civil. De igual forma, declara la infracción del artículo 208 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto el juez de alzada no advirtió el error cometido por el sentenciador de primera instancia. Así se establece. (Resaltado nuestro).⁴⁷²

Como se aprecia de la sentencia trascrita, el criterio acogido por el Tribunal de Casación es la de la proposición del medio probatorio –libre- conjuntamente con todos aquellos –adicionales- que permitan la demostración de su autenticidad y credibilidad de la prueba, carga que insistimos debe ser cumplida al momento de la proposición de la prueba, no debiéndose aguardar a que se produzca su impugnación, de manera que la demostración de la credibilidad y autenticidad de la probanza no depende de la impugnación; que el operador de justicia es quien debe establecer o fijar la forma como se materializará el medio probatorio cuando se trate de aquellos donde no puede aplicarse la analogía, debiendo garantizar en todo caso el derecho a la defensa de las partes, para el cual el no proponente podrá realizar la pertinente impugnación, caso en el cual el judicante en resguardo igualmente del derecho a la defensa, deberá implementar la tramitación pertinente para sustanciar la precitada impugnación –por ejemplo a través de la incidencia de cotejo o de una articulación conforme al artículo 607 del Código de Procedimiento Civil- lo que al final se identifica con los criterios que al respecto hemos venido exponiendo –incluso antes de haberse dictado esta sentencia- sin la debida cita como es propio de los envidiosos y acomplejados.

Finalmente y respecto a aquellos “documentos electrónicos” capaces de captar, almacenar y reproducir “**palabras**” pero en forma escrita como teléfonos celulares a través de la mensajería de texto, *blackberrys*, *twitter*, *whatsapp*, *chats*, agendas electrónicas, entre otros, que también requieren para su traducción en lenguaje comprensible aparatos electrónicos y computarizados, el tratamiento es similar a la forma indicada, a cuto efecto y para la promoción deben cumplirse algunos requisitos como son:

⁴⁷² Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, N° RC-00472, de fecha 19 de Julio de 2.005, con ponencia de la magistrado Isbelia Josefina PÉREZ VELAZQUEZ, expediente N° 03685.

- a. Identificación del medio, la cosa u objeto –documento- contentiva de la reproducción escrita.
- b. Identificación del medio, cosa u objeto que por medio del cual se realizó, envió, recibió, captó, grabó o almacenó la reproducción de palabras escritas.
- c. Identificación de las personas que intervienen en la misma, su autor, emisor y receptor –si es el caso- su individualidad, atribuyéndose la autoría a cada persona, que de ser un tercero ajeno al proceso, deberá ser propuesto como testigo para que ratifique lo conducente.
- d. Acompañamiento o transcripción del contenido del documento contentivo del almacenamiento de palabras, bien sea en forma total o parcial, esta última de los pasajes que interese a su proponente.
- e. Identificación del lugar, modo y tiempo en que fue realizada –de ser posible-.
- f. Identificación del objeto de la prueba, vale decir, identificar el contenido de las palabras y su relación con los hechos debatidos en el proceso.

A los requisitos señalados y en el marco del sistema de procedimiento penal, donde es al acusador a quien corresponde la carga de la prueba para destruir la presunción de inocencia que como derecho fundamental ampara al acusado, quien por demás no tiene la carga de la impugnación debe igualmente incluirse la prueba pericial para el acreditamiento de su autenticidad, para descartar que no es información de palabras manipulada, editada o falsa. En cuanto a la oportunidad de promoción en cada sistema de procedimiento, deberá ser en el lapso probatorio y su evacuación dependerá de la forma documental que almacenó la palabras escritas, pues de ser en formato electrónico o tecnológico, se aplican las reglas que enunciamos en los párrafos precedentes, pero de reproducirse en forma escrita bastará su tratamiento oral en la audiencia probatoria –para el caso de procedimiento orales- para que sea debatido y al producirse la impugnación, se acudirá a la experticia correspondiente, salvo el caso penal que y como hemos dejado de manifiesto, no debe esperarse a la impugnación al ser carga del acusador la prueba de su autenticidad mediante la citada experticia promovida como medio complementario en su oportunidad correspondiente.

Ya para terminar este apartado interesa lo escrito por el autor colombiano Antonio Luis GONZÁLEZ NAVARRA al tratar el tema de los documentos que almacenen y reproduzcan palabras imágenes y sonidos en el marco del sistema penal acusatorio, quien nos dice [...] *Las filmaciones, grabaciones de voz, álbumes fotográficos y registros de otra índole que hagan los servidores públicos en ejercicio de sus funciones, tienen el carácter de documentos públicos. Se presumen auténticos; y quien impugne su autenticidad corre con la carga de demostrar lo contrario hasta desvirtuar dicha presunción. Los videos obtenidos con las cámaras que la Policía Nacional o los órganos de inspección, vigilancia y control coloquen en sitios estratégicos son documentos públicos, que se presumen auténticos; y su debido aporte en calidad de prueba se satisface con la cadena de custodia y acreditación. Las filmaciones, grabaciones de voz,*

*álbumes fotográficos y registros de la misma naturaleza confeccionados por terceros o personas particulares, son documentos privados y en materia de autenticidad respecto de ello son pertinentes los comentarios anteriores.*⁴⁷³ Al respecto y en cuanto al tratamiento o equiparación de los documentos que almacenen palabras, imágenes y sonidos a documentos públicos por el simple hecho de haber sido realizado por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y con aparatos instalados por lo mismos, lo que conduce a que se presuma su autenticidad y deje en cabeza del acusado la carga de la impugnación para desvirtuar la precitada presunción de autenticidad, nos apartamos abiertamente de tal criterio por no estar en sintonía –por lo menos- con nuestro sistema de procedimiento y probatorio como lo hemos explicado, pues la noción de instrumento público contenida en nuestra legislación y como se ha señalado se circunscribe –limitativamente- a los instrumentos y cuando se trata de grabaciones o filmaciones, almacenadas en documentos representativos o declarativos, aún cuando sean realizado por funcionarios públicos, no muta la prueba a pública ni genera la mentada presunción de autenticidad, por el contrario, se trata de un acto jurídico extraprocesal o procesal –según el caso- que podrá realizar un funcionario público, como una grabación, filmación o interceptación telefónica, que para nada permite afirmar que se trata de una prueba documental pública, especialmente cuando el acusador que la proponga tiene la carga de promover en forma complementaria o adicional, aquellos medios probatorios que permitan demostrar su autenticidad, así como la declaración testimonial de aquellos funcionarios públicos que la han realizado, de manera que se trata realmente de una prueba compleja –combinada- que nos permite afirmar que en cuanto al documento, por sí solo y sin los medios adicionales no podrá servir para la convicción judicial.

En este orden de ideas la fe pública que le imprime el funcionario público al acto jurídico que lo dota de presunción de autenticidad, no se extiende a la utilización de medios técnicos y mecánicos para almacenar su contenido, mucho menos por ejemplo que la grabación la realice el mismo –funcionario público- pues no está –en los términos de nuestro Código Civil- autorizando un acto jurídico con las solemnidades legales como es exigido, de manera que extender la fe pública y la autenticidad al acto, al documento que almacene palabras, imágenes y sonidos por el simple hecho de haberlo realizado un funcionario público, no permite considerar el acto como público y dispensar a su proponente de la carga de acreditar la autenticidad, al trasladarla al no proponente quien deberá acudir a la tacha de falsedad o a la prueba en contrario según quien haya falseado la verdad, tal y como lo hemos visto, siendo estas las argumentaciones que nos apartan del criterio del autor en comentario. Como consecuencia de ello, a nuestro juicio el tratamiento de los documentos que estudiamos es especial y su autenticidad para que sirva como elemento de convicción judicial, será en la forma que hemos indicado, lo que en el marco del sistema de procedimiento penal se caracteriza por la necesidad que de ser propuesta por el ente acusador,

⁴⁷³ Antonio Luís GONZÁLEZ NAVARRO. La Prueba en el Sistema Penal Acusatorio. p. 891.

necesariamente debe proponer los medios adicionales que sirvan para acreditar la precitada autenticidad, sin aguardar impugnación alguna por parte del acusado, sobre quien no pesa dicha carga por el hecho de estar amparado por el derecho constitucional y humano de la presunción de inocencia

8.7. Mensaje de datos y firmas electrónicas.

Dentro de la especie de prueba documental sin firma y que no necesariamente adopta la firma escritural –desmaterialización– encontramos los “mensajes de datos” y consecuentemente las “firmas electrónicas” que y como hemos dicho en el punto anterior, se trata de otra especie de los “documentos electrónicos”, regulado entre nosotros en el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas y que data de 2001,⁴⁷⁴ en cuya exposición de motivos [...] *El principal objetivo de este Decreto-Ley es adoptar un marco normativo que avale los desarrollos tecnológicos sobre seguridad en materia de comunicación y negocios electrónicos, de manera que se pueda dar pleno valor jurídico a los mensajes de datos que hagan uso de estas tecnologías. Nuestra legislación actual establece, que cuando un acto o contrato conste por escrito, bastará como prueba, el instrumento privado con las firmas autógrafas de los suscriptores. Dentro de este contexto el Decreto-Ley Sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, pretende crear mecanismos para que la firma electrónica en lo adelante tenga la misma eficacia y valor probatorio de la firma escrita, siempre y cuando cumpla con los requisitos mínimos establecidos en este Decreto-Ley. En términos generales la legislación actual no reconoce el uso de los medios electrónicos de manera expresa y en caso de un litigio el juez o tribunal tendrán que allegarse de medios de prueba libre y a la sana crítica para determinar que una operación realizada por medios electrónicos es o no válida. Esta situación ha originado que empresas y personas se sientan inseguras de realizar transacciones por medios electrónicos, debido a la incertidumbre legal en caso de controversias. Por ello se hace indispensable dar valor probatorio al uso de medios electrónicos en los procesos administrativos y judiciales, sin que quede al arbitrio del juez considerar su validez probatoria en caso de controversia, debido a una ausencia de regulación expresa. Así tenemos que entre la principales disposiciones contenidas en el Decreto-Ley Sobre Mensajes de Datos y Firma Electrónica, se encuentran disposiciones que regulan: El mensaje de datos. La firma electrónica. Los certificados electrónicos. Los proveedores de servicios de certificación.”*

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

⁴⁷⁴ Decreto con Fuerza de Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. Gaceta Oficial N° 37.148, de fecha 28 de febrero de 2001.

acreditados, tendrán entre sus funciones emitir un documento contentivo de información "cerciorada" que vincule a una persona natural o jurídica y confirme su identidad, con la finalidad que el receptor pueda asociar inequívocamente la firma electrónica del mensaje a un emisor. El Proveedor de Servicios de Certificación da certeza de la autoría de un mensaje de datos mediante la expedición del certificado electrónico.”; finalmente que [...] Entre los principios que guían al Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, destacamos los siguientes: 1) Eficacia Probatoria. A los fines de otorgar la seguridad jurídica necesaria para la aplicación del Decreto-Ley, así como la adecuada eficacia probatoria a los mensajes de datos y firmas electrónicas, en el artículo 4º se atribuye a los mismos el valor probatorio que la Ley consagra para los instrumentos escritos, los cuales gozan de tarifa legal y producen plena prueba entre las partes y frente a terceros de acuerdo a su naturaleza. Asimismo, todo lo concerniente a su incorporación al proceso judicial donde pretendan hacerse valer, se remite a las formas procedimentales reguladas para los medios de pruebas libres, contenidas en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil. De esta forma, ha sido incorporado el principio de equivalencia funcional, adoptado por la mayoría de las legislaciones sobre esta materia y los modelos que organismos multilaterales han desarrollado para la adopción por parte de los países de la comunidad internacional en su legislación interna.”

La Ley en comento tiene por finalidad regular el régimen de los medios electrónicos como herramienta de intercambios de información, comercial o de cualquier tipo, mediante la transferencia de informaciones de un computador a otro sin necesidad de la utilización de documentos escritos o instrumentos, lo que permite un ahorro de tiempo y dinero. En este sentido se regula lo relativo a la transmisión de información en forma electrónica y con soporte electrónico, así como la realización de negocios por esta vía, no sustituyéndose la firma autógrafa por la electrónica, pues en el estado actual de las cosas subsisten ambas en la legislación actual –sin perjuicio de la firma digital para el caso por ejemplo de pagos con tarjetas de crédito donde y a través de una pantalla táctil y con una especie de bolígrafo, se realizad la firma digital a puño y letra- sino que se busca con la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, regular legalmente la comunicación o interrelación y la negociación electrónica, la validez de las mismas en soporte electrónico, determinándose su autoría, legalidad, aportación al proceso judicial, eficacia probatoria, entre otras circunstancias.

En este sentido el artículo 1º de la referida Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, dispone que el marco de su aplicación estará referido a otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico a la firma electrónica, al mensaje de datos y a toda información inteligible en formato electrónico, independientemente de su soporte material, atribuible a una persona natural o jurídica, pública o privada, siendo aplicable a los mensajes de datos y firmas electrónicas indiferentemente de su tecnología, existente o que puede surgir a futuro, por lo que el marco normativo es de aplicación para toda clase de información electrónica, mensaje de datos y firmas electrónicas que pueden crearse a futuro.

Pero ¿qué son los mensajes de datos y las firmas electrónicas?

Los “**mensajes de datos**” conforme a lo previsto en el artículo 2° de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, es toda información inteligible en formato electrónico o similar, que pueda ser almacenado o intercambiado por cualquier medio, en otras palabras y refiriéndonos a ellas como medios de prueba judicial, podemos decir que son cartas electrónicas remitidas por un sujeto a otro, generalmente mediante correos electrónicos, representativos de hechos jurídicos que pueden tener significación probatoria y cuya representación inteligible se encuentra en formato electrónico; pero decimos que son cartas electrónicas pues los mensajes de datos son escritos en formato electrónico que remite un sujeto a otro, mediante correos electrónicos y que pueden representar un hecho cualquiera – en sentido general- o un hecho jurídico con significación probatoria –en sentido particular y específico de medio probatorio- mensaje de datos que pueden referirse a la existencia, extinción, modificación o validez de una obligación, representar una imagen o un sonido sin contenido escritural, incluso en el marco del proceso penal, ser la fuente contentiva del hecho delictivo.

Por su parte la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas define la “**firma electrónica**” como la información creada o utilizada por el signatario, por la persona natural o jurídica de la firma electrónica o certificado electrónico –mensaje de datos proporcionado por un proveedor de Servicios de Certificación que le atribuye certeza y validez a la firma electrónica- asociado al mensaje de datos, que permite atribuirle la autoría bajo el contexto en el cual ha sido empleado, que como vemos difiere de la firma digital que es una forma electrónica de colocar la firma en una pantalla digital, proviniendo del puño y letra de su autor, sometido igualmente a las reglas de reconocimiento y autenticidad como si del instrumento privado firmado se tratara, aunque con la especialidad y característica de adoptar la forma digital, lo que conduce a que su autenticidad ante el desconocimiento de su supuesto autor, necesariamente deba ser a través de una experticia, pero no tradicional o grafológica en sentido estricto, sino mediante otro tipo de técnicas electrónicas y tecnológicas.

La firma electrónica nos dice Carolina SANCHIS CRESPO, es cualquier método o símbolo basados en medios electrónicos utilizados o adoptados por una parte con la intención actual de vincularse o autenticarse un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita, utilizándose el sistema de criptografía o por claves, que funciona mediante claves asimétricas, como una pareja de claves criptográficas, una privada y otra pública, relacionadas entre ellas, que son utilizadas en el ámbito de sistemas de validación, donde la clave privada está constituida por un código alfanumérico que solo conoce su titular, siendo secreta y la correspondiente a la clave pública también se encuentra constituida por un código de letras y números alfanuméricos, siendo del dominio público, de manera que ambas claves se identifican mutuamente al colocarse una en relación a la otra y quien posea

ambas claves asimétricas, podrá firmar el documento informático, de tal modo que cualquiera que acceda a aquel tendrá certeza respecto a la paternidad e integridad del documento.⁴⁷⁵

Por su parte el profesor español Guillermo ORMAZÁBAL SÁNCHEZ nos dice que “firma electrónica” y “firma digital” son expresiones que se usan frecuentemente de forma indistinta pero que en realidad presentan ciertas diferencias, siendo la primera –siguiendo a MARTINEZ NADAL- cualquier método o símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adaptado por una parte con la intención actual de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones características de la firma manuscrita; que el Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre sobre firmas electrónicas (DFE) la define como [...] *el conjunto de datos, en forma electrónica, anejos a otros datos electrónicos o asociados funcionalmente con ellos, utilizados como medio para identificar formalmente al autor o a los autores del documento que la recoge.*”, definición que a su juicio permite acoger gran variedad de sistemas y procedimientos, desde el uso de la “firma manual digital” hasta el empleo de la criptografía, pasando por la utilización de códigos o números de identificación de cualquier tipo, siendo lo esencial que exista el procedimiento de índole electrónica dirigido a identificar o singularizar a la persona y vincularlo con la declaración contenida en el documento electrónico; que la “firma digital” por su parte es una especie de la firma electrónica caracterizada por el uso de criptografía y concretamente, en el caso de los sistemas de firma más desarrollados, de manera que debe entenderse por tal ciertos procedimientos mediante los que alguien encripta un mensaje informático utilizando una clave privada que sólo él conoce, lo envía a su receptor a través de la red y le da a conocer una clave pública, de público conocimiento o acceso, mediante el cual dicho receptor desencripta el mensaje y puede constatar que aquél sólo pudo ser encriptado por quien poseía la clave privada, por lo que el receptor puede comprobar la identidad del emisor y la autenticidad, en el sentido de no alteración o adulteración del mensaje una vez firmado.

Sigue indicando el precitado profesor español que en este sistema resulta esencial la intervención de una tercera persona de confianza, a la que incumbe certificar que la clave pública corresponde a quien afirma ser su titular –autoridad o entidad certificadora- y que conforme al DFE es competencia de los denominados prestadores de servicios de certificación que entre sus cometidos se encuentra, emitir los certificados mediante los que se constatan la referida identidad o correlación entre la clave pública y un determinado sujeto.⁴⁷⁶

Por su parte MUÑOZ SABATÉ indica que conforme al Decreto-Ley sobre firmas electrónicas antes citado, pueden darse tres tipos de firmas electrónicas a saber: a. Una simple que sería aquel conjunto

⁴⁷⁵ Carolina SANCHIS CRESPO. La Prueba por Soporte Informático. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 1999. pp. 92 a la 98.

⁴⁷⁶ Guillermo ORMAZÁBAL SÁNCHEZ. La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos. Editorial La Ley. Madrid, 2000. pp. 212 y ss.

de datos electrónicos, asociados o no, utilizados como medio para identificar formalmente a su autor, como es el caso de la firma digital manual de muy escasa seguridad; b. Una firma electrónica avanzada que permite la identificación del signatario y ha sido creada por medios que éste mantiene bajo su exclusivo control, de manera que está vinculada únicamente al mismo y a los datos a que se refiere, permitiendo que sea detectable cualquier modificación ulterior de éstos; y c. La firma electrónica más avanzada, denominada privilegiada en la que la identificación y la autenticación son posibles a través de la intervención de un tercero que da fe de que una clave o claves pertenece o pertenecen exclusivamente a determinado sujeto.⁴⁷⁷

En la doctrina colombiana FIERRO-MENDEZ define el “mensaje de datos” como toda información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudiera ser el intercambio electrónico de datos, Internet, correo electrónico, telegrama, télex y telefax; que la “firma digital” es un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos, que utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje permita determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transferencia; que la misma debe tener unos atributos, propiedades o características, porque cuando una firma digital ha sido fijada en un mensaje de datos, se presume que el suscriptor de aquella tenía intención de acreditar ese mensaje de datos y de ser vinculado con el contenido del mismo; y que el uso de una firma digital tiene la misma fuerza que el uso de una firma manuscrita, si aquella incorpora los siguientes atributos: es única la persona que la usa, es susceptible de ser verificada, está bajo control exclusivo de la persona que la usa, está ligada a la información o mensaje, de manera que si se reúnen los mismos, la firma digital será válida.⁴⁷⁸

Haciendo una equivalencia funcional con la “firma autógrafa” es la que identifica en materia de prueba instrumental o documental escrita al autor del mismo y permite su autenticidad al generarse el reconocimiento, relacionándolo con los hechos jurídicos documentados, en materia de “firma electrónica” la misma es la que identifica al autor del mensaje de datos, la que genera su autenticidad producto de su reconocimiento y que lo relacionada con los hechos jurídicos recogidos o documentados electrónicamente en el mensaje, que lo identifica como el sujeto remitente del mensaje de datos, pues la firma electrónica –insistimos- según nuestra legislación, es la información creada o utilizada por el signatario o titular de la firma, que se asocia a los mensajes de datos y permite atribuirle su autoría, de manera que y conforme a la precitada equivalencia podríamos decir, que la firma autógrafa que determinada la autoría en la prueba documental escrita, equivale a la firma electrónica que identifica a su

⁴⁷⁷ Lluís MUÑOZ SABATÉ. Ob. cit. pp. 326 y ss.

⁴⁷⁸ Heliodoro FIERRO-MENDEZ. La Prueba en el Derecho Penal. Sistema Acusatorio. pp. 214 y ss.

autor del mensaje de datos y que puede servir de prueba judicial para la acreditación de su autoría, de su autenticidad, circunstancia esta que nos lleva a expresar, que los “mensajes de datos” no son otra cosa que una especie de la prueba documental electrónica, medios de prueba judicial referidos a cosas u objetos con soporte electrónico, que representa hechos jurídicos diferentes a si mismos, que puedan influenciar en el ánimo del juzgador al demostrar hechos debatidos en la contienda judicial, al producirse su autenticidad, la cual viene dada por el certificado electrónico expedido por los agentes de certificación correspondientes que permiten identificar al titular de la “firma digital”, sin perjuicio de su reconocimiento expreso en los casos de carencia de tal certificado, documentos que no se limitan a los precitados mensajes de datos, sino a cualquier medio electrónico que pueda representar hechos jurídicos, tales como DVD, CD-ROM, discos flexibles o *diskette*, discos duros, discos compactos, unidades de memoria RAM –*random access memory*- y REM –*read only memory*- a los cuales no referiremos mas adelante.

Pero volviendo al tema de la firma electrónica y entendido cómo aquella permite vincular e identificar a su titular con el mensaje de datos, determinándose su autoría que es el paralelo de la firma autógrafa en el documento escrito, conforme a lo previsto en el artículo 16 de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, tiene igual validez y eficacia probatoria que la firma autógrafa, siempre que reúna los siguientes aspectos:⁴⁷⁹

- a. Que garantice que los datos utilizados para su generación puedan producirse solo una vez y asegurar razonablemente su confiabilidad.
- b. Que ofrezca seguridad suficiente de que no puede ser falsificada con la tecnología existente en cada momento.
- c. Que no se altere la integridad del mensaje de datos.

La firma electrónica en la medida que cumpla con éstos aspectos o requisitos, produce la misma validez y eficacia que la firma autógrafa en los instrumentos o documentos escritos, constituyendo un elemento determinante de la autoría y paternidad del signatario con el mensaje de datos, generando su autenticidad y permitiendo que sea utilizable como fuente que sirva para el acreditamiento de los hechos por comparación con los hechos institucionales afirmados, mas si no se cumplen los requisitos en cuestión y conforme a lo previsto en el artículo 17 de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, solo constituirán un elemento de convicción –indicio probatorio- apreciable por sana crítica por el operador de justicia. De lo dicho podemos apreciar inmediatamente el lamentable y retrógrado tratamiento tarifado que el legislador especializado –Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas- otorga a la firma

⁴⁷⁹ Igualmente, conforme a lo previsto en el artículo 5° del Decreto con Fuerza de Ley de Registro Público y Notariado, la firma electrónica de los Registradores y Notarios tendrá la misma eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa.

electrónica –como lo diría su exposición de motivos antes señalado- al remitir e igualar su valor probatorio al regulado para la prueba instrumental, que y conforme hemos visto tanto para el instrumento público como para el privado es tarifado; resulta paradójico que nuestro legislador haya entrado a legislar en materia de nuevas tecnologías –para lo cual y como se aprecia de la propia exposición de motivos se diría [...] *Venezuela avanza aceleradamente hacia la actualización en materia de tecnologías de información y de las comunicaciones. En los últimos años esta evolución tecnológica ha revolucionado a nivel mundial las diferentes áreas del conocimiento y de las actividades humanas, fomentando el surgimiento de nuevas formas de trabajar, aprender, comunicarse y celebrar negocios. Al mismo tiempo ha contribuido a borrar fronteras, disminuir el tiempo y acortar las distancias.*”- e inmediatamente –retrocediendo también acelerada y especialmente en estos catorce años de destrucción y saqueo- siga aplicando un sistema de valoración tasado, circunstancia esta inconstitucional y antigarantista, que riñe con la regulación actual del tema probatorio como derecho positivado y que nos lleva a afirmar la necesidad de rever esta situación mediante el control de la constitucionalidad o reinterpretación constitucional de las normas legales, para en definitiva llegar a la conclusión que el mensaje de datos asociado a una firma electrónica que posea certificado electrónico con las características enunciadas, será auténtico y servirá para formar la convicción judicial a través de la sana crítica.

Sin perjuicio de lo dicho y siguiendo con la cuestión tratada encontramos que el cumplimiento de éstos requisitos, entre otros casos, se obtiene mediante un certificado o certificación electrónica expedido por un proveedor de servicios de certificación a que se refiere el artículo 31 *ejusdem*, que pueden ser organismos públicos o personas jurídicas y que deben estar autorizadas, acreditadas y controladas por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica; los certificados electrónicos proporcionados por los proveedores de servicios de certificación son los que garantizan la validez de la firma electrónica que certifican y la titularidad o paternidad de los signatarios, todo lo que se traduce y concatenando las figuras señaladas, en que si no existe Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica o no funciona en la forma regulada en la ley –como sucede en nuestro maltratado país- no habrá quien acredite y autorice a los proveedores de servicios de certificación y al no existir éstos, no resulta viable obtener un certificado electrónico que sea capaz de identificar el signatario y producir validez de las firmas electrónicas, lo que conllevará a que no puede identificarse al autor del mensaje de datos, a que no puede producirse su autenticidad y consecuentemente no podrán servir como fuentes que permitan la convicción judicial.

Pero ¿cómo funciona esto?

La “Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica”, acredita, autoriza y controla a los “proveedores de servicios de certificación”, éstos a su vez, certifican la “firma electrónica” emitiendo un “certificado electrónico” que permite identificar a su signatario o titular, al llevar registro o archivo de

las firmas electrónicas, lo cual permitirá a su vez determinar la autoría del mensaje de datos que sea remitido por vía del correo electrónico o dicho al revés, el mensaje de datos enviado por un correo electrónico, tendrá como autor al signatario o titular de la firma electrónica, que debe ser certificada por los proveedores de servicios de certificación, acreditados y autorizados por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, sin lo cual y en caso de no cumplirse esta cadena, no podrá identificarse al signatario o titular de la firma electrónica y consecuentemente al autor del mensaje de datos vinculado con la firma, lo que en definitiva impactará en la eficacia probatoria al no poderse determinar la autenticidad, ello sin perjuicio que y sin la existencia del mentado certificado, la parte a quien se le oponga el mensaje de datos como emanado de él, expresamente lo reconozca o se produzcan otros medios probatorios que permitan identificar su titularidad y autoría, como indicios, su utilización en otros actos reconocidos, entre otros.

El certificado electrónico conforme a lo previsto en el artículo 38 de la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, garantiza la autoría de la firma electrónica que certifica y la integridad del mensaje de datos, no confiriendo autenticidad o fe pública que otorguen los funcionarios públicos, por lo que debe demostrarse la autenticidad del mismo, ¿cómo?, mediante la aportación del precitado certificado o mediante otros medios como lo hemos indicado. En este sentido la norma expresa [...] *El Certificado Electrónico garantiza la autoría de la Firma Electrónica que certifica así como la integridad del Mensaje de Datos. El Certificado Electrónico no confiere la autenticidad o fe pública que conforme a la ley otorguen los funcionarios públicos a los actos, documentos y certificaciones que con tal carácter suscriban.*” Destaquemos el confusionismo de nuestro ilustre legislador, quien trata como sinónimos las nociones de “autenticidad” y “fe pública” que y como hemos visto se trata cuestiones diferentes, la primera referida a la determinación de la autoría y la segunda que trata de un manto de certeza que le imprime el funcionario público al acto, revistiéndolo de autenticidad y presunción de verdad respecto a lo que ha visto, oído y presenciado si tenía competencia para ello; en este sentido y siendo lógicos y coherentes en la utilización de la terminología procesal y probatoria en forma correcta, tenemos que conforme a la citada norma el certificado electrónico determina la autoría de un mensaje de datos, produce su autenticidad, pero no otorga “fe pública” o presunción de veracidad sobre lo que el funcionario declara haber visto, oído y presenciado, de manera que no podemos confundir e identificar la noción de “autenticidad” que sí viene dada por ley al existir un certificado electrónico, con la de “fe pública” que es ajena al certificado.

En cuanto a los “mensajes de datos” los mismos se encuentran regulados en el artículo 4° de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, teniendo la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los instrumentos o documentos escritos, de manera que si el mensaje de datos proviene de un funcionario público en ejercicio de sus funciones, circunstancia este demostrable mediante el certificado

electrónico que permite identificar al signatario o titular de la firma electrónica, el mismo tendrá la eficacia probatoria a que se refiere el artículo 1.359 del Código Civil –instrumentos públicos-⁴⁸⁰ en tanto que si el mensaje de datos es de una persona privada, natural o jurídica, circunstancia esta también demostrable mediante el certificado electrónico que permite identificar al signatario o titular de la firma electrónica, tendrá la eficacia probatoria a que se refiere el artículo 1.363 *eiusdem* –instrumentos privados- de manera que existe tarifa legal en cuanto a la eficacia probatoria de éstos documentos electrónicos. Como vemos y en sintonía con lo expresado en párrafos anteriores, nos permite observar la lamentable ignorancia de nuestro legislador que se ha quedado en el tema legal y no ha avanzado en el constitucional, mucho menos en el garantismo, pues erradamente sigue apostando a la tarificación de la valoración probatoria que es propio de un sistema obsoleto escritural y donde no existían estos modernos y tecnológicos sistemas de comunicación, que aunque legislando al respecto nunca logró entender que se trata de un medio de prueba que debe ser apreciado y valorado por la sana crítica del judicante, especialmente cuando estamos en presencia del sistema de procedimientos orales que y aunque no correctamente, fue de manera inconsulta impuesto por el constituyente como producto barato que pretendía acabar con la morosidad o retardo judicial y que se ha incrementado en los últimos catorce años de ineficacia, ignorancia y servilismo de las Instituciones del Estado, puesta a la orden de la tiranía militar de turno y más recientemente de la ilegitimidad de unos cuantos que no quieren soltar el “poder” y que actúan al margen de la Constitución y de la Ley, pero que han sido legitimados por la Oficina de Judicial de Gobierno adscrita al Poder Ejecutivo.

Pero la interrogante que se nos ocurre en este momento es la siguiente: **¿El mensaje de datos debe contener la demostración de su autenticidad?**

Hemos señalado que el mensaje de datos tiene la misma eficacia probatoria que los instrumentos o documentos escritos; que la autoría del mensaje de datos se obtiene con la firma electrónica que debe estar certificada por un proveedor de servicios de certificación, certificado que es garantía de autoría de la firma electrónica y de la integridad del mensaje de datos, ello conforme a lo previsto en el artículo 38 de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, pero que no confiere la “fe pública” que conforme a la ley otorgan los funcionarios públicos que con tal carácter lo suscriban, de manera que –insistimos- el certificado electrónico genera “autenticidad” mas no “fe pública” como hemos explicado partiendo del

⁴⁸⁰ Obsérvese que conforme a lo previsto en el artículo 25 del Decreto con Fuerza de Ley del Registro Público y del Notariado, los asientos e información contenidos y emanados oficialmente del sistema registral surtirán todos los efectos jurídicos que corresponden a los documentos públicos, siendo que conforme a lo previsto en el artículo 4° *eiusdem*, todos los soportes registrales y del notariado serán digitalizados progresivamente a las bases de datos correspondientes, llevándose a cabo el proceso registral y del notariado a partir de documentos electrónicos. Los notarios conforme a lo previsto en el artículo 74 *ibidem*, tienen facultad para autenticar las firmas electrónicas.

confusionismo de nuestro ilustre legislador, lo cual –afirmamos- en nada afecta al mensaje de datos, pues su eficacia probatoria –tarifada pero que debe mutar a la sana crítica conforme a las reglas constitucionales y garantistas a las que nos hemos referido tantas veces- dependerá de donde emane el mismo.

Dicho lo anterior y en tratándose de un mensaje de datos proveniente de una oficina pública, cuya eficacia probatoria es la misma del instrumento público –insistamos en que esto debe reverse para dar paso a la sana crítica- afirmamos que no requiere de demostración de autenticidad, dado el carácter de la persona de quien emana y la fe pública que le imprime al mismo, lo cual lo hace presumir cierto o auténtico, correspondiendo a la parte que quiera desvirtuar su autenticidad aportar la prueba de la falsedad del mensaje de datos; pero si se trata de un mensaje de datos proveniente de una persona privada, no se presume la autenticidad desde su remisión o envió, tal como sucede en los mensajes de datos privados, lo cual afirmamos no afecta en forma alguna la autenticidad del mismo, pues asimilando su eficacia probatoria al instrumento privado –que también debe reverse para aplicar la sana crítica- demostrada la paternidad o autoría del mensaje de datos se producirá la autenticidad y tendrá eficacia probatoria, lo cual en esta materia se obtiene con el certificado electrónico que es el instrumento que garantiza la autoría y será la persona que pretenda desvirtuar la autenticidad u obtener la falsedad del mensaje de datos, quien deba producir la prueba de la de tales circunstancias; en todo caso y en materia de mensajes de datos de personas privadas, si no están dotados de un certificado electrónico, no existe garantía de autoría y de integridad del mensaje, lo que habrá que demostrarse en el proceso por su proponente, mediante las pruebas pertinentes para ello, salvo que se haya autenticado la misma por un notaria, conforme a lo previsto en el artículo 74.18 de la Ley de Registro Público y del Notariado.

Los mensajes de datos pueden estar o no reproducidos en forma impresa, siendo que en el primero de los casos -de estar reproducidos en forma impresa- tendrán la misma eficacia probatoria que se atribuye a las copias o reproducciones fotostáticas, circunstancia esta que nos remite al contenido del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil –que analizaremos más adelante- de manera si el mensaje de datos proviene de un funcionario público debidamente certificado –certificado electrónico- y en ejercicio de sus funciones –mensaje de datos de carácter público- o de una persona privada cuya firma electrónica esté certificada por un proveedor de servicios de certificación –instrumentos privados auténticos que pudieran asimilarse a los reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos- tendrán el mismo valor probatorio que los instrumentos públicos y privados –con la observación dicha de aplicación del sistema de sana crítica al desterrarse en forma definitiva la tarifa legal- pudiendo ser aportados en las oportunidades reguladas en la norma adjetiva señalada y cuya impugnación y demostración de autenticidad, igualmente se rigen por dicha norma –que insistimos será analizada en el punto siguiente;- pero si se trata de una copia o reproducción de un mensaje de datos de una persona privada sin

certificación electrónica que determine su autoría y la titularidad de la firma electrónica, debe asimilarse a un instrumento privado simple que como tal no puede ser reproducido en el proceso en forma reproducida –copia o fotocopia- pues carecerá de todo valor probatorio, incluso no siendo necesario su impugnación, pues como tal, conforme a lo previsto en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, aplicada por remisión del artículo 4º de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, las copias simples de instrumentos privados simples o no auténticos, no tienen eficacia probatoria alguna.

No obstante a lo señalado el tema cambiaría de tono si nos remitimos al contenido del artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo conforme al cual [...] *Los instrumentos privados, cartas o telegramas, provenientes de la parte contraria, podrán producirse en el proceso en originales. Estos instrumentos podrán también producirse e copias o reproducciones fotostáticas o por cualquier otro medio mecánico, claramente inteligible, pero los mismos carecerán de valor probatorio, si la parte contra quien obre los impugnase y su certeza no pudiese constatare con la presentación de los originales o con auxilio de otro medio de prueba que demuestre su existencia.*” Si aplicamos el contenido de esta norma y la relacionamos con el artículo 4º de la Ley de Mensajes de Datos y Formas Electrónicas, perfectamente llegaríamos a la conclusión que la información contenida en un mensaje de datos reproducido en formato impreso y propuesto en el proceso en copias o fotocopias claramente inteligibles, tendrían valor probatorio por sana crítica, aún en aquellos casos donde se tratara de personas privadas carentes de certificado electrónico, pero siempre que pudiera en el marco del procedimiento determinarse su autenticidad, bien por no impugnarse en su oportunidad legal al ser opuesto a la parte, bien por el acreditamiento de su autenticidad luego de haberse impugnado, mediante la utilización de cualquier medio probatorio como declaración de parte, testigos, experticia, indicios, entre otros. Importa destacar que esta norma se presenta mucho más moderna, constitucional y garantita que la recogida en el sistema de procedimiento civil –artículo 429 del Código de Procedimiento Civil- que permite la incorporación al proceso judicial de copias o fotocopias de instrumentos privados simples, lo que se presenta con mayor sintonía con las tendencias modernas y con la forma de las relaciones humanas hoy día, de manera que parece apostar a este criterio que rige la materia laboral sobre la civil, pero siempre entendiendo que en cualquier caso para que pueda tener valor probatorio la reproducción de cualquier tipología instrumental, se requiere el acreditamiento de su autenticidad, que puede obtenerse por falta de impugnación que genera el reconocimiento tácito o por la demostración de la autoría mediante cualquier medio probatorio, al producirse su impugnación.

Sin perjuicio de lo dicho también debemos decir que es viable que el mensaje de datos no se produzcan en forma impresa, que los mismos se encuentren contenidos o almacenados en la cuenta electrónica, base de datos o correo electrónico de cualquiera de las partes, caso en el cual su promoción tendría que venir acompañada de otros medios de prueba complementarios que permitan al operador de

justicia inspeccionar el correo electrónico donde se encuentra almacenado el mensaje de datos, pudiendo incluso utilizar prácticos que coadyuven la función y den la información necesaria para la mejor práctica de la prueba, sin perjuicio de la experticia para determinar cualquier elemento de falsedad o alteración; en estos casos el proponente debe identificar el contenido mensaje de datos, remitente, destinatario o destinatarios, originales o reenviados, hora y fecha del envío y recibo del mensaje de datos, información contenida en el mensaje de datos, formato como fue enviado y como se recibió, identificar la cuenta o correo electrónico donde se encuentra almacenado el mensaje de datos y cualquier otro dato necesario para la identificación del mensaje de datos, así como la identificación del objeto de la prueba, poniendo a disposición del tribunal los medios necesarios para la revisión del correo electrónico y proponiendo igualmente la inspección judicial sobre el mensaje de datos. Propuesto el medio probatorio el juzgador debe fijar la oportunidad para que se evacue, accediendo a través de un sistema computarizado al mensaje de datos, luego de ingresar al correo electrónico y una vez que el proponente ingrese su clave secreta – que no tiene porqué señalarla ni decírsela al operador de justicia- acto seguido del cual se dejará constancia de la existencia del mensaje de datos, de su contenido, del remitente, destinatario o destinatarios, hora y fecha en envío y recepción, formato del mensaje y de cualquier otro elemento pertinente.

En cuanto a la eficacia probatoria del mensaje de datos promovido en la forma señalada, se aplicarían las mismas reglas antes ya expresadas, dependiendo si proviene de un funcionario público en ejercicio de sus funciones, de una persona privada, ésta última con certificado electrónico o sin él, de manera que en los dos primeros casos, existe autenticidad, identificación del autor y titular de la firma electrónica e integridad del mensaje de datos, mas en el caso de mensajes de datos de personas privadas sin certificado electrónico, el proponente debe demostrar la autenticidad del mismo, su autoría o titularidad, sin lo cual carecerá de eficacia probatoria; y en la práctica de la prueba, las partes tienen todo el derecho de controlarla e impugnar el mensaje de datos, produciendo a tal efecto la prueba que demuestra su falsedad, adulteración o cualquier otra circunstancia que le reste eficacia probatoria.

Pero ¿cuál es la oportunidad para producir en el proceso los mensajes de datos, cómo es su control y contradicción, como se promueven y evacuan?

El artículo 4° de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, establece que en cuanto a la promoción, control, contradicción y evacuación del mensaje de datos, se seguirán las reglas de las pruebas libres a que se refiere el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, circunstancia ésta que nos lleva a expresar que todo dependerá de la forma cómo sea propuesto en el proceso judicial el mensaje de datos, pues si propone en forma impresa, deben seguirse las reglas del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil o del artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo para el caso laboral, siempre que se trate de mensajes de datos de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones o de personas

privadas con certificado electrónico, incluso sin él en el caso de la segunda de las normas, que son los únicos casos donde puede asimilarse el mensaje de datos a instrumentos públicos o privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, descartándose la posibilidad de proponer en copia el mensaje de datos de persona privadas sin certificado electrónico –salvo para el caso laboral como hemos explicado– pudiéndose producir la prueba en el libelo de la demanda si es fundamental, en la contestación de la demanda si proviene de un funcionario público o en el lapso probatorio, de no ser fundamental; en éstos casos, las partes pueden impugnar las copias de la mismas forma y en las oportunidades previstas en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, que se analizará mas adelante. Respecto a los demás sistemas de procedimiento el tema es igual para aquellos que regulan instrumentos fundamentales, como en materia de niños y adolescentes, marítimo, aeronáutico y agrario, más en caso de no ser fundamentales su producción debe hacerse en el lapso probatorio, esto último aplicable en los casos donde no se regula el tema de instrumentos fundamentales, como en el procedimiento penal.

Si el mensaje de datos no se propone en formato impreso, la promoción debe hacerse en la forma que señaláramos anteriormente, únicamente en el lapso probatorio y evacuándose en la oportunidad que fije el juez –véase lo señalado en párrafos anteriores- salvo que se trate de procedimientos orales, donde el medio probatorio se evacuará en la audiencia oral, pública y probatoria, siempre teniendo en consideración en cualquier escenario el derecho constitucional a controlar y contradecir la prueba.

Importa destacar para el sistema de procedimiento penal donde el acusado goza del derecho humano y constitucional a la presunción de inocencia, que cuando pretende producirse en su contra un mensaje de datos o simplemente en documento electrónico en cualquier de las modalidades que pueda adoptar como hemos visto, éste no tiene la carga de la impugnación sino que es el acusador sobre quien pesa la carga de producir, no solo el precitado documento electrónico, sino además y en forma complementaria todos aquellos medios probatorios adicionales que sirvan para demostrar su autenticidad y la autoría del acusado, como por ejemplo el certificado electrónico o cualquier otro medio que sirva para su autenticidad para el caso de no existir, como testigos, documentales, indicios, sin perjuicio de la necesidad de la experticia que también servirá para acreditar que el mensaje de datos no es falso o ha sido alterado, requisitos todos éstos que se refieren a la admisión del medio probatorio y que deben ser analizado por el juez de Control de Garantías.

Indiquemos que los mensajes de datos conforme a lo previsto en el artículo 5° de la Ley que regula la materia, se encuentra protegidos constitucionalmente en cuanto al derecho a la intimidad, comunicaciones secretas, licitud del medio, entre otros derechos.

Por otro lado y conforme a lo previsto en el artículo 6° de la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, cuando para determinados actos o negocios jurídicos se requiera o exija la firma autógrafa,

dicho requisito quedará satisfecho en relación a un mensaje de datos, cuando esté asociado a una firma electrónica, que supone un certificado electrónico, circunstancia esta que refuerza el criterio que hemos sostenido en relación a los mensajes de datos emanados de sujetos sin certificados electrónicos; en cuanto al destinatario del mensaje de datos, para la demostración de la persona titular de la firma electrónica, igualmente debe contar con un certificado electrónico, pues de lo contrario debe demostrarse la identidad de la persona que recibió el mensaje, lo cual pudiera llevar al remitente a argumentar y demostrar que hubo una equivocación en cuanto a la persona a quien se le envió el mensaje de datos o que fue recibido por un sujeto a quien no iba dirigido el mismo.

Ya para terminar este punto de los mensajes de datos y firmas electrónicos, nos parece necesario traer a colación lo que escribiéramos en el año 2012, con ocasión a la errática y lamentable sentencia del Tribunal de Casación y que expusieramos en el magnífico trabajo del profesor Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA, donde señalaríamos que la firma electrónica determina la autoría del mensaje de datos, lo que salvo reconocimiento expreso de la parte a quien se le impute la autoría del mismo y en los términos de la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, la prueba demostrativa del hecho será el certificado electrónico expedido por el Proveedor previamente autorizado por la Superintendencia, mensaje de datos que puede estar o no en formato escrito o impreso y de lo cual dependerá su producción en el proceso; que aunque estamos frente a un medio de prueba que la ley remita a las pruebas libres, es tasada por ella misma –Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas- de manera que nos topamos con una contradicción en cuanto a su regulación –prueba legal o libre- pero sin perjuicio de esto, la cuestión cierta es que se trata de un medio de prueba documental especial y no de una prueba instrumental – documento electrónico- que sin perjuicio que su producción en el proceso se haga en forma impresa, donde se haría aplicable el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, estamos ante un medio de prueba especializado que “**no muta**” por su precitada aportación escrita, pues la aplicación de la regla de valoración probatoria no es el referido al sistema instrumental, sino que es el especial de la ley, sometido a la prueba de la autoría mediante la firma electrónica que cumpla con los extremos de ley, circunstancias éstas que nos permiten precisar que si el judicante aprecia el mensaje de datos en formato impreso como instrumental en los términos de los artículos 1.359 y 1.363 del Código Civil –que y como hemos expuesto debe reverse para dar paso a la sana crítica- estaríamos ante una mutación probatoria que conduciría a la infracción de las normas jurídicas de producción o establecimiento de las pruebas –artículo 320 del Código de Procedimiento Civil-.

Lo anterior que creemos claro, que el propio profesor CABRERA IBARRA nos explicaría en su “Compendio” con tanta facilidad, no parece ser tan evidente cuando analizamos por ejemplo las decisiones recientes del Tribunal de Casación, quien ha expresado sobre el tema lo siguiente:

Sobre el error de derecho delatado, la Sala encuentra que la falta de aplicación ocurre cuando el juez no aplica una norma jurídica vigente, que resulta idónea para resolver el asunto sometido a su consideración.

En tal sentido, esta Sala ha sostenido que dejar de aplicar una norma jurídica al caso concreto, sea por considerarla inexistente, o por desconocimiento de su contenido, o porque se presume que no se encontraba vigente, aún cuando ella estuviese promulgada, conduce a la violación directa de la norma, pues, bajo este supuesto, la situación sometida a conocimiento, ha debido ser decidida de conformidad con el precepto legal que efectivamente planteaba la solución y que el juez no aplicó, lo que puede dar lugar a una sentencia injusta y en consecuencia, susceptible de nulidad. (Ver, entre otras, sentencia del 21 de julio de 2008, caso: Ana Faustina Arteaga contra Modesta Reyes).

Alega la formalizante que el juez superior debió aplicar correctamente el artículo 4 del Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, lo que significa que no podía declarar válidos unos correos electrónicos agregados a las actas por la demandada para demostrar el incumplimiento del contrato de la adversaria, que no fueron promovidos ni evacuados conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil, por lo que no se le podía dar tratamiento de plena prueba.

Ahora bien, de la revisión de las actas procesales, la Sala observa que los correos electrónicos (3) cuestionados, fueron consignados, en formato impreso, por la accionada al momento de contestar la demanda (folios 120-123).

En esta oportunidad alegó la demandada que en esas *“comunicaciones [correos electrónicos en formato impreso] de fechas 27/12/2003, 21/1/2004 y 10/1/2004, recibidas personalmente y del puño y letra por el representante legal-director principal de la demandante, Francisco Javier Oropeza Noda, titular de la cedula de identidad no.7.31t374, que anexo marcadas “A”, “B” y “C”, donde mi conferente participara a DOROCA (la demandante), el incumplimiento reiterado de sus obligaciones, siendo que al no haber subsanado o corregido sus faltas en el plazo de diez (10) días hábiles, como quedó convenido en el numeral 3 de la cláusula decimoquinta, justificaba y procedía la notificación que se le hiciera a DOROCA (la demandante) en fecha 4 de febrero de 2004, de igual manera recibidas personalmente y de puño y letra por el representante legal y Director Principal de la demandante...”*.

En sentencia dictada por la Sala Político Administrativa, de fecha 13 de febrero de 2008, caso: PDV-IFT, PDV Informática y Telecomunicaciones S.A. contra las empresas

INTESA y SAIC Bermuda, este Alto Tribunal, precisó que la valoración de los mensajes de datos, entendidos estos como toda información inteligible generada por medios electrónicos o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio. Asimismo, esta Sala de Casación Civil, en sentencia dictada el 24 de octubre de 2007, caso: Distribuidora Industrial de Materiales C.A. contra Rockwell Automation de Venezuela C.A., dejó asentado que el documento electrónico debe entenderse como cualquier tipo de documento generado por medios electrónicos, incluyendo en esta categoría los sistemas electrónicos de pago, la red de internet, los documentos informáticos y telemáticos, entre otros.

También ha sido catalogado como un medio atípico o prueba libre, por ser aquél instrumento que proviene de cualquier medio de informática o que haya sido formado o realizado por éste, o como el conjunto de datos magnéticos grabados en un soporte informático susceptible de ser reproducidos que puede fungir como objeto de prueba y su reproducción, independientemente de su denominación, debe ser considerada otro documento que actúa como medio para su traslado al expediente.

La valoración de los mensajes de datos o correos electrónicos, como suelen llamarse también, se rige por la normativa prevista en el Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (publicado en Gaceta Oficial No. 37.148 del 28 de febrero de 2001) y por el Código de Procedimiento Civil, texto legal aplicable por remisión expresa del artículo 4 del referido Decreto-Ley.

En efecto, el artículo 2 del Decreto-Ley, consagrada al mensaje de datos como “...*toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio...*”.

La Sala en la sentencia antes referida (24 de octubre de 2007) dispuso que era evidente que los mensaje de datos son un medio de prueba atípico, cuyo soporte original está contenido en la base de datos de un PC o en el servidor de la empresa y es sobre esto que debe recaer la prueba.

En cuanto a su eficacia probatoria, el Decreto-Ley en su artículo 4, prevé que:

“Los Mensajes de Datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, sin perjuicio de lo establecido en la primera parte del artículo 6 de este Decreto-Ley. Su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de

prueba se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil.

La información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas.”

En concordancia con la previsión anterior, el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, que enuncia el principio de libertad probatoria, es del siguiente tenor:

...omissis...

Sin embargo, su promoción, control, contradicción y evacuación deberá regirse por lo que el legislador ha establecido para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil. Así, por ejemplo, para tramitar la impugnación de la prueba libre promovida, corresponderá al juez emplear analógicamente las reglas previstas en el referido texto adjetivo sobre medios de prueba semejantes, o implementar los mecanismos que considere idóneos en orden a establecer la credibilidad del documento electrónico.

En este sentido, el Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, en su artículo 7, dispone:

“...cuando la ley requiera que la información sea presentada o conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con relación a un mensaje de datos si se ha conservado su integridad y cuando la información contenida en dicho mensaje de datos esté disponible. A tales efectos, se considerará que un mensaje de datos permanece íntegro, si se mantiene inalterable desde que se generó, salvo algún cambio de forma propio del proceso de comunicación, archivo o presentación...”.

Con base en todo lo anterior, el valor probatorio de las impresiones de los correos electrónicos consignadas, es el que debe darse a las pruebas documentales. En este sentido, se observa que los referidos mensajes de datos fueron enviados, el primero, por “nina_odreman@cargill.com” para el remitente, transportedoroca@cantv.net el día 10 de enero de 2004, a las 3:23 de la tarde, con un asunto “*Minuta reunión Sábado 10/1/2004*”; el segundo, por “nina_odreman@cargill.com” para el remitente, transportedoroca@cantv.net el día 21 de enero de 2004, a las 5:09 de la tarde, con un asunto “*Situación del 21/1/2004*” y; el último, por “nina_odreman@cargill.com” para el remitente, transportedoroca@cantv.net el

día 27 de diciembre de 2003, a la 1:06 de la tarde, con un asunto *Facturas en tránsito*". Dichas características deben ser cotejadas en los términos expresados en el artículo 2 y 9 del Decreto-Ley, que dispone:

Artículo 2: A los efectos del presente Decreto-Ley, se entenderá por:

Firma Electrónica: Información creada o utilizada por el signatario, asociada al mensaje de datos, que permite atribuirle su autoría bajo el contexto en el cual ha sido empleado.

Artículo 9: Las partes podrán acordar un procedimiento para establecer cuándo el Mensaje de Datos proviene efectivamente del Emisor. A falta de acuerdo entre las partes, se entenderá que un Mensajes de Datos proviene del Emisor, cuando éste ha sido enviado por:

1. El propio Emisor.
2. Persona autorizada para actuar en nombre del Emisor respecto de ese mensaje.
3. Por un Sistema de Información programado por el Emisor, o bajo su autorización, para que opere automáticamente.

Conforme con las referidas normas, para considerar que el mensaje transmitido con firma electrónica es cierto, es preciso que cuente con el certificado electrónico, definido en el mismo dispositivo como "Mensaje de Datos proporcionado por un Proveedor de Servicios de Certificación que le atribuye certeza y validez a la Firma Electrónica". Asimismo, a falta de acuerdo entre las partes, sobre el procedimiento para establecer cuándo el mensaje de datos proviene efectivamente del emisor, se tomará en cuenta cuando éste ha sido enviado por: el propio Emisor; la persona autorizada para actuar en nombre del Emisor respecto de ese mensaje; por un Sistema de Información programado por el Emisor o bajo su autorización, para que opere automáticamente.

Ahora bien, como aún no ha entrado en funcionamiento la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, servicio autónomo que el texto legal en estudio ordenó crear a los fines de la acreditación, supervisión y control de los proveedores de servicios de certificación públicos o privados, la firma electrónica contenida en los mensajes electrónicos no permite que éstos generen certeza de su forma y contenido.

No obstante lo anterior, estima esta Sala, que ante la falta de certificación electrónica, los correos electrónicos o mensajes de datos, agregados en formato impreso por la demandada a las actas procesales, deben ser analizados conforme a lo previsto en el único aparte del artículo 4 del Decreto con Fuerza de Ley Sobre

Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, cuyo contenido es del siguiente tenor:
“la información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas”. (Subrayado de la Sala).

De conformidad con la citada ley especial, el valor probatorio de los mensajes de datos, es asimilable al de los documentos escritos y están sujetos a las regulaciones que plantea el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil en lo referido a la prueba libre, por lo que el juez superior al apreciarlos con el mismo valor que se les da a las copias o reproducciones fotostáticas, aplicó correctamente el Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, al caso concreto.

En efecto, el juez superior sobre el valor probatorio de esta prueba, estableció en el fallo recurrido, lo que a continuación se transcribe:

“La parte demandada promovió las siguientes pruebas:

Acompañó a la contestación formatos impresos de correos electrónicos de fechas 10/1/2004, 21/1/2004, 27/12/2003 respectivamente, folios 120 al 123.

Es importante destacar a este respecto que hablar de documentos electrónicos en la era actual, no parece presentar ningún tipo de problema, ya que tales documentos son comunes en la vida cotidiana, por lo que es normal que se reciban correos electrónicos y por este medio, se trate cualquier tipo de compromiso, que es un contrato en sentido estricto, así como la utilización de tarjetas de créditos para todo tipo de pago.

Cónsono con ello, es útil precisar que dichos medios electrónicos de comunicación están contemplados dentro de las pruebas libres a tenor de lo establecido en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, que establece:

...omissis.

Este artículo recoge el principio de libertad de los medios de prueba, el cual, está subordinado al principio dispositivo del proceso civil, permitiendo que las partes puedan valerse de cualquier otro medio provisto nominalmente en el Código Civil, en el Código de Procedimiento Civil o en otras leyes de la República, entre los que se incluyen los registros, discos, o cintas, o cualquier otro medio que permita la programación, registro y acceso a la información almacenada a través de la memoria o base de datos del computador. **El citado artículo 395, dispone que los medios de prueba no previstos**

en el Código Civil, ni el Código de Comercio, ni en el Código de Procedimiento Civil o en las otras leyes, y no prohibidos expresamente, se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes, y en su defecto, en la forma que señale el juez. Y el valor probatorio de dichos mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, reproducido en formato impreso se asemeja a la eficacia y el valor probatorio a las copias o reproducciones fotostáticas, según decreto con fuerza de ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas en su artículo 4.

Ahora bien, los expresados correos electrónicos no fueron impugnados en su oportunidad legal por lo que se le da pleno valor probatorio según lo establecido en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, y se tienen los mismos como manifestación de inconformidad de la empresa **CARGILL** requerida a **TRANSPORTE DOROCA**, así se decide...”.(Mayúsculas y negritas de la recurrida).

De la transcripción parcial de la sentencia recurrida se evidencia que el sentenciador de alzada estableció que la demandada acompañó junto con la contestación formatos impresos de correos electrónicos de fechas 10/1/2004, 21/1/2004, 27/12/2003 respectivamente, folios 120 al 123.

Respecto de ellos, consideró que hablar de documentos electrónicos en la era actual, no parece presentar ningún tipo de problema, ya que tales documentos son comunes en la vida cotidiana, por lo que es normal que se reciban correos electrónicos y por este medio, se trate cualquier tipo de compromiso, que es un contrato en sentido estricto, así como la utilización de tarjetas de créditos para todo tipo de pago.

Asimismo, indicó que conforme el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, los medios de pruebas libres, deben promoverse y evacuarse aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes, y en su defecto, en la forma que señale el juez.

Sobre este particular, señaló que el valor probatorio de los mensajes de datos y firmas electrónicas, reproducidos en formato impreso, debían considerarse semejantes, en cuanto a su eficacia y valor probatorio, a las copias o reproducciones fotostáticas, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 del Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, razón por la cual le dio pleno valor probatorio a los correos electrónicos al amparo de lo establecido en el artículo 429 del Código de

Procedimiento Civil, con base en que los mismos no fueron impugnados en su oportunidad legal.

Considera esta Sala, que el sentenciador de alzada, con su proceder respecto al valor probatorio de los mensajes de datos o correos electrónicos, aplicó el contenido del artículo 4 del Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, en especial en lo referido al único aparte de la norma que establece “La información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas”, por cuanto el juez superior al momento de apreciar y valorar la referida prueba estableció: “los expresados correos electrónicos no fueron impugnados en su oportunidad legal por lo que se le da pleno valor probatorio según lo establecido en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil”, norma ésta que regula el valor de las copias fotostáticas, de la siguiente manera:

...omissis...

Conforme con esta norma, las copias fotostáticas o reproducidas por cualquier medio mecánico, se reputarán fidedignas, siempre que se cumplan con ciertas condiciones, entre ellas, que no sean impugnadas por la contraparte, ya en la contestación a la demanda si han sido producidas con el libelo, ya dentro de los cinco días siguientes, si han sido producidas con la contestación o en el lapso de pruebas.

La Sala debe insistir, y en este sentido también darle la razón al juez superior, que el adversario del promovente tiene la carga de impugnar las fotocopias simples de documentos, si dicha fotocopia se consigna en la demanda, contestación o lapso probatorio.

En este sentido, la Sala observa que la demandante no impugnó, dentro de los cinco días siguientes de producidas, las copias impresas de los correos electrónicos consignados junto con la contestación de la demanda, lo cual era su deber a tenor de lo establecido en la jurisprudencia de esta Sala, que en decisión No. 469 de fecha 16 de diciembre de 1992, Caso: Asociación La Maralla contra Proyectos Dinámicos El Morro, C.A., dejó asentado:

“...Al tenor del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, dentro de la prueba por escrito, el legislador decidió otorgar valor probatorio a determinadas copias fotostáticas o reproducciones fotográficas de algunos instrumentos.

Según dicho texto legal, es menester que se cumplan con determinados requisitos objetivos y subjetivos, para que estas fotocopias, o reproducciones fotográficas tengan efecto en el proceso mediante la debida valoración que, sobre ello, le otorgue el sentenciador.

Estas condiciones son las siguientes: En primer lugar, las copias fotostáticas deben tratarse de instrumentos públicos o de instrumentos privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, en segundo lugar, **que dichas copias no fueren impugnadas por el adversario**; y en tercer lugar, **que dichos instrumentos hayan sido producidos con la contestación o en el lapso de promoción de pruebas** (y si son consignados en otra oportunidad, tendrían valor probatorio si fueren aceptadas expresamente por la contraparte).

A juicio de este Supremo Tribunal, la fotocopia bajo examen no se refiere a un instrumento público ni a un instrumento privado o tenido legalmente por reconocido, por lo que no se trata de aquel tipo de documento al cual el legislador ha querido dar valor probatorio cuando hubiere sido consignado en fotocopia...”. (Negritas de la sentencia)

Recordemos además, en este punto, que conforme al Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, en su único aparte *“La información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas”*, de manera que con base en el contenido del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, resultó correcta la apreciación del juez al considerar que los correos electrónicos, estimados por la ley especial con eficacia probatoria semejante al de las copias o reproducciones fotostáticas, son fidedignos para demostrar la *“inconformidad de la empresa CARGILL requerida a TRANSPORTE DOROCA”*.

En efecto, el juez superior con base en dicha pruebas, más ampliamente, estableció: *“...consta en autos que la parte demandada haciendo uso de las cláusulas constitutivas del contrato a través de correos electrónicos de fechas 10/1/2004, 21/1/2004, 27/12/2003 manifestó su inconformidad a la actora, respecto a la manera de ejecución del contrato, siendo que en el primer correo informa al actor del déficit de camiones, ya que en la actualidad cuentan con 4 camiones 350 de 14 que están creados, 20 camiones 600 de 39 que están creados, 9 camiones 750 de 24 que están creados, recalcando que dicha inconformidad la tienen motivado a que en los últimos 4 meses no cuenta con la*

flota necesaria para cumplir con los requerimientos de la operación, todos los meses, todos los días, en el segundo correo electrónico hacen alusión a la tardanza en la llegada de los camiones que no llegan a tiempo, del tiempo suficiente que disponen para cargarlos de día, lo que implica gastos adicionales para el personal que no se justifican debido a que en el día sobra tiempo para hacerlo, por lo que sugiere que la empresa DOROCA tome las medidas mecánicas para un cumplimiento. Las expresadas comunicaciones no fueron contradichas o desconocidas por la demandante, las cuales ya fueron valoradas y ello le permite concluir a éste juzgador que la empresa TRANSPORTE DOROCA C.A., incumplió la cláusula segunda del contrato y su parágrafo primero de proveer de la cantidad suficiente de vehículos propios de carga para satisfacer la referida planificación mensual de la empresa CARGILL; así se declara”. (Mayúsculas del sentenciador)

De la declaración precedente del juez, es fácil deducir que en aplicación de los artículos 350 y 429 del Código de Procedimiento Civil, 4 y 7 del Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, así como del valor probatorio que arrojan los correos electrónicos antes mencionados, que deben ser considerados fidedignos en su contenido, concluyó que la empresa demandante fue la que *“incumplió la cláusula segunda del contrato y su parágrafo primero de proveer de la cantidad suficiente de vehículos propios de carga para satisfacer la referida planificación mensual de la empresa CARGILL”*, por vía de consecuencia, acarrió que la demandada en aplicación de la cláusula séptima del contrato suscrito por las partes, resolviera de manera anticipada y unilateral el contrato, lo cual podía hacer perfectamente porque así fue pactado y convenido por las partes, en caso que la contratista incumpliera las reglas de transporte y carga de mercancía.

Con base en todo lo esgrimido anteriormente, esta Sala debe desestimar la denuncia de infracción del artículo 4 del Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, delatada por la formalizante. Así se establece.⁴⁸¹ (Resaltado nuestro).

De la sentencia transcrita puede apreciarse que nuestro Tribunal de Casación lamentable y posiblemente por falta de preparación de la ponente de la sentencia, confunde la prueba instrumental con el mensaje de datos, dándole igual valor probatorio, lo que es consecuencia de ignorar que no es lo mismo la “apreciación” y la “valoración” de la prueba, pues cuando se pretende dar igual trato a la prueba

⁴⁸¹ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 5 de octubre de 2011, con ponencia de la magistrado Isbelia Josefina PÉREZ VELÁZQUEZ, expediente N° AA20-C-2011-000237.

–medio- por mensaje de datos con la instrumental y con la posibilidad de producción en fotocopia, se trata de lo que en derecho mercantil se denomina “equivalencia funcional” pero que en nada afecta al tema de la especialidad de la prueba y a la exigencia de la autenticidad mediante el certificado electrónico, cuyo trato es ignorado y menospreciado por la Sala –lo que en principio pareciera lógico pues lamentablemente el Tribunal de Casación Civil está conformado por abogados que no tienen una formación académica sólida, tratándose en su gran mayoría de meros y simples especialistas que están en formación, que carecen de una maestría y con mucho y más de un doctorado que les permita tener un criterio más amplio y profundo del tema procesal- en franco desconocimiento a la especialidad del tema o el medio probatorio; pero también hay bastante de ignorancia al tratar el tema de la producción de la prueba, su oportunidad y el tema de la fotocopia, pues obsérvese que ella es producida con la contestación de la demanda y se está fuera de los límites del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, pues en el caso en cuestión, los correos electrónicos no emanan de una persona pública, la que incluso y de así haber sido, carecían de certificado electrónico que demuestre la autenticidad, lo que se traslada al tema del mensaje de datos emanado de sujetos privados, cuya autenticidad es mediante el precitado certificado, todo lo que nos permite afirmar que el tratamiento igualitario que se le da con respecto a la prueba instrumental, no es sobre el valor probatorio, sino sobre la eficacia que se traduce en apreciación de la prueba como criterio subjetivo del juez en el convencimiento judicial y que generalmente no se plasma en el acto sentencial, en otros términos no hay equivalencia respecto al tema de la valoración, sino en cuanto a la convicción.

Sin perjuicio de lo expresado y en el estado actual de nuestro nefasto y en tinieblas Sistema de Justicia, conforme al ignorante criterio de Casación, la producción de mensajes de datos a través de correos electrónicos aportados al proceso en formato impreso, tienen el mismo tratamiento y valoración probatoria que la prueba instrumental, lo que como indicamos son propios de la falta de preparación de su ponente –simple especialista y además en materia diferente a la ciencia procesal- que constantemente deja de manifiesto en las diferentes sentencias producidas bajo su dictado y que hemos analizado a lo largo de nuestro trabajo, echa por tierra todo el sistema probatorio de este medio especial, concretamente al desconocer la cuestión de la autenticidad mediante el certificado expedido legalmente.

Pero como habíamos señalado anteriormente, los documentos electrónicos no son otra cosa que medios de prueba judicial, referidos a cosas u objetos con soporte electrónico, que representan hechos jurídicos diferentes a sí mismos, que puedan influenciar en el ánimo del juez al demostrar hechos debatidos en la contienda judicial, documentos que no se limitan a mensajes de datos, sino a cualquier medio electrónico que pueda captar, almacenar, reproducir y representar hechos jurídicos, tales como DVD, CD-ROM, discos flexibles o *diskette*, discos duros, discos compactos, unidades de memoria RAM

–*random access memory*- y REM –*read only memory*- los cuales no encuentra regulación en la ley y que deben ser propuestos como medios de prueba libre, en la oportunidad del lapso probatorio, debiéndose cumplir con los siguientes requisitos:

- a. Identificación del DVD, CD-ROM, discos flexibles o *diskette*, discos duros, discos compactos, unidades de memoria RAM –*random access memory*- y REM –*read only memory*-.
- b. Señalamiento del contenido de los mismos, vale decir, de los hechos o datos documentados o almacenados.
- c. Identificación de la forma, lugar y persona que captó, almacenó o grabó los datos en cualquiera de éstos documentos electrónicos, siendo que de tratarse de terceros, deberá proponerse su testimonio.
- d. Identificación de la persona a quien se le atribuya la autoría del contenido de éstos documentos electrónicos de almacenamiento de datos.
- e. Identificación del objeto de la prueba.

Propuesto el medio probatorio su evacuación debe realizarse mediante la reproducción total o completa del medio electrónico de almacenamiento de datos, donde las partes puede controlar y contradecir la prueba y cuyas resultas serán vertidas en un acta levantada al efecto y cuya apreciación será por vía de la sana crítica; en caso de impugnación –en el mismo acto- debe acudirse a la experticia para demostrar la autenticidad del medio electrónico de almacenamiento de datos y la originalidad de su contenido, en el entendido que la falta de impugnación produciría una aceptación tácita del medio y de su contenido, procedimiento éste que no opera en esta forma en el sistema penal, pues es al acusador a quien corresponde al proponer el medio probatorio, en forma adicional y complementaria promover la citada experticia, sin lo cual no le será admitida, pues la autenticidad aquí y su demostración no depende de la impugnación cuya carga no pesa en el acusado por gozar de la presunción de inocencia.

En cuanto a las páginas “Web” la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas no las reguló, lo cual no significa que carezcan de eficacia y que no puedan ser propuestas como medio de prueba, pues en definitiva se trata de documentos electrónicos que existen en la red o Internet, que pueden haber sido creadas por entes públicos o por personas naturales o jurídicas privadas, de donde puede extraerse información que resulte pertinente y relevante en el proceso judicial, de manera que no podemos descartar su fuente probatoria. En este sentido su proposición en el proceso debe realizarse por medio de las pruebas libres, acompañado con otro medio de prueba subsidiario como será la inspección judicial y eventualmente la experticia, que permita al operador de justicia ingresar por medio de un computador a la Internet y especialmente a la página Web de que se trate, a fin de verificar la información promovida por las partes, dejando constancia en un acta que debe levantar al efecto, de manera que el proponente

debe promover la prueba libre en el lapso probatorio, identificando la página Web, atribuirle la autoría a determinada persona y señalando su contenido, especialmente el que pretende que el operador de justicia deje constancia por vía de la inspección judicial, la cual –como señalamos- debe ser propuesta igualmente como subsidiaria de la prueba libre. Admitida la prueba debe evacuarse a cuyo efecto el operador de justicia fijará la oportunidad –día y hora- para que concurran –si a bien lo tienen- las partes y ejerzan su control de la prueba –salvo los procedimientos orales donde el acto tendrá lugar en la audiencia pública y oral- acto en el cual el juzgador mediante un computador debe ingresar a la red y especialmente a la página Web señalada por el proponente, debiendo dejar constancia de la existencia o no de la información que se haya señalado en la proposición de la prueba y verterlo en un acta. Destacamos que siendo que la página Web es de acceso público y que su autoría se identifica con la persona que aparece en la misma como titular, será a él a quien se le atribuya la misma, tratándose de persona pública o privada, conectándose o relacionándose la información con su titular y surtiendo efectos probatorio en su contra, quien en todo caso tiene el derecho de impugnar la prueba, por cualquier motivo –como el hecho de no ser titular de la página Web, haber recibido la información por envío o reenvío, pero que no ha sido él el autor de la misma, entre otras causas- y de demostrar por cualquier medio probatorio la falsedad o los hechos que le favorezcan; en cuanto a la apreciación de la prueba la misma será por vía de la sana crítica del operador de justicia.⁴⁸²

8.8. El fax o facsímil. Telefax.

Constituye un medio mecánico especial de reproducción de copias a distancia, mediante una telecopiadora donde se reciben e imprimen copias de instrumentos que pueden ser a su vez originales, copias de instrumentos públicos, privados simples, reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, de manera que se trata de transmisión de mensajes desde un aparato de fax u otro, conectados a una línea telefónica común, éste último que recibe la transmisión y que reproduce una fotocopia del instrumento inserto en

⁴⁸² Con relación a la página Web del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala Constitucional en sentencia N° 2031, de 19 de agosto de 2002, con ponencia del magistrado Iván RINCÓN URDANETA, expediente N° 02-0175, señaló que la misma solo tiene por objeto informar al público, siendo un auxiliar de divulgación de la actividad judicial que puede ser modificada, corregida, enmendada o eliminada por el Tribunal, de manera que –agregamos- queda a capricho del mismo publicar fallos y quitarlos luego de publicados en la página Web, no creando certeza por lo que en todo caso lo que vale es el físico o soporte físico de las actuaciones que se publican, más que la publicación electrónica, circunstancia esta que nos motiva a expresar que para la Sala Constitucional, pareciera que la página Web del máximo tribunal, no es como tal un medio de prueba confiable y seguro, sino un mero instrumento caprichoso e informativo que nos permite formular la siguiente interrogante: ¿entonces para que se invirtió tanto dinero en la creación de la página Web y en las redes computarizadas de los circuitos judiciales?

el fax utilizado para la remisión. El instrumento reproducido en el aparato de recepción –fax- siempre será una fotocopia del instrumento inserto en el aparato remitidor, circunstancia esta que nos permite afirmar que no se trata de una categoría diferente de documentos ni de instrumentos, se trata de los mismos instrumentos públicos o privados, reconocidos o no, que se reproducen en fotocopia al ser remitidos vía fax, cuya eficacia probatoria dependerá de la condición del instrumento original de cuya copia se trata, tal como lo regula el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil y que analizaremos mas adelante, por lo que no somos partidarios de aquellas tesis que consideran al fax como una especie diferente del género documental y que deben demostrarse en el proceso su autenticidad, mediante los signos distintivos del aparato remitidor y receptor, mediante la nota que emite el emisor de haber sido remitido y recibido el fax, así como los números telefónicos de donde se remitió y donde se recibió el fax, pues esta tesis –por demás confusa- lo que trata mas bien es de demostrar el sujeto remitente y destinatario del fax, la identidad entre el aparato remitidor y receptor con el fax remitido, así como la identidad entre los aparatos utilizados y la línea telefónica asignada a cada uno de ellos y utilizada en el caso concreto, elementos éstos que pudieran ser influyentes en la identificación del sujeto que los remitió y quien los recibió, incluso sobre la licitud del medio de prueba, pero que en nada afecta o influye en la eficacia probatoria del fax, del instrumento en fotocopia que debe ser apreciado por el juzgador al representar un traslado de su original, lo cual cae en campo del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, por tratarse de una forma de reproducción por medios mecánicos, que valdrán en la medida que sus originales sean instrumentos públicos, privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, cuya impugnación y autenticidad debe ser tramitada conforme a la norma en cuestión.

8.9 Las tarjas

Las tarjas constituyen un verdadero fósil jurídico regulado en el artículo 1.383 del Código Civil, conforme al cual [...] *Las tarjas que corresponde con sus patrones hacen fe entre las personas que acostumbran comprobar con ellas las provisiones que hacen o reciben al detal.*” Las tarjas son medios que generalmente utilizaban en zonas campesinas donde impera el analfabetismo, mediante las cuales se pretende demostrar entre quienes no saben leer ni escribir, los contratos bilaterales celebrados que tienen por objeto la entrega y el recibo sucesivo de productos de la naturaleza, siendo dos trozos de madera o cualquier otro material que han agrietado o rajado, para demostrar el número de provisiones que una persona a entregado a otra, prueba que igualmente puede hacerse mediante una marca o raya en la madera.

ALSINA al tratar el tema nos dice que [...] *La prueba de muescas o tarjas era común en las ventas al fiado y estaba constituida por un listón dividido longitudinalmente en dos partes iguales, un de las cuales se entregaba al comprador y la otra se reservaba el vendedor. En cada operación se superponían las mitades y se les hacía una muesca que abrazaba ambas, y, al liquidar el negocio, se confrontaba una con otra. Pero la tarja hoy en día tiene un significado distinto, pues representa una fracción fija (diez, cien) que se indica con una raya y se emplea generalmente en la entrega de ganado, bolsas o fardos.*⁴⁸³

No obstante al anacronismo señalado el Tribunal de Casación en decisiones meridianamente recientes, ha puesto de moda nuevamente este medio probatorio documental al tratar el tema de los depósitos bancarios, a los recibos de luz y teléfono, así como de otros servicios, los primeros –depósito bancarios- donde Casación señalaría que respecto a su naturaleza jurídica no se trata de documentos emanados unilateralmente de un tercero, sino de instrumentos privados emanado de dos personas, la del depositante y el banco, que no llevando firma de su autor, limitándose el banco a imprimir electrónicamente la validación a través de un grupo de números, signos y señas, imprimiéndole un sello húmedo con el símbolo y nombre del banco, se trata de de tarjas y no de instrumentos emanados de terceros que deban ser tratados en la forma indicada en el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil. Así en dicha decisión se señalaría [...] *Este planteamiento, no lo comparte la Sala, por cuanto como se señaló anteriormente, los depósitos bancarios no son documentos que se forman de manera unilateral por parte de un tercero, los bancos. En su formación participan el depositante y el banco, quien recibe el dinero en nombre de su mandante- el titular de la cuenta- y certifica el depósito mediante símbolos y validación propios de esa operación e institución bancaria y no a través de una firma. ..omissis... Es preciso destacar igualmente, que los depósitos bancarios vistos como documentos-tarjas no puede considerarse documentos públicos, por cuanto en su formación no interviene ab initio, un funcionario público o particular facultado para dar fe pública por ley. Este documento nace privado y en su contenido constan los símbolos probatorios capaces de demostrar su autoría y, por ende, su autenticidad. Una característica particular de las tarjas y de los depósitos bancarios, es que los mismos carecen de la firma de su autor, recordemos que se trata de un documento que se forma por la intervención de dos personas, por una parte el banco y por la otra el depositante, lo que podría dificultar la determinación de su autoría, pues el banco se limita a imprimir electrónicamente la validación, mediante un grupo de números, signos y señas, por otro lado, le imprime a la tarja un sello húmedo con el símbolo y nombre del banco, no impide que ello ocurra, por cuanto los símbolos probatorios que constan en su contenido, son capaces de permitir la determinación de su autoría.*⁴⁸⁴

En otra oportunidad y el tratar el caso de las notas de consumo de los servicios de energía eléctrica y teléfono, establecería Casación que no constituyen documentos emanados de terceros sino

⁴⁸³ Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. pp. 392 y ss.

⁴⁸⁴ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, N° 877, de fecha 20 de diciembre de 2005, con ponencia de la magistrado Isbelia Josefina PÉREZ VELAZQUEZ, expediente 05-418.

tarjas, señalando al efecto [...] *Del criterio jurisprudencial precedentemente transcrito, se desprende que las notas de consumo de los servicios de energía eléctrica y teléfono, no constituyen documentos emanados de terceros, sino tarjas, lo cual hace evidenciar que el ad quem al considerar que las constancias emitidas por la Energía Eléctrica de Barquisimeto, C.A., (ENELBAR) y, por el servicio de gas doméstico Aragas, C.A., promovidas por el demandante, eran documentos privados emanados de terceros, exigiendo para su valoración la ratificación, mediante la prueba testimonial consagrada en el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil, incurrió en falsa aplicación de dicha normativa, por cuanto, las referidas notas de consumo no requieren de la ratificación para ser promovidas en el juicio.*⁴⁸⁵; criterios que se reiterarían y extenderían a las planillas de depósitos bancarios, a las notas de consumo de los servicios de energía eléctrica, teléfono, luz, gas, considerados como “tarjas”, señalando al efecto que [...] *De donde se desprende que las reglas relativas al reconocimiento de instrumentos producidos por una parte en juicio, no son aplicables a aquellos casos en los que se pretende hacer valer documentos privados emanados de terceros que no son parte en el respectivo proceso, ni causantes de las partes que contienen en él, ya que bajo estas circunstancias, las referidas instrumentales no actúan como prueba documental sino como prueba testimonial, y que la parte que pretenda hacer valer en un juicio un documento emanado de tercero, debe obligatoriamente promover a su otorgante como testigo para que lo ratifique, razón por la cual dicha prueba debe ser valorada como una mera prueba testimonial; y, a las instrumentales que le sirven de base a dicha prueba, únicamente le es atribuible el valor que pueda resultar de su ratificación por el tercero. Ahora bien, en torno a los recibos de gastos domésticos comunes, como servicios de agua, luz y gas, así como las planillas de depósitos bancarios, esta Sala ha establecido que los mismos constituyen tarjas, que son documentos privados de especiales características, los cuales no son susceptibles de ser ratificados por el emisor en juicio, y que estos instrumentos deben ser valorados por el Juez, bajo el principio de sana crítica como indicios, dado su carácter especial, al ser diseñados en un formato específico por la compañía o institución bancaria, ya sea pública o privada, en cumplimiento a una serie de requisitos que hacen que sean claramente reconocidos por los suscritos de los servicios o usuarios de los servicios bancarios, para con esto hacer más seguras dichas operaciones de servicios masivos.*⁴⁸⁶

8.10. Las contraseñas y las fichas.

Siguiendo a PARRA QUIJANO podemos expresar que las “**contraseñas**” son las marcas; señas que se dan las personas para entenderse entre sí, marca de animales; señales o palabras que se dan unos a otros para no confundirse con el enemigo en la confusión de la autoridad; señales, papeles o tarjetas que se dan en los teatros, circos, espectáculos;⁴⁸⁷ en este sentido y siendo el documento aquella cosa u objeto

⁴⁸⁵ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, N° RC-00573, de fecha 26 de julio de 2007, con ponencia de la magistrado Yris Armenia PEÑA ESPINOZA, expediente 06-940.

⁴⁸⁶ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, N° 501, de fecha 17 de septiembre de 2009, con ponencia del magistrado Luís Antonio ORTÍZ HERNANDEZ, expediente 09-120.

⁴⁸⁷ Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. T. III. pp. 22 y ss.

producto del acto humano, capaz de representar algo diferente a si mismo, de representar un hecho natural o humano, las contraseñas encuadran perfectamente en la definición de documentos, pues son cosas u objetos que tienen un significado, que representan algo, tal como sucede en los boletos electrónicos aéreos, en los boletos de entrada a espectáculos, el pasabordo en los aviones, los boletos de ferrocarril, metros urbanos y suburbanos, marítimos, el ticket entregado para los estacionamientos, incluso la clave personal y secreta que se introduce en los cajeros electrónicos para sacar dinero o para acceder a conexiones de Internet, para solicitar saldos bancarios vía telefónica, para ingresar al correo electrónico, documentos éstos que significan o representan el derecho a entrar a los espectáculos, para abordar los aviones, buques, ferrocarriles, metros, como prueba de haber depositado el vehículo en un estacionamiento, para retirar dinero, para conectarse a la red o Internet, para informarse telefónicamente de los saldos bancarios, entre otros casos que podríamos mencionar.

En cuanto a las “**fichas**” –del francés *fiche*- es cualquier pieza, de cualquier material que tiene una función indicativa, pero no representativo, por lo que no se considera un documento, tal como sucede en los casos de las tiendas que exigen que las bolsas sean depositadas en casilleros, a cambio del cual se entrega una ficha para identificar o indicar el depósito, ficha que no contiene en sí la indicación o identificación de la cosa depositada –representación- sirviendo solo como indicativo que se hizo un depósito; pero mención especial tienen las fichas de los casinos, los cuales al tener un valor asignado que constituye una representación, se ubica en el campo de las contraseñas y no de las fichas, tal como sucede igualmente con las fichas que se le entregan en los burdeles a las prostitutas por cada trago que se les brinde, que al final es cambiado por una ganancia determinada, representando de esta manera un hecho específico.

9. LA FOTOCOPIA.

La fotocopia constituye un medio de reproducción de la prueba instrumental –también del documento electrónico como hemos visto- regulada para el caso del sistema de procedimiento civil y de otros donde es aplicable su normativa, en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, que establece [...] *Los instrumentos públicos y los privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, podrán producirse en juicio originales o en copia certificada expedida por funcionarios competentes con arreglo a las leyes. Las copias o reproducciones fotográficas, fotostáticas o por cualquier otro medio mecánico claramente inteligible, de estos instrumentos, se tendrán como fidedignas si no fueren impugnadas por el adversario, ya en la contestación de la demanda, si han sido producidas con el libelo, ya dentro de los cinco días siguientes, si han sido producidas con la contestación o en el lapso de promoción de pruebas. Las copias de esta especie producidas en cualquier otra oportunidad, no tendrán ningún valor probatorio si no son aceptadas expresamente por la otra parte. La parte que quiera servirse de la copia impugnada, podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de*

éste con una copia certificada expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante inspección ocular o mediante uno o más peritos que designe el Juez, a costa de la parte solicitante. Nada de esto obstará para que la parte produzca y haga valer el original del instrumento o copia certificada del mismo si lo prefiere.”

Desglosando la norma en cuestión encontramos que en el proceso judicial, los instrumentos públicos y los privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, pueden ser aportadas en original, en copias simples o certificadas, en reproducciones fotográficas, fotostáticas o por cualquier otro medio mecánico claramente inteligible, teniendo el mismo valor y eficacia probatoria que sus originales, de manera que por argumento en contrario, los instrumentos privados simples no pueden ser aportados sino en forma original, so pena de no servir para la convicción judicial.

Determinados los instrumentos que pueden ser aportados en originales o mediante copias simples, certificadas o por reproducción mediante cualquier medio, debemos precisar la oportunidad en que pueden hacerse las aportaciones de las copias o de los medios de reproducción, a cuyo efecto y siguiendo con la norma en comento tenemos:

- a. Si son fundamentales, se propondrán junto al libelo de la demanda.
- b. Si no son fundamentales, en la contestación de la demanda; en este caso afirmamos que la regulación sólo es permisible en materia de instrumentos públicos, pues si se trata de copias o cualquier otra reproducción por cualquier medio de instrumentos privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, si la proposición de sus originales no pueden hacerse en el lapso de emplazamiento, resulta absurdo permitir que sus reproducciones puedan ser aportadas en esta oportunidad, por lo que su aportación en este momento resultará extemporánea.
- c. En el lapso de promoción de pruebas.

Fuera de estas oportunidades procesales la producción de cualquier copia o reproducción por cualquier medio de instrumentos públicos y privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos resulta extemporánea.

Las copias o reproducción por cualquier medio pueden ser impugnadas, sin lo cual se considerarán como fidedignas, de manera que en tratándose en tales casos de instrumentos públicos o privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos si no son impugnados se tendrán como tácitamente reconocidos y podrán servir al judicante como medios y fuentes probatorios sobre los cuales pueda sostenerse la convicción judicial, pero **¿cuál es la oportunidad procesal para impugnar las copias o reproducciones por cualquier medio y cuales serían sus motivos?**

Respondiendo las interrogantes tenemos que si la copia o reproducción por cualquier medio de los mencionados instrumentos fue propuesta junto al libelo de la demanda, la impugnación deberá hacerse -“**momento**”- en la contestación de la misma; si se produjo en la contestación de la demanda y

aunque hemos sostenido que este escenario sólo es permisible en materia de copias de instrumento publicos, no así los privados reconocidos o tenidos legalmente como tales, pues si el legislador o permite su aportación en original en la contestación de la demanda, por argumento a fortiori, mucho menos debe permitirse en copias, la impugnación podría hacerse dentro de los cinco (5) días de despacho.

Por último y si los instrumentos en copias son producidos en el lapso de promoción de pruebas, su impugnación podrá ser dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes a la publicación de las pruebas exclusive.

En cuanto a los “**motivos**” de la impugnación de las copias o reproducción por cualquier medio de los instrumentos previstos en la norma legal, encontramos que la misma regula dos causales o motivos a saber:

- a. Por “ininteligible” caso en el cual el proponente de la copia tiene la carga de demostrar la autenticidad de la misma, debiendo aportar al proceso -en cualquier momento del lapso probatorio- el instrumento público o privado reconocido o tenido legalmente por reconocido en original o copia certificada, con la finalidad que el operador de justicia realice un cotejo comparativo entre los mismos, a través de una inspección ocular –de vista- determinando si efectivamente o no la copia resulta ininteligible, caso en el cual la misma deberá desecharse, sin perjuicio de la apreciación del original o de la copia certificada, si se trata de instrumentos públicos no fundamentales, que pueden aportarse en cualquier momento en el proceso, pues si se trata de instrumentos públicos fundamentales o de instrumentos privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, desecheda como fuera su copia o reproducción por cualquier medio, el operador de justicia no podría apreciar los originales o copias certificadas de ellos, pues su producción sería extemporánea.
- b. Por “adulteración” caso en el cual deberá proponerse una prueba de experticia para demostrar el montaje o mutación, incluso con la posibilidad de realizarse igualmente el cotejo mediante la inspección visual u ocular- En estos casos la prueba podría realizar bien en el lapso probatorio o mediante la apertura de una incidencia, conforme a lo previsto en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil y de demostrarse su adulteración, como señalamos en el punto anterior, no podría apreciar el operador de justicia el original o la copia certificada del instrumento, salvo que se trate de la prueba instrumental pública no fundamental, situación esta regulada en el artículo 429 *ejusdem*, cuando en su parte final expresa: “*Nada de esto obstará para que la parte produzca y haga valer el original del instrumento o copia certificada del mismo si lo prefiere.*”.

En el caso del sistema de procedimiento penal y sin perjuicio de lo dicho, indiquemos que es al acusador cuando promueve la fotocopia, a quien corresponde adicional o complementariamente

proponer la experticia que determine y demuestre que es fidedigna la misma, ya que al acusado por la presunción de inocencia no corresponde o carga con el peso de la impugnación, de manera que su tratamiento varía un poco.

Finalmente destaquemos que en el marco del procedimiento laboral el contenido del artículo 79 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, aunque en una redacción no muy feliz se presenta como una norma más amplia o aperturista al permitir la producción de instrumentos privados simples en copias –interdictado en materia civil- al señalar [...] *Los instrumentos privados, cartas o telegramas, provenientes de la parte contraria, podrán producirse en el proceso en originales. Estos instrumentos podrán también producirse e copias o reproducciones fotostáticas o por cualquier otro medio mecánico, claramente inteligible, pero los mismos carecerán de valor probatorio, si la parte contra quien obre los impugnase y su certeza no pudiese constatarse con la presentación de los originales o con auxilio de otro medio de prueba que demuestre su existencia.*” Aun cuando la norma no señaló la oportunidad de la impugnación, los motivos y la forma de demostrar su autenticidad, le son aplicables por remisión del artículo 11 de la precitada Ley, el contenido del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil.

10. PUBLICACIONES EN PERIÓDICOS O GACETAS.

Se trata igualmente de la prueba documental escrita regulada en el artículo 432 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual [...] *Las publicaciones en periódicos o gacetas de actos que la ley ordena publicar en dichos órganos, se tendrán como fidedignas, salvo prueba en contrario.*” Se trata de las “**publicaciones legales u ordenadas por la ley**”, referidas a carteles de citación o notificación, remate, sentencias que dicte la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, tanto en los periódicos de circulación nacional como local, así como en la Gaceta Oficial de la República para el último de los casos señalados, conforme a la disposición legal en comento gozan de una “presunción de legalidad relativa”, referido a su veracidad, integridad e identidad con su original que lógicamente debe descansar en las actas del expediente judicial para los casos señalados y en definitiva, cualquier publicación que la ley ordena realizar –verbigracia en la Gaceta Oficial o Municipal de Leyes, Decretos, entre otros instrumentos- se tienen como fidedignos o indiscutibles, salvo que su interesado pruebe lo contrario; se trata así de una presunción de legalidad que pesan sobre las referidas publicaciones que de no ser desvirtuado mediante prueba en contrario por la parte interesada, permitirán la demostración de hechos debatidos en el proceso y servirán para la formación de la convicción judicial y es que precisamente en la imprenta de dichos actos pueden producirse errores de transcripción, que se transcriban en forma incompleta o cualquier tipo de anomalía que pueda conducir a su impugnación y aportación de cualquier prueba en contrario para desvirtuar la presunción que sobre dichas publicaciones pesa.

Importa señalar que conforme al artículo 14 de la Ley de Publicaciones Oficiales [...] *Las Leyes, Decretos, Resoluciones y demás actos oficiales tendrán el carácter de públicos por el hecho de aparecer en la GACETA OFICIAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE VENEZUELA, cuyos ejemplares tendrán fuerza de documento público.*” Como puede apreciarse del contenido de esta norma en relación al comentado artículo 432 del Código de Procedimiento Civil, se presenta una contradicción respecto a su valor probatorio, pues mientras en la primera de las normas se le da a las publicaciones oficiales publicadas en la Gaceta Oficial el carácter de “documentos públicos” donde y como hemos visto existe una “fe pública” que le permite al instrumento de antemano gozar de “fuerza probatoria” que sólo puede destruirse con la tacha de falsedad cuando quien miente es el funcionario público, en la segunda de ellas –artículo 432 de la Ley Ritual Civil- a la publicación ordenada por ley sólo se le imprime respecto a su valor probatorio el carácter de una presunción desvirtuable, cuya forma de impugnación difiere del documento público. Ante esta situación sostenemos que por el carácter especial de la ley ésta priva sobre el contenido del Código de Procedimiento Civil, sólo cuando el acto oficial sea publicado en la Gaceta Oficial de la República, pero con la aclaratoria que no se trata de un instrumento o documento público negocial, sino que el carácter de público de las Leyes, Decretos, Resoluciones y demás actos oficiales que sean publicados en la Gaceta Oficial de la República, como tales se refieren a “instrumentos públicos administrativos” cuya impugnación no será por la vía de la tacha de falsedad, sino mediante la prueba en contrario que pueda aportarse al proceso al producirse su impugnación. En todo caso la valoración de la prueba en la forma que hemos sostenido en nuestro trabajo siempre será por la sana crítica del judicante.

Pero si se trata de publicaciones en periódico o gacetas de actos que la ley ordena publicar, cuya publicación no sea en Gaceta Oficial de la República, como Gacetas Municipales, publicaciones regionales o mercantiles, indicamos que no existe la contradicción que hemos comentado –que solo opera cuando se refiere a Decretos, Resoluciones y demás actos oficiales que sean publicados en la Gaceta Oficial de la República- de manera que el contenido del artículo 432 del Código de Procedimiento Civil operará plenamente, teniéndose las publicaciones como fidedignas siempre que no fueran impugnadas y que se produjera la prueba en contrario que desvirtuara su presunción de legalidad.

Sin perjuicio de lo dicho y refiriéndose a las publicaciones en Gaceta Oficial de la República alguna doctrina indica que la forma de atacar esos documentos publicados en Gaceta Oficial es mediante el procedimiento de tacha de documentos públicos, criterio éste errado que parte de la premisa de considerar a los precitados documentos como públicos negociales y no administrativos –como hemos dicho- a lo que ha reaccionado y respondido correctamente el profesor CABRERA IBARRA al señalar [...] *Sin embargo no puedo estar de acuerdo con dicha opinión por cuanto la considero errada. Me explico: no es aplicable a estos documentos públicos la tacha de falsedad por cuanto ninguno de los supuestos establecidos en el artículo 1380 del*

Código Civil son aplicables a este tipo de publicaciones en la Gaceta Oficial, que no son autorizadas por un Juez o un Registrador por cuanto no hay un acto de protocolización de la publicación en sí, y los causales de tacha falsedad contenidos en el artículo 1380 del Código Civil se refieren esencialmente al acto de protocolización del instrumento. La publicación de Leyes, Decretos y Resoluciones es un acto de carácter administrativo, y en ese sentido esas publicaciones, a mi entender, se asimilan a la noción de documentos públicos administrativos, con lo cual tienen el mismo valor probatorio de los documentos públicos, pero, al ser asimilados a los documentos públicos administrativos como tales deben ser tratados en relación con su impugnación según las normas que ya he explicado al respecto: son desvirtuables por prueba en contrario, no por tacha de falsedad. Por tanto, así el artículo 14 de la Ley de Publicaciones Oficiales les otorgue el carácter de documento público a las publicaciones efectuadas en la Gaceta Oficial, estas publicaciones, en mi opinión, serán desvirtuables por prueba en contrario y no por tacha de falsedad como afirma Rivera Morales. Es bien sabido de la publicación de Leyes o Decretos con errores de transcripción o copiado, y que luego han generado nuevas publicaciones subsanando dichos errores. Cuando un particular pretende impugnar una publicación será por haber error o alteraciones en el texto de la misma o porque no han sido autorizadas por el funcionario encargado: Presidente o Ministros en los casos de las Resoluciones ministeriales, por ejemplo. Pero la tacha de falsedad es un procedimiento propio de los instrumentos públicos negociales. Los instrumentos públicos pueden ser, como he explicado en el capítulo correspondiente, negociales y administrativos. Los negociales pueden ser impugnados por tacha de falsedad cuando se ha falsificado la firma del funcionario público o éste ha mentido en sus declaraciones, o puede ser impugnado por la vía de la simulación si quienes mienten son los otorgantes. Y de algo estoy convencido: las publicaciones en las gacetas no son documentos públicos negociales. En cambio, los instrumentos públicos administrativos contienen actuaciones de la administración pública con o sin la intervención de los administrados y versan sobre la manifestación de voluntad del órgano de la administración pública que lo suscribe. Cuando están autorizados debidamente gozan de presunción de certeza, pero pueden ser impugnados permitiéndose al respecto prueba en contrario, no tacha de falsedad. Recordemos, además, que la Ley de Publicaciones Oficiales que venimos tratando data de 1941, cuando solamente se reconocían en nuestro país las nociones de documento público y privado. Aún no se había desarrollado en Venezuela la noción del instrumento público administrativo y, por tanto, el legislador de 1941 no podía encuadrarlo dentro de una categoría instrumental que desconocía, mencionando solamente el género: documento público.”⁴⁸⁸ Sin tener nada que agregar nos sumamos a esta postura que deja de manifiesto la equivocación del profesor RIVERA MORALES.

Finalmente mención especial debemos hacer en cuanto a las “**publicaciones libres**”, esto es, aquellas que los particulares hacen en periódicos, caso éste no regulado en el texto normativo pero que debe ser tratado como una prueba de carácter instrumentos o documental escrita, que por sí sola carece de eficacia probatoria alguna, de manera que cualquier publicación hecha por particulares o incluso por oficinas públicas, pero que la ley no ordena su publicación y que contengan la representación o

⁴⁸⁸ Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA. Ob. cit. pp.525 y ss.

declaración, incluso la representación y declaración de hechos que puedan servir como material probatorio en el proceso judicial, no gozan de presunción de fidedignidad y por sí solo son incapaces de producir la convicción juzgador al carecer de eficacia probatoria, aunque pueden ser considerados como indicios contingentes. En éstos casos la información vertida en un anuncio o artículo de prensa en estas condiciones, debe ser propuesto conjuntamente con otro medio de prueba judicial capaz de corroborarlo y complementarlo, como será la prueba de informes dirigida a la imprenta, oficina de redacción del periódico o revista de que se trate, con la finalidad de probar su autenticidad, especialmente la autoría, de quien emana y si su contenido es una versión original de su autor –también podría ser la inspección judicial o testimonial de la persona que realizó la publicación- complementándose y demostrándose la autenticidad de la información contenidas en anuncios o artículos de prensa o revistas, que pueden influenciar el ánimo del juzgador, permitiéndose un control de la prueba judicial y valorándose por la sana crítica, incluso decimos que si la publicación en estos supuestos no es acompañada de los medios probatorios adicionales o complementarios en la forma indicada, no debería ser admitido, criterio éste que nos separa del pensamiento de quienes creen que la simple aportación del ejemplar contentivo de la publicación basta, de manera que la prueba de su autenticidad sólo se activaría en la medida que se produjera la impugnación expresa de aquel contra quien se opone, so pena de producirse el reconocimiento tácito, dándosele en tales casos un tratamiento igualitario como si se tratara de instrumentos privados emanados de la parte, cuando en realidad no se está oponiendo un instrumento que emana del sujeto a quien se le opone, lo que nos permite afirmar que no es válido aplicar en este supuesto tal analogía, sino que será carga del proponente proponer los medios probatorios adicionales para la demostración de la autenticidad de la publicación privada, como por ejemplo ocurre en el sistema de procedimiento penal donde el acusado no tiene la carga de la impugnación por estar amparado por la presunción de inocencia; en este sentido no se trata si la publicación es ordenada o realizada por una de las partes en el proceso o por terceros ajenos al mismo, simplemente y como expresamos se trata de publicaciones no ordenadas por la ley, cuya autenticidad no se presume y que debe ser acreditada en el proceso con los expresados medios probatorios complementarios, sin que opere el reconocimiento tácito ante la falta de impugnación.

El criterio que criticamos es sostenido por ejemplo tanto por el profesor CABRERA IBARRA quien nos dice [...] *Si se trata, en cambio de promover una publicación no ordenada por la ley pero atribuida a la contraparte, entonces el promovente tendrá que oponérsela a su contraparte para que manifieste si la reconoce o la desconoce a los efectos de que pueda adquirir valor probatorio.*”⁴⁸⁹

⁴⁸⁹ Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA. Ob. cit. p. 524.

11. DOCUMENTOS PRIVADOS EMANADOS DE TERCEROS.

Conforme a lo previsto en el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil [...] *Los documentos privados emanados de terceros que no son parte en el juicio ni causantes de las mismas, deberán ser ratificados por el tercero mediante la prueba testimonial.*” En el análisis de la precitada norma debemos precisar, que la misma no solo regula el caso de instrumentos privados o documentos escritos privados emanados de terceros, sino cualquier clase de documentos privados que sean emanados de sujetos que no son parte en el proceso, que no necesariamente sean en forma escrita, como sucede con la fotografía tomada por un tercero, las grabaciones visuales y auditivas, visuales o auditivas, DVD, CD-ROM, discos flexibles o diskette grabados igualmente por sujetos ajenos al proceso judicial y en definitiva cualquier documento que sea capaz de captar, almacenar y reproducir palabras, imágenes y sonidos, de manera que no se refiere solo a la prueba escrita, pues la norma utiliza la palabra “documento” y no “instrumento”.

En éstos casos el legislador exige que aquel sujeto –tercero- de quien emana el documento, debe acudir al proceso a ratificar el mismo, caso en el cual y tratándose de documentos emanados de terceros, el proponente en el lapso probatorio, no solo debe limitarse a promover la documental privada emanada de tercero, sino igualmente la prueba testimonial a los efectos de la ratificación del documento, sin lo cual no solo el medio será inadmisibile sino que además carecerá de eficacia probatoria.

Pero propuesta la prueba en éstos términos nos preguntamos: **¿en qué consiste la ratificación?**, **¿para qué debe proponerse la testimonial del tercero?**, **¿quién debe preguntar al tercero?**

Respondiendo las interrogantes tenemos en relación a la ratificación, esta consistirá en poner a la vista del tercero el documento emanado de él, a los fines que lo reconozca como efectivamente emanado de él, así como su contenido, de manera que descartamos por errada aquella tesis que sostiene que la ratificación no se limita a esta situación, sino al interrogatorio sobre el lugar, modo, tiempo en que se realizó el documento, su contenido y demás circunstancias referidos al mismo, pues en este caso no estaríamos en presencia de la ratificación de un documento sino de un vulgar interrogatorio, que haría innecesario y absurdo ratificar el documento y su contenido, desnaturalizándose la mecánica, por lo que insistimos, la ratificación sólo involucrará el hecho que el tercero reconozca el documento como emanado de él, todo ello no obstante a que la apreciación de la prueba no es por vía documental sino testimonial, de manera que en materia del artículo 431 del Código de Procedimiento Civil, el operador de justicia lo que apreciará y valorará será la declaración del tercero, como si se tratara de una prueba testimonial, lo cual en nada influye en la forma de ratificación, pues aquello sólo se refiere a la apreciación, no a la ratificación; por otro lado, en cuanto a la finalidad y motivo de la ratificación, es con el objeto de asegurar al contendor judicial de aquella parte que lo haya propuesto, el derecho de controlar y contradecir la

prueba, ejerciendo su derecho constitucional en materia probatoria, circunstancia esta que nos lleva a la tercera interrogante, pues siendo que la ratificación tiene por objeto garantizar al no proponente el derecho constitucional de la defensa de una prueba elaborada sin su presencia, quien tiene el derecho de interrogar al tercero es precisamente el no proponente, siendo en consecuencia una práctica viciada y errada –producto de la ignorancia judicial y también administrativa como por ejemplo en las Inspectorías del Trabajo- que el proponente realice preguntas al tercero, salvo que lo haya promovido también como testigo, conforme a lo previsto en el artículo 483 de Código de Procedimiento Civil, caso contrario del cual el proponente no estará habilitado para el interrogar al tercero.

Otra circunstancia que debemos anotar en este punto, es el hecho que no comparezcan las partes al acto de ratificación, mas sí lo haga el tercero, caso en el cual no debe declararse desierto el acto, pues para la ratificación no es necesaria la presencia de las partes, pudiendo perfectamente el operador de justicia poner a la vista del tercero el documento para que produzca su ratificación; en todo caso y si es el tercero quien no comparece, podrá solicitarse la fijación de nueva oportunidad para que ratifique el documento, siempre que no se haya vencido el lapso de evacuación de pruebas.

De lo anterior es concluyente que cuando se trata de documentos emanados de terceros, estos deben ser ratificados mediante el testimonio sin lo cual no tendrá eficacia probatoria, documento que puede ser producido en el libelo de la demanda -de ser fundamental- o en el lapso probatorio en ambos casos en la oportunidad de promover pruebas, deberá proponerse la testimonial del tercero para la respectiva ratificación, debiéndose identificar el objeto de la prueba y que puede ser acompañado con el interrogatorio vulgar de testigos, caso éste último que requerirá de señalamiento expreso, sin lo cual el proponente del instrumento no podrá interrogar el tercero; en cuanto a la valoración de la prueba, como lo señalamos se trata de una prueba testimonial que debe valorada conforme a lo previsto en el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil, esto es, mediante la sana crítica.

12. EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS.

Nos dice el maestro BELLO LOZANO que la exhibición constituye un acto procesal en virtud del cual, una de las partes exige de la otra la presentación de un determinado documento u otro objeto, a fin de que pueda ser conocido por la misma y por el judicante, con el propósito de utilizarla en la mejor forma que convenga a sus intereses; que respecto a su naturaleza jurídica la doctrina se encuentra dividida, pues algunos lo consideran como un medio de prueba, en tanto que otros simplemente le dan el tratamiento

de una mecánica para allegar al proceso un medio probatorio.⁴⁹⁰ La exhibición de documentos se encuentra regulada en el artículo 436 del Código de Procedimiento Civil, que dispone [...] *La parte que deba servirse de un documento que según su manifestación, se halle en poder de su adversario, podrá pedir su exhibición. A la solicitud de exhibición deberá acompañar una copia del documento, o en su defecto, la afirmación de los datos que conozca el solicitante acerca del contenido del mismo y un medio de prueba que constituya por lo menos presunción grave de que el instrumento se halla o se ha hallado en poder de su adversario. El Tribunal intimará al adversario la exhibición o entrega del documento dentro de un plazo que le señalará bajo apercibimiento. Si el instrumento no fuere exhibido en el plazo indicado, y no apareciere de autos prueba alguna de no hallarse en poder del adversario, se tendrá como exacto el texto del documento, tal como aparece de la copia presentada por el solicitante y en defecto de ésta, se tendrán como ciertos los datos afirmados por el solicitante acerca del contenido del documento. Si la prueba acerca de la existencia del documento en poder del adversario resultare contradictoria, el Juez resolverá en la sentencia definitiva, pudiendo sacar de las manifestaciones de las partes y de las pruebas suministradas las presunciones que su prudente arbitrio le aconsejen.*” Se trata no de un medio de prueba sino una “mecánica procesal” que pueden utilizar las partes, para que sea traído a los autos un medio de prueba instrumental o documental que se encuentra en poder del adversario o de un tercero ajeno al proceso judicial; y decimos una mecánica para aportar al proceso no solo instrumentos o pruebas documentales escritas, sino que también es permisible solicitar la exhibición de documentos en sentido general, como lo hemos analizado, como podrían ser grabaciones visuales y auditivas, visuales o auditivas, DVD, CD-ROM, discos flexibles o *diskette*, entre otra clase de documentos –electrónicos- que perfectamente pueden ser objeto de esta mecánica procesal al captar, almacenar y reproducir palabras, imágenes y sonidos, pues el legislador al referirse a la misma, la denomina “exhibición de documentos” que hace permisible extender la misma a cualquier documento sea o no escrito.

La mecánica procesal debe ser propuesta en el lapso probatorio, aún cuando si se trata de un instrumento fundamental y que estuviera en posesión del demandado, podría acogerse a unas de las excepciones del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, indicando que el mismo –instrumento- está en poder del demandado, lo que permitiría a éste ejercitar su derecho constitucional de la defensa y como quiera que esta excepción es sólo respecto a la no aportación junto al libelo de la demanda, debiéndose aportar en otro momento como sería el lapso probatorio -de ser privado, pues no operaría para los públicos que pueden obtenerse en la oficina pública y donde insistimos no operaría este criterio- en este momento el demandante tendría que promover la mecánica de exhibición, cumpliendo los requisitos exigidos por la ley. En esta oportunidad procesal es cuando el demandado pudiera objetar precisamente que no tiene el instrumento o que no ha estado en su poder –de ser admitido el medio- en

⁴⁹⁰ Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. II. pp. 487 y ss.

cuyo caso si no lograra tal desvirtuación se tendría como cierto el contenido del mismo expresado por el demandante en su libelo –incluso la copia aportada, de ser el caso-; pero si el demandado logra demostrar que el instrumento nunca se ha hallado en su poder, de no haber reconocido su contenido o copia en los términos que hubiese señalado el demandante en su libelo de la demanda, la cuasa quedaría sin instrumento fundamental y el fracaso del demandante sería evidente –insistimos ante la falta de reconocimiento del hecho debatido por el demandado-.

En todo caso tratándose de instrumentos fundamentales que se encuentre en poder del demandado, sin perjuicio de lo dicho y en el estado constitucional y garantista al estar positivado el derecho de acceso al sistema probatorio, nada impide que a través de la anticipación de medios probatorios y con base constitucional sería perfectamente viable solicitar la exhibición de instrumentos y con sus resultas se introduciría la demanda basada la pretensión en el instrumento fundamental exhibido, con la copia simple –del instrumento privado como instrumento fundamental- o con el dicho del solicitante, éstos últimos casos de no exhibirse el instrumento y de no haberse producido la prueba que desvirtuara que el mismo se encontraba en poder del requerido –eventual demandado-. Otro criterio aplicable sería la del profesor CABRERA IBARRA quien reconduce el tema a la petición de exhibición por vía principal, señalando al efecto [...] *Finalmente, además de lo establecido por los artículos 436 y 437 del Código de Procedimiento Civil, es posible intentar una acción de exhibición de documentos por vía principal y no sólo en forma incidental como lo plantean los mencionados dispositivos legales.*⁴⁹¹

Pero el verdadero problema de la tesis que se comenta es cuando el instrumento se encuentra en posesión de un tercero, que y como veremos no tiene la obligación de exhibir, ello aunado al hecho que de ser un sujeto privado, tampoco tendría la obligación de permitir el acceso al demandado para que revisara su contenido en los casos que el demandante en el libelo de la demanda hubiera indicado que era el tercero quien tenía el documento, conforme al artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, de manera que en este caso consideramos no opera el criterio en cuestión, al poderse generar indefensión en caso que el demandado no pudiera acceder al instrumento para ejercitar su derecho constitucional a la defensa, indistintamente que luego fuera o no exhibido por el tercero.

Sin perjuicio de lo indicado y siendo propuesta la mecánica en su oportunidad correspondiente –generalmente en el lapso de promoción de pruebas- como requisitos de promoción se exige:

- a. Debe acompañarse una copia del documento o en su defecto, la afirmación de los datos que conozca el solicitante acerca del contenido del mismo.

⁴⁹¹ Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA. Ob. cit. p. 493.

Debe aportarse un medio de prueba que constituya por lo menos presunción grave de que el instrumento se halla o se ha hallado en poder de su adversario. En este punto interesa destacar que conforme a la ley, existen documentos o instrumentos que eximen de la prueba de tal poder o posesión, como por ejemplo la cédula de identidad, la declaración de impuestos, entre otros, sin perjuicio que en instrumentos procesales especializados la exigencia también se ve atenuada, como en el caso del artículo 82 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo que expresa [...] *Cuando se trate de documentos que por mandato legal debe llevar el empleador, bastará que el trabajador solicite su exhibición, sin necesidad de presentar medio de prueba alguno, que constituya por lo menos, presunción grave de que el mismo se encuentra o ha estado en poder del empleador.*”, como sucede con los instrumentos de seguro social, política habitacional, paro forzoso, declaración de impuestos, constancia de vacaciones, exámenes médicos, cotizaciones gubernamentales, retenciones salariales, entre otros.

b. Debe identificarse el objeto de la prueba –apostillamiento-

Estos requisitos son concurrentes o concomitantes, con la acotación que en cuanto al primero de los mismos el proponente tiene la posibilidad de acompañar la copia del documento –lo cual es válido en materia instrumental- o en su defecto o imposibilidad señalar el contenido del mismo, lo cual resulta viable en materia de documentos no escritos; por su parte la parte contraria al pretensionante de la exhibición, podrá oponerse a la admisión de la misma por no llenarse los requisitos legales, así como por cualquier motivo propio de inadmisión de medios probatorios analizados en su oportunidad. Propuesta la mecánica el operador de justicia una vez que determine que se han llenado los requisitos de ley, admitirá la misma, fijando el día y hora en que deba procederse a la exhibición, ordenando la intimación del contendor judicial a los fines que exhiba el documento, intimación bajo apercibimiento o amenaza que de no exhibir se tendrá por cierta la copia o el contenido del documento señalado por la parte proponente, la cual podrá realizarse de dos maneras, según el criterio vernáculo:

- a. Mediante boleta de intimación con apercibimiento, criterio éste conforme al cual la parte que deba exhibir no se encuentra a derecho y deberá ser intimada, luego de lo cual y una vez que conste en autos la práctica de la intimación, en la oportunidad fijada tendrá lugar el acto de exhibición, criterio éste que nos parece correcto, pues en materia de exhibición se rompe con el principio de citación única, tal como sucede igualmente en materia de posiciones juradas, en cuyo caso y para que tenga lugar el acto de exhibición, debe practicarse la intimación personal de la persona que deba exhibir.
- b. En el mismo auto de admisión de pruebas, de manera que la intimación bajo apercibimiento se hace en el mismo auto que providencia la mecánica de exhibición, sin que sea necesario la intimación mediante boleta, fijándose directamente el día y hora para el acto, caso éste que no

creemos correcto dado que vulnera el derecho a la defensa como consecuencia de ser la exhibición una mecánica que fragmenta el principio de citación única.

Producida la intimación del sujeto que deba exhibir, llegado el día y hora para que tenga lugar el acto, pueden plantearse dos escenarios: el primero referido a que el sujeto exhiba el documento, que podrá ser incorporado a las actas procesales o podrá reproducirse, siempre que lo solicite el proponente, pues el llamado hecho por el tribunal lo fue para la exhibición, de manera que si la parte cumplió con la orden judicial, exhibió y nadie pidió que se reprodujera o incorporara a las actas procesales, resulta legal y válido que el exhibente se lleve el instrumento o documento exhibido sin que nadie lo pueda impedir, lo que al final haría totalmente inoperante la mecánica, pero por causas imputables al proponente y sin que pudiera aplicarse consecuencia alguna contra la persona que ha exhibido. Pensar que el tribunal dispondrá del documento u ordenará copia y la certificará para que ingrese al acervo probatorio, coloca al judicante en una posición inquisitiva, lesionando los principios de la carga probatoria y el dispositivo, pues se está ante una mecánica propuesta por las partes y no ordenada oficiosamente por el juez, de manera que si la parte solicitante no ha sido lo suficientemente diligente para pedir que el documentos exhibido quede reposando en las actas procesales o que se reproduzca para que una copia que en el expediente, el judicante no tiene la potestad en este momento de ordenarlo de oficio, so pena de romper su imparcialidad, aunque nada obsta para que en su oportunidad y conforme a los instrumentos legales ordene su incorporación de oficio, lo que dista mucho de ordenarlo en tal sentido en el acto de parte.

El segundo escenario se presenta cuando la parte no exhiba el documento, caso en el cual quedará por cierto la copia aportada al momento de la promoción de la mecánica o el contenido afirmado por su promovente, salvo que en autos se produzca algún medio de prueba que desvirtúe la presunción grave que el instrumento se hallaba en su poder; en todo caso el operador de justicia en la sentencia definitiva analizará esta circunstancia y podrá extraer de las manifestaciones de las partes los indicios procesales pertinentes para aplicar o no la consecuencia de la falta de exhibición. Considerar que cuando el proponente de la mecánica de exhibición no comparece al acto, se entiende desistida la petición de exhibición, aunque podría solicitar la reapertura si justifica la causa que le impidió su asistencia, resulta inconstitucional y antigarantista, pues digamos que una vez admitida la mecánica de exhibición, no existe carga para el proponente en el acto que como tal es del requerido, aún cuando y como digimos es a éste a quien corresponde –en dicho acto- solicitar, luego de exhibido el instrumento o documento, que se incorpore a las actas procesales para ser valorado en la sentencia definitiva o que se reproduzca por cualquier medio para que igualmente conste en las actas procesales a los fines de su valoración; de esta manera entender desistida la mecánica cuando el proponente ha cumplido con todas sus cargas procesales, es tan errado como el criterio que hemos criticado en materia de testigos, de entender desistida

el medio probatorio sin el proponente no acude al acto, lo que y como hemos indicado solo conduce a que se declare desierto el acto y que el proponente nuevamente solicite la fijación de una nueva oportunidad, siempre que no haya vencido el lapso de evacuación de pruebas.

Pero como señalaríamos al inicio de este punto, la mecánica de exhibición no solo puede ser propuesta para que la contraparte judicial exhiba un documento, sino que puede estar dirigida a que un tercero exhiba, tal como lo prevé el artículo 437 del Código de Procedimiento Civil que indica [...] *El tercero en cuyo poder se encuentren documentos relativos al juicio, está igualmente obligado a exhibirlos, salvo que invoque justa causa a juicio del Juez.*” En este supuesto la mecánica será la misma, con la salvedad que de no producirse la exhibición la consecuencia no podrá ser que se tenga por cierta la copia o la afirmación que haga el proponente de su contenido, y en todo caso el único derecho que tendrá el proponente sería el de exigir al tercero el pago de los eventuales daños y perjuicios que se hubiera causado por la falta de exhibición, a menos que se el tercero invocara justa causa para no exhibir, como podría ser el carácter personal o confidencial del documento o que se encontrara reservado, que no lo tiene en su poder, entre otros motivos.

En cuanto a la exhibición de documentos que reposen en los archivos del Poder Ciudadano o en cualquier órgano de la Administración Pública, podrán ser solicitado y ordenado por el operador de justicia, no estando obligados exhibirlos los referidos órganos del Estado cuando sean reservados, vale decir, secretos o confidenciales conforme a la Constitución de la República –artículos 143 y 325- y en los términos de la Ley Orgánica de Administración Pública –artículo 158- la Ley Orgánica del Poder Ciudadano –artículo 60- y la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación –artículo 55-; igualmente las certificaciones de mera relación, aquellos que tienen por objeto que el funcionario público haga constar el testimonio u opinión sobre algún hecho o dato de su conocimiento de los contenidos en los expedientes archivados, en curso o de asuntos que hubieren presenciado por motivo de sus funciones, se encuentran prohibidos.

13. PRUEBA DE INFORMES.

También denominada informática se encuentra regulada en el artículo 433 del Código de Procedimiento Civil que señala [...] *Cuando se trate de hechos que consten en documentos, libros, archivos u otros papeles que se hallen en oficinas públicas, Bancos, Asociaciones gremiales, Sociedades civiles o mercantiles, e instituciones similares, aunque éstas no sean parte en el juicio, el Tribunal, a solicitud de parte, requerirá de ellas informes sobre los hechos litigiosos que aparezcan de dichos instrumentos, o copia de los mismos. Las entidades mencionadas no podrán rehusar los informes o copias requeridas invocando causa de reserva, pero podrán exigir una indemnización, cuyo monto será determinado por el Juez en caso de*

inconformidad de la parte, tomando en cuenta el trabajo efectuado, la cual será sufragada por la parte solicitante.”

Conforme a la precitada norma mediante la prueba de informes puede solicitarse información que se encuentre o conste en documentos –pueden ser electrónicos- libros, archivos –también pueden ser electrónicos- u otros papeles que se hallen en oficinas públicas, bancos, asociaciones gremiales, sociedades civiles o mercantiles, e instituciones similares, aunque éstas no sean parte en el juicio.

Pero ¿qué es la prueba de informes?

Para el maestro ALSINA se trata de una prueba autónoma, al no asemejarse ni a la instrumental, a la testimonial ni a la de peritos, aunque –indica- es con la primera con la que tiene mayor analogía en razón de su forma de producción, pero no le son aplicables ninguna de las reglas que gobiernan a esa prueba, al tratarse tan sólo de un modo de allegar elementos de juicio al tribunal y sus constancias –sigue señalando- hacen plena fe mientras no sean redargüidas de falsedad.⁴⁹² Por su parte el maestro colombiano Hernando DEVIS ECHANDÍA señala que no se trata de un medio de prueba autónomo, sino de un procedimiento especial para llevar al proceso los medios de prueba.⁴⁹³

Entre nosotros el profesor CABRERA IBARRA sostiene que [...] *es otra modalidad procesal para poder aportar a un proceso el contenido de ciertos documentos que no están en manos de la persona que pretende hacerlos valer en el proceso sino que se hallan en manos de la contraparte o de otras personas ajenas al proceso, esto es, en manos de terceros, lo cual es más común en la práctica, constituidos por personas jurídicas públicas o privadas. En este último caso, como quiera que las personas jurídicas colectivas no pueden rendir un testimonio bajo juramento, entonces el legislador ha adoptado la modalidad de la rendición de brindar el testimonio en forma escrita, esto es, a través de un informe.”*

Por nuestra parte afirmamos que no se trata tampoco de un medio probatorio concreto y especializado, sino de otra mecánica para allegar al proceso medios probatorios que a su vez contengan fuentes que puedan servir para la convicción judicial, para la confirmación de hechos institucionales afirmados, negados y debatidos, mediante el sistema de comparación –de afirmaciones y fuentes- dirigido a personas jurídicas en general para que informen sobre determinados hechos que tienen relevancia jurídica y probatoria en el proceso y/o envíen los soportes en que ellos se encuentra. De esta manera el instrumento se encuentra dirigido a requerir información a persona jurídicas, públicas o privadas -no a personas naturales- que se encuentren o consten en documentos, libros, archivos, o demás papeles, que tengan relación con los hechos debatidos en el proceso, mas aún, que puedan demostrar hechos discutidos en el proceso judicial, caso en el cual la misma debe ser solicitada en el lapso probatorio, debiéndose especificar la información que se solicita y el objeto de la prueba, para que una vez admitida se oficie lo conducente a la persona jurídica pública o privada, a los fines que remita la información

⁴⁹² Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. pp. 463 y ss.

⁴⁹³ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. pp. 598 y ss.

pertinente y requerida, incluso podrá solicitarse que se envíen soportes de los mismos, como copias o cualquier otro medio que pudiera ser informático donde conste la información solicitada por el tribunal –documentos electrónicos-.

La información vertida por las personas jurídicas requerida, perfectamente pueden ser cuestionadas o impugnadas por el contendor judicial, sobre quien en todo caso pesará la carga de aportar los medios probatorios que prueben en contrario; también y respecto a la documentación que se envié a través de la “prueba” de informes, dependiendo de su contenido, de su falsedad y de quien emane, pueden ser impugnados por las vías que al efecto hemos estudiado en su oportunidad, sin perjuicio de la simple producción de la prueba en contrario que desvirtúe la misma o su contenido, para la cual y de ser necesario pudiera echarse mano de la incidencia a que se refiere el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil; y respecto al valor probatorio, tanto de la información como de los soprtes instrumentales o documentales e indistintamente de su naturaleza –pública negocial o administrativa o privada- será por la vía de la sana crítica, instrumento idóneo conforme al estado constitucional y garantista al positivarse el derecho de acceso al sistema probatorio.

Finalmente y conforme a la norma que se transcribiera, las entidades a quienes se le solicite la información no podrán rehusar los informes o copias requeridas invocando causa de reserva, pero podrán exigir una indemnización, cuyo monto será determinado por el operador de justicia en caso de inconformidad de la parte, tomando en cuenta el trabajo efectuado, lo cual será sufragada por la parte solicitante, a reserva de reembolso por vía de las costas procesales.

CAPITULO IX

PRUEBA DE INSPECCIÓN O RECONOCIMIENTO JUDICIAL

.....

SUMARIO: 1. Reseña histórica. Definición. Características. Naturaleza. 1.1. Regulación legal –Código Civil, de Procedimiento Civil, Código Orgánico Procesal Penal, Ley Orgánica Procesal el Trabajo, Ley del Procedimiento Marítimo y Ley de Comercio Marítimo-. Inspección o reconocimiento judicial y la inspección ocular. 2. Requisitos de la inspección o reconocimiento judicial. 2.1. Requisitos de existencia. 2.1.1. Debe ser practicado por el judicante. 2.1.2. Que el juez que practique la inspección o reconocimiento judicial actúe en ejercicio de su cargo. 2.1.3. Que recaiga sobre hechos perceptibles por los sentidos del judicante. 2.2. Requisitos de validez; 2.2.1. Que no exista prohibición legal de practicar la prueba. 2.2.2. Que la realización del medio probatorio se haga en forma legal. 2.2.3. Que sea realizada por un funcionario público competente territorialmente. 2.3. Requisitos de eficacia probatoria. 3. Objeto de la inspección o reconocimiento judicial. 4. Promoción de la prueba de inspección o reconocimiento judicial. Referencia a los diferentes sistemas de procedimiento. Requisitos. 5. Materialización de la prueba de inspección o reconocimiento judicial. Los prácticos. 6. Valoración probatoria del reconocimiento o inspección judicial. 7. Inspección extrajudicial.

1. RESEÑA HISTÓRICA. DEFINICIÓN. CARACTERÍSTICAS. NATURALEZA.

Siguiendo al maestro colombiano Hernando DEVIS ECHANDÍA en Roma, se utilizaría el procedimiento de inspección judicial en materia civil, especialmente durante el procedimiento formulario en causas de deslinde cuando se otorgaba la *actio finium regundorum* por medio de la cual el *judex* podía proceder al examen del lugar –*inspectio*- si era considerado como necesario, tal como lo indica KIELMANOVICH;⁴⁹⁴ que se desprendería de un pasaje de ULPiano el reconocimiento con mayor fuerza probatoria a la inspección realizada por el juez, por encima de la investigación del perito en los siguientes términos: [...] *ad officium (preasidis provinciae) de finibus cognoscendis spectat mentores mittere, et pe reos dirimero ipsam finium questionem ut aequum est, si ita res exigit, oculis suis subiectis locis*’, conforme a la cual la inspección por los mentores constituía en estos casos un medio por el cual el mentor juzgaba la controversia;⁴⁹⁵ que en la edad media –indica el precitado maestro- se encontraron ejemplos de reconocimiento judicial en el Derecho Bárbaro y en el Canónico; y los prácticos lo utilizarían para llegar así al derecho común; que su regulación en forma amplia se ubicaría en las Leyes de partidas –ley 13, tít. 14, partida 3ª- conforme a la cual y siguiendo a FEO indicaría [...] *Contiendas e pleytos acaecen entre los omes que son de tal natura que non se pueden departir por prueba de testigo, o de carta o de sospecha; a menos que judgador vea primeramente aquella cosa sobre que es la contienda o el pleyto. E esto sería quando fuesse movido pleyto antel sobre términos de algún logar o en razón de alguna torre, o casa que pidiesen el Juez ue la ficiesse derribar poruqe se quería caer. E si querellasse alguno antes que le ficiera otra grand desonra en su cuerpo... Ca en cualquiera desta razones non deve el judgador*

⁴⁹⁴ Jorge L. KIELMANOVICH. Ob. cit. pp. 479 y ss.

⁴⁹⁵ En este sentido puede citarse al maestro Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. p. 652.

*dar el pleyto por provado, a menos que vea él primeramente cual es el fecho porque ha de sar su juyzio, e de qué manera lo podrá mejor e más derechamente departir.”*⁴⁹⁶

Sigue el maestro colombiano indicando que con el advenimiento del proceso penal inquisitivo, se generalizaría el empleo de la inspección judicial, especialmente para establecer o probar el “cuerpo del delito” de lo que llegaría a exagerarse hasta el punto de convertirse en un obstáculo para el éxito de la investigación; que en el sistema civil se consagraría también en la Ordenanza francesa de 1667, de la cual pasaría el Código de Procedimiento Civil de 1806/07 y como consecuencia de ello a los demás Código europeos del siglo XIX, a centro y sur América.⁴⁹⁷

Hecho un breve recorrido histórico de este medio de prueba judicial, comencemos diciendo que dentro del plexo de medios probatorios recogidos en nuestra legislación como medios directos o inmediatos precisamente se ubica la “inspección judicial”, también denominado “reconocimiento judicial” o prueba por “monumentos”, a través de la cual el judicante percibe y tiene contacto directo con las fuentes probatorias, con las personas, lugares o cosas donde el hecho bruto queda impresionado, sin interlocutor alguno como sucede en la testimonial o en la declaración de las partes, incluso de otras cosas u objetos que lo representen –documentos e instrumentos- aplicando en este caso su actividad sensorial, de ahí que insistimos la prueba en estudio se ubica dentro de las denominadas pruebas directas o inmediatas.

Pero ¿qué es la inspección o reconocimiento judicial?

Como lo hemos venido haciendo con cada medio probatorio nuevamente se nos antoja pasearnos por la doctrina extranjera y nacional, para luego ofrecer nuestra definición al respecto, para lo cual comenzaremos con la italiana de la mano del maestro CHIOVENDA quien se refiere a la “inspección ocular” o “reconocimiento judicial” indicando que por medio de la misma el juez recoge las observaciones directamente, por sus propios sentidos, sobre las cosas que son objeto de la litis o que tienen relación con ella; que la inspección personal del juez puede referirse a cosas muebles o inmuebles y hacerse, cuando ello fuera posible, en el mismo local del tribunal o en los lugares mismos en que se encontraren, de allí –indica- que en la legislación italiana el “acceso judicial” se realizara a través de la precitada inspección personal, haciéndose diseños, planos, fotografías y aún reproducciones plásticas de los lugares, modelo de madera de las casas, entre otras; que también los documentos podían ser objeto de inspección ocular o personal; que el acceso judicial podía hacerse conjuntamente con otros medios de prueba como la de peritos, planos, testificales y producción de documentos en el lugar.⁴⁹⁸

⁴⁹⁶ Ramón FEO. Ob. cit. T. II. p. 135.

⁴⁹⁷ Hernando DEVIS ECHANDIA. Ob. cit. T. II. pp. 417 y ss.

⁴⁹⁸ Guisepe CHIOVENDA. Ob. cit. T. III. pp. 186 y ss.

Por su parte REDENDI nos dice que dentro de los elementos de prueba que pueden ordenarse se encuentra la inspección de cosas –lugares, objetos que no sean ya propiamente documentos- y también de personas.⁴⁹⁹

MICHELI por su parte indica la inspección prevista en la ley, es un tipo que en algún tiempo anterior era conocido como “acceso judicial” –es el caso de los estudios de CHIODENDA, REDENTI Y CARNELUTTI, por ejemplo- consistente en un procedimiento instructorio mediante el cual el juez podía tomar visión directa, por sí solo o con la asistencia de consultores técnicos, de cosas o de personas que se refirieran a hechos de la causa; que la inspección es un medio técnico por el cual el juez es puesto en situación de percibir directamente los hechos, y por consiguiente también el modo de ser de lugares, cosas o personas a que se refiere la causa, al estar puestos como fundamentos de las demandas presentadas por las partes; que la inspección procede de oficio y procede de ordinario por el propio juez que la ha dispuesto, quien puede asistirse de consultor técnico quien lo ayudará con las nociones técnicas particulares de que está provisto, para la mejor percepción de los hechos; que el juez puede, sin embargo, abstenerse de participar en la inspección corporal, pudiendo disponer que quien proceda a ella sea el consultor técnico, siempre en consideración que debe procederse con la cautela necesaria en respeto de los derechos de las personas, donde incluso el sujeto que es sometido a ella puede estar acompañado por persona de su confianza que sea reconocida por el juez como idónea para tal objeto; que también el judicante puede delegar a los expertos la elaboración de mapas, calcos, fotografías, reproducciones de objetos, documentos y lugares, de manera que a través de la práctica de la prueba se crearían documentos; que en forma dinámica y no estática al juez se le confiere el poder de tomar conocimiento directo de los hechos, a través de sucesión de actos mediante los “experimentos” que constituyen –indica el maestro italiano- una especie de inspección, en la cual el hecho percibido no es el hecho histórico determinado y objeto de la prueba, sino otro hecho reproducido en condiciones similares a aquellas en que se verificó el hecho objeto de la prueba, lo que pudiera ir acompañado de reproducciones, fotografía o cinematografía; que en el curso de la inspección o del experimento el juez podrá obtener información de terceros –testigos- que son oídos sin las formalidades exigidas al efecto –para la prueba testimonial-; finalmente que el juez se le dota de un conjunto de poderes para por ejemplo acceder a los lugares a los fines de la prueba de inspección, solicitar la exhibición de cosas, entre otras.⁵⁰⁰

LIEBMAN se refiere a la inspección como la actividad instructoria del juez dirigida a examinar directa y personalmente una cosa o un lugar, a objeto de tomar conocimiento de sus características, sin perjuicio –indica- que lo haga el consultor técnico, de manera –sigue diciendo- que a diferencia de la

⁴⁹⁹ Enrico REDENTI. Ob. cit. T. I. p. 296.

⁵⁰⁰ Gian Antonio MICHELI. Ob. cit. V. II. pp. 119 y ss.

exhibición la inspección adquiere por el proceso no la cosa, sino solamente las observaciones que realice el juez –o consultor técnico- y expuestas en el acta que se levante al efecto; que se trata de una prueba directa para conocer el modo de ser de determinadas cosas o lugares, de cuyo conocimiento se puede adquirir la comprobación de los hechos que interesan a la causa; que conforme a la ley el juez puede ordenar a las partes o a los terceros que consientan sobre su persona o cosas en su posesión, las inspecciones que aparezcan indispensables para conocer los hechos de la causa, siempre que pueda cumplirse sin graves daños para la parte o para el tercero y sin constreñirlos ni violarles un secreto profesional o de oficio; que la inspección puede ser ordenada para alcanzar, por medio de la observación de cosas y de los lugares,, la prueba directa de los hechos de la causa, que fueran afirmados e indicados por las partes, o en cambio para ir en busca de medios de prueba para adquirir al proceso, de manera que la inspección no puede ser pesquisitoria –perquisición-.⁵⁰¹

Para ROCCO la inspección se trata del examen personal que realiza el juez sobre lugares, cosas muebles o inmuebles, inclusive personas que constituyan objeto de discusión, de manera que se permite el perfeccionamiento inmediato dirigido a formar la convicción judicial; que la inspección de cosas es ejecutada personalmente por el juez instructor asistido –cuando así lo considere- por un consultor técnico; que la inspección de ordinario, tiene por objeto cosas pertenecientes a las partes, sin perjuicio que sean de terceros, siempre que fueran indispensable para el proceso; que la inspección personal también es ejecutada por el juez instructor, asistido igualmente por consultor técnico si es el caso, modalidad esta última –indica- que ha conducido a controversias cuando implica el examen de zonas del cuerpo que por razones de pudor, las partes se manifiestan reacias a mostrarlas, de ahí el dilema de si es necesaria la concurrencia de la voluntad de sujeto cuando se trate de *inspectio corporis* o si procede aún en contra de su voluntad, de ahí que la ley disponga el rodear la prueba de un conjunto de limitaciones, haciéndola procedente cuando no se causa un daño injustificado.⁵⁰²

En el marco penal el maestro LEONE nos dice que la inspección –de *inspicere* = mirar- definida también como observación judicial inmediata, es le medio de prueba a través del cual el juez percibe directamente elementos útiles para la reconstrucción de los hechos, pudiendo recaer sobre personas, lugares, cosas, huellas y otros efectos materiales que el delito haya dejado; que la inspección debe ser encuadrada entre las pruebas genéricas, al ser un medio destinado a la percepción directa del juez respecto de los elementos de observación y de juicio; mientras que y referido al objeto, puede ser prueba directa o indirecta, según el resultado de la indagación, de manera que si la inspección lleva a comprobar la muerte de la víctima, es prueba directa, pero si lleva a comprobar las huellas del delito –lesión sobre el cuerpo

⁵⁰¹ Enrico Tullio LIEBMAN. Ob. cit. pp. 369 y ss.

⁵⁰² Ugo ROCCO. Ob. cit. V. III. pp. 142 y ss.

del imputado de la cual pueda derivarse su responsabilidad- es prueba indirecta o indiciaria; que para la inspección el juez puede utilizar cualquiera de los sentidos; que la inspección puede ser: a. Personal o corporal, como en los casos de violencia carnal a los fines de comprobar sobre la víctima signos de violencia; b. Local, por ejemplo en materia de homicidio, a fin de establecer la posición de la víctima, la posición del autor del delito, entre otros y tema de actos obscenos, a fin de establecer con relación a la situación de los lugares, si existe el extremo del lugar público o abierto al público; c. “Real” cuando en tema de homicidio a objeto de establecer si el arma en posesión del imputado era apta para producir la muerte, en tema de hurto a fin de establecer si existe la agravante del medio fraudulento.

Indica el precitado maestro italiano que la inspección personal o corporal puede referirse tanto a una persona como a un cadáver, pudiendo ejecutarla personalmente el juez o a través de expertos nombrados por él, lo que a decir del autor hace perder la esencia del medio probatorio para transformarla en una prueba pericial; que la inspección puede referirse a la persona del imputado o a otras personas que no lo sean; que respecto a la inspección sobre cadáveres y especialmente en cuanto a la autopsia, se trata de un acto complejo constituido por una parte que es verdadera y propia inspección –cuando el juez comprueba directamente de *visu*- y otra parte que es pericia, cuando la comprobación se hace a través de la actividad del perito en base a sus conocimientos técnicos; que la inspección local se realiza mediante el acceso a los lugares.⁵⁰³

Repasando la doctrina española comencemos con SILVA MELERO para quien la “inspección personal del juez” se trata de una prueba directa, de la percepción misma del hecho a probar por el juez, llamado también “acceso”, “reconocimiento”, o “comprobación judicial”; que en la doctrina ha existido resistencia a incluirla como medio probatorio, ello al considerar como prueba el acto de las partes para facilitar los medios de la investigación; que el hecho de que la inspección personal del juez no esté ausente en la prueba indirecta, donde el mismo no percibe el hecho a probar sino uno distinto de éste, no puede considerarse –indica- motivo bastante para negar el carácter de medio de prueba a la inspección judicial, por la razón que en la prueba indirecta no basta la percepción del juez, sino que ha de integrarse con la deducción del hecho a probar en relación al hecho percibido, actividad compleja que presupone percepción y deducción; que en la inspección judicial el –*estricto sensu*- medio de prueba, el juez se limita a la constatación de los que percibe sensorialmente, no solo con la vista, pese a la denominación de inspección ocular, sino con otros sentidos también; que concretamente la prueba directa, inspección personal del juez, es medio de prueba salvo lo que respecta a lo que es común con la prueba indirecta, donde puede estar presente también la inspección judicial, estándolo hecho en todo aquello que tiene un sentido de prueba histórica y no de prueba lógica; que el juez puede examinar personas, lugares o cosas,

⁵⁰³ Giovanni LEONE. Ob. cit. T. II. pp. 189 y ss.

incluso documentos que pueden considerarse como objeto de prueba, donde la actividad procesal del juez se manifiesta para obtener por sí mismo el conocimiento del objeto de la prueba.⁵⁰⁴

GUASP por su parte se refiere a la prueba de “monumentos” indicando que si la prueba documental es aquella prueba real en la que el instrumento probatorio consiste en un objeto físico susceptible de ser llevado a la presencia del juez, tendrá que haber por fuerza otra especie de la misma prueba a la que puedan acogerse aquellas cosas que no admiten tal movilización, de manera –indica- que en efecto, un objeto aún no desplazable localmente, puede ser y es de hecho apto para engendrar convicción de un juez, como los hitos o linderos de un terreno, la distancia u orientación de dos edificaciones, de manera que conservando cierta armonía de lenguaje –sigue señalando- con el empleado para el documento y resucitando una designación en cierto modo tradicional, cabe denominar “monumento” a este tipo de especial medio de prueba; que la doctrina no la conoce por este nombre sino por “reconocimiento judicial” o también por “inspección judicial”, la primera que no es la que tiene por medio de un inmueble, sino la que consiste en la percepción directa por el propio juez del tema de la prueba, perfilándose así frente a la llamada prueba indirecta –histórica o crítica- como una prueba que cabe llamar directa porque en ella se identifican el hecho a probar y el hecho que prueba; que “monumento” es aquel medio de prueba real en que se utilizan objetos inmuebles para formar la convicción del juez sobre un dato procesal determinado, donde el juez puede captar el objeto de la prueba mediante cualquier tipo de percepción personal, no sólo con la vista, a pesar del nombre demasiado limitado que a veces se emplea –inspección ocular- sino mediante cualquier sentido; que no solo se limita a la captación por los sentidos sino que puede incluir deducciones, valoraciones, estimaciones y apreciaciones, sin que ello desnaturalice la prueba; que respecto a su naturaleza se trata de una verdadera prueba, que tiende mediante la actividad que en ella se desarrolla, a convencer al juez de la existencia o no de datos procesales determinados, siendo una verdadera prueba procesal, por la función que cumple y además es directa o inmediata.⁵⁰⁵

ASENCIO MELLADO al tratar el tema y bajo la denominación de “reconocimiento judicial” nos dice que se trata de un medio de prueba cuya finalidad es obtener el examen personal del juez, cuando así lo exija el mejor esclarecimiento y apreciación de los hechos; que a diferencia de los demás se caracteriza por la intervención personal y directa del juez, quien percibe sin intermediarios el objeto de la misma, bien se trate de objetos, lugares, cosas o personas, percepción que se realiza mediante los sentidos y en el lugar que sea más adecuado para ello.⁵⁰⁶

⁵⁰⁴ Valentín SILVA MELERO. Ob. cit. T. I. pp. 295 y ss.

⁵⁰⁵ Jaime GUASP. Ob. cit. T. I. pp. 376 y ss.

⁵⁰⁶ José María ASENCIO MELLADO. Ob. cit. T. I. pp. 207 y ss.

MONTERO AROCA se refiere a la prueba de “reconocimiento judicial” como medio de prueba que permite la percepción directa de los hechos objeto de la prueba por parte del juez, sin que exista un intermediario que los represente, siendo esta misma característica –indica- la que ha llevado a la doctrina anegarle el carácter de medio de prueba; que el reconocimiento puede ser sobre objetos, lugares, personas, documentos; que en la persona humana el reconocimiento puede ser corporal o psicológico -psiquiátrico- que y aunque supone inherencia en el ámbito de derechos protegidos constitucionalmente, ello no implica un ataque a la integridad física o moral de la misma, no suponiendo tortura ni trato inhumano o degradante, pues todo se reduce a dejar examinar el cuerpo, en lo que no existe riesgo ni físico ni psíquico; que la injerencia no puede equipararse a una vulneración del derecho al honor o a la intimidad personal; que cuando se trata de reconocimiento de cualidades o condiciones anímicas o psicológicas, lo que Selene denominarse exámenes psiquiátricos, los problemas atienden a que no se reconozca una exterioridad o si se prefiere –indica- a un objeto material, lo que para nada puede impedir la realización del reconocimiento; respecto al reconocimiento de personas indica, que el tema es complejo pues mientras el Tribunal Constitucional se muestra a favor de la existencia de la obligación de la parte a someterse a pruebas biológicas, por lo que más razón de aplicar al reconocimiento, el Tribunal Supremo se inclina por la exigencia del consentimiento libre de la parte, sin la posibilidad de coacción, de manera que si no hay la voluntad no solo será improcedente el reconocimiento, sino que además no podría extraerse ninguna consecuencia procesal ello sin perjuicio a deducirse un indicio a adminicular con otros medios probatorios, lo que es tratado por el citado autor como emanado de la conducta de la parte que no colabora y tomando en consideración la facilidad probatoria, como criterio correctivo de la carga probatoria, que hemos explicado en otro momento; finalmente y en cuanto a la valoración que el acta de reconocimiento no puede ser considerada como prueba documental, debiendo valorarse por la sana crítica.⁵⁰⁷

Más recientemente GÓMEZ COLOMER al tratar la prueba de “reconocimiento judicial” en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española 1/2000 indica que se trata de la percepción por parte del juez, de una forma directa, de los hechos que son objeto de prueba; que la diferencia con otros medios de prueba es fundamentalmente que el juez percibe los hechos de manera directa e inmediata sin intermediarios; que su objeto puede ser lugares y sitios, documentos, personas, bienes muebles e inmuebles; y respecto a la valoración expresa que si el reconocimiento es valorado en la sentencia por un juez diferente al que la efectuó, la lógica lleva a distinguir entre los datos objetivos del acta, aquellos que son mera constatación de los percibido y los subjetivos, lo que consisten en apreciaciones o percepciones,

⁵⁰⁷ Juan MONTERO AROCA. Ob. cit. pp. 247 y ss.

los primeros que resultan muy difíciles de ser negados por el juez en la sentencia, por lo que no pueden ser desconocidos, en tanto que los segundos no existe tal obligación, pudiendo ser desconocidos.⁵⁰⁸

NIEVA FENOLL al tratar el tema en el sistema de procedimiento penal acusatorio nos dice, que el “reconocimiento judicial” consiste en la observación directa por parte del juez, de un determinado vestigio que se aporta como prueba al proceso, lo que también se conoce como “inspección ocular”; que se trata de un medio de prueba infrecuente en general, también en el proceso penal cuando supone el desplazamiento del juez, teniendo en consideración la dificultad del tiempo que se hallan debajo de la casi sistemática negativa a practicar la prueba; pero que es extraordinariamente frecuente cuando no supone tal desplazamiento, presentándosele al juez los vestigios del delito para que los observe por sí mismo, sean armas, artilugios diversos apertura de puertas, en general cualquier objeto; que el reconocimiento judicial también puede ser de personas, para que el juez se percate directamente del estado físico o mental de ellas, observe la estatura o características físicas más destacables, de manera que se impresione al juez con la visión directa de la realidad de lo que se juzga en el proceso; que el medio de prueba generalmente es acompañado con la experticia al requerirse de conocimiento especializados que ilustre al judicante sobre las dudas que le surjan; indica que uno de los problemas esenciales que se presenta en este medio probatorio, precisamente es la libre valoración del juez por medio de la sana crítica, ello al ser muy frecuente que se equivoque en la forma como percibió los hechos, lo que le permite sugerir que el juez luego de practicado el reconocimiento, deberá exponer a las partes qué fue lo que exactamente percibió, a fin de someterlo a la crítica y materialización, de manera que el propio juez que se vea incurso en el error, pueda volver a ordenar la práctica del reconocimiento para impedir que dichos errores se arrastren hasta la sentencia, ello sin perjuicio que como medio de precaución también se disponga de la filmación de lo observado; indica que la redacción de un acta contentiva de lo percibido en el reconocimiento, hoy se presenta como un medio arcaico al contarse con la filmación que hace innecesaria tal acta; finalmente indica que [...] *Podría decirse que el juez, en ese resumen, tiene que evitar valorar lo observado, para no prejuzgar. Sin embargo, ocurre todo lo contrario. El juez debe exponer su valoración completa de lo observado para luego ser objeto de crítica. Por su puesto que la valoración será precipitada y no tendrá en cuenta todos los datos del proceso, sobre todo los relativos a pruebas que aún no han sido practicados. Pero el hecho de que esa exposición judicial se haga anticipadamente permite la mejor defensa de las partes, enfocando su estrategia probatoria a intentar confirmar o desmentir lo observado por el juez, lo contrario solamente ocasiona la habitual incertidumbre de las partes con respecto a los pensamientos del juez antes de dictar la sentencia, y no provoca sino vulneración del derecho a la defensa, así como una sensación frustrante tras la lectura de la sentencia. Practicado de este modo el reconocimiento judicial podrá dar unos frutos bastante más útiles que los que ofrece habitualmente, lo que sin duda contribuirá al mayor acercamiento del juez a la realidad de los hechos, que es lo único*

⁵⁰⁸ Juan Luís GÓMEZ COLOMER. Derecho Jurisdiccional II. pp. 323 y ss.

que, puede tratar de conseguir el juez legítimamente con la práctica de cualquier medio de prueba.”⁵⁰⁹ El criterio expuesto por el profesor español nos parece ajustado a la tesis constitucional y garantista que venimos sosteniendo, lo que nos conduce a sugerir su incorporación en nuestro sistema de procedimiento, primeramente en cuanto a la necesidad indispensable de filmaciones del acto de reconocimiento que sustituyan el acta, así como a la expresión manifiesta por parte del judicante respecto a los hechos observados, lo que ha entendido y captado del reconocimiento, lo que considera fijado o demostrado con ello, de manera que emitiendo una valoración anticipada –más no definitiva- sobre el tema, permita a las partes conocer las resultas del medio probatorio, no solo para el debido control sino para defenderse ante una captación errónea de los hechos que pueden ser corregidos por los argumentos y eventuales pruebas que puedan aducir al efecto las partes interesadas. En este sentido la conducta del judicante en la forma indicada sería bien al momento de la práctica del reconocimiento judicial o de la audiencia oral y pública –para el caso de procedimientos orales- que permitan a las partes con el conocimiento de las resultancias -y como dijimos- defenderse, lo que en definitiva incluso permitirá al juez no incurrir en errores o corregir los que se presenten con ocasión a su percepción y conclusiones de lo percibido.

Por su parte MIRANDA ESTRAMPES al tratar el tema de la “inspección ocular” nos dice que es regulada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española –LECrím- como un medio de “investigación” que conforme al Capítulo I, del Título V –De la comprobación del delito y averiguación del delincuente- del Libro II, artículos 326 y siguientes, cuya denominación resulta no del todo correcta al limitarla a la utilización del sentido de la vista, cuando realmente pueden utilizarse cualquier de ello, lo que da motivo a considerar que el terminología más idónea al respecto debe ser la de “reconocimiento judicial”, definida por HERCE QUEMADA como un acto de comprobación personal del juez, practicada para recoger elementos materiales de la perpetración del hecho punible y describir el lugar y los objetos relacionados con la existencia y naturaleza del hecho; que su importancia radica en que se trata de un reconocimiento que realiza directa y personalmente el órgano jurisdiccional a través de sus sentidos y que los elementos de investigación se recogen directamente de la realidad; que como medio de investigación su característica esencial es que la misma es practicada por el juez instructor, consistiendo su diligencia en el reconocimiento del lugar de comisión del hecho delictivo, haciendo constar todas las sus circunstancias particulares, así como aquellas que hayan concurrido en su perpetración, la obtención de las huellas y vestigios que pudieren hallarse en el mismo; que en su práctica es admitido el reconocimiento por peritos de lugares, cosas, armas y efectos del delito, la toma de declaraciones en el mismo lugar objeto donde es realizado el reconocimiento, lo que se extenderá por escrito en un acta que se levantará al efecto; que como puede observarse el reconocimiento judicial es una típica actividad sumarial, realizada durante la

⁵⁰⁹ Jordi NIEVA FENOLL. Fundamentos de Derecho Procesal Penal. pp. 271 y ss.

fase de instrucción, ya que es en esta fase donde pueden darse y obtenerse los mejores resultados, al no haber desaparecido aún las huellas y vestigios del delito, permaneciendo intacto y sin grandes alteraciones el lugar donde el hecho ha ocurrido, de manera que mientras más tiempos en la práctica del reconocimiento desde que el delito es cometido, menor será su eficacia en orden al descubrimiento y averiguación de los delitos, circunstancia esta que conduce a afirmar que su práctica durante la etapa plenaria resulta ineficaz, por los nulos resultados que su práctica permite obtener, aún que –indica- ello ni implica que si los hechos no han desaparecido o alterado deba hacerse el reconocimiento en este momento. Sigue indicando el citado autor que tratándose de una diligencia sumaria que en la mayoría de las ocasiones es irreproducible en el acto de juicio oral, fundamentalmente cuando la misma tiene por finalidad la recogida de “fuentes” probatorias como huellas o vestigios del delito y donde su irreproducible es inminente, se establece la posibilidad en la LECrim de la intervención del imputado, quien podrá presenciar el acto sólo o asistido jurídicamente -letrado- para lo cual se le deberá poner en conocimiento antes de su realización a los fines de su asistencia; que no se trata de una anticipación de prueba, sino y como lo indica PRIETO CASTRO de una “diligencia de investigación o averiguación reforzada”, de manera que esa irreproducible y la asistencia del imputado daría la posibilidad que el acta contentiva del reconocimiento, pudiera ser leída en la audiencia oral, sirviendo como fuente probatoria para la convicción judicial –lo propio indica ORTELLS RAMOS al expresar que la precitada irreproducible es lo que justifica la lectura de la diligencia recogida en el acta al momento de la audiencia oral-; que como consecuencia de lo dicho en todos aquellos casos de irreproducible, en los casos que los hechos sobre los cuales recayó la diligencia de reconocimiento hubiese desaparecido o sufrido alteración sustancial del estado de las cosas o lugares, se acudirá a la vía de la lectura del acto de inspección ocular judicial, pero teniendo en consideración que la lectura no deberá comprender las declaraciones de personas que tendrían que proponerse como testigos, los dictámenes periciales donde tendría que acudir los expertos a los fines de declarar, ni los objetos, huellas o vestigios reales obtenidos, que tendrían que llevarse a la audiencia oral, aunque –indica- el acta de inspección con su lectura serviría para la demostración del lugar donde fueron encontrados esos objetos o efectos del delito, incluso la persona que en su poder se hallaban .

Expresa MIRANDRA ESTRAMPES que para la lectura del acta de reconocimiento en la audiencia oral, es necesario de la presencia de algunos requisitos: primeramente que haya existido la notificación de imputado para que acudiera al acto –asistido de abogado- aún cuando se trata de un derecho que de no ejercitarse nada impide en proseguir con la diligencia sumarial, aunque y por vía de excepción no sería necesaria tal notificación cuando no se conociera o estuviera identificado el imputado

y cuando por la urgencia del caso no puede realizarse la misma, lo que deberá ser justificado en casos que los objetos o cosas fueran a desaparecer o a modificarse.⁵¹⁰

La doctrina comentada resulta interesante aunque inaplicable en nuestro caso, primeramente por el hecho que el sistema de procedimiento que divide en sumario y plenario ya no existe al ser sustituido por el acusatorio, cuya característica esencial no es tal división, ni el carácter inquisitivo o no del judicante y especialmente el que actuaba en la fase sumaria, sino la separación del sujeto acusador y juzgador, el primero atribuido por antonomasia al Ministerio Público en delitos dependiente de “acción” pública y el segundo a un único juez de Juicio unipersonal; luego en la etapa de investigación o preparación en los términos de nuestro Código Orgánico Procesal Penal y como hemos dicho en otro momento, se adelantan los actos de investigación para la constatación de la comisión del delito, identificación de los culpables y recabamiento de fuentes probatorias que permitan determinar la participación y responsabilidad del imputado, dando paso a los actos conclusiones respectivos, actos éstos en cabeza del Ministerio Público y de los órganos de policía judiciales, vigilados por el juez de Control de garantías, quienes realizan actos dentro de los que se ubican precisamente la “inspección”, especialmente la *“inspección técnica”* realizada por los órganos de investigación penal en el lugar del suceso,⁵¹¹ tal como lo regula el Manual Único de Procedimientos en Materia de Custodia de Evidencias Físicas, donde la precitada inspección *constituye un método de fijación, donde se deja constancia de manera escrita de la percepción sensorial de hechos materiales y demás evidencias físicas dejadas en el mismo, que tiene como finalidad ilustrar a las partes del proceso penal de todo lo visualizado y las condiciones como se hallaba el lugar para el momento de su abordaje, permitiendo además establecer la modalidad o modus operandi empleado por los autores y demás partícipes del hecho punible investigado*, todo lo que está recogido erradamente como una actividad probatoria en el Capítulo II del Título VI denominado “Régimen Probatorio” y decimos erradamente, pues se trata de un acto de investigación con vocación probatoria, que se realizada a través de un “medio probatorio” para recoger “fuentes” probatorias pero que no se refiere a “actos de prueba” que y salvo la excepción de la anticipación de medios, sólo pueden ser considerados como tales aquellos realizados en la audiencia de juicio pública, oral y contradictoria, con bilateralidad, contradicción, intermediación y concentración, de manera tal que la prueba que sirva para fundamentar la convicción judicial traducida en certeza no ausente de error, para declarar la culpabilidad al presentarse una prueba de cargo que más allá de toda duda razonable permita romper la membrana de la presunción de inocencia, solamente serpa aquella formada en la precitada audiencia y cumpliéndose todos los principios en comento.

⁵¹⁰ Manuel MIRANDA ESTRAMPES. Ob. cit. pp. 369 y ss.

⁵¹¹ Se trata de aquel espacio físico donde ocurrió un hecho punible, que es delimitado por sus propias características, es susceptible a modificaciones y/o contaminaciones, conforme a la descripción ofrecida por el Manual Único de Procedimiento en Materia de Custodia de Evidencias Físicas.

La “inspección” recogida en el artículo 186 del Código Orgánico Procesal Penal y cualquier de sus modalidades recogida en las normas siguientes, no es calificada como “judicial” precisamente por el hecho no solo de tratarse de un acto de investigación, sino fundamentalmente por que la competencia para su ejecución es atribuida no a un juez instructor –como en el caso español- sino al propio Ministerio Público o a los órganos de policía judicial, de manera que y salvo la anticipación de medios a que se refiere el artículo 289 *eiusdem*, al no requerirse la presencia del imputado en la práctica de la diligencia, pues recordemos que en esta fase por el carácter del acto que y como dijimos no es de prueba sino de investigación, se recienta y relajan algunos derechos constitucionales como la asistencia letrada, la defensa, contradicción e inmediación, lo que en nada afecta esos derechos del imputado pues –insitimos- se trata de actos de investigación que no pueden ser utilizados para la formación de la convicción judicial, sino simplemente para sostener los actos conclusivos, sin perjuicio de servir también para las peticiones cautelares entre otras cosas, que no requieren como tal de certeza sino de vera probabilidad o verosimilitud, la diligencia y el acta que las contiene no podrían ser incorporadas a la audiencia pública y oral mediante su simple lectura, como si hubiesen sido hechas por un juez instructor –caso español- con presencia del imputado –anticipación de medios- aunque los hechos fueran a desaparecer o modificarse, es decir, aunque fuera irreproducibles, de manera que y sin perjuicio de la citada anticipación, el acto de investigación referido al reconocimiento o inspección en cualquier de sus modalidades, simplemente serviría para recoger fuentes probatorias que permitieran sustentar peticiones cautelares y actos conclusivos, más no para formar la convicción judicial, ello por lesionarse el derecho a la defensa del imputado que no estuvo presente en el acto al no haber sido notificado, indistintamente de la urgencia o no del mismo, la asistencia letrada, la contradicción o bilateralidad y la inmediación. Pero y en esta misma línea argumentativa diremos que al ser los órganos de investigación quienes realizan los actos de investigación –no se trata de juez instructor como en España- la “inspección” no muta o cambia a la prueba documental de manera que se le permita al acusador proponer dicho acto de investigación como un medio de prueba documental e incorporarlo al debate con su lectura, para servir como elemento en la formación de la convicción judicial como prueba de cargo; por el contrario, esta práctica usual en nuestro sistema es errado y fraudulento, más aún, lesivo de los derechos humanos y constitucionales, de manera que esos reconocimientos o inspecciones como actos de investigación, aún siendo irreproducibles si no se echó mano a la anticipación de medios probatorios, no tendrán ningún valor probatorio, carecerán de vocación probatoria y no servirán para la convicción judicial. En consecuencia y por lo menos en nuestro actual sistema de procedimiento penal, lo expresado por el distinguido autor español citado –MIRANDA ESTRAMPES- no aplica.

No obstante en el trabajo del precitado autor español y haciendo referencia a la legislación de su país indica, que la recogida de huellas y vestigios del delito y el reconocimiento del lugar de la comisión del mismo, también es realizado por los agentes de policía judicial y no por el juez de instrucción – inspección ocular policial o actos de constatación policial- con la sola excepción del levantamiento de cadáveres; que la introducción de sus resultados a la audiencia oral y especialmente cuando se trata de casos de irreproducibilidad, no puede ser a través de su lectura sino mediante la declaración de los agentes policiales encargados de realizar la actividad de reconocimiento o recogida de fuentes probatorias y constatación de cosas, las cuales serían tratadas y valoradas como prueba testificales; que a tales efectos y conforme a la doctrina jurisprudencial el valor probatorio de tales actos de investigación policial solo se obtendrían en la medida que se cumplieran con los siguientes requisitos: a. Que la diligencia de inspección ocular policial se extienda por escrito, debiendo estar firmada por las personas que hubiesen intervenido en la misma; b. Que los efectos, instrumentos, huellas o vestigios del delito que se recogiera, fueran puestos a disposición judicial, como piezas de convicción, a objeto de que las mismas estuvieran en el local del tribunal el día de la audiencia oral; y c. Que los funcionarios judiciales que intervinieron en la práctica de la inspección ocular policial comparezcan al acto de la audiencia oral en calidad de testigos; agrega que aún cuando no viene dado por la jurisprudencia, si para el momento de la inspección ocular policial hubiese imputado, tendría que concedérsele la oportunidad de intervenir y con asistencia letrada, ello en resguardo de su derecho constitucional a la defensa, salvo casos demostrados o acreditados de urgencia.⁵¹² Estos mismos criterios perfectamente pueden aplicarse en nuestro sistema de procedimiento penal cuando la “inspección” fuera realizada por los órganos de policía judicial, entendiéndose que se trata de actos de investigación que no pueden trasladarse al proceso como fuente documental –mutación del medio probatorio- y servir para sostener el juicio jurisdiccional; de esta manera tendrían que proponerse en su oportunidad la testimonial de los funcionarios actuantes para que depusieran en la audiencia pública y oral, permitiéndose el contradictorio e inmediación, con la acotación que en tratándose de funcionarios policiales que por amor propio no serían imparciales y tendrían vocación para declarar en contra del acusado, ello no afectaría su admisión sino que sería un elemento de valoración que tendría que ser cuidadosamente analizado por el judicante, determinando si su declaración es coherente, contextualizada, corroborada por otros medios probatorios y hay ausencia de comentarios oportunistas que empañen su imparcialidad –teoría del interrogatorio y dicho del testigo a la que nos hemos referido en su momento-; pero cuando la “inspección” es realizada por el Ministerio Público, siendo éste por antonomasia el sujeto acusador en los delitos dependiente de “acción pública”, siendo un sujeto del proceso no podría aplicársele la misma reglas señaladas para los agentes policiales, vale decir,

⁵¹² Manuel MIRANDA ESTRAMPES. Ob. cit. pp. 375 y ss.

que no siendo terceros no podrían declarar como testigos respecto al acto de “inspección” y como consecuencia de ello, para el traslado del acto de investigación con vocación probatoria al proceso judicial, tratándose de un acto irreproducible, si no se hizo uso de la anticipación de medio a que se refiere el artículo 289 del Código Orgánico Procesal Penal, carecería de todo valor probatorio para fundamentar la sentencia, no siendo posible su incorporación como si de prueba documental se tratara, pues y como hemos indicado esta mutación lesiona groseramente derechos constitucionales, de manera que esta situación y estrategia fraudulenta y lesiva que pretendiera ser utilizada por el Ministerio Público, tendría que ser frenada por el juez de Control al momento de admitir la acusación y pronunciarse sobre la admisión de los medios probatorios, declarando inadmisibles esta mutación inconstitucional.

En la doctrina argentina el maestro ALSINA nos dice que la legislación en vez de tratar el tema del “reconocimiento judicial” que es la denominación genérica, se limitan a tratar una de sus especie como lo es la “inspección ocular”, que generalmente se refiere a cosas inmuebles y que excluye otros sentidos diferentes a la vista; que la “inspección ocular” no constituye técnicamente un medio de prueba, al no incorporarse con él un antecedente que no conste ya en el proceso mismo; que se trata de la apreciación de una prueba, constituido o resultado de la cosa sobre la cual recaiga la inspección, de manera que la diligencia solo servirá para ilustrar al juez, permitiéndole aclarar circunstancias que de otra manera no habrían podido ser valorados con precisión; que únicamente asumiría el carácter de prueba cuando, en el acto de inspección se dispone, a pedido de las partes, dejar constancia de algún hecho o modalidad del mismo que se considere de interés; que y sin perjuicio de los dicho la inspección puede también ser sobre personas o lugares; que respecto a la procedencia la doctrina clásica exige como requisito para la procedencia de la inspección judicial, que ésta sea absolutamente necesaria, indispensable, de manera que con ella no basta que pueda llegarse al fin propuesto, si existen otros medios, en otros términos –indica- que sea el único medio existente para la verificación del hecho controvertido; que esta limitación tiene una explicación histórica, como lo era la desconfianza que se tenía en los jueces, debiendo las partes satisfacer sus emolumentos por la diligencia, con lo cual se temía que pudiesen ordenar reconocimiento con el sólo propósito de lucro; que al efecto la ordenanza francesa de 1667, título XXI, artículo 1, que dispondría que no se ordenaría el reconocimiento judicial, cuando fuese posible la prueba pericial, principio que se reprodujo en el Código de Procedimiento francés, del cual pasara a nuestros textos legales –como sucedió con el artículo 1.428 de nuestro Código Civil venezolano.-⁵¹³

PALACIO por su parte nos dice que denominase reconocimiento o examen judicial a la percepción sensorial directa efectuada por el juez o tribunal sobre cosas, lugares o personas, con el objeto de verificar sus cualidades, condiciones o características; que se trata de un caso típico de prueba directa;

⁵¹³ Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. pp. 651 y ss.

que en cuanto a su naturaleza jurídica se ha sostenido que no se trata técnicamente de un verdadero medio probatorio –se refiere a ALSINA- indicando que se trata de una postura errada, por cuanto la cosa sobre la cual recae el reconocimiento no configura en sí misma una prueba sino un instrumento probatorio del cual cabe extraer un dato –fuente de prueba- que cotejado con los hechos controvertidos –objeto de la prueba- permitirá al juez convencerse de la existencia o no de éstos, por lo que la circunstancia de que el lugar, la persona o la cosa suministren un dato –fuente- coincidente con el hecho a probarse, no altera su carácter de medio de prueba, el cual viene dado por la actividad desplegada por el juez a fin de verificar los hechos mediante la percepción sensorial, las cualidades o características del lugar, cosa o persona sometida a examen; en conclusión –indica- se trata de un verdadero medio de prueba judicial.⁵¹⁴

KIELMANOVICH al referirse a la prueba de reconocimiento judicial, manifiesta que se trata de una prueba directa por antonomasia, en virtud de la cual y a través de la percepción común del juez, éste recoge las observaciones directamente por sus propios sentidos, sobre las cosas y personas que son objeto de la litis o que tienen relación con ella, sin medios de representación que intervengan para su recreación, sea a través de los relatos como de procedimientos técnicos.⁵¹⁵

En el marco del sistema de procedimiento penal y bajo la denominación de “inspección judicial” JAUCHEN nos dice que se trata de un medio de prueba por medio del cual el juez toma conocimiento directo de hechos y materiales que resultan relevantes para el objeto del proceso; que la característica fundamental de esta modalidad probatoria se basa precisamente en la inmediación entre el objeto verificable y el juez, que concurre sin intermediario alguno respecto a la percepción de las circunstancias que se desean verificar, obteniendo las mismas por medio de sus sentidos, cualquiera sea; que se trata de un medio fundamental en los actos de investigación –entre nosotros realizados por personas diferentes al juez, como el Ministerio Público y los órganos de policía judicial, sin perjuicio de la anticipación que pueda hacer el juez de Control de garantías, quien no obstante tampoco será el judicante que en definitiva deba valorar la actividad probatoria, quien se forme la convicción y que deja en consecuencia en entredicho el tema de la famosa inmediación- y que puede recaer sobre personas, cosas, objetos o lugares relacionados directa o indirectamente con el hecho delictivo investigado o sometido a juzgamiento según la etapa procesal que se trate, donde el juez dejará constancia de los hechos debatidos “sin adelantar opinión o añadir apreciaciones personales”; que la inspección bien puede recaer sobre el hecho que se investigan o juzgan de manera directa, sobre aquellas que interesan al proceso y que sirven para la convicción judicial, aquellos que requieren ser probados, pero también pueden recaer sobre otros hechos

⁵¹⁴ Lino Enrique PALACIO. Ob. cit. T. IV. pp. 473 y ss.

⁵¹⁵ Jorge L. KIELMANOVICH. Ob. cit. pp. 480 y ss.

que a su vez sirven de prueba de aquél, la primera que se trata de un medio directo de prueba y la segunda indirecto, donde existen dos hechos: el primero que prueba la inspección y el que se quiere probar con éste, de manera que la inspección es la prueba del hecho indicante o indicio, y la prueba indirecta del hecho indicado o que se pretende probar con el primero.

Dice el autor argentino que y respecto a la naturaleza de la prueba de inspección, la misma será tal sólo aquella realizada por el órgano jurisdiccional mediante su percepción directa, de manera que la valoración que posteriormente haga otro juez del resultado de aquella no será inspección sino otro medio probatorio, concretamente una prueba instrumental que contiene la actividad del judicante, de manera que cuando el juez del debate ordene la lectura del acta labrada por el instructor en la inspección judicial efectuada, el medio probatorio sería documental, rigiéndose por las normas que gobiernan este medio probatorio. Si por ejemplo queremos trasladar lo dicho por JAUCHEN a nuestro sistema de procedimiento penal, entendiendo que el Código Orgánico Procesal Penal al tratar el tema del régimen probatorio en sus diversos capítulos de manera errada se refiere a “actos de investigación” con tratamiento como si de actos probatorios se tratara, pues y como hemos explicada el hecho que los “actos de investigación” se efectúen utilizando medios probatorios, no los convierte consecuentemente en actos de prueba, sin perjuicio que puedan tener vocación probatoria en la forma que hemos estudiado, observamos que en materia de “inspecciones” sin el agregado lógico de “judiciales” permite que sean realizados como “actos de investigación” y por personas diferentes a un juez –instructor como sucede en otras legislaciones y que no existe en nuestro sistema- como el caso del Ministerio Público y los órganos de policía de investigación, sean éstas de lugares –públicos o privados- personas -vivas o muertas- cosas, documentos, vehículos, registros, evidencias físicas o reales, rastros, hullas de hechos, efectos materiales sean orgánicos o inorgánicos, exámenes corporales o mentales, entre otras, se trata tan sólo de actos de investigación con eventual vocación probatoria pero que no son actos de prueba propiamente dicho, no solo por el hecho de la ausencia de la intermediación entre el hecho sobre el cual recae la inspección y el juez que dictará la sentencia, sino por el hecho que eventualmente en esta fase del proceso –preparatoria- se recienten algunos derechos constitucionales como la defensa y la asistencia letrada, de manera que no estándose ante actos jurisdiccionales formados en audiencia pública, oral y contradictoria, concretamente y en el caso de la inspección no siendo “judicial” y efectuado por el mismo judicante que habría de sentenciar, no se trata de una inspección judicial como medio probatorio; pero el citado autor nos dice dos cosas más dignas de analizar, el primero que cuando la inspección es judicial pero realizada por un juez instructor –que no es nuestro caso- tampoco es propiamente dicho una prueba de inspección judicial al no haber sido realizada por quien ha de juzgar, lo que a su juicio conduce a que su tratamiento, al estar recogida en acta la actividad del juez instructor, sea tratado como prueba documental. Al respecto y en el

caso de nuestro sistema si asimilamos esa actividad del juez instructor a los órganos de investigación penal, al Ministerio Público y policía judicial quienes tienen legalmente competencia para realizar “inspecciones” no siendo como tal inspección judicial, a nuestro entender tampoco es propiamente dicho una prueba documental, es decir, su actividad no muta a la documental de tal manera que su incorporación al debate judicial sea hecha con la simple lectura para someterla al contradictorio, pues ello sería una burla al sistema probatorio que generaría indefensión al acusado que no intervino en dicho acto y que luego se pretende que sirva como prueba por el mero hecho de haber sido incorporado verbalmente en juicio; lo dicho no es más que una mutación propia del actual sistema que burla los derechos constitucionales y al régimen probatorio, de manera que al tratarse de una inspección de sujetos diferentes al juez y en actos de investigación, sin ser actos de prueba, sin poder mutar pero con vocación probatoria, de haber desaparecido los hechos sobre los cuales habría recaído la inspección –de lo contrario habría que hacerla en el proceso por el juez de Juicio- los materiales orgánicos por ejemplo resguardados como piezas de convicción tendría que ser promovidos como tales para que fueran inspeccionados directamente por el juez y respecto a los demás hechos por ejemplo, tendrían que acudir las personas físicas que habrían realizado tales inspecciones, para que declararan como testigos, que aunque sospechosos, serían un tema de valoración y no de admisión del medio, de manera que estaríamos en el mundo de la prueba testimonial, que en la audiencia de juicio permitiría el debate oral y contradictorio para la formación de la prueba. Esto nos permite afirmar que resulta una fraude y una actividad errónea considerar que las inspecciones realizadas en la instrucción sean y sirvan como actos de prueba, pero también que su mutación a la documental permita la simple promoción como tal como fundamento de la acusación, para ser incorporada en la audiencia oral mediante su lectura, limpiándola de su impureza de acto de investigación para someterla al contradictorio y convertirla en acto de prueba capaz de formar la convicción judicial. Finalmente en esta misma línea argumentativa debemos referirnos a la “inspección judicial” adelantada como prueba anticipada por el juez de Control de garantías con citación del futuro acusado. Al respecto el problema no es diferente al planteado, al que se presenta cuando la “inspección” es realizada como acto de investigación por el Ministerio Público o por la policía judicial, pues en definitiva y aunque es un acto de “prueba” su realización no es con la intermediación del juez que habrá de sentenciar, lo que lógicamente quiebra todo el tema de la “inspección judicial” caracterizada por el hecho de ser una prueba judicial, cuando ya existe el proceso –cuando ya hay una acusación, incluso cuando ha sido admitida, de manera que se sepa cuáles son los hechos institucionales en los que se basa la pretensión acusatoria- cuya competencia por antonomasia sea el mismo juez que sentenciará el fondo, quien deba hacerse la convicción judicial, en audiencia oral, pública y contradictoria, de manera que esa fragmentación de la mentada intermediación en principio nos permitiría afirmar que se desnaturaliza este

medio probatorio –así por ejemplo el artículo 16 del Código Orgánico Procesal penal conforme al cual [...] *Los jueces o juezas que han de pronunciar la sentencia deben presenciar, ininterrumpidamente, el debate y la incorporación de las pruebas de las cuales obtienen su convencimiento.*”- de ahí que habría que diseñar otra modalidad para su incorporación al debate oral, como en este caso sí podría ser a través de la prueba documental a que se refiere el acta que recoge la actividad probatoria, lo que podría sustentarse por el hecho primero, que no se trata de un acto de investigación y fundamentalmente porque ha sido realizada por un juez – Control- aunque no sea quien haya de juzgar el fondo de la controversia.

JAUCHEN al referirse por ejemplo a las inspecciones realizadas por el Ministerio Público en fase de investigación, pero con intervención del juez de instrucción, de manera que se anticipe una prueba irreproducible –que no es nuestro caso, pues la inspección del fiscal es acto de investigación y la del juez de control en los términos del artículo 289 del Código Orgánico Procesal Penal, es judicial- indica que en juicio se incorporarán con su lectura, más cuando son realizadas por la policía judicial y se trató de hechos irreproducible o definitivos, carecerán de todo valor probatorio, por el hecho de resentirse el derecho a la defensa al no intervenir el imputado, lo que igualmente en nuestro caso operaría cuando se tratara de inspecciones no judiciales –actos de investigación- cuya atenuación en todo caso, aunque tampoco opera la inmediación a que se refiere este medio de prueba, se presenta cuando se anticipa la prueba por el juez de Control-; que en cuanto a la inspección de personas –corporal o mentales- sea la del imputado o de otras personas –terceros- sirven generalmente para determinar las características individuales de los sujetos, para establecer su identidad, para verificar huellas dejadas en su cuerpo o cualquier otro hecho relevante; que en estos casos el imputado no puede negarse a tal inspección, pues no actúa como sujeto u órgano de prueba, sino como tema de ella, de manera que no lo ampara el derecho constitucional de la presunción de inocencia y ante la reticencia puede utilizarse la coercibilidad o coacción moderada en procura de la inspección, hasta el punto –indicamos nosotros- que la falta de colaboración del imputado o acusado como tema de la prueba permitirá al juez extraer indicios procesales provenientes de la conducta obstruccionista del sujeto –imputado o acusado-.⁵¹⁶

Pasando ahora a la doctrina colombiana comencemos con el maestro DEVIS ECHANDÍA quien nos dice que la prueba de inspección o reconocimiento judicial, es una diligencia procesal practicada por el funcionario judicial, con el objeto de obtener argumentos de prueba para la formación de su convicción, mediante el examen y observación con sus propios sentidos, de hechos ocurridos durante la diligencia o antes pero que subsisten, o de rastros o huellas de hechos pasados, y en ocasiones de su reconstrucción; que considerando que el examen o percepción de los hechos o de sus huellas o rastros lo realiza el juez principalmente con la vista, ello no significa que pueda utilizar otros sentidos, de manera

⁵¹⁶ Eduardo J. JAUCHEN. Ob. cit. pp. 505 y ss.

que resulta incorrecto limitar la denominación a “inspección ocular” en vez de “inspecciones o reconocimientos judiciales”; que para su existencia es necesario la presencia del funcionario judicial; respecto a su naturaleza nos dice que teniendo en consideración que el reconocimiento puede recaer sobre el hecho mismo que se trata de probar o sobre otro que a su vez sirve de prueba de aquel, en el primero de los casos se tratará de un medio de prueba directo y en el segundo caso existen dos hechos, el que prueba y el que se quiere probar con éste, de manera que la inspección es prueba directa del hecho indicador o indicio y prueba indirecta del hecho indicado o que se pretende probar con el primero; que la prueba en esta materia no es el hecho inspeccionado en sí mismo, sino que la prueba consiste en su verificación –del hecho- por el judicante, mediante su actividad sensorial; que prueba es la inspección judicial, la actividad de percepción del juez y el juicio de recepción que hace éste para identificar y calificar el hecho percibido, no éste último –el hecho inspeccionado o reconocido- que precisamente es el objeto de la prueba de inspección o reconocimiento. En este sentido se dice que la inspección o reconocimiento judicial es un “medio probatorio” pues mediante los sentidos directos del judicante –instrumentos o herramientas- y en base al razonamiento que permite la percepción y recepción de los hechos institucionales que se debaten en el proceso judicial –indicamos- puede verificar o comprobar los mismos por su comparación con lo percibido –“fuentes” que puede ser personas, lugares, cosas y documentos- y fundamentar de esta manera la decisión judicial conforme a la certeza que se produzca. Las características generales de la inspección o reconocimiento judicial –dice el maestro colombiano en comentario- son las siguientes: a. Es una actividad física e intelectual de verificación de hechos; b. Esa actividad es realizada por el funcionario judicial, aunque excepcionalmente cuando la ley lo autoriza, puede ser realizada por otros sujetos –el caso de las inspecciones realizadas por el Ministerio Público y los órganos de policía como actos de investigación conforme al Código Orgánico Procesal Penal al cual hemos hecho referencia-; c. Su naturaleza jurídica es de prueba judicial –entendido como “medio” indicamos-; d. Se trata de una prueba directa sobre el hecho, persona, lugar o cosa inspeccionado; e. Es una prueba personal al ser realizada directamente por el judicante en oposición a la real o material, que se refiere a cosas, armas, huellas, edificaciones; f. Es una prueba crítica y lógica, porque no es la representación de la cosa o el hecho inspeccionado, sino que consiste en su asunción directa por el juez, quien con sus sentidos y su mente lo verifica y existe siempre un juicio crítico, por más sencillo que fuera; g. Es una prueba formal, por servir como mero medio probatorio de los hechos y no como acto solemne; y h. Es una prueba plena o completa del hecho observado o reconocido.⁵¹⁷

El maestro Jairo PARRA QUIJANO expresa que la inspección judicial es la percepción misma del hecho a probar por el propio juez, llamado también acceso, reconocimiento o comprobación judicial;

⁵¹⁷ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. pp. 415 y ss.

que se trata de una actividad directa del judicante, donde en el predominio de la percepción el mismo debe emplear sus propios sentidos en la apreciación de los hechos en el más amplio sentido del vocablo, de manera que en su materialización se emplearan todos los sentidos; que respecto a su naturaleza se trata de una prueba directa, donde predomina la percepción sin descartar la actividad lógica-inductiva del juez para saber e ir reconociendo los distintos elementos de la inspección y formar sus juicios, en consecuencia en la inspección judicial conoce los hechos de manera directa a través de sus juicios y razonamientos, siendo también una prueba personal por hacerla el judicante, produciéndose por la actividad, observaciones y verificaciones que peste haga; siguiendo a DEVIS ECHANDÍA quien a su vez seguiría a CARNELUTTI nos dice que la inspección es prueba directa del hecho que se pretende probar, cuando se puede inspeccionar directamente, más es prueba indirecta cuando sólo se puede inspeccionar el hecho del cual se va a deducir la existencia de otro –se refiere al hecho indicante o indicativo que permite construir la prueba indiciaria-; que el objeto de la inspección lo constituye los hechos que el juez puede reconocer por cualquiera de sus órganos, según la naturaleza propia de lo inspeccionado y en caso que haya cesado su ocurrencia, sólo podrían ser objeto de inspección los vestigios, huellas, rastros, residuos, de lo contrario el hecho debe existir.⁵¹⁸

Para AZULA CAMACHO la inspección judicial puede definirse como una actuación procesal que realiza el juez, mediante el examen y observación, por sus sentidos, de hechos que interesan al proceso, entendido hecho –indica- en su sentido amplio o genérico que comprende personas, cosas, lugares y documentos; que la inspección recae sobre lo percibido por los órganos de los sentidos, sin que sea dable inferencia alguna, que es precisamente una actividad ajena a ese medio probatorio, pero que corresponde cumplir al momento de dictar la decisión y para determinar si los hechos se encuentran o no establecidos en el proceso y acorde con ello, tomar la decisión; que dentro de sus características se ubica que es un medio de prueba personal, directo, crítico o lógico y simple; la naturaleza indica que algunos consideran que no se trata de un verdadero medio de prueba al limitarse a verificar la existencia de su objeto, sin que medie ninguna actividad psíquica del juez; que quienes así opinan se fundan en la simple percepción, sin reparar que ésta implica una labor mental del funcionario por virtud de la cual tiene que elaborar un juicio para identificar y calificar el objeto o hecho percibido, por lo que siendo una cosa el hecho como objeto de la experiencia y otra cosa como objeto de la existencia, precisamente de la experiencia del hecho a través del juicio de donde se deduce y arguye su existencia, concluye que se trata de una verdadera prueba; que la inspección puede recaer sobre “personas”, tal como lo regula la legislación tanto en el sistema civil como en el penal, éste último donde la prueba es necesaria para verificar por ejemplo huellas o rastros dejados por el delito, como ocurre con mordiscos, equimosis,

⁵¹⁸ Jairo PARRA QUINAJÓ. Ob. cit. pp. 457 y ss.

cicatrices, si es zurdo o derecho, cojo, entre otros, cuestiones que directamente puede apreciar el judicante a través de sus sentidos; que cuando se requiere determinados exámenes de las personas como bacteriológicos, radiológicos o hematológicos, aunque puedan practicarse en el curso de la inspección por así permitirlo la legislación, no constituye objeto de ésta sino del dictamen pericial, ello al recaer sobre cuestiones técnicas; que por esta misma razón no se incluye la inspección de aspecto psiquiátrico de la persona, aun cuando puede verificarse dentro de la inspección o con ocasión a ella, lo que en nada impide que el judicante –indica- puede apreciar las condiciones, actitudes o condiciones de las personas afectadas por ejemplo por anomalías psíquicas, pero limitándose a lo percibido por los sentidos. Indica el maestro citado que la inspección también puede recaer sobre “lugares” lo que tiene fundamental relevancia en el proceso penal al permitir ofrecer la información con respecto al cuerpo del delito, siendo un medio de obtención de conocimiento efectivo y real del lugar; las “cosas” que y siguiendo a FLORIAN se refiere al acto procesal mediante el cual el juez, usando de su percepción directa, observa y aprehende la existencia, el estado, la composición y las condiciones de una cosa, de manera que en esta modalidad se incluyen “efectos materiales” constituido por una gama amplia como huellas, estado de cerraduras, puertas, armas, colillas, cabello, fotografías, vestidos, entre otras que sirven para establecer la autoría del delito, así como también sobre “cadáveres” denominado en la legislación colombiana “identidad del occiso” y comúnmente conocida como “levantamiento del cadáver”, la que se concreta a verificar la forma como se encuentra el cuerpo, las lesiones que presenta, huellas dejadas en el arma empleada, estado de sus ropas, documentos de identidad, entre otros, examinándose además –agrega- los elementos que se encuentren en el lugar y que puedan ser útiles para establecer la autoría del ilícito; y “documento” que también son generalmente objeto de exhibición cuando se encuentran en poder de las partes o de un tercero –nuestro artículo 436 y 437 del Código de Procedimiento Civil estudiado en su momento-.⁵¹⁹

Para Hernán Fabio LÓPEZ BLANCO la inspección judicial o “examen judicial” es la percepción directa que tiene el juez de los diversos objetos –personas o cosas- sobre los que puede recaer el medio de prueba, pues busca que mediante ella se forme un más adecuado convencimiento del punto que se quiere demostrar, empleando cualquier de los cinco sentidos o todos ellos, pero primordialmente el de la vista, de ahí –indica- que aún se le conozca en nuestro medio como “inspección ocular”, aún cuando también puede tener por objeto percibir la existencia de malos olores –olfato- palpar la rugosidad de cierta superficie –tacto- escuchar sonidos –oído- o probar el sabor del agua –gusto-; que la inspección pretende establecer y dejar constancia de una serie de circunstancias de hecho que objetivamente se aprecian o sienten, sin entrar a determinar las causas de lo verificado pues de ello se ocuparán otros

⁵¹⁹ Jaime AZULA CAMACHO. Manual de Derecho Probatorio. pp. 272 y ss. También pueden consultarse a los profesores Carlos BETANCUR JARAMILLO y Alfonso GARCÍA SIERRA. Ob cit. pp. 453 y ss.

medios de prueba –como la experticia indicamos- de manera que si se quiere verificar la existencia de una grieta de tres centímetros –indica- de ancho por cuatro de largo que atraviesa determinada habitación o inmueble, el objeto de la inspección será únicamente esa constancia, sin poder avanzar opinión respecto a sus motivos o consecuencias a través de juicio de valor.⁵²⁰

En el marco del sistema de procedimiento penal acusatorio el profesor Heliodoro FIERRO-MENDEZ dice que la “inspección judicial” es el medio de prueba por medio del cual se llega a conocer el estado de las personas, lugares, rastros, documentos u otros elementos que son de utilidad para llegar a la esencia de la investigación, medio que en algún tiempo se conociera como “inspección ocular” y “reconocimiento judicial” éste último que citando al maestro italiano Carlo LESSONA se refiere al acto por medio del cual el juez se traslada al lugar a que se refiere la controversia, o en que se encuentra la cosa que la motiva, para obtener, mediante el examen personal, elementos de convicción; que la inspección judicial sólo puede ser decretada cuando sea imposible realizar la exhibición de autenticación de la evidencia en audiencia; resulte de vital importancia para la fundamentación de la sentencia; no sea viable lograr el cometido mediante otros medios técnicos; sea más económica y práctica la realización de la inspección que la utilización de un medio técnico; las condiciones del lugar a inspeccionar no hayan variado de manera significativa; no se ponga en grave riesgo la seguridad de los intervinientes durante la práctica de la prueba. Al tratar el tema de la inspección corporal indica que la jurisprudencia constitucional las denominada “intervenciones corporales”, “investigaciones corporales”, “registros íntimos” o simplemente “inspecciones personales”, definidas por la doctrina como medida de investigación que se realizan en el cuerpo de personas, sin necesidad de obtener su consentimiento y por medio de la coacción directa si es preciso, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él; que dentro de este conjunto de medidas también se incluye el registro externo del cuerpo de personas cuando se realiza con el fin de obtener evidencia física relevante para la investigación penal de un hecho delictivo que se encuentra oculto en la indumentaria del individuo; que se trata de diligencia “posdelictuales” dirigidas a hacer una búsqueda sobre todo el cuerpo del imputado, de la víctima o de terceros que tengan relación con el hecho investigado, para constatar o esclarecer los hechos, lograr la identificación del autor y determinar las circunstancias bajo las cuales éstas se produjeron, sin perjuicio que sirva para el recabamiento y producción de fuentes probatorias; que dentro de este conjunto de medidas se encuentra el “registro corporal” entendido de manera general como la exploración de la superficie del cuerpo o bajo la indumentaria de la persona para buscar cosas sujetas al cuerpo mediante adhesivos; indica que la “inspección corporal” que se utiliza para examinar orificios corporales naturaleza

⁵²⁰ Hernán Fabio LÓPEZ BLANCO. Ob. cit. T. III. pp. 253 y ss.

–boca, ano, vagina, entre otros- y el interior del cuerpo de la persona afectada cuando el objeto que se busca ha sido deglutido u ocultado en el interior de los mismos –orificios- y la obtención de muestras íntimas como semen, sangre, saliva, cabelllas, entro otros, en cuya práctica se estila exigir la intervención de personal médico.

Señala el precitado profesor colombiano que en materia de “inspecciones corporales” su práctica incide en un amplio espectro de derechos fundamentales, pues en primer lugar –indica- presupone la exposición del cuerpo del individuo a procedimientos en los que se utiliza el cuerpo mismo de la persona, de manera que su práctica incide en la dignidad humana; que se afecta el derecho a la intimidad, pues aún cuando el “registro personal” que es un procedimiento menos invasivo que la “inspección corporal” en la que se realizan exploración de orificios corporales, implican en todo caso exposición o tocamientos del cuerpo o de partes del cuerpo normalmente ocultas a la vista y fuera del alcance de las personas; que también pueden afectarse el derecho a la integridad física en el evento que la extracción de muestras implique el uso de agujas o punciones de algún tipo, incluso que su práctica conlleve exploración de cavidades u orificios naturales mediante la introducción de aparatos o instrumentos manejados por personal médico o científico, sin perjuicio de la intervención quirúrgica; que al tratarse de medidas cuya práctica puede ser impuesta al individuo, tal característica supone una limitación a la autonomía personal; que las intervenciones corporales inciden en el derecho a la persona de no autoincriminarse, en la medida que a través de ellas puedan obtenerse medios probatorios que conduzcan a demostrar la responsabilidad individual; finalmente que y dependiendo de los hechos, puede ser pertinente analizar la prohibición de tortura, de tratos crueles, inhumanos y degradantes, puesto que la condiciones, forma y frecuencia con los cuales se practiquen las inspecciones corporales o la toma de muestras íntimas puede significar un grado de sufrimiento físico o moral constitucionalmente inaceptable; que como consecuencia de lo anterior para la práctica de éstas diligencias debe tomarse en consideración la “teoría de la proporcionalidad” de manera que no tenga una incidencia desproporcionada en los derechos de los sujetos, así como el principio de legalidad, apreciados en el contexto de una sociedad democrática, para lo cual se exigen dos requisitos: primero y cuando no hay la participación del consentimiento de la persona, una orden judicial motivada y en segundo término, que la medida sea proporcional, de manera que se analicen los elementos de idoneidad y proporcionalidad propiamente dicho.⁵²¹

Repasando la doctrina venezolana comencemos con el eterno maestro Humberto BELLO LOZANO, dice al referirse a la “inspección ocular”, nos enseña que la misma es un medio de prueba auxiliar, consistente en el reconocimiento que la autoridad judicial hace de los lugares o de las cosas implicadas en el litigio, para así establecer aquellos hechos que no podrían acreditarse de otra manera,

⁵²¹ Heliodoro FIERRO-MENDEZ. Ob. cit. pp. 231 y ss.

que no puedan ser demostrados por otros medios de prueba; que en cuanto a su naturaleza se trata de una prueba directa, al no surgir intermediarios y donde el judicante procede a examinar directamente las cosas.⁵²² Véase del criterio del maestro plasmado en el año de 1979 bajo la vigencia del Código de Procedimiento Civil de 1916 y relacionado con el actual Código Civil, que el medio probatorio quedaría limitado primeramente al sentido de la “vista”, de ahí la denominación de ocular establecida por nuestro legislador sustantivo –artículo 1.428 del Código Civil- que luego se ampliara en el actual Código de Procedimiento Civil de 1987 y que permite hablar de prueba de “inspección judicial” o “reconocimiento judicial” que amplía su margen de actuación a todos los sentidos; pero también la limitación propia de su época conforme a la legislación del momento, la conseguimos cuando el maestro nos dice que se trata de un medio de prueba “auxiliar”, sucedáneo cuando el hecho debatido no puede ser acreditado en el proceso mediante otro medio probatorio, limitación ésta que hoy día no solo es inconstitucional y antigarantista, sino que ha sido superada por la previsión amplia del legislador civil conforme a la precitada regulación de la prueba como “inspección judicial” sin referencia a que su procedencia esté supeditada a la inexistencia de otro medio de prueba existente, mejor o fácil.

Por su parte nuestro padre Humberto BELLO LOZANO-MÁRQUEZ al tratar la inspección judicial nos enseñaría que en ella se manifiesta a plenitud el principio de inmediación de la prueba, pues en la misma el operador de justicia a través de su actividad sensorial, se percata y deja constancia de un estado de hecho que se pretende hacer valer en el proceso, siendo los sentidos del juzgador, los determinante en la verificación de los hechos controvertidos, de manera que se trata de un reconocimiento de los hechos, de personas, lugares, cosas o documentos a través de la actividad sensorial del judicante, que le permitirán la verificación de los hechos debatidos al ser comparados con las fuentes que se perciben y deducen del objeto inspeccionado.⁵²³

Para RENGEL ROMBERG la inspección o reconocimiento judicial es el medio de prueba que puede promoverse a petición de parte o cuando el juez lo juzque oportuno, consistente en la percepción personal y directa por el juez, de personas, cosas, documentos o situaciones de hecho que no se puedan o sean fáciles de acreditar de otra manera y constituye el objeto de la prueba en el proceso.⁵²⁴ Hacemos a esta definición el mismo reparo que hicimos a la ofrecida por el maestro BELLO LOZANO, con la única salvedad de la justificación para el primero que escribiría en otro momento, con otras leyes y otro ordenamiento constitucional, lo que no sucede en el segundo caso que al limitar la prueba igualmente la inexistencia de otros medios probatorios, se presenta como un criterio limitativo y antigarantista.

⁵²² Humberto BELLO LOZANO, ob. cit., t. II. p. 507.

⁵²³ Humberto BELLO LOZANO MÁRQUEZ, ob. cit. p. 202.

⁵²⁴ Arístides RENGEL ROMBERG. Ob. cit. T. IV. p. 420.

Pero esta inadvertencia también es sostenida por el distinguido profesor Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA quien al respecto nos dice que [...] *la prueba de inspección judicial, o en su versión limitada en el Código Civil, de inspección ocular, es un medio de prueba que utilizan las partes con el objeto de que sea el Juez de la causa quien perciba en forma directa los hechos controvertidos que son objeto de prueba y que pretenden ser demostrados por el promovente. El presupuesto básico de esta prueba es que el promovente de la misma no tenga otra forma de acreditar o demostrar dicha circunstancia, con lo cual se justifica el traslado y constitución del Tribunal de la causa en el lugar en el cual se han de hacer los constar los hechos que se pretenden demostrar. Entonces, se acude a la prueba de inspección judicial cuando no hay otra forma distinta para aportar la prueba a la causa, de manera tal que, con este medio probatorio no se lleva materialmente la prueba al Juez sino que éste va hacia ella con el objeto de recoger sus observaciones directamente a través de sus sentidos, en relación con los hechos que son debatidos y que pretenden ser acreditados por este medio, y hacerla constar en el expediente de la causa para así formarse su convicción al respecto.*⁵²⁵

Tanto la postura de RENGEL ROMBERG como de CABRERA IBARRA en el estado actual del sistema constitucional que impacta el tema de la prueba judicial y más ampliamente al derecho probatorio, tratándose de un derecho positivado, no encuentra basamento alguno, especialmente cuando el contenido del artículo 1.428 del Código Civil –obsoleto- al limitar injustificadamente la utilización del medio probatorio, se erige como inconstitucional y antigarantista, debiendo reverse vía control de la constitucionalidad o mediante la reinterpretación constitucional de la norma; pero es que además y como lo hemos señalado en algún otro momento de este trabajo, el motivo por el cual se interdictaba la admisión de este medio probatorio y solo se permitía cuando el hecho no pudiera o fuera fácil de acreditar por otro medio, lo que llama BELLO LOZANO “auxiliar”, no era precisamente para impedir la interrupción de la actividad judicial al tener el judicante que trasladarse fuera de su sede natural, sino fundamentalmente por que éstos –jueces- para el traslado exigían el pago de aranceles y otros conceptos a los fines de la práctica de la diligencia, lo que se consideraba influía en su imparcialidad al momento de dejar constancia de los hechos, por la tendencia a favorecer a aquel a quien había desembolsado los gastos, de manera que –y como lamentablemente es costumbre en nuestro mediocre país- la limitación legal se trató de un tema político-económico y no jurídico, para frenar la corrupción de los jueces de la época; pero este argumento que como es lógico, carece de fundamento constitucional y garantista, hoy día –y sin perjuicio de la misma podredumbre pero tecnificada y ahora institucionalizada, incluso legalizada por la Justicia Constitucional en muchos casos- es insostenible, tratándose de una norma legal que colide con aquella constitucional que ha positiva el derecho de acceso al sistema probatorio –como hemos explicado en su momento-.

⁵²⁵ Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA. Ob. cit. p. 566.

En el marco del sistema de procedimiento penal el profesor Carlos E. MORENO BRANT nos ofrece la siguiente definición de “inspección”: [...] *el acto procesal mediante el cual se deja constancia a través de la percepción sensorial, de las circunstancias o el estado de lugares, cosas, personas, huellas, rastros y otros efectos materiales que sean de utilidad para la investigación del hecho o la individualización de los partícipes en el mismo. De este acto deberá levantarse un acta o informe de todo cuanto se observare, se hiciere o expusiere con relación al objeto de la inspección, y, cuando fuere posible, se recogerán y conservarán los efectos materiales que existan y demás elementos que sean de utilidad, sin adelantar opinión ni formular apreciaciones que requieran conocimientos periciales, por lo que el funcionario actuante no podrá, por tanto, afirmar, por ejemplo, que la mancha observada es sangre o que la sustancia localizada es cocaína o los fragmentos vegetales son marihuana, por ser tales precisiones materia propia de los respectivos dictámenes periciales.*⁵²⁶ La definición que os ofrece el precitado profesor es perfecta y contiene todos los elementos propios y característicos de la misma para identificar la inspección; pero debemos advertir que la misma se refiere a la “inspección” sin el aditivo de “judicial”, al tratarse no de un medio probatorio sino de un acto de investigación que realizará directamente el Ministerio Público o los órganos de policía judicial, por lo que no podemos confundir que la definición de MORENO BRANT se limita a la inspección como acto de investigación, pues en el marco del Código Orgánico Procesal Penal y como veremos, el tema de la inspección judicial propiamente dicha no fue regulado.

Luego de pasearnos por la doctrina foránea y nacional, llegado el momento de ofrecer **nuestra definición** diremos que la “inspección o reconocimiento judicial”, *consiste en un medio de prueba judicial directo o inmediato, que procede a petición de parte o de oficio, por medio del cual el judicante puede verificar o esclarecer hechos controvertidos en el proceso, mediante el reconocimiento que haga de lugares, personas, cosas o documentos, con la finalidad de dejar constancia por medio de su actividad sensorial –sentidos- de los hechos que perciba mediante su razonamiento lógico e inductivo –y sin avanzar opinión- que le permite reconocer lo captado y que tienen relevancia probatoria, al servir como fuente probatoria para la verificación o comprobación de las afirmaciones institucionales de las partes, a través de su comparación, para la convicción judicial traducido en certeza no ausente de error.* De la definición ensayada podemos extraer las siguientes características:

- a. Se trata de un medio de prueba judicial directo y personal, pues se trata de una actividad propia del judicante –especialmente del que debe conocer y decidir el fondo de la controversia- para la verificación de los hechos mediante la percepción de los hechos por sus sentidos, ello no obstante a que nuestro supino legislador en el artículo 74.13 de la Ley de Registro Público y del Notariado, permite a los notarios la realización de inspecciones extrajudiciales para dejar constancia de cualquier hecho.

⁵²⁶ Carlos E. MORENO BRANT. El Proceso Penal Venezolano. 4ª Edición. Editorial Vadell Hermanos. Caracas, 2011. p. 227.

- b. El medio probatorio procede a instancia de parte o de oficio.
- c. El judicante mediante la prueba –medio- tiende a establecer o esclarecer hechos controvertidos, dejando constancia de aquellos que tenga significación probatoria a través de su actividad sensorial.
- d. Consecuencia de lo anterior, es que el operador de justicia dejará constancia de los hechos percibidos por cualquier de sus sentidos, mediante la utilización de criterios del razonamiento lógico e inductivo que le permitan reconocer lo percibido, pero sin poder avanzar opinión, emitiendo juicios de valor, pues debe limitarse a dejar constancia de los hechos percibidos por los sentidos, sobre los cuales incluso no requieran de conocimientos especiales, pues ello nos ubicaría en la experticia.
- e. Puede recaer sobre hechos en sentido general, comprendiendo cosas, lugares, personas, objetos, documentos de cualquier naturaleza.
- f. El medio probatorio permite reconocer “fuentes” probatorias que sirvan para la verificación o comprobación de las afirmaciones institucionales de las partes, a través de su comparación con las precitadas fuentes, para la convicción judicial traducido en certeza no ausente de error.

En cuanto a la “**naturaleza jurídica**” de la inspección o reconocimiento judicial, debemos destacar que se trata de un verdadero medio de prueba judicial de carácter directo y personal, lo primero por que directamente el judicante tiene conocimiento inmediato de los hechos, con las fuentes probatorias que sirven para la verificación de los hechos debatidos en el proceso judicial y para la formación de la convicción judicial; lo segundo –personal- pues en contraposición de la prueba real, es realizada por un sujeto: el juez. Pero también digamos que se trata de un verdadero “medio probatorio” que sirve para el esclarecimiento o verificación de los hechos debatidos, donde el judicante directamente tiene la percepción sensorial de las fuentes probatorias –lugares, personas, cosas, documentos- que mediante su comparación con los hechos institucionales afirmados por las partes en sus escritos de pretensiones y excepciones, permiten formar la convicción judicial no ausente de error.

1.1. Regulación legal –Código Civil, de Procedimiento Civil y Código Orgánico Procesal Penal, Ley Orgánica Procesal el Trabajo, Ley del Procedimiento Marítimo y Ley de Comercio Marítimo-. Inspección o reconocimiento judicial y la inspección ocular.

En nuestro “**sistema de procedimiento civil**” en general, este medio probatorio se encuentra recogido en el artículo 1.428 del Código Civil –ubicado en la Sección VII “De la Inspección Ocular”- conforme al cual [...] *El reconocimiento o inspección ocular puede promoverse como prueba en juicio, para hacer constar las*

circunstancias o estado de los lugares o de las cosas que no se pueda o no sea fácil acreditar de otra manera, sin extenderse a apreciaciones que necesiten conocimiento pericial.” Destaquemos de la precitada norma incluida en el Código cuya última reforma data de 1982, que de manera limitada sólo se prevé la inspección “ocular”, de manera que la actividad de percepción de los hechos por parte del judicante se limita al sentido de la vista; pero también y como hemos visto –sin fundamento jurídico- limita la utilización del medio a aquellos casos donde no sea fácil acreditar el hecho de otra manera, por lo que si existe otro medio probatorio que permitan llevar al proceso las fuentes para acreditar los hechos por comparación, la inspección ocular sería inadmisibile, situación ésta hoy que permite calificar la norma como una fósil jurídico inconstitucional y antigarantista; finalmente diremos que la limitación también se presenta en cuanto al objeto del reconocimiento, que sólo puede recaer sobre las circunstancias o estado de “cosas” que sólo en un sentido amplio pudiera comprender documentos y lugares, pero que por lógica no perite extender el concepto a “personas”. Por su parte el artículo 472 del Código de Procedimiento Civil de 1987, referido a la “Inspección Judicial” expresa que [...] *El Juez, a pedimento de cualquiera de las partes o cuando lo juzgue oportuno, acordará la inspección judicial de personas, cosas, lugares o documentos, a objeto de verificar o esclarecer aquellos hechos que interesen para la decisión de la causa o el contenido de documentos. La inspección ocular prevista en el Código Civil se promoverá y evacuará conforme a las disposiciones de este Capítulo.”*

La previsión contenida en el Código de Procedimiento Civil amplía al medio probatorio notablemente respecto a la regulación del Código Civil, no solo en cuanto a su objeto, que ahora se extiende a personas, cosas, lugares o documentos, sino que elimina la restricción de admisibilidad del medio probatorio que el legislador sustantivo habría previsto y referido a que los hechos no pudieran o fueran fácil de acreditar por otros medios probatorios, de manera que se trata de una “inspección o reconocimiento judicial” que y sin perjuicio del estado constitucional y antigarantista y la previsión positivada del tema probatorio, conforme al contenido del artículo 940 del precitado Código Ritual que expresa [...] *El presente Código entrará en vigencia el 16 de septiembre de 1986 y desde tal fecha quedará derogado el Código de Procedimiento Civil promulgado el 4 de julio de 1916, y cualesquiera otras disposiciones de procedimiento que se opongan a éste Código en las materias que él regula.”*, la previsión sustantiva en materia de “inspección ocular” ha quedado drogada.

En el análisis armónico de las precitadas normas tanto sustantiva como adjetiva que regulan la materia, observamos una diferencia conceptual pues mientras el Código Civil se refiere a la prueba de “inspección ocular”, el Código de Procedimiento Civil trata el tema de la prueba de “inspección judicial”, lo que en principio da la imprecisión que se trata de dos medios de prueba diferentes, el primero referido únicamente a la actividad del operador de justicia limitada al sentido de la vista –inspección ocular- y el segundo que no encuentra limitación en cuanto a los sentidos del juzgador, donde se ubica o encuentra

lógicamente el de la vista; pero lo cierto es que no se trata de dos pruebas diferentes sino de una simple diferencia entre los términos utilizados por el legislador, que tiene su origen en la diferencia temporal que existe entre los instrumentos legales –como hemos explicado- pues aquello que el legislador de año de 1982 llamó “inspección ocular” que limitaba la prueba al solo sentido de la vista, sin perjuicio se su derogatoria, inconstitucionalidad y antigarantismo, en el año de 1987 es denominado “inspección judicial”, con lo cual se amplió el radio de acción del juzgador, no limitando la prueba al simple sentido de la vista; pero y sin perjuicio que esto ya está bastante superado, con las excepciones de autores patrios que todavía apuestan a la prueba limitada contenida en el Código Civil para acreditar hechos que no puedan o sean de difícil acreditación por otros medios, nos pareció necesario referirnos nuevamente a esta aclaratoria, especialmente cuando la ignorancia y la falta de preparación es la bandera que se ha enarbolado en los últimos catorce años.

También en el “**sistema de procedimiento penal**” el tema es tratado, no como actividad probatoria propiamente dicha, como inspección o reconocimiento judicial realizada por el juez de Juicio –por antonomasia al ser quien deba decidir el asunto- o por el de Control eventualmente mediante una anticipación de medios probatorios –por ejemplo- sino como un acto de investigación a cuyo efecto encontramos que bajo la denominación de “inspección” a secas, el artículo 186 del Código Orgánico Procesal Penal indica [...] *Mediante la inspección de la policía o del Ministerio Público, se comprueba el estado de los lugares, cosas, los rastros y efectos materiales que existan y sean de utilidad para la investigación del hecho, o la individualización de los partícipes en el. De ello se levantará informe que describirá detalladamente esos elementos y, cuando fuere posible, se recogerán y conservarán los que sean útiles. Si el hecho no dejó rastros, ni produjo efectos materiales, o si los mismos desaparecieron o fueron alterados, se describirá el estado actual en que fueron encontrados, procurando describir el anterior, el modo, tiempo y causa de su desaparición o alteración, y la fuente de la cual se obtuvo ese conocimiento. Del mismo modo se procederá cuando la persona buscada no se halle en el lugar. Se solicitará para que presencie la inspección a quien habite o se encuentre en el lugar donde se efectúa, o, cuando esté ausente, a su encargado o encargada, y, a falta de éste o ésta a cualquier persona mayor de edad, prefiriendo a familiares del primero o primera. Si la persona que presenciará el acto es el imputado o imputada y no está presente su defensor o defensora, se pedirá a otra persona que asista. De todo lo actuado se le notificará a él o la Fiscal del Ministerio Público.*” Como se aprecia la “inspección” como acto de investigación es competencia del Ministerio Público y de los órganos de policía judicial, cuya finalidad es el recabamiento de fuentes probatorias, la constatación o verificación de los lugares, cosas, huellas, rastros y vestigios, así como cualquier efecto material que existan y sirvan para la “investigación” del hecho y la individualización de los partícipes en el hecho delictivo; que el acto tiende no solo a dejar constancia del estado de lugares, cosas, huellas, vestigios, sino también para recabar o recolectar elementos de investigación, piezas de convicción que y por los medios regulares deberán ser puestos a la orden judicial

en su oportunidad respectiva. Indicamos que la “inspección” en comento se trata de un acto de investigación, ubicado en la fase preparatoria o de investigación del sistema de procedimiento penal, aún cuando el legislador en la materia de manera errada a regulado dicha actividad en el Título referido al “Régimen Probatorio”, de donde se destaca tal y como lo hemos venido sosteniendo, que el confusionismo producido por el legislador supino ha sido como consecuencia de haber regulado los precitados actos de investigación como si de actividad probatoria se tratara, siendo lo correcto entender que se trata de actos de investigación realizados a través de medios probatorios, utilizando la carcasa de los medios pero que y aún teniendo vocación probatoria, no son como tales medios capaces de contener y trasladar fuentes que sirvan a la convicción judicial, fundamentalmente por la ausencia del contradictorio o bilateralidad y por la inmediación, pues la prueba sólo será aquella formada en contradictorio, inmediación, concentración y oralidad en la audiencia pública.

La inspección en materia penal como lo expresa el profesor MORENO BRANT citado en otro momento, tiene por objeto toma materialidad susceptible de ser apreciada por los sentidos, pudiendo en consecuencia recaer sobre personas vivas, cadáveres, cosas, lugares, documentos, evidencias físicas o reales como indicios materiales, rastros, huellas de hechos, efectos materiales, tanto de carácter orgánico –manchas de sangre, semen, saliva, pelos- como inorgánico –armas de cualquier tipo, prendas de vestir, proyectiles, sustanciales relacionadas con el hecho, vehículos, herramientas, entre otros- de interés criminalístico para el esclarecimiento del hecho o la individualización de sus partícipes, localizables en el lugar del suceso o en áreas circunvecinas y aún distantes, en el sitio de la liberación, en el lugar de tránsito, de entrada o salida, en los cuerpos de las víctimas, del sospechoso o de cualquier terceros relacionado con la investigación.⁵²⁷

El mismo Código Orgánico Procesal Penal establece modalidades de inspección, incluso bajo la denominación de “registros” lo que por ejemplo ha dado pie a que se considere que la denominación correcta debería ser la de “reconocimiento” o “registro”, que no puede confundirse –como indicamos- con la inspección judicial que es realizada por el juez –especialmente el que deba decidir la causa- que servirá para la formación de la convicción judicial, más allá de toda duda razonable mediante una actividad probatoria de cargo capaz de destruir la presunción de inocencia cuando de sentencia condenatoria se trate. En este sentido se prevé la “**inspección personal**” que en los términos del artículo 191 del precitado Código tenemos que [...] *La policía podrá inspeccionar una persona, siempre que haya motivo suficiente para presumir que oculta entre sus ropas o pertenencias o adheridos a su cuerpo, objetos relacionados con un hecho punible. Antes de proceder a la inspección deberá advertir a la persona acerca de la sospecha y del objeto buscado, pidiéndole su exhibición y procurará si las circunstancias lo permiten, hacerse acompañar de dos testigos.*” Se trata de un acto de

⁵²⁷ Carlos E. MORENO BRANT. Ob. cit. p. 228.

investigación preventivo realizado por la policía y que tiene ocasión cuando se presume la comisión de un delito, consistente en la revisión de la persona tanto de su cuerpo como de su vestimenta, pero en forma superficial o externa, pues de lo contrario si por ejemplo se tratara de orificios naturales estaríamos en presencia de “intervenciones corporales” con la finalidad de conocer si oculta entre su ropa o adheridos al cuerpo objetos relacionados con el hecho punible, no requiriendo de orden judicial alguna, ello por el precitado carácter externo o superficial, a cuyo efecto y como regula la norma, deberá estar precedido por la advertencia a la persona sospechosa y del objeto que se busca, conminándolo a su exhibición de ser el caso y si es posible, contando con su consentimiento, cuya falta daría lugar a la “**requisa**”. Esta “inspección corporal externa o personal” no es más que el conocido “cacheo” entendido como el registro e intervención corporal mediante un registro externo del cuerpo o indumentaria del sujeto para descubrir el cuerpo del delito, la cosa objeto de la misma, los instrumentos utilizados para su comisión y piezas de convicción, las cuales en principio no requieren de autorización judicial al ser utilizadas en redadas y al sólo generar una intervención leve a los derechos fundamentales y constitucionales; estas actuaciones generalmente y para mantener el pudor es realizada por persona del mismo sexo, tal como lo prevé el artículo 192 del Código Orgánico Procesal Penal al expresar [...] *Las inspecciones se practicarán separadamente, respetando el pudor de la persona. La inspección practicada a una persona será efectuada por otra del mismo sexo.*”

Como acto de investigación con eventual vocación probatoria, no es acto de prueba y su entrada al proceso judicial necesariamente será mediante la declaración testimonial de los agentes policiales que realizaron la inspección, así como de los dos testigos que lo acompañaron, quienes y sin perjuicio de su eventual parcialidad, deberán ser admitidos como tales pues se trata de un extremo de valoración probatoria que debe ser analizado por el judicante al momento de dictar su sentencia; en este sentido tenemos que el acta que pudiera levantarse del acto no es como tal un medio de prueba documental que pueda ser incorporado como tal a la audiencia oral y pública mediante su lectura, mutación ésta errada y fraudulenta que debe ser frenada por el juez de Control mediante la negativa de admisión, de manera que el tema nos remite a la prueba testimonial que permita el contradictorio y la formación de la prueba en audiencia pública y oral. También el Código Orgánico Procesal Penal en el artículo 193 contempla la “**inspección de vehículos**”, señalando al efecto [...] *La policía podrá realizar la inspección de un vehículo, siempre que haya motivo suficiente para presumir que una persona oculte en el objetos relacionados con un hecho punible. Se realizará el mismo procedimiento y se cumplirán iguales formalidades que las previstas para la inspección de personas.*” Se trata igualmente de un acto de investigación con vocación probatoria que no muta a la prueba instrumental o documental y que se ingreso al proceso será mediante la declaración de los agentes policiales en la forma indicada.

Bajo la denominación de “requisa personal” nos dice JAUCHEN que dentro de la investigación por la supuesta comisión de ilícitos de relevancia penal, resulta a menudo necesario a los efectos del secuestro o verificación de objetos, rastros o huellas relacionados con aquél, la revisión de la persona, tanto en su cuerpo, vestimenta, como de las cosas que las lleva consigo, lo que importa una instrucción en el ámbito de la intimidad del ciudadano; que tal medida constituye una coerción real que el ordenamiento jurídico permite, efectuándose en la mayoría de los casos como medio de implementación de otra medida de coerción que es el secuestro de los objetos relevantes hallados, consistente en la requisición dentro del ámbito inmediato de custodia del requisado, de su cuerpo, vestimentas u objetos que lleve consigo, como bolsos, valijas, paquetes, carteras, entre otros, siendo lo importante que se trate de objeto sobre los cuales el sujeto mantenga la posesión; que respecto al alcance de la requisa se han efectuado o construido dos tesis interpretativas en cuanto a lo que puede ser objeto de la misma, la primera denominada “restrictiva” y la segunda “amplia”. La “tesis restrictiva” sostiene que las cosas que la persona no lleva sobre sí, sino consigo, que tiene en sus manos o las que están cerca o van con ella, no forman parte de las que son objeto de la requisa personal porque no se encuentran sobre la persona, como el caso de bultos, bolsas, largavistas, entre otras, sustentándose incluso –indica- en la sutileza de que son objeto de requisa las cosas que se tienen escondidas en las manos, entre los dedos, pero no aquellas que tiene en sus manos; que también quedarían excluidas las cosas que aunque han estado sobre las personas se encuentran en el momento separadas de ellas, como sombreros o guantes. Por su parte la “tesis amplia” considera como objeto de requisa no sólo las cosas que las personas llevan en su cuerpo, sino también las que se encuentran dentro de su ámbito de custodia adherente al mismo, dentro del ámbito inmediato de su custodia, de su esfera personal, de la esfera de custodia que la acompaña, quedando incluido por tanto los casos rechazados por la tesis restrictiva señalados, lo que pareciera identificarse con el contenido del artículo 191 del Código Orgánico Procesal Penal nuestro, conforme al cual la requisa o inspección de personas sólo sería cuando se presumiera que “entre sus ropas o pertenencias o adheridos a su cuerpo” se encuentran objetos relacionados con un hecho punible. JAUCHEN al referirse al contenido de estas posturas indica que la importancia precisamente en que para la tesis restrictiva no habría falta orden judicial, criterio que por amplio es rechazado por el citado autor, al exponer que en la requisa de cosas personales que se “llevan consigo” existe una afectación a la esfera de la intimidad protegido constitucionalmente y que trae como consecuencia la necesidad de la orden judicial para su realización, cualquiera sea su naturaleza, de manera que para proceder a la requisa sería insoslayable la orden judicial precisa y los motivos suficientes prescritos en la ley, so pena de nulidad de la actuación policial y su consecuente invalorable como elemento de prueba; no obstante y más adelante al tratar el tema de las facultades policiales señala que con la inclusión de la Ley 25.434 que introdujo una

reforma al artículo 184.5 del Código Procesal Nacional, se dio facultad a la policía de hacer inspecciones y requisas sin previa autorización judicial, sobre personas y los efectos personales que lleven consigo, en el interior de los vehículos, aeronaves y buques de cualquier clase, con la finalidad de hallar la existencia de cosas probablemente provenientes o constitutivos de un delito o de elementos que pudieran ser utilizados para la comisión de un hecho punible, tal como se regula en nuestro sistema de procedimiento penal, esto en definitivo cerraría la discusión sobre el tema de la tesis restrictiva o amplia en materia de requisas.

Otro punto interesante que explica el autor argentino, es precisamente el relacionado con la reticencia del imputado o sospechoso de someterse a la requisas, señalando al efecto que si bien constitucionalmente se protege el derecho del imputado y acusado a no declarar en su contra y a no extraerse consecuencia jurídicas en su contra ante la negativa, debe distinguirse cuando la persona es órgano o sujeto de prueba y cuando es objeto, pues en el segundo de los casos y que precisamente se presenta en este tema de la requisas personal, la persona es objeto de prueba y por tanto no quedando amparado por el derecho constitucional, puede ser constreñido –en el marco de la proporcionalidad- para realizar la requisas, incluso pudiendo extraerse indicios de su conducta reticente. Finalmente importa destacar la diferenciación que al respecto hace el precitado autor de la “requisas personal” y la “inspección corporal”, la primera –indica- que tiene siempre por finalidad la de encontrar y secuestrar cosas útiles para el descubrimiento de la verdad; la segunda que tiene una naturaleza diferente, en tanto su fin es la de “realizar comprobaciones”, aunque –considera- pueden darse supuestos en que los resultados de alguna de ellas hagan que se identifiquen con la otra, como por ejemplo cuando en un requisas persona se pueden efectuar comprobaciones no susceptibles de secuestro, como el caso del hallazgo de ciertas lesiones, rastros o huellas con las que se estará ante los mismos resultados de la inspección personal.⁵²⁸

La “inspección corporal” o “requisas” no se refiere a las “intervenciones corporales” que en general se refieren a la invasión del cuerpo humano que activan un conjunto de derechos constitucionales, aunque éstas últimas –intervenciones corporales- también pueden considerarse como una especie de “inspección corporal” como acto de investigación y sin perjuicio de realizarse por conducto de una anticipación de medios, caso éste último donde no estaríamos ante los precitados actos de investigación, como en los casos donde se realizan reconocimientos sobre las personas del imputado, la víctima o de terceros relacionados con el delito, para constatar o verificar la presencia de huellas, vestigios como mordeduras, rasguños, tatuajes, marcas, señales, defectos, así como la conducta de los mismos mediante los llamados “**exámenes corporales e inspecciones mentales**” previstas en el artículo 195 del Código Orgánico Procesal Penal al prever que [...] *Cuando sea necesario se podrá proceder al examen corporal y mental del*

⁵²⁸ Eduardo M. JAUCHEM. Ob. cit. pp. 111 y ss.

imputado o imputada, cuidando el respeto a su pudor. Si es preciso, el examen se practicará con el auxilio de expertos o expertas. Al acto podrá asistir una persona de confianza del examinado o examinada; éste o ésta será advertido o advertida de tal derecho. Estas reglas también son aplicables a otras personas, cuando sea absolutamente indispensable para descubrir la verdad.” Es de advertir como lo hemos hecho antes que y salvo la anticipación de medios probatorios donde la “inspección corporal” se introduciría al proceso judicial mediante la lectura del acta respectiva, en el caso de haber sido realizado por el Ministerio Público o por los órganos de policía, el hecho de estar recogido el acto en un acta o en algún documento que pueda reproducirlo, no hace que muta a la precitada prueba documental que pueda igualmente incorporarse mediante su mera lectura, sino que es esencial para el caso que fuera realizado por los órganos de policía judicial, que los funcionarios fueran propuestos y declararan como testigos, permitiendo así el contradictorio y formándose la prueba en audiencia pública y oral; más el problema se presentaría cuando se tratara del Ministerio Público, que como sujeto del proceso en los delitos dependiente del ejercicio de la “acción” pública, si no hubieran echado mano a la anticipación a que se refiere el artículo 289 del Código Orgánico Procesal Penal, carecería de toda eficacia la actividad realizada respecto a la víctima y a terceros, donde no se le hubiera dado acceso al imputado, pues de haber sido éste el objeto de la actividad o examen corporal o mental, de haberse dado cumplimiento al ejercicio de sus derechos constitucionales –la defensa, el conocimiento de su condición de imputado y los cargos que se les imputa o los hechos que se investigan, la asistencia letrada, el conocimiento del derecho a no someterse al examen y que su conducta no le acarrearía ninguna consecuencia- no existiría ningún motivo para que fuera valorado por el juez como acto probatorio propiamente dicho.

Importa destacar por ejemplo que considerar que el “examen corporal y mental” por su errada ubicación, no se trata de una especie de inspección sino de una experticia, no resulta tan cierto, pues todo dependerá de la actividad realizada pues si el examen corporal o mental es superficial, externo y se limita a dejar constancia, verificar o constatar determinados hechos como huellas, marcas, tatuajes, contextura física, defectos físicos, conducta y actitud de la persona que no requiera de conocimientos especializados y de la intervención de sujetos con tales conocimientos, todavía estaríamos en presencia de mera inspecciones, más cuando el examen recae sobre la intimidad de la persona, sea física o mental para lo cual se requiera de la presencia de personal especializado, no vacilamos e indicar que se está en el mundo de las experticias como actos de investigación, que ingresarían al proceso sólo mediante la comparecencia y declaración del sujeto especializado que habría realizado la actividad en comento.

Otra tipología especializada de inspección o reconocimiento como acto de investigación, se presenta en el “**levantamiento e identificación de cadáveres**” previsto en el artículo 200 del Código Orgánico Procesal Penal que señala [...] *En caso de muerte violenta o cuando existan fundadas sospechas de que la*

muerte es consecuencia de la perpetración de un hecho punible, antes de procederse a la inhumación del occiso u occisa, la policía de investigaciones penales, auxiliada por el médico o médica forense, realizará la inspección corporal preliminar, la descripción de la posición y ubicación del cuerpo; evaluará el carácter de las heridas y hará los reconocimientos que sean pertinentes, además de las diligencias que le ordene el Ministerio Público. Cuando el médico o médica forense no esté disponible o no exista en la localidad donde ocurrió el hecho, la policía de investigaciones penales procederá a levantar el cadáver, disponiendo su traslado a la morgue correspondiente, o a otro lugar en donde se pueda practicar la autopsia, su identificación final y la entrega a sus familiares. La policía de investigaciones penales procurará identificar al occiso u occisa a través de cualquier medio posible. En este procedimiento se aplicarán las reglas del artículo 186 de este Código, cuando sean pertinentes.” Al respecto nos dice MORENO BRANT que fijado el sitio del suceso por la inspección misma, fotografía, levantamiento planimétrico o mediante filmación, habiéndose dejado constancia del estado en que se encontraba el lugar, los funcionarios correspondientes procederán a dejar constancia si se trata de un sitio cerrado, abierto o mixto, sus características y estado, rastros, señales, huellas, vestigios que se observen y con el auxilio de médicos forenses, la descripción, posición y ubicación del cadáver, vestimenta, objetos, dinero, documentos de identificación u otros que se hallen en la misma, heridas, lesiones que se le observen en el reconocimiento corporal externo, tipología de las mismas –contusas, punzantes, cortantes inciso-punzantes- heridas por armas de fuego, quemaduras, entre otras, la región, lugar o parte del cuerpo afectada, carácter de las heridas o lesiones, así como la recolección de evidencias materiales localizadas en el lugar.⁵²⁹

Importa destacar en materia de “levantamiento e identificación de cadáveres”, que en los términos de la norma en comento se estará en presencia de una inspección o reconocimiento como acto de investigación, en la medida que los hechos no requiera de aplicación de conocimientos especializados para su determinación, pues y por ejemplo cuando la citada norma –artículo 200 del Código Orgánico Procesal Penal- indica que [...] *evaluará el carácter de las heridas...*” estamos en presencia necesariamente de juicios de valor que requieren conocimientos especiales y que van más allá del reconocimiento o inspección, incluso conducen a la emisión de opiniones que escapan de esta actividad.

En el marco del “**sistema de procedimiento laboral**” la inspección judicial se encuentra regulada en el artículo 111 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo conforme a la cual [...] *El Juez de Juicio, a petición de cualquiera de las partes o de oficio, acordará la inspección judicial de cosas, lugares o documentos, a objeto de verificar o esclarecer aquellos hechos que interesen para la decisión de la causa.*”

Por su parte la temática también encuentra ubicación en el **sistema de procedimiento marítimo** y concretamente en el artículo 16 de la Ley de Procedimiento Marítimo que expresa [...] *Aún antes de promovida la demanda, cualquier interesado puede solicitar ante un tribunal una inspección judicial para dejar*

⁵²⁹ Carlos E. MORERO BRANT. Ob. cit. p. 246.

constancia del estado de personas, cosas, lugares o documentos, la cual se regirá por las disposiciones del Capítulo VII, Título II del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil. Para la evacuación de la prueba, previamente, se citará a aquellos a quienes se pretenda oponer, salvo cuando resulte imposible por razón de la urgencia, en cuyo caso se le designará de inmediato un defensor judicial el cual atenderá la evacuación. A los efectos de la evacuación de esta prueba, el juez dictará las medidas conducentes.”, y en el artículo 17 de la Ley de Comercio Marítimo conforme a la cual [...] *Cualquier interesado puede solicitar ante un tribunal de la Jurisdicción Especial Acuática una inspección judicial antes de intentada la demanda, para hacer constar los daños causados o sufridos por buques, bienes o personas. El tribunal procederá a designar inspectores navales o peritos especializados en otras disciplinas quienes asistirán a la evacuación de esta prueba, con citación de aquellos a quienes se pretenda oponer. Si existiere temor fundado de la desaparición de alguna prueba y en virtud de la urgencia del caso, no se pudiere practicar la citación de los interesados, se procederá a designar de inmediato un defensor judicial. El juez dictará las medidas conducentes a los fines de evacuar esta prueba.”*. Como hemos dicho en otro momento la última de las normas citadas y utilizando el título de “inspección judicial” comete el error de desbordar el contenido de la prueba –medio- pues la característica propia de la inspección judicial precisamente se ubica en que mediante la actividad sensorial del juez, éste puede dejar constancia de hechos controvertidos o por controvertirse, verificar o constatar los hechos de manera directa e inmediata, actividad que recaerá sobre personas, lugares, cosas o documentos “sin poder avanzar opinión”, de manera que la idoneidad del medio se basa en la constancia de hechos que puedan ser percibidos por el juzgador, mediante la utilización de su lógica e inducción, más cuando se requieren de conocimiento especiales o técnicos, ni siquiera con la asistencia o asesoría de expertos o prácticos, la prueba de inspección resulta idónea –tal como lo explicaremos- pues si los hechos que requieren ser acreditados en el proceso escapan del conocimiento del juez, se requiere de la experticia para la emisión del juicio de valor de los expertos que de manera no vinculante serán analizados por el juez.

Lo dicho no es más que la prueba de inspección no puede utilizarse en los casos que deba acudirse a la experticia, teniendo ambas pruebas objetos diferentes, una la prueba de los hechos mediante la percepción directa y sensorial del juez, la otra mediante la prueba de los hechos a través del juicio de valor que emitan los expertos, ante la necesidad de su presencia por tratarse de hechos científicos, artísticos, especializados o técnicos que escapan del conocimiento del juez y aunque pudiera tenerlos, no podrían ser utilizados so pena de aplicar un conocimiento privado y lesionar el principio de necesidad de la prueba. Todo lo indicado nos permite afirmar, que en el marco de una inspección judicial no puede realizarse una experticia, mucho menos que expertos o prácticos asesoren al juez en una inspección judicial como si de una experticia se tratara, pues cada una de estas pruebas obedece a reglas diferentes.

Precisamente lo indicado y respecto al artículo 17 de la Ley de Comercio Marítimo nos permite observar la mutación de la prueba y lo erróneo que a través de una “inspección judicial” se pretenda dejar

constancia de daños causados o sufridos por buques, bienes o personas, pues para ello la prueba idónea no es la mentada inspección sino la experticia, ya que precisamente éstos hechos escapan de ser percibidos por el judicante y necesitan de un juicio de valor de expertos que puedan apreciar, medir y precisar el tipo de daño y su dimensión, lo que no puede permitirse ni siquiera como lo indica la norma, con la designación de inspectores navales o peritos especializados, pues de ser así, al final quien estaría realizando la inspección no sería el juez sino los inspectores y los peritos, lo que incluso escapa de su percepción sensorial y que para su determinación –del daño- deben emitir un juicio de valor que no es permitido en materia de inspección. Vemos así lo erróneo de la norma, la mezcla de dos pruebas contradictorias y más aún, la pretendida mutación que de la inspección se pretende hacia la experticia. Lo anterior nos permite afirmar que entre el contenido del artículo 16 de la Ley de Procedimiento Marítimo y el artículo 17 de la Ley de Comercio Marítimo existe una gran diferencia, incluso una contradicción al no tratarse de normas paralelas, no solo por su objeto sino por lo explicado y dada la mutación de la prueba prevista en la segunda de las normas, que desborda el contenido de la prueba de inspección judicial, al permitir una calificación del hecho –daños- interdictada al juzgador quien en esta materia debe limitarse a dejar constancia de los hechos caídos en su actividad sensorial, diremos que se trata de una regulación ilegal, inconstitucional e inaplicable, lo que en definitiva nos deja solo la posibilidad de la prueba del artículo 16 en cuestión.

Si lo que se quiso era anticipar la constancia de los hechos referido a los daños sufridos por buques, bienes o personas, lo permitido sería el dejar constancia del estado de las cosas mediante la percepción o actividad sensorial del juez y si además se quiere precisar anticipadamente la calidad, cantidad y apreciación del daño para lo que se requiere un juicio de valor, lo lógico es utilizar una experticia, que sin mezclar las pruebas ambas pueden anticiparse por ser la prueba un derecho constitucional; pero insistimos, a través de una inspección, no puede realizarse una experticia, incluso, la designación de inspectores navales y peritos especializados se contradice con el artículo 476 del Código de Procedimiento Civil, referido a la posibilidad de designación de prácticos y sus funciones, las cuales se limitan a dar las informaciones que requiera el juez para la mejor práctica de la prueba, los cuales nunca pueden ser peritos ni emitir juicios de valor.

2. REQUISITOS DE LA INSPECCIÓN O RECONOCIMIENTO JUDICIAL.

Siguiendo con la temática de nuestro trabajo y conforme a la fórmula diseñada por el maestro Hernando DEVIS ECHANDÍA, haciendo especial referencia a nuestra legislación, debemos analizar los requisitos

de la prueba de inspección o reconocimiento judicial, partiendo de los referidos a su existencia, pasando a los de validez y culminando con la de eficacia.

2.1. Requisitos de existencia.

2.1.1. Debe ser practicado por el judicante.

La inspección judicial es un medio de prueba judicial, que como tal debe ser materializada por el operador de justicia y especialmente por quien deba dictar la sentencia, pues es precisamente éste quien debe dejar constancia de los hechos que percibe y capta directa y personalmente, afirmados por las partes y debatidos en el proceso para formar su convicción, a través de su actividad sensorial y conforme a la comparación que haga de las fuentes obtenidas en esta forma con las afirmaciones controvertidas, de ahí que se diga que en la inspección es la prueba de los ojos –sentidos- del tribunal; pero la inspección o reconocimiento judicial que por naturaleza es la prueba directa y personal por excelencia, donde el juzgador tiene contacto directo con los hechos y donde se encuentra presente con mayor potencia el principio de inmediación judicial, no siempre es practica por el operador de justicia que en definitiva será quien la valore como elemento de convicción judicial, pues además existen varios supuestos en los cuales el medio no es realizado por el juez de la sentencia, tal como sucede en el caso de los actos de investigación en el sistema de procedimiento penal ya visto, que como tal y teniendo vocación probatorio no son actos de prueba, de manera que rompiéndose en general la inmediación y sin perjuicio de la contradicción, no se estará en presencia de una “inspección judicial” sino de un mero “reconocimiento o inspección” a secas, que podrá ingresar al proceso sólo mediante su promoción a través de la testimonial de los funcionarios que realizaron la diligencia, a los fines de su declaración y formación de la prueba en contradictorio e inmediación al momento de la audiencia de juicio; esto trae como consecuencia que la actividad o acto de investigación no muta a la prueba documental que permita de esta manera su incorporación por éste conducta y mediante su mera lectura –del acta- en la audiencia de juicio.

Pero también y en el marco del sistema de procedimiento penal nos conseguimos con la posibilidad de anticipar medios probatorios –artículo 289 del Código Orgánico Procesal Penal- cuya competencia tampoco es atribuida al juez de la sentencia –juez de Juicio- sino al juez de Control de Garantías y aunque en principio habrá el contradictorio por la presencia del imputado, sin perjuicio que y en los casos de meros actos de investigación este fuera el objeto de la inspección o reconocimiento pero y siempre que se le respetaran sus derechos constitucionales y tuviera tal condición para ese momento, se rompe con la inmediación que es otro de los principios esenciales que gobiernan la actividad probatoria. En este sentido observamos que si bien no hay inmediación del juez de Juicio ello no obsta

para que se tenga como un medio probatorio que sirva a éste para la fundamentación de la sentencia teniendo la actividad como elemento formativo de la convicción judicial, situación esta perfectamente trasladable al caso de inspecciones extrajudiciales o judiciales realizados en procesos civiles –por ejemplo- que al haber sido realizadas por un juez pueden trasladarse al proceso penal –conforma las reglas que hemos estudiado en su momento- para que sirvan a la convicción judicial del judicante penal.

También encontramos el caso de inspecciones judiciales realizadas por conducto del procedimiento de retardo perjudicial a que se refiere el artículo 813 del Código de Procedimiento Civil, o simplemente en la forma indicada en los artículos 938 *ejusdem* y 1.429 Código Civil, que tratándose de actividades realizadas antes del proceso, con o sin la presencia del contendor judicial, ante la ocurrencia de determinadas situaciones acreditadas ante el judicante y constatadas por éste, como lo es el riesgo manifiesto que los hechos pueden desaparecer o modificarse por el transcurso del tiempo, acción u omisión de sujetos, permiten adelantar la actividad probatoria que podrá servir como elemento de convicción para la sentencia del caso, aunque sea realizada por otro judicante, pues en definitiva la regla que es tomado en consideración en estos casos, más que la propia inmediación –que es lo esencial y característico de este medio personal y directo- es la presencia o intervención del juez; no obstante si la inspección judicial fue adelantada y los hechos sobre los cuales recayó no se han modificado o cambiado sustancialmente, al caerse por tales motivos los fundamentos que dieron origen a la anticipación o preconstitución del medio y de la fuente probatoria respectivamente, no justificándose la actividad ni la no inmediación del juez de la sentencia, tendría que realizarse la prueba en la propia causa. En todos estos casos estamos en presencia de inspecciones o reconocimientos judiciales realizadas por un juez, que aunque no sea el que tenga que sentenciar, tiene valor probatorio y sirven para que éste último pueda fundamentar su convicción judicial, sin necesidad de ratificación pero siempre que se hubieran cumplido con los requisitos legales. Al respecto seguiremos analizando lo correspondiente a las inspecciones “extrajudiciales” más adelante.

Finalmente nos topamos con la posibilidad de preconstituir la prueba de “inspección” extrajudicialmente pero en el sentido de “no intervención del juez” sino mediante un notario, como lo prevé el artículo 75.12 de la Ley de Registro Público y del Notariado al señalar [...] *Los notarios o notarias son competentes, en el ámbito de su jurisdicción, para dar fe pública de todos los actos, hechos y declaraciones que autoricen con tal carácter, particularmente de los siguientes: 12. Constancias de cualquier hecho o acto a través de inspecciones extrajudiciales.*”. Se trata de meras “inspecciones o reconocimiento” que sirven como preconstitución o eventualmente anticipación de medios probatorios, para el resguardo de fuentes probatorias, que igualmente deben basarse en circunstancias especiales como motivos fundados que los hechos que se traten pueda desaparecer o modificarse; pero y como consecuencia de la no intervención judicial, a nuestro

juicio y al igual que sucede en los actos de investigación, carecen de fuerza y eficacia probatoria para sustentar la convicción judicial, elemento éste que precisamente es lo que permite que en la realizada por un juez que no sea el que tenga que sentenciar, se relaje la inmediación y eventualmente la contradicción, lo que insistimos no sucede con el tema de la inspección del notario donde no habría contradictorio y al no ser realizada por un juez, tampoco se controlarían los elementos de necesidad para ordenar tal actividad, lo que nos conduce a sostener que carecen de toda fuerza probatoria para sostener la convicción judicial, aún cuando pudieran servir para la fundamentación de reclamaciones judiciales y peticiones cautelares que no necesitan de convicción plena sino de mera verosimilitud o probabilidad.

Concluyendo este primer requisito diremos que la existencia de la inspección judicial requiere de la presencia de un juez que realice la diligencia, aunque no sea el que deba sentenciar, el competente para el conocimiento y juzgamiento del asunto que se trate, descartándose que dentro de esta definición de “inspección o reconocimiento judicial” que como medio de prueba sirva para sostener la convicción judicial, se ubiquen las “inspecciones o reconocimientos” policiales que se refieren a actos de investigación y la realizada por notarios.

2.1.2. Que el juez que practique la inspección o reconocimiento judicial actúe en ejercicio de su cargo.

Como nos dice el maestro DEVIS ECHANDÍA la persona que realice la inspección o reconocimiento judicial, debe poseer la investidura de juez pero fundamentalmente actuar en ese momento en el ejercicio del cargo, de manera que le está interdictado al judicante que actúe privadamente y tal conocimiento le sirva para fundamentar la sentencia, a cuyo efecto y de tener tales conocimientos tendría que inhibirse de conocer del caso, pudiendo acudir a la causa llevada ante otro juez en condición de testigo para que declare sobre los hechos que tiene conocimiento.⁵³⁰ Lo dicho no es más que la interdicción del juez de aplicar en la causa su conocimiento privado al cual nos hemos referido en otro momento al estudiar el tema u objeto de la prueba.

2.1.3. Que recaiga sobre hechos perceptibles por los sentidos del judicante.

Como lo hemos expresado en otro momento, la inspección o reconocimiento judicial que puede recaer sobre personas, cosas, lugares, objetos o documentos, en general se refiere a cuestiones de hecho, a hechos perceptibles mediante los sentidos, aplicando las reglas de la lógica y la inducción para percibir

⁵³⁰ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. pp. 437 y ss.

los precitados hechos, sin poder emitir juicios de valor o deducciones más allá de la simple constancia de los hechos decepcionados por los sentidos. De esta manera la inspección o reconocimiento judicial no recae sobre deducciones, suposiciones, hechos inexistente o juicios de valor, limitándose a hechos palpables y que pueden percibirse mediante la utilización de cualquier de los sentidos del judicante.

2.2. Requisitos de validez.

2.2.1. Que no exista prohibición legal de practicar la prueba.

Este requisito se refiere a la ausencia de prohibición de materializar el medio probatorio, bien por el objeto, cosa, lugar o documento sobre el cual deba versar, como sucede en materia de documentos, registros, libros, expedientes que sean clasificados, que tengan el carácter de confidenciales o secretos conforme a la Constitución y la Ley Orgánica de Administración Pública, lo que igualmente se regula en el artículo 60 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, donde la inspección judicial puede realizarse en los archivos del Consejo Moral Republicano, salvo el caso se reserva.

2.2.2. Que la realización del medio probatorio se haga en forma legal.

Se trata que el medio probatorio en el marco del proceso judicial sea realizado en la forma y conforme al procedimiento establecido en la ley, que su petición sea ajustada a los requisitos exigidos, que exista la posibilidad de oponerse a la admisión de su proposición, que su admisión sea realizada en forma y cumpliendo los requisitos legales, que su evacuación se lleve a cabo en forma correcta según la ley, con la posibilidad de la presencia del contendor judicial para el ejercicio del control respectivo; también y cuando se trate de inspecciones o reconocimientos judiciales por un juez diferente al que deba sentenciar, sea consecuencia de una preconstitución de fuentes probatorias, de anticipación de medios, incluso del procedimiento de retardo perjudicial, que se cumplan con los requisitos legales en cada caso, especialmente la petición motivada, la revisión y determinación por el judicante de la necesidad de preconstituir la fuente o anticipar el medio cuando existan fundados temores que los hechos puedan desaparecer o modificarse, lo que deberá estar plasmado en una decisión debidamente motivada –se descarta en consecuencia la práctica viciada por medio de la cual el tribunal se limita a decir: *Vista la solicitud que antecede y el pedimento en ella contenido, se acuerda de conformidad. En consecuencia se fija tal hora para la realización de la inspección judicial...* como sucede lamentablemente en nuestro foro judicial, lesionando abierta y groseramente el derecho a la tutela judicial efectiva a que se refiere el artículo 26 constitucional-

que puede estar basada en juicios de probabilidad, verosimilitud, indicios, enjuiciamiento *prima facie*, entre otros.

Igualmente y cuando estamos en presencia de meras “inspecciones o reconocimientos” como actos de investigación, como hemos adelantado para su validez tendrá que ingresar al proceso en la forma testimonial, mediante la declaración de los funcionarios que la realizaron, a cuyo efecto deberá darse cumplimiento a los requisitos y procedimientos de la precitada prueba por testigos, que permitan la realización y formación de la prueba en audiencia pública, oral y contradictoria, sin lo cual no podrá servir la actividad para fundamentar la convicción judicial.

Incluso en este requisitos podríamos incluir aquellos a que se refiriera NIEVA FENOLL que permite la defensa de las partes y el control de la prueba, referido a que el juez en la audiencia oral –en casos de procedimientos orales- o antes de los informes –para los procedimientos escritos agregamos- indique qué es lo que considera –hechos- acreditado o demostrado con la inspección o reconocimiento hecho, de manera que le permita a las partes –insistimos- conocer el resultado de la actividad judicial y el pensamiento anticipado y no definitivo del juez, no solo para defenderse sino también para hacer ver al judicante los errores de percepción y que éste pueda corregir en la sentencia.

2.2.3. Que sea realizada por un funcionario público competente territorialmente.

Ya hemos expresado que en materia de inspección o reconocimiento judicial, se trata de una prueba judicial que puede tener lugar antes o durante el proceso, pero además para su validez es necesario que sea practicada o materializada por el funcionario público con competencia territorial, concretamente un juez con competencia territorial, lo que no necesariamente significa que se trate del mismo judicante que tenga la competencia para sentenciar el fondo de la causa, pues en esta materia y como consecuencia de la limitación territorial que divide las competencias en circunscripciones judiciales, es permisible la comisión, sin perjuicio de aquellos tribunales que tienen competencia nacional como actualmente sucede con los Marítimos. De esta manera la ley permite la comisión judicial y a la práctica de la prueba por cualquier juez de la circunscripción judicial donde se encuentren las cosas, lugares, documentos o personas sobre los cuales deban practicarse el reconocimiento, lo que si bien flexibiliza el tema de la inmediación, ello no le resta validez y como veremos eficacia para servir a la formación de la convicción judicial, pero siempre –insistimos- que el hecho a inspeccionar o reconocer se encuentre fuera de la competencia territorial del juez y éste no tenga competencia nacional, pues de lo contrario y no justificándose la comisión que quiebra la inmediación, el medio probatorio no sería válida y lógicamente carecería de eficacia probatoria.

Sin perjuicio de lo dicho y con el avance de la tecnología, se nos ocurre decir que este requisito podría cumplirse, especialmente el tema de la intermediación, mediante sistemas de video conferencias u otros que permitan la percepción directa del judicante sobre el hecho a inspeccionar o reconocer ubicada en un lugar distante y fuera de su circunscripción judicial, en cuyo caso estaríamos en presencia no de una intermediación de segundo grado –como ocurre con la comisión- sino de primer grado o directa, pero asistido por medios electrónicos o computarizados al efecto.

2.3. Requisitos de eficacia probatoria.

Los requisitos de eficacia probatoria son iguales a los exigidos en cada medio probatorio, los cuales hemos analizado bastante en cada caso y en general a lo largo de nuestro trabajo, lo cual no motiva a simplemente enunciarlos, siendo los mismos:

- a. Que el medio de prueba sea conducente o idóneo, requisito éste esencial pues en muchas ocasiones y a través de la inspección o reconocimiento se pretende que el juez emite juicios para hacer la prueba de hechos que requieren conocimientos especiales y que nos ubica en el campo de la experticia, como por ejemplo en el caso del artículo 17 de la Ley de Comercio Marítimo que a través de una mera inspección se pretende dejar constancia de daños causados a buques, bienes o personas, confusionismo que no puede ser considerado correcto al hacer mutar la prueba convirtiendo la inspección en experticia o lo que es lo mismo, realizar la experticia por medio de una inspección, cosa muy diferente a que en el marco de una inspección o reconocimiento judicial se exija la presentación de informes periciales, como sucede por ejemplo en la legislación colombiana pero que no se presenta en nuestro sistema de procedimiento donde se separan el contenido de ambas pruebas.
- b. Que sea pertinente de manera que tienda a demostrar hechos institucionales enunciados como fundamento de las pretensiones, acusaciones o defensas en general y que sean controvertidos.
- c. Que sea relevante al servir o contribuir con la convicción judicial.
- d. Que el hecho del cual ha dejado constancia el operador de justicia por conducto de sus sentidos, no sea imposible, no se encuentre reñido con un hecho notorio, máxima de experiencia, presunción *iuris et de iure* o con la cosa juzgada.
- e. Que las conclusiones sobre los hechos percibidos por el judicante utilizando la lógica y la inducción, no aparezcan absurdas o imposibles.
- f. Que no se viole la reserva legal o el secreto profesional.
- g. Que el acta que contenga la inspección –sin perjuicio de la mera reproducción mediante videos- sea clara y permita conocer cuáles fueron los hechos observados por el operador de justicia, de

manera que carecerá de eficacia probatoria aquella acta que aparezca contradictoria, confusa, ambigua, si se omitieron detalles, circunstancias.

- h. Que no existan otras pruebas que demuestren lo contrario a los hechos inspeccionados o reconocidos cuando se trata de inspección por comisión, antes del proceso o durante el mismo –por incompetencia territorial- pues tratándose de un reconocimiento judicial realizado por el mismo juez, de producirse la contradicción con otras pruebas indirectas, la lógica indica que deba primar la prueba directa y personal, siempre que no exista error en la percepción mediante reglas lógicas e inductivas, aún cuando en materia de inspección o reconocimiento judicial se está en un sistema de valoración por sana crítica donde no hay preferencia de una sobre otra y cuya valoración debe ser completa e integral. Lo dicho no aplicaría en materia de inspecciones o reconocimientos como actos de investigación que ingresan al proceso como testimonial en la forma dicha, realizadas por otros jueces diferente al sentenciador y al notario, donde no siendo la percepción directa, personal e inmediata, el judicante sentenciador deberá valorar las prueba en conjunto sin preferencia a la inspección, de manera que la valoración de la inspección sólo será si su contenido puede corroborarse y complementarse con otros medios probatorios.
- i. Que haya habido la contradicción o control de la prueba en la forma indicada al tratar los requisitos de validez, con especial referencia a las inspecciones o reconocimientos como actos de investigación que –insistimos- ingresan al proceso judicial mediante la testimonial de los funcionarios que actuaron en la misma, así como al caso de las inspecciones judiciales antes del proceso llamadas “extrajudiciales” no por la ausencia del juez, sino por ser realizada por quien no ha de sentenciar.
- j. Que no haya rectificación o retractación del funcionario, lo que pudiera ser consecuencia del error de percepción, de la errada aplicación de las reglas lógicas y de inducción para captar o percibir los hechos, para lo cual es fundamental aquellos que dijimos al tratar los requisitos de validez, especialmente cuando decimos –citando a NIVA FENOLL- que el judicante debe exponer a las partes antes de dictar la sentencia y en su momento correspondiente, el resultado de la actividad judicial y los hechos que considera probados o acreditados con el medio probatorio.

4. OBJETO DE LA INSPECCIÓN O RECONOCIMIENTO JUDICIAL.

La inspección o reconocimiento judicial conforme a lo previsto en el artículo 472 del Código de Procedimiento Civil, puede recaer sobre personas, cosas, lugares o documentos a fin de esclarecer o

verificar hechos controvertidos en el proceso, mediante la actividad sensorial del operador de justicia. En tal sentido la precitada norma expresa [...] *El Juez, a pedimento de cualquiera de las partes o cuando lo juzgue oportuno, acordará la inspección judicial de personas, cosas, lugares o documentos, a objeto de verificar o esclarecer aquellos hechos que interesen para la decisión de la causa o el contenido de documentos. La inspección ocular prevista en el Código Civil se promoverá y evacuará conforme a las disposiciones de este Capítulo.*”. Pero analicemos cada una de ellas por separado.

En cuanto a las “**personas**” como objeto de la prueba, mediante la inspección o reconocimiento judicial puede el judicante dejar constancia de hechos que pueda percibir mediante sus sentidos, como las características físicas de las mismas, su comportamiento, conducta, modo de expresarse y en general, cualquier hecho que sea capaz de ser percibidos por los sentidos, personas que pueden ser parte en el proceso o terceros, pues de tratarse de hechos para los cuales se requiere conocimiento especializado y la intervención de especialistas o expertos en la materia que se trata, estaremos en presencia de la experticia y la inspección o reconocimiento se presentará como un medio de prueba inidóneo o inconducente; luego en el último caso señalado –inspección en la persona de terceros ajenos al proceso– será viable en la medida que esté justificado por tener relación con los hechos debatidos en el proceso, como acontece en el sistema de procedimiento penal por ejemplo con la víctima o con otro sujeto diferente al imputado –ver artículo 195 del Código Orgánico Procesal Penal.- Debe advertirse que si se trata de la parte y especialmente del imputado o acusado en el procedimiento penal, las mismas no son consideradas como órganos o sujetos de la prueba sino como objeto o tema, precisión esta vital –como lo hemos expuesto en este mismo capítulo- para entender que la persona no está amparada con los derechos constitucionales y no puede negarse o resistirse al reconocimiento o inspección –sea judicial o como acto de investigación- lo que conducirá a que su reticencia produzca un indicio en su contra que se presentará como un medio probatorio que puede ser capaz de conducir a destruir la presunción de inocencia, siempre que concurra con otros indicios u otros medios probatorios que como prueba de cargo lograr romper esa membrana de la precitada presunción.

Sin perjuicio de lo señalado y cuando se trate de inspecciones sobre personas, en el marco del sistema de procedimiento civil el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil señala que [...] *Si para la realización de inspecciones, reproducciones, reconstrucciones y experiencias fuere menester la colaboración material de una de las partes, y ésta se negare a suministrarla, el Juez le intimará a que la preste. Si a pesar de ello continuare su resistencia, el Juez dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, pudiendo interpretar la negativa a colaborar en la prueba, como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria al respecto. Si la prueba debiere realizarse sobre la persona humana, y hubiere negativa injustificada de ésta a colaborar en la prueba, el Juez dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, pudiendo sacar de la negativa a colaborar en la prueba, las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje.*”

De la norma trascrita se aprecia que si para la práctica de la prueba fuera necesaria la colaboración material de alguna de las partes y ésta se negara a suministrarla, el juez lo intimará –invitará– para que lo preste y de seguir con la conducta contumaz, dispondrá que se deje efecto la diligencia pudiendo interpretar la negativa a colaborar como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria, agregándose después que si la prueba debiere realizarse sobre la persona humana y hubiere negativa injustificada de ésta a colaborar en la prueba, el juez dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, pudiendo sacar de la negativa a colaborar en la prueba, las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje. Pero observemos inmediatamente que y sin perjuicio que la precitada norma no toma en consideración que la parte no es órgano o sujeto de la prueba de manera que se encuentre amparado por los derechos constitucionales de intimidad, presunción de inocencia, interdicción a someterse a experimentos, honor y reputación entre otros, sino que se trata de sujetos como tema u objeto de la prueba y en consecuencia no amparado por tales derechos, lo que conduce inmediatamente a afirmar que no está el mismo –sujeto– ante el derecho de someterse o no a la inspección, el legislador civil de manera errada optó por dejar sin efecto la diligencia y extraer de la reticencia la presunción de verdad respecto al hecho sobre el cual recaería la inspección o reconocimiento; insistamos que si bien el error del legislador fue la determinación de la naturaleza del sujeto frente a la prueba, considerándolo así como órgano o sujeto y ubicándolo en el marco de derechos constitucionales que lo ampara, otro error inmediato que cometió es la de extraer de la reticencia una “presunción” que no es más que un juicio lógico y crítico que puede hacer el legislador o el juzgador para y partiendo de un hecho indicante demostrado en el proceso, establecer un hecho indicado, de manera que simplemente se trata de la relación causal o elemento de unión entre el hecho indicante e indicado, cuando en realidad la precitada “discondución” de la parte de someterse a la inspección o reconocimiento judicial contribuyendo con la diligencia sólo generará un “indicio endoprosesal” que se extraerá de la conducta omisiva y obstruccionista de la parte, de manera que no se trata de una presunción sino de un indicio, que como medio de prueba y por su carácter contingente y no necesario, deberá ser corroborado, concordado y verificado con otros medios de prueba. Esta misma situación fue recogida en el artículo 110 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo que señala [...] *Si para la realización de inspecciones, reproducciones, reconstrucciones, experticias y las pruebas de carácter científico, señaladas en el artículo precedente, fuere menester la colaboración material de una de las partes y ésta se negare a suministrarla, el Juez le intimará a que la preste. Si a pesar de ello continuare su resistencia, el Juez dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, pudiendo interpretar la negativa a colaborar en la prueba como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria.*”, con el agravante de la previsión errática –producto de la ignorancia de algunos de sus promotores– de considerar como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones realizadas por la parte contraria al momento de promover la inspección o reconocimiento,

cuando se produzca la reticencia del sujeto; y decimos que se trata de un error pues no puede considerarse la reticencia como una mera confirmación que no puede reverse por otros medios, de ahí que lo correcto es atribuir a la negativa el carácter de prueba indiciaria contingente, aún cuando en puridad existe la posibilidad de la coerción para la práctica de la diligencia y la interdicción del sujeto a colaborar con ella, por su condición de objeto y no de órgano de prueba.

En materia de niños y adolescentes si bien no está regulada la inspección o el reconocimiento judicial como tal, se nos antoja indicar que cuando se trata de la declaración testimonial del niño o niña a que se refiere el artículo 480 de la Ley Orgánica Para la Protección del Niño, Niña y del Adolescente, el juez también podrá realizar una inspección respecto a su conducta, discernimiento, actitudes y otros elementos que permitan el juzgamiento del tema que se trate, de manera que y aún cuando se trata de la prueba por testigos, nada impide para que en dicha actividad el judicante pueda realizar una inspección o reconocimiento especial sobre la persona del niño o niña, incluso con la asistencia de personal especializado para determinar su afectación en un determinado caso, por ejemplo.

La inspección o reconocimiento judicial también puede recaer o tener por objeto **“cosas, lugares y documentos”**, éstos últimos que pueden ser escritos o no, de manera que puede ser objeto de este medio probatorio cualquier sitio o lugar para dejar constancia de determinados hechos controvertidos como características, ubicación, condiciones, extensión, inmuebles, para igualmente establecer sus características, estado, construcciones, cosas y documentos escritos o no, como el contenido de instrumentos públicos, privados, reconocidos o no, archivos, expedientes, incluso y aunque la norma no lo exprese en una noción amplia, flexible y garantista también pudieran ubicarse dentro del concepto de cosas a los “animales”. En este sentido y como nos dice DEVIS ECHANDÍA la inspección o reconocimiento puede referirse a hechos ocurridos antes pero que todavía subsistan total o parcialmente, hechos que se produzcan al momento de la diligencia, no así hechos futuros que no pueden ser percibidos por los sentidos y que necesariamente conlleven a un juicio de valor apriorístico interdictado en esta actividad; que tampoco pueden ser objeto de la prueba en comento las deducciones o suposiciones que el judicante pueda formular mediante razonamientos lógicos con base a hechos observados por él, de manera que hay prohibición de juicios de valor, inferencias y deducciones, sólo permitiéndose las inducciones para la percepción de los hechos que se traten.⁵³¹

Para terminar este punto nos referiremos nuevamente al contenido del artículo 472 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual la inspección o reconocimiento judicial tiene por “objeto” que el juez deje constancia de hechos controvertidos, señalando concretamente que el judicante “verificará” y “esclarecerá” los hechos que interesan a la causa, lo primero referido a la comprobación o corroboración

⁵³¹ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. p. 430.

de la exactitud de los hechos institucionales afirmados por las partes como fundamentos de sus diversas pretensiones con las fuentes probatorias que se obtengan con la diligencia de reconocimiento a través de la actividad sensorial del juez; y lo segundo –esclarecer- referido a aclarar puntos de hechos sobre los cuales ha de recaer su actividad sensorial o sobre los cuales se debate en el proceso y que fundamentan las diferentes pretensiones; por otro lado, el artículo 1.428 del Código Civil, se refiere a la prueba para dejar constancia de las “circunstancias” o el “estado” de los lugares o cosas, esto es, de los accidentes, eventos, incidentes de modo, lugar o tiempo de los hechos donde se encuentran involucrados lugares o cosas –circunstancias- o del estado como se encuentran los lugares o cosas –estado-.

4. PROMOCIÓN DE LA PRUEBA DE INSPECCIÓN O RECONOCIMIENTO JUDICIAL. REQUISITOS. Referencia a los diferentes sistemas de procedimiento.

La prueba de inspección o reconocimiento judicial, no resulta un medio de prueba excepcional que pueda proponerse en una oportunidad diferente al lapso probatorio –salvo la inspección extrajudicial- lo que conlleva a que la misma cuando sea propuesta a instancia de parte, indefectiblemente debe ser promovida en el lapso ordinario de promoción de pruebas a que se refiere el artículo 396 del Código de Procedimiento Civil, dentro de los quince (15) días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de emplazamiento; pero como hemos expresado en otros puntos, el reconocimiento judicial resulta uno de los medios de prueba que el operador de justicia puede ordenar dentro de su actividad probatoria oficiosa a que se refiere el artículo 401.4 del Código de Procedimiento Civil, a través de diligencias probatorias y conforme a lo previsto en el artículo 514.3 *ejusdem* mediante autos para mejor proveer, en las oportunidades correspondientes a cada caso, aunque también y conforme a lo previsto en el artículo 472 del precitado Código de Procedimiento Civil, como actividad probatoria oficiosa diferente a las diligencias probatorias, sin limitación temporal y cuando lo juzgue oportuno puede ordenar la realización de inspecciones o reconocimiento judiciales. En tal sentido la precitada norma señala [...] *El Juez, a pedimento de cualquiera de las partes o cuando lo juzgue oportuno, acordará la inspección judicial de personas, cosas, lugares o documentos, a objeto de verificar o esclarecer aquellos hechos que interesen para la decisión de la causa o el contenido de documentos. La inspección ocular prevista en el Código Civil se promoverá y evacuará conforme a las disposiciones de este Capítulo.*”

Tratándose de un inspección o reconocimiento judicial a solicitud de parte que deba proponerse en el lapso probatorio, el proponente deberá señalar con “claridad” y “precisión” los puntos de hecho enunciados como fundamentos de la pretensión, acusación, excepción o defensa en general y que sean controvertidos, sobre los cuales deberá recaer la actividad probatoria del operador de justicia, sobre los cuales recaerá la percepción directa o personal del judicante a través de sus sentidos y mediante la

utilización de criterios de la lógica y la inducción para percibir los hechos que se trate, de manera que deberán señalarse los particulares donde se especifiquen los precitados hechos, sin lo cual el medio probatorio no será admitido, pues el judicante está interdicto tratándose de una actividad probatoria de parte, de suplir la irregularidad de la promoción de la prueba precisando los puntos de hechos sobre los cuales realizará la actividad judicial.

Es importante señalar en este momento que tal y como lo hemos expresado en otra oportunidad, el requisito de admisibilidad previsto en el Código Civil y referido a que el hecho del cual se trate no se pueda o no sea fácil acreditar de otra manera –artículo 1.428- que en principio se identificó con la “inspección ocular” derogado por la regulación del Código de Procedimiento Civil –artículo 940- y que hoy no tiene justificación ni sustento constitucional alguno, de manera que se trata de otra triste limitación probatoria antigarantista e inconstitucional, cuyo origen y justificación –no legal- precisamente obedeció al tema de la imparcialidad del judicante que tendía a beneficiar o favorecer al solicitante de la inspección por ser precisamente el sujeto que abonaba los gastos o emolumentos de la diligencia, no puede ser aplicado como justificación alguna por el judicante para negar la admisión de la prueba, de manera que tratándose de hechos que consten en personas, lugares, cosas, documentos que puedan caer bajo la percepción del juez y que la parte pretende acreditarlos mediante la utilización del medio de prueba de la inspección o reconocimiento judicial, indistintamente que el hecho pudiera ser llevado al proceso o acreditado por otro medio probatorio, si ha sido propuesto en tiempo oportuno, es legal, pertinente, relevante, idóneo o conducente, lícito y está regularmente propuesto, no existe justificación legal y constitucional para negar su ingreso al proceso judicial.

Debe advertirse que una práctica viciada que se utiliza en materia de inspección o reconocimiento judicial, es precisamente el hecho de reservarse en los particulares, especialmente en el último, el derecho de señalar cualquier otro hecho al momento de la materialización de la prueba, para que se deje constancia del mismo –cláusula abierta- particular éste que es inadmisibles y así debe ser declarado por el judicante al momento de providenciar el medio probatorio, aunque admita los demás particulares y la prueba en general, haya habido o no oposición al mismo, pues se trataría de un particular que involucraría una proposición de la prueba en su evacuación que por su carácter extemporáneo –insistimos- debe ser desechado; pero esta modalidad no resulta errática ni inadmisibles en inspecciones o reconocimientos judiciales realizados por jueces antes del proceso judicial correspondiente, así como en casos de inspecciones o reconocimientos de notarios conocidos como “inspecciones o reconocimientos extrajudiciales”, con la advertencia que lo extrajudicial en los primeros casos se refiere a que no son realizados en el marco del procedimiento jurisdiccional contencioso y por el juez de la causa, sino por cualquier juez a través de procedimientos no contencioso, en tanto que en el caso de los notarios su

calificativo nunca puede ser de judicial por la ausencia judicial; en este orden de ideas cuando se trate de inspecciones extrajudiciales no precedidas de una reclamación judicial previa donde se haya producido la traba de la litis con la contestación de la demanda, nada impide que se peticione la diligencia de inspección o reconocimiento y se reserve al momento de su evacuación el planteamiento de otros particulares; en todo caso hay que tener presente que las inspecciones o reconocimientos no pueden tener carácter pesquisitorio.

Pero otro caso excepcional y ya estándose en el marco del procedimiento jurisdiccional, se ubica en el marco del sistema de procedimiento marítimo, que y conforme al artículo 9º de la Ley de Procedimiento Marítimo señala [...] *Verificada oportunamente la contestación a la demanda y subsanada o decididas las cuestiones previas que el demandado hubiere propuesto, se entenderá abierto un lapso de cinco días dentro del cual cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal ordene a la otra: 1. La exhibición de los documentos, grabaciones o registros que se encuentren bajo su control o en su custodia, relacionados con el asunto objeto de la demanda, o permitir que sean reproducidos por cualquier medio. 2. El acceso a un buque, muelle, dique seco, almacén, construcción o área portuaria, con el fin de inspeccionar naves, mercancías o cualquier otro objeto o documento; medirlos, fotografiarlos o reproducirlos.*” Se trata –como hemos dicho al momento de tratar el momento de la prueba- de actividades probatorias anticipadas a través del sistema del *discovery* o descubrimiento, figura de origen anglosajón que hemos trasplantado tanto del sistema norteamericano –ubicado en la etapa preliminar o de *Pre-trial phase*- como panameño con su adaptación criolla, que sirve para complementar la pretensión o excepción ensayadas por las partes en sus escritos de demanda y contestación. En el caso que tratamos observamos que una de las actividades propias del sistema del *discovery* es precisamente el acceso a buques, muelles, dique secos, almacenes, construcciones y área portuarias con el fin de inspeccionar buques, mercancías o cualquier otro objeto o documento, de manera que se trata de una actividad probatoria anticipada a la audiencia de juicio, al momento de la actividad probatoria propiamente dicha pero en el marco del proceso jurisdiccional ya instaurado, donde se pretende acceder a los lugares indicados muchas veces con la intención de conocer las cosas, sus estados y será en ese momento y conforme a ese conocimiento que se propondrían los particulares a partir de los cuales el judicante realizaría la actividad o diligencia, de manera que en este supuesto especial recogido en esta ley especial resulta viable la incorporación del particular de reserva con los fines de hacer valer aquellos particulares al momento de su evacuación, pues además de ello en esta materia marítima la ley especial y con ocasión a los resultados del *discovery* permite la reforma tanto de la demanda como de la contestación, situación inédita en nuestro sistema procedimental que permite afirmar que para el momento del *discovery* no se ha producido una traba de la litis que fije el tema controvertido y sobre los cuales recaerá el juicio jurisdiccional.

En conclusión de lo dicho hasta ahora tenemos que las denominadas “cláusulas abiertas” son inadmisibles en materia de inspección o reconocimiento judicial, salvo disposiciones especiales que señalen lo contrario, como sucede en materia marítima, permitiéndose además en materia de inspecciones y reconocimientos “extrajudiciales”.

5. MATERIALIZACIÓN DE LA PRUEBA DE INSPECCIÓN O RECONOCIMIENTO JUDICIAL. LOS PRÁCTICOS.

Propuesta la prueba en tiempo oportuno u ordenada por el operador de justicia en los tiempos útiles y conforme a la ley, en el mismo auto de admisión u ordenación debe fijarse el día y hora en que se realizará la prueba judicial o eventualmente se procederá a librar la respectiva comisión para su materialización, comisión que conforme a la interpretación del contenido del artículo 234 del Código de Procedimiento Civil, no opera cuando la cosa, la persona, el lugar o documento se encuentra dentro de la circunscripción judicial donde el operador de justicia ejerce su jurisdicción, señalando al efecto la precitada norma [...] *Todo Juez puede dar comisión para la práctica de cualesquiera diligencias de sustanciación o de ejecución a los que le sean inferiores, aunque residan en el mismo lugar. Esta facultad no podrá ejercerse cuando se trate de inspecciones judiciales, posiciones juradas, interrogatorios de menores y casos de interdicción e inhabilitación.*” En este sentido y conforme a la precitada norma, entendiéndose que los tribunales se encuentran divididos competencialmente y en sentido territorial en circunscripciones judiciales, siendo que la característica de la inspección judicial precisamente es la inmediación al ser realizada personalmente por el juez, no resultará comisionable e invalidará al medio probatorio cuando el lugar, la persona, cosa o documento a inspeccionar o reconocer se encuentre en la misma circunscripción del tribunal de la causa, salvo que se trata de un tribunal con competencia nacional como ocurre en materia marítima.

En materia de inspección o reconocimiento judicial y como hemos expresado, el juez debe limitarse a dejar constancia de los hechos que se trate a través de su actividad sensorial –sus sentidos– mediante la aplicación de reglas lógicas e inducción para la percepción, estándole prohibido avanzar opinión o formular apreciaciones o juicios de valor, simplemente deducciones, tal como lo prevé el artículo 475 del Código de Procedimiento Civil que prevé [...] *El Juez hará extender en acta la relación de lo practicado, sin avanzar opinión ni formular apreciaciones, y para su elaboración se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 189. El Juez podrá, asimismo, ordenar la reproducción del acto por cualquiera de los medios, instrumentos o*

procedimientos contemplados en el artículo 502 si ello fuere posible.”,⁵³² como consecuencia de ello el judicante tiene que limitarse a dejar constancia de los hechos que caen bajo sus sentidos, que son percibidos por sus sentidos, no sobre apreciaciones, deducciones u opiniones que resultan ajenos a la diligencia probatoria, pues ellas deben ser realizadas en la sentencia definitiva, sin perjuicio del criterio del profesor NIEVA FENOLL de presentar antes del dictado del fallo judicial el resultado apriorístico y no definitivo de la actividad para que las partes puedan conocer el criterio del judicante y defenderse, especialmente haciendo conocer al judicante de aquellos errores que pudieran ser corregidos en la sentencia; pero **¿qué sucede cuando el operador de justicia avanza opinión o formula apreciaciones?, ¿será nula o ineficaz la prueba en su totalidad?**

Para responder las interrogantes diremos que si el judicante hace caso omiso al contenido del artículo 475 del Código de Procedimiento Civil, lo cual es frecuente en la práctica forense producto de la ignorancia de nuestros jueces y de la no diferenciación con la prueba de experticia, indicios e inspección judicial, avanzando opinión sobre lo inspeccionado o formulando apreciaciones no permitidas, pues insistamos que su actividad debe limitarse a dejar constancia de los hechos que caen bajo sus sentidos, afirmamos que esta conducta –por demás reprochable- no afecta la validez y eficacia probatoria de la inspección o reconocimiento judicial, produciéndose solo el efecto de tener como inexistente e inapreciable aquellos particulares o expresiones contenidas en el acta que lejos de constituir la constancia de los hechos que ha percibido el juzgador, son la opinión o apreciación personal de los hechos que observa, oye, huele, palpa, degusta, en definitiva que percibe por sus sentidos, de manera que las opiniones y apreciaciones que haga el juez en la materialización de la prueba, deben ser desechadas al momento de apreciarse la misma, por escapar de su objeto y finalidad, sin afectarse aquellos particulares o hechos percibidos conforme a la ley, salvo que la opinión, apreciación o deducción sea de tal magnitud que afecte a otros particulares o a toda la diligencia, lo que afectará su validez y eficacia en forma total o parcial según cada caso.

Llegado el día y la hora para que tenga lugar la práctica de la prueba, bien por el tribunal de la causa o por el comisionado según se trate, constituido en el sitio donde se encuentre la cosa, el documento, persona o lugar a que se refiere la inspección –de ser el caso y salvo que la misma sea llevada a la sede del juzgado para ser reconocida- el operador de justicia dejará constancia de los hechos percibidos por sus sentidos, según los particulares contenidas en el escrito de promoción de pruebas, sin poder avanzar opinión ni formular apreciaciones, circunstancias éstas que deberán ser asentadas en un acta que se levantará al efecto, conforme a lo previsto en el artículo 189 del Código de Procedimiento

⁵³² Por su parte el artículo 1.428 del Código Civil señala que el juez no podrá extenderse a apreciaciones que necesiten conocimientos periciales.

Civil, pudiéndose reproducir por cualquier medio mecánico o electrónico los hechos que se perciben, conforme a lo previsto en el artículo 502 *ejusdem*, por remisión del artículo 472 *ibidem*, de ser posible, bien por cámara de video, digital, fotográfica, copias, fotocopias, o cualquier otro medio mecánico o electrónico. A la práctica de la prueba de inspección o reconocimiento judicial, deben lógicamente acudir el juez y su secretario o quien haga de sus veces, no siendo necesaria la presencia o asistencia de las partes o sus apoderados –como erróneamente lo regula la Ley Orgánica Procesal del Trabajo en su artículo 112 y al cual no referiremos más adelante- quienes en caso de asistir, podrán hacerle al operador de justicia y de palabra, las observaciones que estimaren pertinente, las cuales serán insertadas en el acta que se levante al efecto, tal como lo prevé el artículo 474 del Código de Procedimiento Civil al expresar [...] *Las partes, sus representantes y apoderados podrán hacer al Juez, de palabra, las observaciones que estimaren conducentes, las cuales se insertarán en el acta, si así lo pidieren.*”; igualmente, de ser necesario para la mejor práctica de la diligencia judicial, pueden designarse prácticos conforme a lo normado en el artículo 473 del precitado Código Ritual que indica [...] *Para llevar a cabo la inspección judicial, el Juez concurrirá con el Secretario o quien haga sus veces y uno o más prácticos de su elección cuando sea necesario. Las partes, sus representantes o apoderados podrán concurrir al acto.*”, norma que debe concatenarse con lo previsto en el artículo 476 del Código de Procedimiento Civil que expresa [...] *Las funciones de los prácticos se reducirán a dar al Juez los informes que éste creyere necesarios para practicar mejor la diligencia, informes que podrá solicitar también de alguna otra persona, juramentándola. Los honorarios de los prácticos serán fijados por el Juez, a cargo de la parte promovente de la prueba, o de ambas partes, de por mitad, si se hubiere ordenado de oficio.*”

Pero ¿qué son los prácticos y cuales son sus funciones?

Los “**prácticos**” son funcionarios judiciales auxiliares que pueden ser designados para que coadyuven o ayuden al operador de justicia en la mejor práctica de la diligencia probatoria, designación que queda a la elección del órgano jurisdiccional y que no resulta obligatoria, pues la misma se hace en la medida que sea necesario para la mejor práctica como indicamos, siendo que incluso las partes pueden proponerlo, pero en definitiva quien decide su designación y quien los designa es el juez, tal como lo norma el citado artículo 473 del Código de Procedimiento Civil; respecto a su “función” y como hemos adelantado, se limitan a prestar la colaboración pertinente al operador de justicia para la mejor realización o práctica de la prueba, informándole de aquello que creyera necesario. Como funcionarios judiciales auxiliares, deben ser juramentados por el juzgador y tal acto debe insertarse en el libro de juramento respectivo que llevará el tribunal.

Es importante destacar que en nuestra legislación y a diferencia de otras como la colombiana por ejemplo, el práctico no es ni un experto ni un testigo, es simplemente un “práctico”, una persona con conocimiento especiales que pueden ser empíricos y que ayuda al juez a la mejor práctica de la prueba,

cuya función como señalamos se limita a ofrecer al juzgador la información necesaria para la materialización del reconocimiento judicial, de ahí que sea viciada aquella práctica judicial conforme a la cual, mediante una inspección judicial se designan expertos para que sean éstos quienes a través de un informe o mediante sus dichos en el mismo acto –juicios de valor- materialicen la prueba, de manera que y por lo menos en nuestro actual sistema de procedimiento, no existe la unión o binomio inspección-experticia y la primera no puede ser puente para la segunda, ya que se trata de dos pruebas que deben proponerse y materializarse en forma separada. Una inspección judicial con designación de prácticos, no puede convertirse en una experticia, ya que esto conduciría a una mutación errónea de la prueba – infracción de normas jurídicas expresas de establecimiento de las pruebas según nuestro sistema recursivo y de casación especialmente- que conducirá a su nulidad e ineficacia, pues la función del práctico no es la de un experto, el primero a quien no se le exige poseer conocimientos especializados para deducir los hechos y emitir juicios de valor, sino meros conocimientos empíricos o provenientes de su experiencia para orientar al juez en la mejor práctica de la prueba; pero tampoco el práctico puede suplir al juez – como ocurre en la práctica forense- al dejar constancia de aquellos hechos que requieran de conocimientos especiales, bien en el mismo acto o en informes presentados por separado –que carecerán de todo valor probatorio- de manera que todas estas irregularidades producen una mutación de la prueba que la invalida y le resta toda eficacia probatoria.

PICÓ I JUNOY se refiere al tema de la diferenciación del “experto” con el “práctico” diciéndonos que mientras el primero interviene en el proceso judicial por designación del tribunal y conforme al procedimiento legal establecido, referente a la solicitud, designación, llamamiento, aceptación del cargo y juramentación, el “práctico” no requiere pasar por dicho procedimiento, bastando el anuncio de su concurrencia al acto de reconocimiento judicial; que el “perito” emite un dictamen por escrito y el “práctico” se limita a realizar observaciones o declaraciones en forma oral que serán recogidas en el acto de reconocimiento; en materia pericial el “perito” puede ser objeto de tacha o recusación, en tanto que en materia de “prácticos” no se prevé ningún procedimiento para garantizar la imparcialidad.⁵³³

En definitiva el práctico es un auxiliar de justicia que solo colabora en la mejor práctica de la prueba, no está designado para emitir juicios de valor como el experto, ni es un simple espectador que conoce los hechos y que se limita a declararlos como el testigo, es un verdadero funcionario judicial auxiliar que debe prestar la información necesaria al juez, cuando le sea requerida, para que facilite la práctica de la diligencia judicial, quien debe ser juramentado, bien antes de la diligencia o en su práctica, pues puede suceder que al momento de su materialización es que se presente la necesidad de su presencia

⁵³³ Joan PICÓ I JUNOY. La Prueba Pericial en el Proceso Civil Español. Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. Editorial J.M BOSCH. Barcelona, 2001. p. 55

para lo cual será en ese momento designado e inmediatamente juramentado y como funcionario judicial auxiliar que es, puede ser recusado el práctico en los términos del artículo 90 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

En cuanto a los honorarios de los prácticos, éstos deben ser cancelados por el solicitante de la prueba previa fijación que haga el juez, a reserva de recuperación eventual por conducto de las costas procesales, sin perjuicio que deban ser cancelados por las partes del proceso cuando se trata de una diligencia oficiosa.

Tratándose del “**sistema de procedimiento oral**” –civil, marítimo, aeronáutico, penal entre otros- cuando el medio probatorio ha sido propuesto en su oportunidad legal, siempre que el tribunal de la causa sea competente territorialmente para la diligencia, pues de lo contrario deberá comisionar, con el objeto de no fragmentar o romper con el principio de concentración que rige en materia de oralidad, si el reconocimiento debe ser realizado fuera de la sede del tribunal, resultará lógico anticipar su práctica a dicho acto de audiencia oral pública o probatoria, fijándose al efecto el momento de su realización de manera que las partes tengan conocimiento de ello y puedan concurrir al acto judicial para ejercitar sus derechos, especialmente el control de la actividad probatoria, todo lo que será recogido en el acta que se levante al efecto y sin perjuicio de la reproducción por cualquier medio, siendo el momento de la audiencia oral y probatoria la oportunidad para que sea tratada la misma, incorporándose mediante su lectura y donde el juez –como expresa NIEVA FENOLL ya citado- debe exponer sus criterios al respecto, lo que considera acreditado con lo que percibió, ello con el fin de permitir a las partes ejercitar su derecho a la defensa y especialmente hacer conocer y ver al judicante el error en la percepción o la inducción de lo percibido, para que sea corregido en la sentencia. De esta manera en el marco del sistema de procedimiento oral, afirmamos que la diligencia de inspección o reconocimiento debe llevarse a cabo antes de la audiencia oral, pública, probatoria, de juicio o como se le haya antojado al legislador denominarla, para que y a los fines de impedir romper la concentración como principio, sea debatido y tratado en la audiencia en cuestión.

Ya para terminar este punto y como dijéramos en párrafos anteriores, mención especial debemos hacer al contenido del artículo 112 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo que expresa [...] *Para llevar a cabo la inspección judicial, el juez concurrirá con el secretario o quien haga sus veces y uno o más prácticos de su elección, cuando sea necesario, previa fijación del día y la hora correspondiente, si la parte promovente no concurre a la evacuación de las pruebas, se tendrá por desistida la misma. Parágrafo Único: En caso de no poder asistir, el juez podrá comisionar a un Tribunal de la jurisdicción para que practique la inspección Judicial, a la que haya lugar.*” El legislador en materia procesal laboral sin ningún tipo de justificación entiende desistido el medio probatorio si la parte no asiste a su evacuación; y decimos que es injustificada y arbitraria la postura del legislador “supino”, pues la carga

de la parte proponente de la inspección o reconocimiento judicial ha quedado totalmente completada o consumada luego de producirse su admisión, quedando sólo en cabeza del judicante su materialización – lo que por demás es gratuito, pues ni siquiera el proponente tiene que sufragar gastos de traslado u otros conceptos como sucedía en otros tiempos- y en la del contendor judicial el derecho de controlar o no la misma con su asistencia, de manera que no resulta constitucional y garantista esta limitación que debe reverse mediante el control de la constitucionalidad o la reinterpretación constitucional.

6. VALORACIÓN PROBATORIA DEL RECONOCIMIENTO O INSPECCIÓN JUDICIAL.

En materia de inspección o reconocimiento judicial el legislador no hizo previsión alguna respecto al valor probatorio o sistema de valoración, limitándose a señalar en el artículo 1430 del Código Civil que [...] *Los Jueces estimarán en su oportunidad el mérito de la prueba.*”; pero tampoco en las demás leyes que regulan la valoración probatoria de los diferentes medios como el Código de Procedimiento Civil, Código Orgánico Procesal Penal, Ley del Procedimiento Marítimo, Ley Orgánica Procesal del Trabajo o la Ley de Protección de Niños y Adolescentes que en general, establecen la sana crítica como sistema de valoración para todos aquellos medios probatorios, salvo que exista una tarifa legal establecida –esto último sólo para el sistema civil que y como hemos comentado se reciente con los derechos constitucionales y con el garantismo propiamente dicho; como consecuencia de su falta de regulación expresa y teniendo en consideración que en general y especialmente en el sistema de procedimiento oral la valoración es a través de la sana crítica, tendríamos que concluir que la inspección o reconocimiento judicial como medio probatorio también debe ser valorado por la sana crítica, mediante la aplicación de reglas de la lógica y la experiencia –máximas de experiencia-.

La inspección o reconocimiento judicial por lo general queda recogido en un acta levantada por el judicante, sin perjuicio que pueda ser reproducida la diligencia, lo que en forma alguna puede considerarse que se trata de una prueba documental o instrumental –según el tipo de documento que se trate- de manera que se aplique en su valoración el sistema correspondiente a estos medios, especialmente la tarifa legal del instrumento público cuando se trata de un acta levantada por el judicante y donde se vierte la diligencia realizada, ello en función a los siguientes argumento: primeramente diremos que la valoración tarifada de la prueba instrumental es un fósil jurídico anacrónico, inconstitucional y antigarantista que debe reverse en la forma que hemos estudiado, abriendo paso a la valoración por medio de la sana crítica; pero además de ello la inspección o reconocimiento judicial se trata de un medio probatorio directo y personal realizado por medio de los sentidos del judicante, quien percibe los hechos aplicando las reglas lógicas y la inducción, no solo para la referida percepción sino para su entendimiento

o comprensión, que comprenderá la asunción directa del hecho, su interpretación, apreciación y finalmente valoración, procedimiento éste que generalmente es mental y que permitirá verificar el hecho de que se trate para poder compararlo con los hechos institucionales afirmados o negados por las partes y debatidos para la formación definitiva de la convicción judicial. En este orden de ideas no se trata de un hecho captado y contenido en un instrumento o documento, capaz de representar en consecuencia un hecho diferente a sí mismo, por lo que y aunque la diligencia de reconocimiento se vierta en un acta o se almacene en un documento no permite hacer la mutación a la mentada prueba documental desvirtuando la esencia personal y directa del reconocimiento, por lo que su valoración no puede hacerse como tal prueba documental.

Esta aclaratoria que parece baladí resulta necesaria cuando observamos nuestro sistema de justicia, donde los operadores de justicia especialmente cuando se trata de inspecciones extrajudiciales, al momento de valorarla lo hacen en forma tarifada y como si fueran instrumentos públicos en los términos del artículo 1.359 del Código Civil, incurriendo en una lamentable y evidente infracción de norma jurídica expresa de valoración probatoria, por aplicar falsamente la norma de valoración documental y dejar de aplicar la norma de valoración a través de la sana crítica, que indirectamente puede conducir a un erróneo establecimiento de los hechos que siendo determinante en el dispositivo del acto sentencial, podría conducir a la demolición del fallo recurrido.

Otra anomalía propia de la valoración del medio probatorio en estudio y sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, se presenta en aquellos casos donde el judicante en la práctica de la diligencia con la carcasa de “práctico” designa un verdadero experto, que en definitiva es quien realiza la actividad judicial, emitiendo juicios de valor sobre el tema que se trate y supliendo en definitiva la actividad sensorial del judicante, todo lo que al final es valorado por sana crítica y como si de inspección o reconocimiento judicial se tratara. Como hemos visto en nuestro sistema de procedimiento no está prevista la combinación de las pruebas en comento –inspección y experticia- sino que se trata de dos medios diferenciados, con procedimientos y momento diferentes, sin perjuicio que en el reconocimiento pueda designarse un práctico que realmente no funge como experto, no emitiendo juicio de valor, deducciones o apreciaciones, no emitiendo un dictamen pericial y limitándose a ayudar al judicante en la mejor práctica de la prueba al ofrecer aquella información que le sea útil al respecto, lo que en ningún momento puede hacer mutar el medio probatorio al punto que sea el práctico-experto quien sustituya los sentidos del judicante, todo ello sin perjuicio que en el proceso y respecto a los mismos hechos puedan realizarse en forma separada la prueba de reconocimiento y la de experticia, que combinadas permitan al judicante conocer mejor el tema debatido y formarse la convicción judicial, por ejemplo que mediante la inspección o reconocimiento deje constancia del estado de un inmueble, su deterioro, inclinación, fisuras, incluso de

personas donde aprecie su conducta y estado físico y mediante una experticia puedan emitirse juicio de valor respecto a la condición del precitado inmueble, las causas y consecuencias a futuro de las fisuras e inclinaciones, así como en el caso de las personas los motivos de su padecimiento, consecuencias a futuro, entre otras cosas, lo que permitirá al judicante hacerse un mejor criterio sobre el tema que se debate, pues en los casos señalados y con la simple inspección sería imposible hacerse un criterio y formar la convicción judicial respecto a las consecuencias y motivos de los daños de un inmueble, así como la condición de la persona reconocida.

Pero ¿qué hacer cuando el experto con ropaje de práctica suple al judicante en la diligencia de reconocimiento?

Ya hemos expresado que se trata de una mutación no permitida en nuestra legislación –aunque otras sí lo permiten como en el caso de la colombiana- donde la designación de un experto para que emita juicios de valor en la práctica de una inspección judicial lesionaría el derecho a las partes de designar a los expertos, el derecho a presentar observaciones orales o escritas, sin perjuicio que la mutación sería a tal extremo que el reconocimiento sería a través de los conocimientos especializados del experto y conforme a sus juicios de valor. En este estado del asunto lo correcto debe ser desechar la diligencia probatoria en éstos términos y ordenar eventualmente, dentro del marco legal permitido otra inspección judicial, lo que pudiera proceder igualmente en el tema de la experticia, siempre que esa actividad oficiosa no lesionara el principio de aportación de parte, todo sin perjuicio que pudiera apreciarse y valorarse aquella parte no mutada o contaminada referida al reconocimiento que sobre los hechos hubiera realizada el judicante –si no fue suplantado en forma total por el experto con ropaje de práctico-; mención especial requiere hacerse en cuanto a la declaración que hagan las personas –diferentes a las partes y al práctico- en la materialización de la diligencia judicial, pues aunque el reconocimiento judicial no es el acto natural para la tomar declaraciones a terceros ajenos al proceso, si esos terceros presentes en el acto realizan declaraciones y estas se refieren a hechos propios del reconocimiento, a los lugares, cosas, documentos o personas, con la presencia o no de las partes o sus apoderados, quienes pueden hacer las observaciones pertinentes, no estaremos en presencia de una mutación de la prueba, ya que la misma estaría dentro de los límites permitidos en la medida que las declaraciones versaran sobre el tema de la prueba, de lo contrario la mutación sería evidente y no tendría eficacia probatoria alguna esas declaraciones; también importa destacar que esos terceros en las condiciones señaladas no tendrían que acudir al proceso a ratificar sus dichos, pues no se trata de instrumentos emanados de terceros, ni de testigos en sentido general, sino de terceros que declaran sobre los hechos inspeccionados y que serían apreciados y valorados dentro del medio probatorio de la inspección o reconocimiento judicial.

Volviendo al tema del acta que recoge la inspección o reconocimiento judicial, que aún siendo un instrumento público no permite la mutación de la prueba que estudiamos, es importante señalar que la misma –acta- puede ser objeto de tacha de falsedad en los casos previstos en el artículo 1.380 del Código Civil, pero si lo que pretende cuestionar es la falsa o errónea percepción del juzgador de los hechos que cayeron en sus sentidos, lo que procederá será la impugnación de la prueba y la proposición de una nueva para determinar la fidedignidad, falsedad o equivocación en la percepción de los hechos, pues siendo el juez un ser humano, sus sentidos pueden engañarlos, viendo, oyendo, oliendo, percibiendo o probando algo que no es cierto o que no se compagina con la realidad que previo a la práctica de la diligencia habría sido modificada por el interesado para hacer ver una realidad diferente a la que realmente es; en todo caso es conveniente que el juez realice de nueva la prueba oficiosamente, aún cuando se trate de un comisionado.

La valoración del reconocimiento judicial por la naturaleza del medio no puede ser considerada en forma tarifada, siendo incluso absurdo que alguna norma así lo estableciera pues simplemente se estaría estableciendo de antemano y en forma mecanizada el criterio judicial y la percepción del judicante, lo que y como hemos estudiado en su momento es totalmente lesivo del derecho constitucional de acceso al sistema probatoria y antigarantista; pero y sin perjuicio de ello, entendiendo que la valoración de este medio debe ser por la sana crítica, mediante la aplicación de reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos, el judicante en la diligencia probatoria percibe directamente los hechos de las personas, lugares, cosas o documentos sobre los cuales recae el acto probatorio, interpretando lo que percibe por sus sentidos, apreciando en su fuero interno los mismos y finalmente valorándolos, lo que le permitirá tener como tal al hecho debatido que se trate y cuya fuente ha sido obtenida por esa percepción personal, sirviéndole para la verificación al compararlo con las afirmaciones institucionales en que se fundamentan las diferentes pretensiones para la formación de la convicción judicial; además y como es lógico la valoración de la actividad probatoria mediante el reconocimiento debe relacionarse o realizarse en conjunto con otros medios probatorios que le permitan una correcta convicción judicial sobre lo debatido, pues y como lo hemos expresado muchas veces la mera inspección o reconocimiento es insuficiente para el convencimiento del judicante en forma total, ya que podrían quedar desatendidos otras circunstancias de hecho que permitieran un mejor entendimiento e interpretación de lo percibido, como la declaración de testigos o las experticias –recordemos el ejemplo del reconocimiento sobre inmuebles deteriorados o sobre la condiciones de personas-.

Pero esa convicción judicial hemos dicho en varias oportunidades no está exenta de falencias o errores, lo que trasladado al tema del reconocimiento judicial nos permite afirmar que el simple hecho que se trate de una percepción directa y personal de los hechos –fuentes- por parte del judicante, no

produce de manera inmediata la inexistencia o imposibilidad de errores que puedan reflejarse en la valoración. Estos errores pueden ser respecto a la percepción misma, cuando por ejemplo no se hace en forma completa y detallada, percibiendo no solo los aspectos fundamentales sobre los cuales recae la actividad, sino todos aquellos relacionados y secundarios que puedan influir en el entendimiento de los hechos principales; cuando el judicante se impresiona con los hechos percibidos y para los cuales se requiere de conocimientos especiales que complementen la actividad probatoria y que permitan entender lo que ha percibido; también puede suceder que las partes hayan inducido al judicante a percibir de una forma determinada los hechos y manipular la convicción judicial –por ejemplo el acomodo de lugares para que fueran inspeccionados- sin perjuicio que pudieran darse supuestos donde el judicante al momento de la percepción de los hechos no fuera lo suficientemente meticuloso para apreciar mínimos aspectos que le permitirían interpretar, entender y valorar de otra forma los hechos percibidos; también decimos que el error puede estar en la aplicación de las reglas de la lógica y la experiencia para interpretar y valorar los hechos. Estas situaciones por ejemplo pudieran ser observadas y apreciadas al comparar lo percibido, con lo dejado en el acta o lo documentado filmicamente y que conduciendo a un error judicial, pudieran dar motivo al ejercicio de las vías recursivas para rever la situación al haberse establecido erradamente los hechos influyentes en las resultas judiciales, a causa de errores de percepción u otras anomalías en la forma indicada que conducen a una valoración viciada del medio probatorio.

Para finalizar este apartado nos parece oportuno referirnos a los estudios del profesor NIEVA FENOLL respecto a la valoración del reconocimiento, quien nos dice que se trata de la prueba más difícil de valorar, hasta el punto que la doctrina ha llegado a considerar que se sitúa al margen de los sistemas de valoración –lo que podría sostenerse en nuestro sistema de procedimiento pues y como hemos expresado el legislador no estableció en forma cierta si se aplicarían las reglas tarifadas o de la sana crítica-; que el problema se presenta a diferencia de otros medios probatorios, por el hecho que la prueba de reconocimiento judicial en apariencia el juez no posee nada más que su propia percepción para basar el juicio, no teniendo una información que interpretar y descifrar como en la declaración de testigos, juicios de expertos y el medio documental, aunque –indica- el juez puede hacerse acompañar de testigos y expertos que lo ayuden a interpretar lo que ve y hasta las propias partes, sin perjuicio que al final se trata de una valoración perteneciente a su fuero interno, que puede ser influenciado por esos otros medios. Indica que el reconocimiento judicial no es distinto al resto de las pruebas, pues éste utiliza su percepción directa como también lo hace en otros medios como documentales, cuando directamente percibe el hecho documentado –lo cual es correcto pues precisamente uno de los problemas y errores en que incurren la doctrina y especialmente los amantes de la oralidad, es la consideración e hipervaloración de la inmediación, que realmente no es con la fuente probatoria, sino con el medio, tal como ocurren en

general con todas aquellas realizadas en presencia del judicante que deba sentenciar-; que la doctrina ha percibido que el reconocimiento tenía algo diferente al resto de los medios probatorios, lo que a juicio del citado profesor español se ubica en el hecho que en los demás medios probatorios el judicante percibe los hechos que debe procesar y descifrar mediante la interpretación y apreciación, lo que no se produce en el reconocimiento donde y en forma conjunta o simultánea el judicante percibe los hechos y los interpreta, no siendo necesario su descifrado, ello porque la fuente no viene cifrada por el lenguaje como sucede con el documento, dictamen o el sujeto de la prueba –parte, testigo o perito- de manera que el judicante percibe directamente el hecho a través de sus sentidos al reconocer la persona, el lugar, la cosa o el documento, que no estando cifrada simplemente y en forma simultánea lo interpretará; en este sentido expresa [...] *Esta falta de intermediación del lenguaje entre el objeto de la prueba y el juez es la que creo que ha provocado la complejidad de buena parte de la doctrina, en cuanto al cuestionamiento del elemento distintivo de este medio de prueba, lo que parece que ha condicionado bastante su estudio.*”

Siguiendo con el estudio del profesor español éste se pregunta si **¿escapa el reconocimiento judicial a los sistemas de valoración?**, respondiendo al efecto que en principio se afirmaría que estaba al margen de los sistemas de valoración, al depender del propio testimonio judicial, lo que en esencia no podía ser valorado realmente por su propio autor, por no ser posible que nadie contradijera sus propias percepciones; que en el marco de la prueba de reconocimiento y a diferencia de otros medios no se requiere de ninguna comprensión suplementaria del judicante quien percibe directamente los hechos, no precisándose de decodificación lingüística, pues y como indica al momento de la percepción simultáneamente se interpreta pero no se decodifica, no existe un código lingüístico codificado, solo el hecho y la percepción directa del judicante –señalamos- incluso simultáneamente se percibe el hecho y se valora, dado que –expresa- lo que no se percibe no se valora; que el judicante no solo en el reconocimiento sino en cualquier medio probatorio valora mientras observa, teniendo que interpretar su propia percepción, operación que se hace de manera simultánea y así indica que [...] *Nada diferente sucede con el reconocimiento judicial. El juez no solamente “percibe”, sino que permite y valora al mismo tiempo, y realiza esa operación de valoración de idéntica forma a la descrita para el resto de las pruebas. Va ha utilizar las mismas herramientas que con cualquier otro medio de prueba de valoración libre, es decir, las máximas de experiencia, aunque luego veremos cómo se concretan dichas máximas de experiencia en este caso, al igual que se ha expuesto con el resto de los medios de prueba. Y aunque parezca que el juez no puede negar la realidad que ha visto, hay que decir que, bien al contrario, por supuesto que puede negar dicha realidad, si se tiene en cuenta el funcionamiento de los procesos de la memoria que vimos anteriormente. El juez, como cualquier otro ser humano, distorsiona sus recuerdos con el paso del tiempo. Y aunque tenga, no ya un acta del secretario judicial, sino una filmación de aquello que vio es posible que en una ulterior reflexión distorsione su propio recuerdo. O vea en la filmación algo en lo que no reparó la primera vez. Por tanto, por descontado que someterá a crítica su*

primera valoración, y hasta es posible que la cambie y complete más de una vez hasta el momento de la sentencia.” Conclusión de lo anterior es que para el profesor español el reconocimiento judicial es una prueba de libre valoración, aunque sí tendría que afirmarse –indica- que sería imposible crear una norma de valoración legal con respecto al medio probatorio en cuestión.

Un aspecto interesante que destaca el profesor NIEVA FENOLL es precisamente el tema de la aplicación de las máximas de experiencia en la valoración del reconocimiento judicial, diciéndonos al efecto que en mucho de los casos los hechos a percibir escapando del conocimiento general y empírico del judicante, conducirá a su inmediata impresión que se reflejará en la interpretación y valoración, generando una convicción errada de lo que es, señalando como ejemplo el caso de reconocimiento sobre personas donde puede impresionarse por la herida sufrida, de lugares donde se impresiona de su ubicación, deterioro o ruina, como cuando observa una gotera y humedad haciéndose una errada idea del estado de deterioro o ruina de la edificación, siendo que en estos casos realmente su máxima de experiencia es limitada y para una interpretación o valoración correcta de los hechos sea necesario la concurrencia de expertos que complementen la interpretación y le indiquen qué es lo que está viendo – lo que en nuestro caso podría ser mediante el práctico, no para que emitiera juicios de valor o deducciones, sino simplemente para que coadyuvara al judicante respecto a lo que está percibiendo y éste pueda hacerse un juicio correcto respecto a los hechos debatidos-. Incluso el precitado profesor español indica que [...] *El juez puede valerse de esos conocimientos, pero sería muy conveniente que expresara su interpretación de los hechos antes de la fase de conclusiones, como colofón a la prueba de reconocimiento judicial, de manera que las partes puedan contestar debidamente dicha valoración, si así lo creyeren conveniente.”*; que sin la presencia de los peritos podría llegarse a frustrar la prueba por el posible equívoco del judicante, por no tener habitualmente la pericia e impresionándose con lo que no es pues y como indica [...] *Quedará impresionado, del mismo modo que cualquier de nosotros nos dejamos impresionar, por ejemplo, por una severa grieta en un edificio, que, valorado por experto, puede ser una grieta de asentamiento que no tenga la más mínima importancia. Y en cambio a ojos de un profano le parezca que se va a caer. La percepción de lo grave o de lo peligroso varía a ojos de un experto y de un lego.”*

Respecto a los errores en materia de reconocimiento judicial, nos dice estos pueden ser de “percepción” o de “valoración técnica”, los primeros que al igual que el testigo, el juez puede sufrir las consecuencias del olvido por el transcurso del tiempo que afecten la percepción o entendiendo de lo percibido por la diligencia probatoria; que el juzgador no por casualidad está presente en la escena de los hechos ni tampoco desconoce con lo que se va a conseguir, pues las partes promueven el medio probatorio indicando los hechos sobre los cuales va a recaer a lo cual y en la medida que se cumplan los requisitos legales –agregamos- el juez accederá; que ante esta circunstancia pueda que el juez se limite a percibir lo indicado por las partes, pasando por alto otras circunstancias también de importancia para la

convicción judicial; que si no se hace acompañar de perito posiblemente pierda la oportunidad de percibir determinados datos que por su limitada capacidad sean imperceptibles, de manera que a juicio del profesor español todo conduce a la necesidad de hacerse acompañar con el precitado experto y ser cuidadoso con los detalles, no limitándose a percibir sólo aquello que la parte proponente habría indicado. Por su parte los “errores de valoración técnica” se presentan también en casos de percepción de los hechos que no serían captados por sujetos comunes, sino sólo con la concurrencia de expertos, por ejemplo indica que si una persona está inerte en la calle, no podría conocerse si está dormida o muerta, así como la conducta de un sujeto que ha consumido o no sustancias estupefacientes, a cuyo efecto indica que en estos casos, si el judicante advierte que para la realización de la diligencia probatoria también se requeriría de conocimientos especializados, el medio no sería admitido si no se propusiera a su vez y como complemento –indicamos- la experticia, pues de lo contrario simplemente se impresionaría por lo que viera o no podría percibir la realidad de los hechos –lo que en nuestro sistema de procedimiento pudiera ser complementado con la presencia de los prácticos en la forma que hemos expresado-.

Finalmente interesa destacar del estudio del profesor NIEVA FENOLL que la valoración de la prueba de reconocimiento judicial debe estar contextualizada, lugar, modo tiempo de la percepción, sin la presencia de comentarios oportunistas del judicante, por ejemplo cuando no recuerde algunas cosas y tienda a llenar esos vacíos con improvisaciones, cuya ausencia pudiera conducir a discrepancias entre o contrariedad entre el acta o la filmación con lo indicado como percibido; que en estos casos y para evitar o prevenir errores indica que [...] *En esta prueba, más que en ninguna otra, es necesario celebrar debidamente la fase de conclusiones, dado que en la misma es donde las partes van a poder exponer su versión sobre lo mismo que el juez ha visto. De hecho, aunque no esté previsto en la legislación, en aras de poder conseguir la difícil objetividad del reconocimiento judicial, como ya indiqué en su momento, sería muy positivo que el juez expusiera sus conclusiones sobre lo que observó antes de dictar sentencia, lo que resultaría especialmente relevante en el caso de reconocimiento judicial. No basta que las partes dispongan del acta o de la filmación. Es necesario que sepan con precisión aquello que el juez ha creído tras su percepción, porque esa es la forma de cubrir despistes, llenar olvidos, y, en definitiva, reconstruir buenamente entre todos lo realmente acaecido, siempre que las partes colaboren, claro está, porque de lo contrario será imposible.*⁵³⁴

7. INSPECCIÓN EXTRAJUDICIAL.

⁵³⁴ Jordi NIEVA FENOLL. La Valoración de la Prueba. pp. 333 y ss.

Como hemos expresado en puntos anteriores, la inspección o reconocimiento judicial puede ser realizada dentro o fuera del proceso, siendo que cuando la inspección es realizada fuera del proceso y antes del mismo estaremos en presencia de la denominada “inspección o reconocimiento extrajudicial”, que puede materializarse con presencia del futuro contendor judicial, vía retardo perjudicial, conforme a lo previsto en el artículo 813 y siguientes del Código de Procedimiento Civil o por medio de simples diligencias probatorias anticipadas sin presencia del futuro contendor judicial, como reconocimientos judiciales para futura memoria a que se refieren los artículos 1.429 del Código Civil, 936 y 938 del Código de Procedimiento Civil; esta denominación de inspección o reconocimiento extrajudicial no es del todo correcta, pues y aunque es realizada antes del proceso judicial donde se llevará para formar la convicción judicial, en definitiva es realizada por el judicante –aunque no sea quien deba sentenciar– siendo la verdadera inspección extrajudicial aquella que no es realizada por el juez, como el caso de las inspecciones o reconocimientos a secas que como actos de investigación se prevén en el sistema de procedimiento penal, así como aquella prevista en la Ley de Registro Público y Notariado donde se le da competencia para tal fin a los notarios.

Sin perjuicio de lo dicho indiquemos que el fundamento de la inspección extrajudicial, es precisamente el hecho de existir el temor fundado que los hechos sobre los cuales recaiga la actividad puedan desaparecer o modificarse con el pasar del tiempo, por la acción u omisión de los sujetos de manera que sea necesaria preconstituir la fuente probatoria; de esta manera y ante esta situación pueden los interesados, con o sin la presencia del futuro contendor judicial, acudir ante cualquier juez competente –de cualquier categoría– para que proceda a preconstituir la fuente probatoria, previa la justificación del perjuicio que se tema y que pueda causar el retardo, por la posibilidad que desaparezca o se modifiquen los hechos, justificación que quedará a la apreciación y valoración del judicante a través de la sana crítica y que en todo caso, será nuevamente analizada por el juez que en definitiva reciba la prueba y deba valorarla. Estas diligencias probatorias de preconstitución con o sin asistencia del futuro y eventual contendor judicial, constituye una emanación del debido proceso legal y del derecho constitucional de la tutela judicial efectiva, más aún y como lo hemos expresado se encuentran comprendidas en el derecho constitucional de acceso al sistema probatorio, pues precisamente como uno de sus componentes se presentan tanto la anticipación de medios, como la preconstitución y aseguramiento de fuentes probatorias, que en definitiva garantizan el ejercicio de ese derecho al sistema probatorio, de manera que su fundamento, mas que procesal es de carácter constitucional, al garantizarse el derecho y la justicia, el derecho a la prueba judicial, circunstancia esta de suma importancia para la valoración de esta actividad, pues aún cuando la diligencia pueda ser materializada por vía de reconocimiento para futura memoria sin la asistencia del eventual y futuro contendor judicial, que le impide ejercer el derecho de control y

contradicción de la prueba, que también resulta una emanación del derecho constitucional de la defensa y del derecho de acceso al sistema probatorio, ello no resta eficacia probatoria a la diligencia, pues precisamente su fundamento descansa en el derecho a la defensa y en la garantía a una tutela judicial efectiva, de asegurar la prueba –fuentes- antes que desaparezca –con o sin la intervención humana- lo cual en definitiva no es otra cosa que asegurar el derecho que se dice tener y que se reclamará judicialmente, pues tanto como no probar es como no estar asistido del derecho que se reclama; como consecuencia de lo dicho tenemos que las diligencias probatorias anticipadas, preconstitución de fuentes y su aseguramiento sin presencia del contendor judicial, resultan eficaces y valorables en definitiva, al presentarse una permeabilidad o relajación del control propiamente dicho, sin perjuicio que también se extiende al tema de la intermediación, ello en base a una interpretación garantista del asunto.

Para la inspección extrajudicial y como lo hemos sostenido al tratar el tema constitucional de la actividad probatoria, se hace necesario que la petición esté debidamente motivada, donde se explique al judicante por ejemplo los hechos que permiten inferir que de no asegurarse las fuentes probatorias o preconstituirse por ésta vía, con el transcurso del tiempo pudieran desaparecer o modificarse sustancialmente de manera que se perdiera o afecte el derecho a la prueba; igualmente la providenciación del judicante y con vista a la petición y a los argumentos que se expongan, así como a los medios probatorios que pudieran acreditar los motivos de la solicitud, debe estar razonada mediante criterios lógicos y jurídicos, basados en juicios de probabilidad, verosimilitud, indicios, presunciones o juicios con primeras impresiones –enjuiciamientos *prima facie*- lo que deberá estar plasmado en la decisión, ya que esa motivación es precisamente el elemento que permitirá conocer el criterio del judicante y la necesidad de anticipar, preconstituir o asegurar los medios y fuentes respectivamente, así como la permisología de atenuación del control cuando la actividad se realice sin citación del futuro contendor judicial, sea por no existir, por no conocerse o por no localizarse. Lo dicho inmediatamente conduce a descartar esa práctica viciada mediante la cual el tribunal sin justificación ni motivación alguna se limita a acceder a la petición de inspección fijando el momento para su realización, la cual será en la misma forma que hemos estudiado y donde igualmente se levantará un acta donde se vierta la diligencia, sin perjuicio de su filmación por medios mecánicos o electrónicos.

En cuanto a la oportunidad procesal para la producción de la inspección extrajudicial al proceso judicial donde se propone como medio de prueba y la exigencia de su ratificación o no, debemos señalar, que si bien el acta de inspección judicial es un instrumento público, no estamos en presencia de la prueba documental escrita, sino de una prueba de inspección extrajudicial, que como tal, debe ser propuesta en el lapso probatorio, pues de lo contrario se crearía una especie de privilegio de ésta con relación a la judicial, en el sentido que si pensamos que se trata de una prueba que le es aplicable la regulación de la

prueba documental escrita, que permitiría su aportación en el libelo de la demanda –de ser fundamental- o en cualquier estado y grado del proceso, se privilegiaría esta modalidad de reconocimiento judicial, sobre aquella producida en el mismo proceso, cuando en realidad, se trata de la misma prueba, vale decir, de una inspección o reconocimiento judicial, no de una prueba por documentos escritos.

En cuanto a la eficacia probatoria de la inspección o reconocimiento extrajudicial, debe aplicarse el mismo contenido del artículo 1.430 del Código Civil, vale decir, que la misma debe ser apreciada y valorada por la sana crítica del operador de justicia, quien en todo caso deberá tener en cuenta el perjuicio temido que motivó a materializar la diligencia probatoria antes del proceso judicial, por el paso del tiempo y la posibilidad de desaparición de los hechos o su modificación, elemento éste de importancia a los fines de precisar si la inspección extra-proceso, debe o no ser ratificada en el proceso donde se produce; así el elemento que justifica la práctica de la inspección bajo la modalidad extrajudicial insistiremos es el temor y el perjuicio que pudiera sobrevenir por el hecho que, por el transcurso del tiempo, pudieran desaparecer o modificarse los hechos, de manera que si para el momento en que la inspección extrajudicial es propuesta en el proceso judicial, los hechos o circunstancias sobre los cuales versó la diligencia no han desaparecido o no se han modificado, la diligencia anticipada carece de eficacia probatoria al haberse desaparecido el elemento que la justificaba –el precitado temor de desaparición o modificación de los hechos- lo que sumado a la ausencia de eventual control y especialmente de la inmediación, interdictarían que se valorara en el proceso judicial; pero si los hechos efectivamente han desaparecido o se han modificado, la preconstitución de estas fuentes probatorias cuando fueran realizadas por un juez –descartamos así los actos de investigación y las inspecciones de notarios- serían apreciables y valorables por el juez de la causa, sin necesidad de ratificación alguna, presentándose en este caso una atenuación al principio de inmediación y control de la prueba, por el hecho de la urgencia que motivó la diligencia y que haría satisfacer aquel presupuesto de procedencia de la inspección extrajudicial al que nos hemos referido.

Dicho esto inmediatamente surge la interrogante: **¿cómo y quien tendrá que demostrar la desaparición o modificación de los hechos que valida la diligencia anticipada?** La respuesta no es tan simple, pues si pensamos en el propio proponente, éste no puede ser tan torpe de proponer una inspección judicial cuando los hechos no se han modificado o no han desaparecido, vale decir, que no sería tan torpe de proponer la prueba en el proceso con los fines de demostrar tales circunstancias; pero en caso contrario sí podría proponer la prueba de inspección para dejar constancia que los hechos sobre los cuales recayó la actividad sensorial del funcionario que practicó la diligencia antes del proceso, han desaparecido o se han modificado, circunstancia esta que nos coloca en la tesis conforme a la cual, quien realizó la inspección extrajudicial debería ratificar la misma mediante la proposición de una nueva

inspección judicial para dejar constancia de la desaparición o modificación de los hechos que fueran inspeccionados antes del proceso; la otra posición que pudiera presentarse, es que quien peticionó la diligencia de preconstitución no tuviera que ratificarla en forma alguna, no teniendo que acreditar que los hechos desaparecieron o se modificaron, aunque la parte que no intervino en la práctica de la diligencia pudiera proponer la prueba de inspección, no para demostrar los hechos sobre los cuales recayó la diligencia extrajudicial y cuya carga corresponde a su contendor judicial, sino únicamente para que se deje constancia o perciba que los hechos sobre los cuales versó la inspección extrajudicial se encuentran intactos y no han desaparecido o se han modificado, quedando de esta manera demostrado que no se dieron los requisitos de procedencia de la diligencia antes del proceso, que conlleva a su invalidez e ineficacia. Esto último debe hilarse muy finamente y debe ser entendido bien por el operador de justicia, pues no se trata de realizar nuevamente la inspección, no se trata de hacer la prueba al contendor judicial, se trata de dejar constancia únicamente que los hechos sobre los cuales recayó la inspección extrajudicial no ha desaparecido o no se han modificado, de manera que todo dependerá del criterio del operador de justicia y del régimen judicial de turno.

En todo caso pensamos que lo señalado solo se refiere a la demostración de la desaparición o modificación de los hechos inspeccionados antes del proceso, lo que no quiere decir que para la validez de la misma, el proponente deba ratificarla en el proceso mediante la realización de una nueva inspección para demostrar que los hechos han desaparecido o se han modificado, ni se requiere que el funcionario que la haya realizada deba acudir al proceso a ratificarla, pues si los hechos no han desaparecido o no se han modificado, si están iguales que para el momento de realizarse la diligencia probatoria, será el no proponente quien deba alegar y demostrar tal circunstancia, pudiendo proponer otra inspección judicial en los términos señalados el párrafo anterior; este criterio de la no necesidad de ratificación en el proceso, ha sido sostenido por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, señalándose que basta que la parte solicitante de la inspección extrajudicial alegue y demuestre o fundamente el temor que tema y el perjuicio que los hechos desaparezcan, los cuales serán analizados por el juzgador, satisfechos los cuales conllevarán a la práctica de la diligencia, entendiéndose la misma como promovida y evacuada válidamente, no requiriendo ratificación al haber el funcionario analizado y apreciado por sus sentidos las circunstancias de una situación de hecho.⁵³⁵

⁵³⁵ Pueden consultarse las siguientes sentencias dictadas por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia: N° 399, de fecha 30 de noviembre de 2000, con ponencia del magistrado Antonio RAMÍREZ JIMÉNEZ; N° 367, de fecha 15 de noviembre de 2000, del mismo ponente; N° 514 de fecha 22 de septiembre de 2009, con ponencia de la magistrado Yris Armenia PEÑA ESPINOZA.

Otro punto importante que debemos destacar en este apartado, es precisamente el referente a la oportunidad legal y la forma de ingreso de la inspección extrajudicial al proceso donde se pretenda hacer valer. Al respecto la cuestión dependerá del tipo de procedimiento que se trate, pues en el marco del sistema de procedimiento civil escrito, entendiendo que la inspección extrajudicial documentada en un acta no muta a la prueba documental o instrumental pública, afirmamos que su promoción debe ser en el lapso de promoción de pruebas; más cuando del sistema de procedimiento oral se trata, aportándose en el lapso de promoción de pruebas según cada procedimiento, su ingreso será mediante la lectura oral del acta en la audiencia oral a los fines que sea controvertida y se forme la prueba en audiencia, lo que no se trasplanta para las inspecciones o reconocimientos como actos de investigación, que y como hemos sostenido su ingreso será mediante la declaración de los funcionarios que la realizaron, así como de los testigos que hayan actuado en la misma y eventualmente de los expertos, todo conforme a lo que hemos expresado en este tema.

Finalmente indiquemos que conforme al criterio del Tribunal Constitucional en la práctica de la inspección extrajudicial y especialmente sin la presencia del contendor judicial, lo cual no descarta que esté presente al momento de su materialización, el operador de justicia goza de plena facultad para la misma, pudiendo incluso allanar inmuebles sin autorización de sus poseedores o propietarios, bastando la orden judicial, trátese o no de procesos contenciosos, siempre que se encuentren habitados, donde se notifique a sus habitantes y permitiéndoseles exponer lo que creyeran conveniente, respetándose sus derechos y garantías constitucionales, pero de estar los inmuebles desocupados –indica la Sala Constitucional- se activarán los derechos contenidos en los artículos 60 –protección al honor y privacidad- y 115 –derecho a la propiedad- constitucionales, no pudiéndose materializar la actividad judicial. En este sentido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia señalaría:

El Código de Procedimiento Civil divide al proceso en ordinario y especial.

El Libro Cuarto del Código a su vez divide los procedimientos especiales en dos clases: 1) Los Especiales Contenciosos (Libro Cuarto. Parte Primera) 2) De la Jurisdicción voluntaria (Libro Cuarto. Parte Segunda). Luego, los procedimientos de jurisdicción voluntaria son, como parte del proceso, de igual entidad que los contenciosos. Ambos tipos de procedimientos forman parte del proceso en general y por ende del Derecho Procesal. Ambos producen sentencias, y dichos fallos producen efectos, variando estos básicamente en lo atinente a la cosa juzgada (artículo 898 del Código de Procedimiento Civil).

En consecuencia, no existe diferencia alguna en el desenvolvimiento de estos procesos, en cuanto a la ejecución de los actos procesales y las órdenes judiciales que en ellos tengan lugar.

Por lo tanto, no existe norma alguna que permita que en un proceso contencioso el tribunal acceda a un inmueble y que lo niegue para el proceso no contencioso. El que en este último, la noción de partes no sea idéntica a la del proceso contencioso, no puede influir en que los actos que ordene el tribunal dejen de cumplirse, ya que de ser así, la finalidad de formar y desarrollar situaciones jurídicas que persigue la jurisdicción voluntaria, se haría nugatoria.

Tratándose de procesos donde se oye a los interesados y donde el artículo 896 del Código de Procedimiento Civil previene, sin diferenciar, la apelación de las determinaciones del juez en materia de jurisdicción voluntaria, los interesados, a quienes se cita o entran en conocimiento del proceso (artículo 900 *eiusdem*), pueden apelar.

Al no existir diferencias de fondo en cuanto a lo procesal, entre la actividad del juez en el proceso contencioso y la del proceso no contencioso, las disposiciones fundamentales del Código de Procedimiento Civil se aplican a ambos tipos de procesos, y en consecuencia el artículo 21 tiene plena vigencia. El mismo reza:

“Los Jueces cumplirán y harán cumplir las sentencias, autos y decretos dictados en ejercicio de sus atribuciones legales, haciendo uso de la fuerza pública, si fuere necesario. Para el mejor cumplimiento de sus funciones, las demás autoridades de la República prestarán a los Jueces toda la colaboración que éstos requieran”.

Esta norma tiene un equivalente en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual dice:

“Los tribunales para la ejecución de sus sentencias y de todos los actos que decreten o acuerden, pueden requerir de las demás autoridades el concurso de la fuerza pública que de ellas dependa, y, en general, valerse de todos los medios legales coercitivos de que dispongan. Se exceptúa en caso de conflicto de poderes, el cual deberá ser sometido a la decisión de la Corte Suprema de Justicia.

La autoridad requerida por un tribunal que obre en ejercicio de sus atribuciones, debe prestar su concurso sin que le corresponda calificar el fundamento con que se le pida, ni la legalidad o la justicia de la sentencia o decreto que se trate de ejecutar”.

Si el juez, con independencia del proceso de que se trate, puede hacer uso de todos los medios coercitivos para ejecutar sus actos, puede ingresar a los inmuebles para hacerlos cumplir, haciendo uso de la fuerza pública si fuese necesario; y para ello no necesita de orden previa de allanamiento, ya que esta, tanto en el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal en materia de visitas domiciliarias, como en el vigente Código Orgánico Procesal Penal (artículo 225) se requiere cuando persona diferente al juez va a ingresar en un lugar privado o que goce del fuero, a que se refiere el artículo 47 de la vigente Constitución.

Cuando el juez es el que actúa, lo único que se requiere es la orden judicial previa, y su notificación al momento de la práctica del acto, en el recinto privado o en el hogar doméstico de la persona, a quien allí se encuentre.

El artículo 47 del vigente texto constitucional, cuya matriz es el 63 de la abrogada Constitución de 1961, permite el allanamiento por orden judicial “para cumplir de acuerdo con la ley las decisiones que dicten los tribunales, respetando siempre la dignidad del ser humano”.

En consecuencia, el juez para cumplir sus decisiones y decretos, sin importar si ellos se dictan en procesos contenciosos o no contenciosos, pero siempre que respondan a actos o actuaciones prevenidas en la ley, como lo es la práctica de una inspección ocular extra *litem*, puede dictar una orden judicial en el sentido de allanar un inmueble, procediendo a notificar de la misma a quien en el se encuentre, para que exponga lo que creyere conveniente, en protección de sus derechos y garantías constitucionales. El juez se abstendrá de practicar la prueba, si la dignidad de las personas u otros derechos o garantías constitucionales se vieren menoscabados o disminuidos.

Solo así, una serie de procedimientos de anticipación de pruebas de naturaleza no contenciosa, pueden llevarse a cabo, tales como los previstos en los artículos 146, 175, 181, 556, 722, 724 u 745 del Código de Comercio, o en la Ley sobre Derecho de Autor.

Pero esta Sala debe advertir, que aunque no existe diferencia en cuanto a los autos, decretos o providencias judiciales que dicten los jueces, en razón de que surjan en un proceso contencioso o en uno no contencioso, **la existencia de disposiciones fundamentales de la Constitución, como las de los artículos 60 o 115, impide a los jueces en los procesos no contenciosos allanar inmuebles protegidos por el**

artículo 47 de la Constitución vigente, si ellos se encontraren desocupados sin la presencia de personas a quien notificar, ya que la irrupción del tribunal a dichos lugares, sin posibilidad de dar conocimiento de ella a quienes los habitan, podría desmejorarles no solo el derecho de propiedad, sino la protección al honor, la intimidad, la reputación o la vida privada de quienes moran o habiten en alguna forma en los inmuebles. La situación es diferente dentro de un proceso contencioso donde las partes deben ser citadas, donde la prueba a practicarse en inmuebles de terceros versa sobre hechos pertinentes, por lo que las partes tienen interés en la práctica de las mismas y en estar presente en esas oportunidades, minimizándose así los riesgos para los propietarios o poseedores de los inmuebles que estén desocupados.⁵³⁶

⁵³⁶ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 619 de fecha 26 de junio de 2000, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo CABRERA ROMERO, expediente N° 00-0263. Esta decisión contó con el voto salvado de Héctor PEÑA TORRELLES y el voto concurrente de Moisés A. TROCONIS VILLARREAL, éste último quien señalaría que la interpretación de la norma 47 constitucional debe ser restrictiva y que no debe proceder el allanamiento sobre la base de providencias dictadas en procedimientos no contenciosos, sino sobre la base de providencias de contenido decisorio, destinadas a juzgar y resolver puntos controvertidos en el contexto de la tutela consagrada por la disposición constitucional.

CAPITULO X

REPRODUCCIONES, RECONSTRUCCIONES Y EXPERIMENTOS CIENTÍFICOS

SUMARIO: 1. Reproducciones de hechos. Definición. Características. Naturaleza. Promoción. Valoración. 2. Reconstrucciones. Definición. Características. Naturaleza. Promoción. Evacuación. Valoración. 3. Experimentos científicos o pericia científica. Definición. Características. Naturaleza. Diferencia con la experticia tradicional. Promoción, evacuación y valoración. Prueba de heredo-biológico o ADN.

1. REPRODUCCIONES DE HECHOS. DEFINICIÓN. CARACTERÍSTICAS. NATURALEZA. PROMOCIÓN. VALORACIÓN.

La reproducción mecánica de hechos se encuentra regulada en el artículo 502 del Código de Procedimiento Civil que dispone [...] *El Juez, a pedimento de cualesquiera de las partes y aun de oficio, puede disponer que se ejecuten planos, calcos y copias, aun fotográficas, de objetos, documentos y lugares, y cuando lo considere necesario, reproducciones cinematográficas o de otra especie que requieran el empleo de medios, instrumentos o procedimientos mecánicos.*”, cuya idéntica copia se encuentra en el 107 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, siendo una mecánica que permite que se ejecuten planos, calcos, copias, fotografías de objetos, documentos y lugares, así como reproducciones cinematográficas o de cualquier otra especie que requieran el empleo de medios, instrumentos o procedimientos mecánicos; no se trata como tal de un medio de prueba judicial, sino de una “mecánica” que puede utilizarse en el decurso del proceso judicial, con la finalidad de documentar o recoger hechos que sirvan a la solución del conflicto judicial, utilizando para ello medios mecánicos capaces de captar los hechos, almacenarlos y reproducirlos posteriormente.

Ensayando una definición de las “**reproducciones judiciales**” podríamos decir que se trata de *un instrumento o medio procesal, una mecánica que pueden utilizar y proponer las partes o que el operador de justicia puede ordenar oficiosamente, para que se reproduzcan hechos con significación probatoria que sirvan a la solución del conflicto judicial, para la convicción judicial al captar y almacenar fuentes que puede ser reproducidas utilizando para ello medios mecánicos capaces –insistimos- de captar los hechos y reproducirlos posteriormente; pero la norma contenida en el artículo 502 del Código de Procedimiento Civil, no solo regula la posibilidad de reproducción de hechos controvertidos, sino que también regula la posibilidad de que se reproduzcan hechos estáticos mediante la realización de planos, calcos, copias o fotografías de objetos, documentos y lugares, que en definitiva captarán por reproducción –fotografía o copias- o por la percepción de un acto humano –planos o calcos- hechos que son relevante o que tienen significación probatoria en el proceso judicial, fuentes probatorias que sirven a la convicción judicial al ser comparadas con los hechos afirmados por las partes y debatidos, generando su comprobación o verificación.* De lo anterior destacamos las siguientes **características**:

- a. El artículo 502 del Código de Procedimiento Civil, no regula como tal un medio de prueba judicial, sino una mecánica que permite la captación, almacenaje y reproducción de hechos por medios mecánicos u obtener los planos o calcos de lugares, documentos u objetos.
- b. Consecuencia de lo anterior es que mediante el contenido del artículo 502 del Código de Procedimiento Civil, se obtendrá no la prueba de los hechos –fuentes- sino su reproducción o la ejecución de planos o calcos que interesan en la solución del conflicto judicial, al versar sobre hechos debatidos y servir a la convicción judicial a través de la verificación por comparación.
- c. La mecánica proceda a instancia de parte o de oficio.
- d. Tratándose de ejecución de planos –reproducción grafica de lugares- calcos –efecto de calcar, colocando sobre lo que se quiere calcar o reproducir una hoja transparente que permita observar el contenido del documento o instrumento original que se va a calcar, dibujando sus rasgos para obtener lo mas exacto posible su reproducción, calco que también puede obtenerse con los llamados papeles de carbón- copias o fotografías, solo puede recaer sobre objetos, documentos o lugares y tendrá por lugar demostrar hechos debatidos o servir como apoyo de otros medios de prueba.
- e. Tratándose de reproducciones por medios mecánicos, pueden utilizarse cualquier medio capaz de captar, almacenar y reproducir hechos.
- f. Se trata de una mecánica procesal que solo es permisible dentro del proceso judicial, salvo el caso de las inspecciones extrajudiciales donde el artículo 475 del Código de Procedimiento Civil hace remisión al artículo 502 *ejusdem*.

Los planos, calcos, copias, fotografías o los medios mecánicos a que se refiere la norma, no son otra cosa que los instrumentos que se utilizarán para reproducir los hechos relevantes al proceso judicial, de manera que las reproducciones son mecanismos procesales que buscan la documentación de los hechos; pero analizando la norma con más detalle encontramos que la limitación a las reproducciones de los hechos mediante planos, calcos, copias, fotográficas, se refiere únicamente a objetos, documentos y lugares, no regulándose la posibilidad que recaiga sobre personas, lo cual resulta lógico salvo el caso de fotografías, pues será un tanto complicado entender que se puedan hacer planos, calcos o copias de personas; pero en cuanto a las reproducciones cinematográficas o por cualquier medio mecánico, no existe limitación alguna en cuanto a la forma de reproducción y en cuanto al objeto de la reproducción, en el sentido que cualquier medio mecánico e incluso –afirmamos- electrónico es capaz de servir para la reproducción de los hechos, que pueden tener por objeto personas, lugares, cosas o documentos.

Para la realización de estas actividades con fines probatorios, para obtener la reproducción de los hechos, el operador de justicia de oficio o a instancia de parte, designará a las personas que deban

realizar los planos, los calcos, las fotografías o las reproducciones por cualquier medio mecánico o electrónico, a quienes deberá previamente tomarle el juramento de ley, reproducciones que podrían ser impugnadas por las partes y confrontadas con sus originales de ser posible para constatar la veracidad o no de lo reproducido.

En cuanto a la “**naturaleza**” de esta mecánica procesal y como lo hemos expresado, la misma no se refiere a un medio de prueba como tal, sino a la forma de documentar o reproducir hechos, que en definitiva serán –su continente- el medio de prueba y su contenido la “fuente”, tratándose de una mera mecánica. Pero **¿cómo y cuándo debe proponerse la reproducción judicial y cuál es su valor probatorio?** Las reproducciones como mecánica judicial –anotáramos- puede ser propuesto por las partes o acordada oficiosamente por el operador de justicia, siendo que en el primero de los casos su proposición debe hacerse en el lapso probatorio y en cuanto a la actividad oficiosa, no existe limitación temporal, pudiendo ordenarse cuando lo juzgue oportuno el operador de justicia, ya que no se está en presencia del artículo 401 del Código de Procedimiento Civil, bien se trate en primero o segundo grado de jurisdicción. Por su parte y en cuanto a la proposición, si bien la mecánica de reproducción se encuentra prevista expresamente en el artículo 502 *ejusdem*, no existe regulación de su forma de promoción y evacuación o materialización, para lo cual y siguiendo las reglas de las pruebas libres y no existiendo un medio de prueba análogo, el proponente debe diseñar su proposición atendiendo a la naturaleza de los hechos, al objeto y finalidad pretendida con la mecánica, situación esta trasladable al judicante, debiéndose diseñar la forma de su evacuación; su valoración y no estando en presencia de prueba documental será por la sana crítica, de manera que el plano, el calco, la copia, la fotografía o cualquier medio de reproducción mecánico, será apreciable por el operador de justicia según las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y la experiencia.

2. RECONSTRUCCIONES. DEFINICIÓN. CARACTERÍSTICAS. NATURALEZA. PROMOCIÓN. EVACUACIÓN. VALORACIÓN.

El artículo 503 del Código de Procedimiento Civil, regula una mecánica procesal judicial mediante la cual puede comprobarse o verificarse los hechos institucionales en que se fundamentan las diferentes pretensiones y que han sido debatidos en el proceso, ocurridos en el pasado pero discutidos en el presente, a través de la reconstrucción de los mismos, mediante la construcción del escenario donde ocurrieron los hechos y la dramatización de cómo acontecieron para que el operador de justicia pueda trasladarse –vía reproducción- al pasado y presenciar de un modo mas o menos genuino como ocurrieron los hechos que se debate, reconstrucción que puede ser reproducida eventualmente mediante la utilización de medios

mecánicas o fotografías en la forma indicada en el punto anterior. La precitada norma –artículo 503- expresa que [...] *Para comprobar que un hecho se ha producido o pudo haberse producido en una forma determinada, podrá también ordenarse la reconstrucción de ese hecho, haciendo eventualmente ejecutar su reproducción fotográfica o cinematográfica. El Juez debe asistir al experimento, y si lo considera necesario, podrá encomendar la ejecución a uno o más expertos que designará al efecto.*”

Las reconstrucciones tampoco constituyen en sí medios probatorios, tampoco fuentes, simplemente se trata de mecánicas procesales por medio de las cuales el operador de justicia puede revivir los hechos como sucedieron en el pasado y hacerse una idea sobre los mismos, que permitan enfocar mejor el debate judicial y llegar a la convicción judicial respecto a los hechos controvertidos. FLORIAN citado por AZULA CAMACHO al referirse a las reconstrucciones, expresa que son las reproducciones artificiales de un hecho objeto del proceso, de circunstancias o episodios de este, de circunstancias y episodios atinentes a ciertos medios de prueba para verificar su exactitud, verosimilitud o posibilidad;⁵³⁷ de esta manera y siguiendo el criterio expuesto diremos que las reconstrucciones no solo sirven para obtener la reproducción de los hechos sino para determinar la veracidad, posibilidad, exactitud y verosimilitud de los medios de pruebas que hayan aportado al proceso, para comprobar si el medio de prueba aportado al proceso es viable, verosímil o exacto, no limitándose la mecánica a los hechos sino que puede también tener por objeto los medios de prueba. Se trata de un acto que consiste en una reproducción artificial del hecho debatido en el proceso judicial, sea en su totalidad o en parte que eventualmente puede ser reproducido.

Ensayando una definición de las **reconstrucciones**, podemos decir que no es más que *una mecánica procesal o experimento judicial que tiene por finalidad obtener la representación de un hecho o de un medio de prueba, que permite volver a realizar o representar el hecho pasado con la mayor y mejor exactitud que se pueda, para que el juzgador pueda revivirlo, con la participación de los mismos sujetos que intervinieron en el hecho original pasado o con otros sujetos que dramaticen la escena, en el mismo sitio donde sucedieron o en cualquier lugar adaptado –escenificación- a las condiciones de lugar, modo y tiempo en que ocurrieron los hechos originales que se reconstruyen para su reproducción.* De lo anterior se destacan las siguientes características:

1. No se trata de un medio de prueba judicial, sino de una mecánica o experimento judicial que tiene por finalidad la reproducción de los hechos una vez reconstruidos.
2. La reconstrucción busca revivir los hechos pasados mediante su dramatización y escenificación.
3. Procede a instancia de parte o de oficio.

⁵³⁷ Jaime AZULA CAMACHO. Ob. cit. p. 284.

4. El operador de justicia debe estar presente al momento de reconstruirse el hecho, para que perciba directamente –por sus sentidos- los hechos reconstruidos y pueda revivir los hechos pasados.
5. Se trata de una mecánica o experimento que solo procede en el decurso del proceso judicial, no antes.

La reproducción de los hechos para su comprobación, en definitiva no es más que una mecánica procesal tendiente a la escenificación y dramatización de los hechos pasados, con todas las características y accidentes de lugar, modo, tiempo y sujetos intervinientes, para obtener su reproducción frente al operador de justicia, quien debe estar presente en el acto, reviviendo los acontecimientos pasados que los llevarán a formar la convicción de cómo ocurrieron los mismos o cómo pudieron ocurrir; así podría por ejemplo en el marco de un procedimiento marítimo recrearse -computarizadamente- el evento de un abordaje o de un hundimiento de buque para que el juzgador pueda percibir y reproducir los detalles del hecho jurídico y convencerse del tema debatido, incluso aclarar sus dudas respecto a determinados argumentos y medios probatorios aportados en el proceso; en materia penal el tema no es diferente e incluso es más frecuente, aunque realmente no encuentre una norma expresa que regule el tema, lo que nada impide aplicar la analogía en lo que respecta al tema de la mecánica probatoria, sin perjuicio de su proposición como medio de prueba libre en los términos del artículo 182 del Código Orgánico Procesal Penal, por ejemplo para recrear en la escena del crimen, en forma directa o computarizada la forma como ocurrió el hecho delictivo para conocer sus detalles, accidentes, su posibilidad de ejecución por el imputado, entre otros aspectos que sean relevantes al proceso y que ayuden a la convicción judicial; inmediatamente en este sistema de procedimiento penal debemos advertir que la reconstrucción de los hechos y su eventual reconstrucción también pueden ser realizados como actos de investigación, donde no estaremos en presencia de una diligencia judicial y cuya finalidad es verificar alguna hipótesis investigada, para eventualmente sustentar un acto conclusivo como la acusación, pero que no se refiere a un acto probatorio, no solo por la eventual ausencia del imputado o acusado, sino por la falta de intermediación, la finalidad del acto y la etapa en que es realizada, de manera que en el proceso judicial carecería de toda fuerza probatoria y si es el caso, tendría nuevamente que proponerse y realizarse en sede judicial; no obstante otra cosa es que la reconstrucción y reproducción por su carácter de irreproducible –por ejemplo por causas económicas al ser muy costosa su recreación, al basarse en declaraciones de sujetos que no podrían declarar en el proceso- fuera anticipado en los términos del artículo 289 del Código Orgánico Procesal Penal, caso en el cual y como consecuencia de la intervención judicial, tendría eficacia probatoria para el juez de Juicio mediante su incorporación como prueba documental.

En esta materia penal el maestro LEONE se refiere al tema bajo la denominación de “experimento judicial” consistente en el medio de que se sirve el juez para comprobar si un hecho ha ocurrido o podido ocurrir de un determinado modo, a cuyo fin puede proceder a la reconstrucción del hecho en las condiciones en que se afirma o se cree ocurrido; que también puede servir para comprobar un medio de prueba, como por ejemplo si un testigo en la condición concreta de tiempo y de lugar, pudo o no percibir los hechos sobre los cuales declara, todo lo que –indica- puede ser enriquecido con otros medios probatorios como recepción de testimonios, careo, inspecciones y la reproducción, entre otros.⁵³⁸

NIEVA FENOLL por su parte y también ubicando el estudio en el sistema de procedimiento penal nos dice que se trata de un “medio de prueba” de factura bastante moderna, consistente en la recreación de hechos delictivos, como si se tratara de una obra de teatro, a fin de que con la observación de lo supuestamente sucedido se pueda deducir mejor la verosimilitud de lo averiguado a través de otros medios de prueba; que puede ser practicado con mayor o menor apego al verismo en cuanto al *atrezzo*, pudiendo utilizarse actores en la reconstrucción, aunque lo habitual es que los propios sujetos del proceso sean los protagonistas de la misma, o bien policías voluntarios; que la reconstrucción puede ser llevada en la misma sede del juzgado o en el lugar de los hechos, pero en caso de reconstrucciones de escenas pequeñas como por ejemplo para comprobar si el peso del imputado impedía moverse del suelo a una persona de la misma complexión que la víctima del delito de agresiones sexuales, el mismo podría realizarse en la sala de juicio; que lo importante es que en la reconstrucción se escenifiquen las mismas circunstancias ambientales que tuvieron lugar el día en que sucedió el hecho delictivo, especialmente en cuanto a la luz, las distancias y sonidos, lo que lo conduce a sostener que esta prueba debería ser practicada una vez que fueran celebrados los distintos interrogatorios y se hubiera reconstruido mínimamente la realidad con diferentes versiones naturales que puedan ser objeto de distintos reconstrucciones. Indica el precitado profesor español que la forma de proponerla sería elaborando un guión de aquello que se desea que los actores reproduzcan en la reconstrucción, de manera que dicho guión pueda ser acordado por las partes con la supervisión judicial, sin perjuicio de la elaboración de diversos guiones de la reconstrucción de los hechos, lo que permitiría tener un mejor conocimiento cómo efectivamente ocurrieron los hechos juzgados; finalmente que y al igual que en materia de reconocimiento judicial, el autor es del parecer que el judicante antes de sentenciar debe expresar su criterio apriorístico y no definitivo sobre la reconstrucción, sobre lo que ha observado y lo que interpreta, lo que da por acreditado o demostrado para que las partes puedan con ese conocimiento hacer las observaciones que consideren, el debido

⁵³⁸ Giovanni LEONE. Ob. cit. T. II. pp. 222 y ss.

control para advertir al judicante de los equívocos y eventualmente pueda corregir al momento de la sentencia.⁵³⁹

El profesor Carlos E. MORENO BRANT nos dice que la actividad en comento consiste en [...] *la reconstrucción de los hechos en la reproducción o puesta en escena del hecho punible de que se trate o de una parte del mismo, con el fin de verificar que ha ocurrido o pudo haber ocurrido de una forma determinada. Puede incluso realizarse la reconstrucción de un hecho distinto al delito mismo pero que pueda ser influyente para la decisión, como por ejemplo, verificar a través de la reconstrucción de ese hecho particular si es posible ver u oír algo bajo determinadas condiciones, como, por ejemplo, de carácter ambiental, de iluminación, o de distancia entre el sitio del suceso y el lugar donde se encontraba el testigo que afirma haber visto u oído. Es, pues, un medio de prueba de percepción directa.*”; esto último creemos que no es como tal un medio de prueba tal y como se afirma, sino una mecánica que permitirá al judicante hacerse un criterio y corroborar algún hecho, complementar su convicción con la comprobación de alguna afirmación, hipótesis e incluso sobre la posibilidad de la ocurrencia de alguno de los hechos ocurridos, como por ejemplo que el testigo efectivamente por la distancia que estaba del lugar del suceso, hubiera podido oír o ver lo que así afirma en su declaración; y agrega más adelante el precitado profesor [...] *Para que pueda realizarse la reconstrucción del hecho, es necesario pues, que exista un resultado de prueba, es decir, que el hecho que se va a reconstruir conste en el proceso, por lo que es particularmente útil para verificar hechos admitidos, sirviendo así igualmente de control de otros medios de prueba.*”⁵⁴⁰

El autor colombiano Antonio Luís GONZÁLEZ NAVARRO en su monumental trabajo titulado “Los actos de investigación en el proceso penal acusatorio” nos dice que muchas veces la posibilidad de percibir directamente lo sucedido pueden ser ampliadas aportando artificialmente nuevo material de examen con la ayuda de objeto existentes, que por sí solos no permitirían un esclarecimiento satisfactorio, lo que pudiera lograrse repitiendo el hecho pasado, en condiciones externas o internas en lo posible iguales, siempre y cuando estos puedan hacerse sin daño de las personas o cosas que intervinieron; que la reconstrucción puede hacerse en las oficinas de policía o en la sala del tribunal, si el ambiente es irrelevante o si todos los factores que concurrieren y pudieren gravitar de algún modo estuvieran dados en el sitio, como el caso de los experimentos químicos que practicados durante una lección, lesionó a una alumna y es repetido ahora en la sala del tribunal con la asistencia de un experto y las necesarias previsiones de seguridad; que no habiendo material indiciario útil más allá de las declaraciones del imputado, la reconstrucción serviría al juez, más que nada para comprobar si los hechos pudieron haber o no sucedido en la forma indicada, como por ejemplo –indica- el caso del dueño de un automóvil acusado de uxoricidio, afirma que la muerte de la mujer se habría producido en forma

⁵³⁹ Jordi NIEVA FENOLL. Fundamentos de Derecho Procesal Penal. pp. 273 y ss.

⁵⁴⁰ Carlos E. MORENO BRANT. Ob. cit. pp. 239 y ss.

accidental, cuando salió despedida del vehículo que iba a una velocidad de 80 Km. p/h por no estar bien cerrada la puerta, pero que conocidos el estado en que se encontraba la víctima y su vestimenta después del presunto accidente, el suceso puede repetirse conforme al relato del imputado, llevando el vehículo a la referida velocidad, despidiendo del mismo un muñeco de igual peso e igual vestimenta, para conocer las consecuencias de la caída y su impacto en la vestimenta y otros puntos de apoyo, lo que permitiría conocer si el relato del imputado es o no factible.⁵⁴¹ Es importante destacar que este ejemplo que coloca el autor colombiano no es de su autoría, pues y aún cuando no hace la debida cita ha sido copiado del trabajo del maestro Erich DÖHRING titulado “La Prueba su práctica y apreciación” de 1963, traducida por Tomás A BANZHAF y con prólogo del maestro Santiago SENTÍS MELENDO, quien a su vez cita a GERH BUHTZ en su obra titulada *Verkehrsunfall*, de 1938, p. 184.⁵⁴²

Por su parte JAUCHEN al tratar el tema de la reconstrucción de los hechos nos dice que en la moderna concepción procesal existe uniformidad en concebir su naturaleza como un verdadero “medio de prueba autónomo”, aunque –indica- el análisis de su contenido permite catalogarlo como medio combinado en razón que en su producción concurre una mixtura de otros medios característicos, pues en él participan órganos de prueba como testigos, peritos, intérpretes que permite adecuar su naturaleza a cada uno de ellos; que el acto como “medio de prueba” consiste en una reproducción artificial del hecho objeto del proceso o de una parte de el o bien de algún hecho que, aunque accesorio, revista importancia y utilidad que haga procedente su reproducción, todo con el fin de comprobar si el hecho se efectuó o pudo haberse efectuado de un modo determinado; que el modo hipotético de la supuesta realización del hecho de la cual se parte para ordenar y realizar la diligencia, es la que surge de las previas versiones de las partes o de los órganos de prueba que han declarado en la causa o de los dichos del imputado, de manera que el propósito será establecer la credibilidad de esas versiones comprobando su exactitud y verosimilitud, trasportando los dichos y las cosas a una representación escénica; que en este simulacro del delito o de un hecho accesorio pero relevante, el juez ordena que las cosas secuestradas y las personas que han declarado, se ubiquen y actúen de manera tal que representen artificialmente lo que previamente hubieran manifestado, por lo que podrían realizarse tantas reconstrucciones como versiones de los hechos corrieran en autos, por ejemplo en casos de versiones contradictorias para determinar la que efectivamente se acerca a la realidad de cómo ocurrieron los hechos; que en lo posible la reconstrucción

⁵⁴¹ Antonio Luís GONZÁLEZ NAVARRO. *Actos de Investigación en el Proceso Penal Acusatorio*. pp. 612 y ss.

⁵⁴² Erich DÖHRING. *La Prueba su práctica y apreciación*. Traducción de Tomás A. BANZHAF, prólogo de Santiago SENTÍS MELENDO. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1972. p. 307. Dstaquemos también que en el resto de los ejemplos que cita el autor colombiano Antonio Luís GONZÁLEZ NAVARRO, se trata de una copia sin cita del maestro ymagistrado alemán –ver páginas 306 y siguientes del maestro alemán y compararlas con las páginas 612 y siguientes del autor colombiano en el libro señalado en la cita anterior-.

debe realizarse en el mismo lugar donde acontecieron los hechos y en caso de versiones diferentes, el juez valoraría en cada caso la necesidad de realizar tantas reconstrucciones, incluso utilizando los mismos medios, instrumentos y cosas que se utilizaron en el suceso; que como consecuencia de ello [...] *la reconstrucción del hecho es el medio de prueba mediante el cual se procura reproducir simuladamente el delito u otro hecho relevante para la causa, con el propósito de verificar si se efectuó o pudo efectuarse del modo en que se expresa.*”; que cuando es realizada por jueces de instrucción –nuestro caso de los jueces de Control a través de anticipación de medios probatorios- su incorporación o entrada al proceso sería como prueba documental mediante su lectura en la audiencia de juicio u oral, en tanto que como acto de investigación, carece de todo valor probatorio en el proceso judicial; que la procedencia de la reconstrucción presupone la existencia de elementos de prueba ya incorporados con anterioridad al proceso de los cuales surja la versión a reconstruir, de manera que el simulacro podría partir de una inspección judicial, prueba pericial o de los dichos de testigos o imputados, pues ellos serán quienes suministren los datos que permitirán la reconstrucción; finalmente cabe destacar que y como expresa el citado autor argentino, en el acto de reconstrucción deben participar los sujetos u órganos de prueba, como testigos y expertos, pero y en cuanto al imputado o acusado no siendo este tema u objeto de la prueba, se encuentra amparado con el derecho constitucional de no intervenir en el acto y de no extraerse ninguna consecuencia de su falta de colaboración, aunque voluntariamente puede y tiene el derecho a intervenir.⁵⁴³

Como casos de reconstrucción de los hechos en la investigación penal podemos indicar por ejemplo la “trayectoria balística” que y conforme al Manual Único de Procedimientos en Materia de Cadena de Custodia de Evidencias Físicas, constituye una herramienta del investigador, que le permite orientarse en los elementos involucrados en un sitio del suceso donde se hayan utilizado armas de fuego, donde el experto tomará en consideración todos los elementos de interés criminalístico como impactos, orificios, morfologías y mecánicas de formación de las manchas y costras de sangre –sea por proyección, caída libre, entre otros- posición de la víctima –si hubiese cadáver- o a través del protocolo de autopsia, ubicación de conchas y proyectiles, armas de fuego y establecimiento de coordenadas cartesianas, para la orientación del sitio, de manera que se pueda establecer una relación existente entre la víctima y victimario –tirador- con respecto al arma de fuego dentro del sitio del suceso, todo lo que y como señala el citado Manual, se realiza mediante la aplicación del principio criminalístico de “reconstrucción” para conocer o darse una idea de cómo pudieron ocurrir los hechos, así como el carácter regresivo de la balística criminal, esto último que y partiendo de las consecuencias de un hecho en el que existió la participación activa de armas de fuego, permite determinar los pormenores de cómo sucedió el

⁵⁴³ Eduardo. M. JAUCHEN. Ob. cit. pp. 521 y ss.

mismo, a través del análisis de impactos u orificios, ubicación de conchas, entre otros, estableciendo el origen del fuego o la ubicación y posición de la víctima para el momento de los hechos.

También se presenta como una modalidad de la reconstrucción de los hechos en la investigación criminal el “levantamiento planimérico” o la planimetría” como instrumento criminalístico de reconstrucción que permitirá tener, mediante la fijación gráfica, una visión más clara de los hechos investigados, al permitir el conocimiento de cómo se encontraba el lugar del suceso al momento de ser abordado, los elementos y objetos de interés criminalístico, la trayectoria balística de los disparos en el sitio del suceso y la trayectoria interorgánica de las heridas por arma de fuego en el cuerpo de las personas involucradas en el caso, así como el análisis de las diferentes versiones que permitan reconstruir el hecho delictivo.

Finalmente indiquemos como otra forma de reconstrucción el retrato hablado contenido en el Manual Único al que nos referimos, que permitirá la identificación criminal o judicial, mediante los rasgos físicos de las personas responsables de hechos punibles o que guarden relación con la investigación penal; en este caso se elabora el rostro de una persona que ha cometido un hecho punible o se encuentra extraviada y cuya identidad se desconoce, donde se toma en consideración los rasgos fisonómicos aportados por testigos e individuos que conocieron o tuvieron a la vista a quien se describe, lo que y como indica el Manual es un paso previo e indispensable para el reconocimiento previo en el proceso penal.

Pero ¿cómo pueden reconstruirse los hechos?

En materia de reconstrucción de los hechos para su reproducción, es necesario que las partes o cualquier sujeto –terceros- aporten la información necesaria para determinar el lugar, la época, la fecha, el modo de cómo ocurrieron los hechos, así como las personas que intervinieron en el mismo, ello sumado a los detalles del acto mismo que permitan su reconstrucción y dramatización, para lo cual será necesario la colaboración de las mismas partes que hayan intervenido en el hecho, caso contrario del cual, podrá activarse la conducta procesal obstruccionista que generará un indicio procesal conforme a lo previsto en el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil, con la advertencia que esta situación no operaría en el marco del procedimiento penal, fuera en fase de investigación o en el procedimiento judicial propiamente dicho, ya que el imputado o acusado –según la etapa procesal- se encuentra amparado con el derecho a la presunción de inocencia, constituyendo en este caso sujeto u órgano de prueba y no tema u objeto. Recogidos los hechos necesarios para la reconstrucción de los hechos, el operador de justicia podrá designar a las personas –expertos- que considere necesarios, para la construcción del escenario donde se reproducirán los hechos –lo que incluso puede ser en forma computarizada- debiéndose acudir al lugar o sitio donde ocurrieron los mismos –de existir- y adaptando el mismo a las características

presentes en el momento de la ocurrencia del hecho, siempre que se encuentre en la misma circunscripción judicial, pues de lo contrario deberá comisionarse; pero si el lugar donde ocurrieron los hechos no existe para el momento de la mecánica procesal, perfectamente puede habilitarse cualquier lugar donde se construya el escenario con las mismas características del lugar donde ocurrieron los hechos, amén de la escenificación digital o computarizada, según la información que se haya obtenido. Una vez construido el escenario según las características presentes al momento de la ocurrencia del hecho pasado, con la intervención de los mismos sujetos que originalmente estuvieron presentes en la ocurrencia del hecho original o con la intervención de personas que puedan dramatizar a esos personajes, cuando exista imposibilidad de hacer la dramatización con los mismos sujetos originales o cuando éstos se nieguen a prestar la colaboración al tribunal –salvo el imputado o acusado- se procederá a reconstruir los hechos pasados y a reproducirlos, con la intervención del operador de justicia, quien se hará una idea mas o menos exacta de cómo ocurrieron los hechos, siendo interesante destacar y reiterar, que la falta de colaboración de las partes al asumir una conducta obstruccionista, además de generar un indicio procesal apreciable por el operador de justicia que puede dar por demostrado o demostrará el hecho que se trata de investigar mediante la reconstrucción, nada impide que se siga con la reconstrucción con la información que se haya obtenido y con la utilización de dobles que dramaticen la escena y especialmente el personaje de aquella parte que no quiso prestar la colaboración, lo que no operaría en el caso de imputados o acusados en la forma y por los motivos indicados. De lo anterior observamos que la finalidad de la reconstrucción no es otro la verificación o comprobación de la forma como ocurrieron los hechos que se debaten en el proceso judicial.

En cuanto a la “**naturaleza**” de las reconstrucciones diremos que por sí solo no es capaz de demostrar los hechos controvertidos en el proceso, al ser simplemente el reflejo de la ocurrencia de los hechos pasados que demostrarán al juzgador una posible forma de cómo sucedieron los mismos, lo que deberá ser concatenado con otros medios de prueba aportados al proceso y que llevarán al juzgador a establecer los hechos debatidos, de manera que no se trata de un medio de prueba autónomo –como lo señala la doctrina- sino de una mera mecánica que permite la verificación de hechos o hipótesis; por otro lado y muy parecido a lo que acontece en la legislación colombiana,⁵⁴⁴ en materia de reconstrucción como experimento judicial que debe contar con la obligatoria presencia del operador de justicia, tal como lo expresa el artículo 503 del Código de Procedimiento Civil, prácticamente se produce una inspección judicial del mismo, pues una vez reconstruido los hechos el juzgador los percibe de manera inmediata

⁵⁴⁴ En la legislación colombiana la reproducción no puede realizarse de manera autónoma como en nuestra legislación, sino que debe realizarse o materializarse en el contexto de la inspección judicial, tal como lo regula el artículo 246 del Código de Procedimiento Civil colombiano.

para interpretar, entender, comprobar y verificar cómo han podido suceder los hechos que se juzgan, de manera que en materia de reconstrucción se produce una especie de inspección judicial -percepción sensorial directa y personal- pero que como tal, no se refiere a una prueba de esta naturaleza sino dentro del experimento judicial de reconstrucción, que en definitiva debe ser apreciado por la sana crítica del juzgador, vinculado o concatenado con otros medios de prueba judicial aportados al proceso.

La reconstrucción de los hechos puede estar acompañada con la reproducción posterior, caso en el cual debe procederse en la forma regulada en el artículo 502 del Código de Procedimiento Civil, antes analizada; pero volviendo al tema de las reconstrucciones como medio de prueba el maestro DEVIS ECHANDÍA, es del pensar que no se trata de un medio de prueba autónomo, al referirse a la reconstrucción de los hechos para que sean presenciados por el juzgador y pueda hacerse una idea de cómo sucedieron en el pasado, de manera que se insistirá en que por sí sola la reconstrucción no funciona, pues debe administrarse con otros medios de prueba que permitan convencer al juzgador sobre los hechos afirmados por las partes y debatidos en el proceso, todo entendiendo que la reconstrucción no es mas que una imitación o simulación y escenificada de los hechos mediante el teatro representativo de su ocurrencia.

Resumiendo tenemos que las reconstrucciones proceden tanto de oficio como a instancia de parte, caso éste último al igual que las reproducciones, que deben ser propuestas en el lapso probatorio; se refiere a una actividad judicial, que no puede realizarse fuera del proceso judicial y donde se requiere la presencia del operador de justicia, circunstancia ésta lógica pues precisamente la reconstrucción de hace para que el juzgador pueda revivir los hechos pasados –aunque y como hemos dicho pueden realizarse como actos de investigación pero sin vocación probatoria y solo servir para los actos conclusivos-; por otro lado las reproducciones tienen por objeto comprobar si los hechos controvertidos ocurrieron, su forma, lugar, modo, o si pudieron ocurrir, mediante la representación de los hechos pasados; por último en esta actividad judicial, el operador de justicia puede designar expertos, quienes deben limitarse a la reproducción de los hechos mediante el conocimiento especial que tienen, como pudiera suceder con los expertos en balística en casos de reconstrucción de una balacera.

En cuanto a la **promoción, evacuación y apreciación de las reconstrucciones**, igual que como señaláramos en materia de reproducciones, se trata de una mecánica o experimento judicial que debe ser propuesto por la parte en el lapso probatorio o que puede ser acordado oficiosamente por el operador de justicia, sin limitación en el tiempo procesal, en cualquier momento que lo juzgue oportuno, bien en primero o segundo grado de jurisdicción. La promoción debe hacerse conforme a lo previsto en el artículo 503 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con lo normado en el artículo 395 *ejusdem* –artículos 70 y 108 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, para el caso laboral y artículo 182

del Código Orgánico Procesal Penal para el sistema de procedimiento de esta naturaleza- que se tratará en su promoción y evacuación como un medio de prueba libre o no regulado, debiendo el proponente diseñar la forma como se evacuará la mecánica, suministrando la información necesaria para la reconstrucción de los hechos, tales como los datos de lugar, modo y tiempo donde sucedieron los hechos a reconstruir, si el lugar existe o no, si las características del lugar permanece o no intactas, debe señalar –de ser posible- los sujetos que intervinieron en el hecho y donde pueden localizarse, esto último con el objeto que sean llamados al proceso, no solo para que intervengan en la dramatización de los hechos, sino para que ofrezcan cualquier detalle que pueda ayudar a la reconstrucción, pudiendo tomársele las declaraciones pertinentes, aunque no se trate como tal de una prueba testimonial, sino de requerir información para la realización de la mecánica o experimento de reconstrucción judicial, lo cual deberá ser solicitado por el proponente y en general, debe aportarse toda información necesaria para lograr la mecánica o experimento propuesto. En cuanto a la evacuación de la prueba, no existiendo un medio de prueba regulado similar, deberá el operador de justicia diseñar la forma de evacuación, en la forma que hemos expresado en párrafos anteriores, experimento judicial que será apreciado por la sana crítica del juzgador.

En este experimento judicial, las partes tienen el derecho de intervenir activamente para controlar la misma, pudiendo hacer las observaciones, aclaratorias o rectificaciones respectivas en el mismo momento en que se reconstruyen los hechos, sin lo cual –afirmamos- se producirá la aquiescencia de la parte por su silencio, pasividad o inasistencia al acto –salvo en el caso penal para el imputado o acusado- de manera que la oportunidad para hacer las objeciones pertinentes, deberá ser en el propio acto de reconstrucción, lo cual no impide que pueda demostrarse lo contrario o lo errado de la reconstrucción por cualquier otro medio de prueba, circunstancia ésta última que nos coloca nuevamente en el campo de su naturaleza, pues la reconstrucción por sí sola no es capaz de demostrar los hechos debatidos en el proceso, debiendo ser administrada con otros medios de prueba cursantes en autos que sirvan para complementar la reconstrucción o bien que sean complementados con ésta última.

3. EXPERIMENTOS CIENTÍFICOS O PERICIA CIENTÍFICA. CONCEPTO. CARACTERÍSTICAS. NATURALEZA. DIFERENCIA CON LA EXPERTICIA TRADICIONAL. PROMOCIÓN, EVACUACIÓN Y VALORACIÓN. PRUEBA HEREDO-BIOLÓGICA O ADN.

El artículo 504 del Código de Procedimiento Civil, regula la denominada experticia o pericia científica o experimentos científicos señalando al efecto [...] *En caso de que así conviniere a la prueba, puede también disponerse la obtención de radiografías, radioscopias, análisis hematológicos, bacteriológicos y cualesquiera otros de carácter científico, mediante un experto de reconocida aptitud, nombrado por el Tribunal.*” Se trata de una experticia de carácter científico que generalmente tiene por objeto el ser humano, con la finalidad de someterlo a exámenes o experimentos para obtener radiografías, radioscopias, análisis hematológicos, bacteriológicos o cualquier otro tipo de examen que pueda llevar a obtener elementos probatorios que influyan en el ánimo del juzgador al producir fuentes probatorias que sirvan para comprobar o verificar los hechos institucionales afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones, mediante la comparación y que permiten la convicción judicial, la certeza no ausente de error, ello como consecuencia de los resultados que se logren obtener y que se deferenencia de la experticia tradicional, dado que primeramente ésta no tiene carácter científico como ocurre en la pericia científica, pero también porque en ésta se analizan resultados, en tanto que en la experticia tradicional se analiza el juicio de valor de experto y por último, la pericia científica requiere de medios técnicos, mecánicos, tecnológicos o simplemente científico, incluso computarizados para la obtención del resultado, lo que no ocurre con la experticia tradicional, de manera que podríamos decir que estos experimentos o pericia científica son una especie del género de la experticia en sentido general, pues en definitiva los experimentos científicos no son otra cosa que experticias científicas que buscan resultados por medio de instrumentos científicos, que proceden no solo a solicitud de parte sino de oficio, encontrándose dentro de sus **características** las siguientes:

1. Se trata de una experticia especial o científica que tiene por objeto el ser humano.
2. La finalidad es obtención de resultados que pueden puedan servir de prueba –fuentes- de los hechos que se debaten en el proceso judicial, producto de exámenes de carácter científico, con la utilización de herramientas o instrumentos científicos.
3. Procede a instancia de parte o de oficio.
4. La No se trata de la misma experticia –tradicional- prevista en el Código de Procedimiento Civil, al diferenciarse básicamente por tres circunstancias a saber: a. La pericia es de carácter científico, lo que no ocurren con la experticia tradicional; b. La mecánica lo que busca son resultados que demuestren hechos controvertidos, lo que no se produce en materia de experticia tradicional, que solo tiene por finalidad obtener el juicio de valor del experto; c. Se utilizan medios técnicos, electrónicos o de cualquier otra especie pero de naturaleza científica, lo que no ocurren en la experticia tradicional donde solo se utiliza el conocimiento especial del experto.
5. Los experimentos científicos son realizados por expertos designados por el órgano jurisdiccional, tomando en consideración su reconocida aptitud.

Mario BUNGE nos dice que la “prueba científica” es aquella practicada a través del método científico cuyos métodos de constatación y técnicas experimentales han sido convalidables teórica y experimentalmente por la comunidad científica, entendiéndose por “hecho científico” aquél que ha sido determinado mediante el método científico con procedimientos o técnicas validadas científicamente; que la misma debe reunir algunos requisitos como son: a. “Fundamentación” teniendo que ser consistente con lo que ya se conoce y si es posible con la teoría científica corriente que tiene que explicar sus éxitos y limitaciones; b. “Objetividad” en el rendimiento, registro e interpretación del procedimiento que debe ser esencialmente independiente del operador o del experto; c. “Estabilidad”, donde el procedimiento debe contrastar siempre la misma cosa u objeto, de manera que los resultados obtenidos al cabo de un breve intervalo deban enseñar un alto grado de concordancia entre sí; y d. “Concordancia con otros procedimientos” de manera que la contrastación igual que las leyes y normas científicas tengan que apoyarse o ser refutados por otros miembros del cuerpo de conocimiento científico y no presentarse aislados; que las pericias científicas más utilizadas son las biológicas tanto para el campo penal para obtener la identificación del delincuente, como en el campo de familia para el conocimiento de la paternidad, lo que no excluyen otros medios probatorios con los cuales concurren en forma complementaria.⁵⁴⁵

Los experimentos científicos o pericia científica siguiendo la misma línea argumentativa utilizada en los dos puntos analizados en el presente capítulo, referidos a las reproducciones y reconstrucciones previstos en la legislación procesal, no constituye como tal un medio de prueba judicial, sino de otra mecánica que pueden proponer las partes o que puede ordenar el operador de justicia oficiosamente, para que cualquiera de las partes sea sometida a experimentos de esta naturaleza -científicos- con la finalidad de obtener determinados resultados –fuentes- de carácter científico que sirvan para demostrar hechos de carácter controvertido mediante la comparación con los enunciados de hechos expuestos por las partes como fundamentos de sus diferentes pretensiones, de manera que insistimos se trata de una mecánica o diligencia procesal con fines probatorios –obtención de resultados- pues el mecanismo sería que al sujeto le sean sacadas radiografías, radioscopias, sea sometido a exámenes hematológicos, bacteriológicos o de cualquier otra naturaleza científica; el medio de prueba sería la radiografía, la radioscopias, el resultado de los exámenes hematológicos, bacteriológicos o de cualesquier otro experimento o pericia científica; y la fuente en todos estos casos su contenido o resultado, en consecuencia la naturaleza de la pericia científica es la de ser un mecanismo o diligencia procesal con fines probatorios.

⁵⁴⁵ Mario BUNGE. La investigación científica. 3era Edición. Editorial Ariel. Barcelona, 1973.

En todo caso y sin perjuicio de lo dicho, considerando la pericia científica como una experimento –mecánica- de tal carácter sobre el cuerpo humano para obtener un resultado que y como fuente probatoria puede servir a la convicción judicial, donde y por ejemplo en procesos orales como el penal si es realizado como acto de investigación debe judicializarse mediante la declaración del experto en audiencia pública y oral, siempre que fuera propuesto como medio probatorio, de manra que y aún cuando la pericia científica o experimento de tal carácter sólo arroja un resultado y no un juicio de valor –como sucede con la experticia tradicional- el mismo debe ser analizado y traducido por el experto correspondiente.

La **experticia científica** como se analizará en otro momento, difiere de la experticia tradicional entre otras cosas porque y como se ha anotado la primera mediante la aplicación de instrumentos, métodos o procedimientos y teorías científicas, arrojan resultados que tienen un bajo grado de error y falseabilidad o lo que es lo mismo, un lto grado de probabilidad, verosimilitud o certiza respecto al hecho que se trate, ello conforme la aplicación de métodos aceptados por la comunidad científica, lo que generalmente es aplicado en las denominadas –TARUFFO- **ciencia duras**, como la biología, bioquímica, epidemiología, medicina, física, química, genética, odontología, informática, toxicología anatomía patológica, que y como indicamos atendiendo a la calidad y fiabilidad de los datos e informaciones científicas, así como **ciencias blandas** como la psicología, psiquiatría, grafología, grafotécnica, economía, sociología; esto también conocido buenas y ciencias malas o basura, éstas últimas donde existe un gran margen de error, malentendidos, imprecisiones, vacíos, datos poco fiables, falsos o poco confiables que pretenden ser científicamente correcto, de manera que son solo en apariencia una ciencia que en sus métodos o técnicas carecen de validez científica y fiable, como el caso la ya señalada grafotécnica, grafología huellas dactilares, máquinas de verdad, médium.

Importa destacar en este punto que los experimentos científicos son una modalidad de la pericia científica diferenciada de la experticia tradicional.

Pero **¿cómo se promueve la prueba, cómo se evacúa y cómo se valorada la pericia científica?**

La pericia científica procede tanto a instancia de parte como de oficio, siendo que en el primero de los casos deberá ser propuesta en el lapso probatorio y en el segundo de los casos, el operador de justicia no tiene limitación temporal procesal para ordenar la actividad procesal, pues la norma comienza señalado [...] *En caso que así conviniera a la prueba...*”, lo que se traduce en que la mecánica puede ser acordado en cualquier momento procesal, bien en primero o segundo grado de jurisdicción. En cuanto en su proposición debe hacerse por vía de prueba libre, debiendo el proponente diseñar la fórmula mas idónea según la pericia científica que se trate, precisando con claridad los hechos sobre los cuales ha de

recaer la actividad de los expertos científicos, proponiendo los instrumentos científicos que podrían utilizarse y el objeto de la misma, los resultados que se buscan para demostrar los hechos debatidos; en cuanto a la evacuación y no existiendo en la legislación un medio de prueba análogo, el operador de justicia debe igualmente diseñar la forma más idónea de evacuación, garantizando el derecho de controlar y contradecir la prueba, designando al experto o expertos –según la complejidad del caso- tomando en consideración la materia de la pericia científica y la reconocida aptitud del sujeto que designará, quien debe ser notificado y juramentado, el cual incluso como auxiliar de la justicia podría ser recusado, mediante el procedimiento previsto en el Código de Procedimiento Civil para los expertos o peritos; la valoración de los resultados obtenidos mediante la pericia experimental o científica, se aplicarán las reglas de la sana crítica.

La pericia científica es un medio que resulta idóneo y viable en los procesos de inquisición de paternidad, especialmente cuando se trata de la prueba heredo-biológica, hematológica o de ADN –ácido desoxirribonucleico- para la determinación de la carga genética, de la huella personal genética, dactilar genética o huella de ADN, también denominado código genético, que se trasmite a los descendientes y que determinan la existencia o no de la filiación paterna –paternidad- entre las personas y la filiación, a cuyo efecto dicha pericia científica pudiera ser practicada directamente en la persona cuya paternidad sea reclamada judicialmente en el caso que se encontrara viva, pues de lo contrario, dicha pericia científica pudiera realizarse en la persona de sus parientes consanguíneos, ascendientes o descendientes, quienes pudieran no colaborar con la práctica de la mecánica, caso éste último que produciría la activación de la prueba indiciaria, producto de la conducta procesal obstruccionista, dando lugar a la posibilidad de practicar la misma en la persona del supuesto progenitor fallecido, mediante la exhumación del cadáver para extraerle a éste el material genético pertinente a los fines de la realización de la pericia científica. La exhumación a los fines de la práctica de la pericia científica, como lo ha sostenido la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia,⁵⁴⁶ resulta perfectamente viable para la obtención del resultado genético, caso procedente en la medida que se haya agotado la pericia con los familiares consanguíneos del cadáver, bien sea ascendientes o descendientes, quienes tienen material genético que sirven para determinar la unión genética y la paternidad que se reclama judicialmente, lo que requerirá de su consentimiento –de los familiares- para extraerle muestras corporales externas o internas a partir de las cuales podría realizarse la pericia científica –prueba heredo-biológica o de ADN-.

⁵⁴⁶ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, N° 01152, de fecha 30 de Septiembre de 2004, con ponencia del magistrado Tulio ALVAREZ LEDO, expediente N° AA20-C-2003-000799

Pero ¿cómo sería la evacuación de la pericia científica con fines de obtener material genético?

La respuesta a la interrogante depende del hecho si el supuesto progenitor se encuentra vivo o no, siendo que en el primero de los casos la pericia científica puede realizarse directamente en la persona de éste, con la finalidad de extraerle material genético –ADN- no solo por vía análisis hematológico o de extracción de sangre, sino mediante el análisis de cualquier resto o elemento corporal interno o externo, tales como pelos, cabellos, orina, saliva, sudoración, restos orgánicos, semen, uñas, material orgánico que en definitiva constituyen elementos por conducto de los cuales puede hacerse la prueba heredo-biológica y determinar la huella personal genética; pero para realizar tales pruebas y obtener los resultados genéticos, se requiere de la colaboración de la parte, quien en caso de negarse hará activar el indicio procesal a que se refiere el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil, producido por la conducta procesal obstruccionista; pero no obstante a la activación indiciaria y considerando que en estos casos como sucede en materia penal, la persona no es sujeto u órgano de prueba sino objeto de ella, no estando amparado por los derechos constitucionales estaría obligada a someterse a la diligencia probatoria, de manera que ante la reticencia perfectamente podrían utilizarse medios de coacción proporcionales para someter al sujeto a dicha diligencia a los fines de obtener el resto corporal u orgánico a partir del cual pudiera realizarse la referida pericia, siempre que se tratara de elementos corporales externos, respetándose la dignidad humana, la integridad física, el honor y el pudor, ello en función al derecho constitucional que tienen todos los ciudadanos de conocer a sus padres, que por demás es un derecho humano, lo cual no sería ilícito; pero cuando se trata de invasión del ser humano a través de pruebas hematológicas –por sangre- o cualquiera heredo-biológica o de ADN mediante el análisis de muestras corporales internas, el tema sube de tono respecto a la coacción, pues y sin perjuicio que la persona es tema de la prueba la reticencia no permitiría utilizar medios violentos que pudieran poner en peligro la integridad física o mental, de manera que tendría que atenerse a la conducta procesal como indicio probatorio de afirmación del hecho que se trata de probar. En cualquiera de los casos señalados, el órgano competente para la extracción del material genético corporal interno o externo, sería el Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas (IVIC), aún cuando la extracción del material genético pudiera realizarse por cualquier laboratorio público o privado, siendo que quien debe realizar la prueba para la obtención de los resultados genéticos, para la comparación de fenotipos y genotipos entre los sujetos –el reclamante de la paternidad y el sujeto a quien se le reclame- serían los precitados organismos, sin perjuicio que en el caso que comentamos el peticionante de la paternidad, también pudiera ofrecer y aportar material genético para la debida comparación.

Es importante acotar que en la materialización de la pericia científica y especialmente en la extracción de material genético, debe prohibirse la utilización de cualquier método degradante que irrespete la integridad física del sujeto sometido a la pericia, como actividades que ocasionaren dolor o sufrimiento intolerable, debiéndose garantizar la dignidad y el honor del ser humano, ello en consideración a la prudente proporcionalidad de cada caso y garantizándose el control y la contradicción de la prueba.

En el caso que el progenitor haya fallecido, la evacuación de la prueba hematológica, heredo-biológica o ADN, tendría que realizarse en la persona de sus familiares consanguíneos –ascendientes o descendientes- en la forma antes expresada, siendo el órgano competente para la pericia científica, a quien se designará como experto para la obtención del resultado genético, el Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas (IVIC) sin perjuicio de que fueran otras personas; pero en caso de no poderse localizar a los familiares consanguíneos o de negarse éstos a colaborar, además de activarse la prueba indiciaria que podrá hacer tener por cierta la paternidad que se investiga, resulta viable la exhumación del cadáver para la extracción de material genético y la realización de la pericia científica como hemos señalado. En este supuesto -exhumación del cadáver- deberán tomarse las medidas necesarias para la extracción de elementos corporales necesarios para la práctica de la prueba de ADN, debiendo ser realizada dicha extracción por los expertos pertinentes del Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas (IVIC) u otros designados, con la participación de lo conducente a las autoridades sanitarias respectivas, al cementerio donde se encuentre enterrado el cadáver, al Ministerio Fiscal y a cualquier otro pertinente, sin necesidad de notificación o intervención alguna del los tribunales penales, especialmente de Control, pues no se trata de una exhumación de cadáveres relacionados con la materia criminal, sino referido a un proceso de inquisición de paternidad, donde no juega papel alguno los órganos competentes en lo criminal.

El costo de la pericia científica por su parte debe ser sufragada por su solicitante, a reserva de reembolso por vía de las costas procesales, pero si la pericia fuera ordenada oficiosamente, conforme a lo normado en los artículos 401.5 y 504 del Código de Procedimiento Civil, los gastos serán de por mitad, con la advertencia que si alguna de las partes no cancelara su mitad, la otra podría cancelar la totalidad de los costos a reserva reembolso por las costas procesales.

En el marco del sistema de procedimiento penal, el tema de la pericia o experticia científica, aunque es un tema propio de la experticia y no de los experimentos judiciales como lo regula el sistema civil, resulta fundamental en la investigación y en el proceso judicial, pues ayudan a construir la teoría de del caso, a establecer la participación y responsabilidad del imputado y acusado, así como demás elementos de carácter riminalístico y que luego como fuentes probatorias pueden ayudar a la

determinación y fijación de los hechos en que se fundamente una acusación, sin perjuicio de servir igualmente a la defensa. Así por ejemplo en materia criminalística para el análisis de evidencia de interés criminalístico –procesamiento de las evidencias- se prevén un conjunto de experticias científicas, dependiendo del tipo de evidencia que se trate, como el caso **experticias físico-comparativas** que se base en principios de transferencia, correspondencia e identidad, donde se ubican la *experticia tricológica* que recae sobre apéndices pilosos para determinar sus características, morfologías, procedencia –si es o no humano- y a cual región anatómica pertenece, la experticia de acoplamiento que permitirá determinar si dos segmentos pertenecen a un mismo cuerpo, el *análisis de soluciones de continuidad*, que permiten estudiar las características morfológicas de los bordes producidos por la interrupción de la trama o urdibre, *análisis de comparación de fibras*, entre otros; en el **área balística** por ejemplo se tienen la *experticia de comparación balística*, para establecer si varias conchas o proyectiles han sido percutidos por una misma arma de fuego, mediante la evaluación de las características de clase como calibre, tipo de percusión, distribución espacial, número de campos y estrías, entre otros, *restauración de caracteres borrados* mediante análisis químicos que se emplean cuando los seriales u otras inscripciones han sido borradas, desaparecidas o alteradas en la parte metálica del arma de fuego, conforme a la aplicación de reactivos químicos, *sensibilidad del disparador* para determinar la fuerza que debe emplearse al disparador, entre otras; en **materia biológica** tenemos entre otras *experticias hematológicas* para identificar evidencias orgánicas de interés criminalístico, determinando sustancias de naturaleza hemática, especie –hombre o animal-, *experticias seminales* para determinar presencia de espermatozoides enteros o algún otro componente, *restauración y acondicionamiento de pulpejos dactilares* para el caso de cadáveres en avanzado estado de descomposición, *análisis de apéndices córneos* mediante el estudio de las uñas de las víctimas para localizar diversas sustancias de interés criminalístico; experticias **físico-químicas**, para determinar por ejemplo iones oxidantes nitratos y nitritos –pólvora- consecuencia de la deflagración de la pólvora combustionada total o parcialmente, adheridos a cualquier superficie de quien ha accionado un arma de fuego, *análisis químico cualitativo y cuantitativo* de sustancias desconocidas para identificar cationes o aniones presentes en muestras desconocidas, *análisis de material terroso* en muestras de suelo, entre otras; **experticias informático forense** de cualquier sistema automatizado o computarizado, sea computadoras, teléfonos, videos, grabaciones, entre otros, mediante reconocimiento técnico, verificación de contenido, digitalización de imágenes y/o audios, extracción de mensajes de voz en teléfonos celulares y de grabaciones de videos, análisis audiovisual, de coherencia técnica, extracción de fotogramas a partir de videograbaciones, entre otros; **experticias forenses** relacionadas con las diferentes competencias como la genética para determinar perfiles genéticos y filiación heredo-biológica, toxicología, medicina forense, anatomopatología, antropología, odontología y radiología, entre otros.

Éstas experticias criminalísticas realizadas en la investigación penal y salvo el caso de anticipación probatoria, se tratará de meros actos de investigación que arrojando un resultado deberá ser interpretado por el experto correspondiente o excepcionalmente por el intérprete en audiencia oral, pública y contradictoria, para que produciéndose la judicialización de la fuente probatoria, sirva como prueba de cargo en el proceso judicial.

Importa destacar que cuando sea necesaria la realización de una prueba experticia científica en la persona del imputado o acusado, trátase de acto de investigación o de prueba, es de vital importancia tener en consideración que el mismo –imputado o acusado- actúa no como órgano u sujeto de prueba sino como objeto o tema, ubicándolo fuera de los derechos constitucionales que lo ampara de manera que está obligado o puede ser obligado a someterse a la diligencia de investigación o probatoria, pero siempre que ello no pueda causarle un perjuicio o peligro para su vida, sanidad mental o física, teniendo el tribunal que adoptar las medidas necesarias en forma proporcional y en caso de imposibilidad en su realización, se activarán los indicios endoprocesales de conductas obstruccionistas u omisivas.

Ya para finalizar este punto nos parece importante referirnos en este momento al tema de la fiabilidad de las pruebas científicas como nos los enseña el maestro TARUFFO, quien nos dice que en los últimos decenos y especialmente en los Estados Unidos, a causa del famoso caso *Agent Orange Case*, así como los motivados por asbesto, en las llamadas *mass toxic torts*, dejarían claro que el uso de las pruebas científicas es un aspecto del proceso civil extremadamente complejo y delicado; que los datos científicos pueden ser pocos fiables o insuficientes para apoyar conclusiones acerca de hechos en litigio, al poder estar las pruebas periciales equivocadas o ser confusas, por causas donde los peritos pueden no ser neutrales ni tener credibilidad, lo que puede conducir al engaño judicial; que ante esta situación compleja el fallo producido en el caso Daubert emitido en 1993 por la Corte Suprema de los Estado Unidos establecería algunos criterios que el juez debería aplicar de “filtro” que hace una selección preliminares de pruebas científicas con el objetivo de admitir únicamente aquellas basadas en la ciencia válida, siendo los mismos: a. La contrastabilidad y falsabilidad de la teoría o de la técnica aplicada; b. El conocimiento de la *ratio* de error o potencial; c. La publicación de datos en revistas científicas con *peer-review*; d. La aceptación general de tales datos por parte de la comunidad científica; indica el maestro italiano que la precitada Corte indicaría además, que las pruebas científicas sólo debían ser admitidas cuando se ajustaran a hechos litigiosos, cuando las pruebas fuera específicamente relevantes para la decisión sobre esos hechos.⁵⁴⁷ Lo que nos importa del comentario del maestro y de lo señalado por la sentencia que comenta, es precisamente que el resultado de las pruebas científicas no son absolutas e incuestionables, de manera que tengan que ser tenidas como tales por el judicante al momento de sentenciar, ello fundamentalmente

⁵⁴⁷ Michele TARUFFO. Ob. cit. pp. 97 y ss. Igualmente pp. 283 y ss.

por su plausibilidad de error; en este orden de ideas sería interesante sugerir que su producción en el proceso judicial y especialmente en el sistema de procedimiento penal, viniera acompañada con otros medios subsidiario que permitiera al juzgador conocer de manera cierta o lo más posible que los datos aportados por la prueba científica no resultan errados, como el informe del estudio de las teorías que permitan contrastar y verificar el margen de error y certeza en cada caso, los estudios comparativos, científicos y concretos del tema científico que se trate para verificar si se trata de un teoría sostenida, aceptada o desechada por equívoca, la acreditación de la credibilidad tanto de los estudios, del método o teorías científicas utilizadas como de las personas que realizaron la diligencia y en general el criterio sostenido por la comunidad científica respecto a la prueba científica que se trate. Estos datos permitirán al judicante tener una noción respecto a la credibilidad de los métodos, procedimiento y resultados que puedan obtenerse y que permitan la formación de la convicción judicial.

CAPÍTULO XI

PRUEBA PERICIAL O DE EXPERTICIA

.....

SUMARIO: 1. La prueba de experticia. Introducción. 1.1. Nociones históricas del medio probatorio. 1.2. Definición. Características. 1.3. Naturaleza. 1.4. Objeto. 2. Requisitos de la prueba pericial. 2.1 Requisitos de existencia. 2.1.1. Debe tratarse de un acto procesal y como consecuencia de un encargo judicial. 2.1.2. Debe tratarse de un dictamen personal. 2.1.3. La prueba de experticia debe tener por objeto hechos y no cuestiones de derecho. 2.1.4. Debe tratarse de un dictamen de un tercero. 2.2. Requisitos de validez. 2.2.1. Ordenación de la prueba en forma legal. 2.2.2. Capacidad jurídica del experto para desempeñar el encargo judicial y la debida posesión del mismo. 2.2.3. Presentación del dictamen pericial en forma legal. 2.2.4. Que el acto sea consciente, libre de coacción, violencia o dolo y que no exista prohibición de practicar la prueba. 2.2.5. Que las diligencias y estudios de los hechos objeto de la experticia hayan sido realizados por los expertos personalmente. 2.2.6. Que los peritos hayan utilizado medios lícitos para la realización de la labor. 2.2.7. Que la deliberación sea conjunta, cuando los peritos sean varios. 2.3. Requisitos de eficacia probatoria. 2.3.1. Que el experto tenga conocimientos especiales de la materia sobre la cual verse la experticia. 2.3.2. Que se trate de un perito imparcial. 2.3.3. Que el dictamen se encuentre debidamente fundamentado, sea claro, lógico y que no se encuentre desvirtuado por otros medios de prueba. 2.3.4. Que el dictamen no sea rectificado o retractado por parte de los expertos. 2.3.5. Que no se haya vulnerado el derecho a la defensa de las partes. 2.3.6. Que los peritos o expertos no se excedan de los límites de su encargo judicial. 3. Procedimiento de la prueba de experticia. 3.1. Promoción o proposición de la prueba. 3.2. Admisión de la prueba y acto de designación de expertos. 3.3. Juramentación de los expertos. 3.4. Recusación de los expertos. 3.5. Actividad de los expertos. Observaciones de las partes. 3.6. Deberes y derechos de los expertos. 3.7. Dictamen pericial. 3.8. Aclaratorias, ampliaciones y objeciones al dictamen pericial. 3.9. Valoración de la pericia o experticia. Casos de pericias contradictorias entre sí y con otros medios probatorios. 10. La pericia o experticia en el sistema de procedimiento penal. 3.10.1. La pericia como acto de investigación. Procedimiento. Entrada al proceso. 3.10.2. La pericia como acto de prueba. Promoción. Oportunidad. Evacuación. 3.10.3. Interrogatorio de los peritos en la audiencia pública y oral. Contradicción. 3.10.4. Dictamen pericial y valoración. 3.10.5. Nuevos peritos. 3.10.6. Pericia de opinión apreciativa.

1. LA PRUEBA DE EXPERTICIA. Introducción.

En el proceso judicial el tema de la actividad probatoria no será otro que los hechos institucionales afirmados por las partes como fundamentos de sus diferentes pretensiones contenidas en la demanda, acusación, contestación o defensa, que siendo controvertidos y no exentos de prueba deben verificarse en el proceso mediante su comparación con las fuentes para producir la convicción judicial traducido en certeza no libre de error; mucho de los hechos que requieren de comprobación por naturaleza de la fuente, requieren de conocimientos especializados para descifrar su contenido y hacerlo entendible al judicante, quien y aún poseyendo dichos conocimientos se encuentra interdicto de aplicar su ciencia privada, de manera que para obtener la información suficiente y entender el contenido de la fuente que se aporta al proceso y que permita la precitada convicción judicial, descisfrando así la información que le sea útil al juez para la certeza, tendrá que acudir al concurso de otras ciencias que apliquen sus conocimientos científicos a los hechos y mediante deducciones y juicios de valor permitan su apreciación y valoración –de la fuente- todo lo que nos ubica precisamente en el mundo de las experticias. De esta

manera y como es sabido el judicante es un perito de la cuestión jurídica, es un experto en el tema de la ciencia jurídica que no requiere de prueba salvo los casos especiales y excepcionales que hemos analizado en otro momento, lo que se materializa con aquello que hemos dicho que solo los hechos institucionales afirmados y/o negados, controvertidos y no exentos de actividad probatoria deben ser probados en el discurrir procesal, para lo cual las partes disponen de un conjunto de instrumentos o herramientas - medios probatorios- tanto regulados como no regulados, a través de los cuales pueden hacer llegar al proceso aquellas fuentes probatorias que permitan la convicción judicial, las personas, lugares, cosas o documentos que contengan la información –hechos- que permitirán la verificación de los hechos institucionales afirmados al ser comparados –las fuentes- con dichas afirmaciones o negaciones, hechos que no siempre son de entendimiento simple y llano, sin la concurrencia de otras ciencias del saber que coadyuven al juez a conocer su contenido, descifrar el mismo y entender de que se tratan para así realizar la mentada actividad de comparación para la verificación; de ahí que cuando los hechos para su descifrado, entendimiento y juzgamiento, para que sirvan –fuentes- para la convicción judicial a través de la comprobación por comparación, requieran de conocimientos científicos, artísticos, culturales o especializado, aún cuando el juez posea dichos conocimientos y que le son interdictados aplicar en el marco del proceso judicial, debe acudir a la “experticia” o medio probatorio “pericial”, que es el idóneo o conducente para el acreditamiento de esos hechos especializados conforme a los juicios de valor que emitan estos especialistas -que y aún no vinculando al judicante, lo orientan en su actividad y le permiten cumplir su labor- lo que permitirá complementar la actividad del judicante y contribuirán para la formación de la convicción judicial en los términos indicados. Con esta nota introductoria nos adentramos en esta oportunidad al estudio de la prueba de experticia o de peritos, lo que iniciamos con la siguiente interrogante: **¿qué es la experticia o la pericia?**; pero antes se tratar el tema de la definición, se nos antoja referirnos a los antecedentes históricos de este medio probatorio, lo que haremos en el punto que sigue.

1.1. Noción histórica del medio probatorio.

Según la mayoría de la doctrina el origen de la pericia como medio probatorio se ubica en el Derecho Romano, especialmente durante el procedimiento extraordinario cuya mayor influencia se encuentra en el período justiniano, aunque también se utilizaría para la solución de determinados conflictos para los cuales se requería de un dirimidor especializado –*index*- experto en la materia que se tratara, de ahí como afirmaría el maestro Vittorio SCIALOJA no había la necesidad de un perito cuando el propio juez lo

era;⁵⁴⁸ no obstante y como se indicó en el sistema de procedimiento extraordinario sería de gran utilidad y utilización este medio de prueba cuando se requiriera de conocimientos especiales a los cuales escapaba el judicante como en los casos que nos señala KIELMANOVICH para hacer la comparación – *comparationes*- en los supuestos que la parte a quien se le oponía un documento negaba su firma, así como establecer la gravedad en causas concernientes al estado civil de las personas y en las causas de sucesiones.⁵⁴⁹

Así en el Derecho Romano se consigue [...] *Ad quaestionem facti respondent juratores; quaestionem juris respondent iudices. Dictum expertorum nunquam trahit ad rem iudicatam*”, que según el maestro feo se refiere [...] *A la cuestión de hecho responden expertos; a la cuestión de derecho responden jueces. El dictamen de los expertos nunca forma cosa juzgada.*”⁵⁵⁰ El maestro SILVA MELERO al tratar el tema nos informa que el perito en el procedimiento romano se presentaba como un consejero del juez, ello porque el juez romano no era un jurista y antes de resolver consultaba a las personas que consideraba aptas para ilustrarlo y que constituían el *consilium* que asistía a los debates y expresaba su propia opinión fundamentalmente en materia jurídica, sin que se excluyera del *consilium* a personas que formaban parte de otras materias y cuyos conocimientos técnicos contribuían a la exactitud del juicio.⁵⁵¹

El maestro ALSINA al tratar el tema histórico de este medio probatorio nos dice, que en Roma se conocerían los agrimensores, quienes eran encargados de delimitar las tierras que los cónsules distribuían entre los legionarios; en tanto que en España se utilizarían los servicios de las comadronas para constatar el embarazo, siendo que durante muchos años –indica- la prueba sería mirada con poco favor y hasta las Leyes de Partidas prohibirían la diligencia en ciertos casos, como lo fue en la comprobación de firmas de documentos privados.⁵⁵²

Por la influencia del Derecho Canónico este medio probatorio resurgiría a causa de ser retomado el estudio del Derecho Romano de la época del imperio, por influjo de prácticos italianos que como nos dice el maestro DEVIS ECHANDÍA sería utilizada en principio para determinar las causas de muerte y el cuerpo del delito en el sistema penal, como una especie de juicio de hecho por personas consideradas como jueces del punto sometido a su estudio, que luego en el Derecho Común sería tratado como una especie de testimonio –*testis peritus y peritus assessor o consigliarius*- hasta que luego se le reconocería su verdadera importancia y naturaleza; que durante el Derecho Canónico se reconoció la peritación al lado

⁵⁴⁸ Vittorio SCIALOJA. Ob. cit. pp. 401 y ss.

⁵⁴⁹ Jorge L. KIELMANOVICH. Ob. cit. p. 438.

⁵⁵⁰ Ramón J. FEO. Ob. cit. T. II. p. 130.

⁵⁵¹ Valentín SILVA MELERO. Ob. cit. T. II. p. 274.

⁵⁵² Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. p. 474.

del testimonio sin precisar su diferencia como medios aptos para la demostración de los hechos, como la virginidad de las mujeres, la impotencia del hombre y la inspección de heridas,⁵⁵³

En Francia –dice la doctrina- el medio probatorio sería consagrado expresamente en la Ordenanza de Blois de 1579, y cuando se iniciaría la época de la codificación, comenzaría a tener consagración formal en los diversos códigos de procedimiento.

En el Derecho español indica FEO el medio probatorio encontraría regulación en la Ley I, Título 21, lib. 10 de la Nueva recopilación conforme a la cual [...] *Mandamos que aquí adelante quando los Jueces Mandaren nombrar contadores o otras personas no los nombre para ningún artículo que consista en derecho, ni para otras cosas que ellos puedan determinar por el proceso, sino que solamente se nombren para una cosa que consista en cuenta o tasación o pericio de persona o arte.*”, y en la Ley 118, tít. 18. Par. 3^a, se señalaría [...] *E si por ventura el escribano nom fuese bivo o fuese tan lueña tierra non le pusiesen aver para facerle esta pregunta; encontencer deve el judgador tomar ambas cartas, e aver buenos omes e sabidores consigo, que sepan bien conocer e entender las formas e esto caten e escudriñen bien e lealmente, e que non dexen de decir verdad de lo que entendieren...*”.⁵⁵⁴

1.2. Definición. Características. Naturaleza. Objeto.

Hecho un breve recorrido histórico del medio probatorio y como ya estará acostumbrado nuestro amable lector, haremos un recorrido por la doctrina foránea y nacional, para luego ofrecer nuestra definición y para lo cual comenzaremos con la doctrina italiana de la mano del maestro CHIOVENDA, quien en sus Instituciones nos dice que los peritos son personas llamadas a exponer al juez no sólo las observaciones de sus sentados y sus impresiones personales sobre los hechos observados, sino también las inducciones que deban sacarse objetivamente de los hechos observados y de aquellos que se les den por existentes; que el perito debe poseer determinados conocimientos teóricos y prácticos, aptitudes en ramas especiales, tales que no tengan que ser poseídos por cualquier persona culta –perito médico legal, tasador, agrimensor, arquitecto-; pero que una persona inculta también puede ser perito con tal que sea versado en la cuestión técnica que se discute en el proceso; que cuanto más técnica sea la cuestión al juez, más será la utilidad y necesidad de la prueba pericial; que el parecer del perito en ningún caso puede sustituir el parecer del juez, esto es, vincular jurídicamente el convencimiento judicial; sigue el maestro señalando que el pronunciamiento del perito se hace a través del dictamen pericial, que recaerá sobre aquellos hechos y datos recogidos y sometidos a su conocimiento;⁵⁵⁵ nos dice el precitado autor que con la caída

⁵⁵³ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. pp. 291 y ss.

⁵⁵⁴ Ramón J. FEO. Ob. cit. T. II. p. 130.

⁵⁵⁵ Guisepe CHIOVENDA. Ob. cit. T. III. pp. 183 y ss.

del imperio Romano la prueba tendría a desaparecer en los procedimientos judiciales, por influjo de las primitivas costumbres durante la llamada fase étnica o primitiva que le sucedería, traídas por los pueblos germanos y francos básicamente.

CARNELUTTI por su parte indica que el juez no puede verlo todo, que con igualdad y con mayor razón no puede saberlo todo, dificultad que por su aumento y progreso técnico hace necesario recurrir a la prueba pericial; que el perito cumple una doble función, como instrumento de percepción y como instrumento de deducción, advirtiéndole que si la indicación de las reglas de la experiencia al juez no es necesaria cuando son ignoradas por éste, en cambio la aplicación de ellas al caso concreto pueden exigir el concurso del perito, cuando para que se haga con seguridad y sin esfuerzo anormal se exija cierta aptitud o preparación técnica que el juzgador no posee.⁵⁵⁶

LIEMBAN al tratar el tema bajo la denominación de “consulta técnica” nos enseña que la misma tiene como finalidad integrar los conocimientos del juez en los casos en los que para percibir o para valorar una prueba son necesarios conocimientos técnicos de los cuales el juez no está provisto, de manera –indica- que cuando en un proceso se presentan problemas de esta naturaleza el “consultor técnico” es llamado a asistir al juez en su actividad con dictámenes o relaciones no vinculantes; que la cualidad y cantidad de la contribución que deberá ofrecer el consultor técnico, variaría según las circunstancias y grados de especialización requerido en cada caso concreto, pudiendo consistir simplemente en la ilustración de las reglas técnicas, científicas o de experiencia que le son necesarias al juez para poder apreciar personalmente los datos de la instrucción probatoria, pero también podría llegar hasta cumplir directamente la valoración razonada de aquellos datos o de una parte de los mismos al fin de la decisión de la controversia; que también puede consistir la intervención de los expertos –a especie de prácticos indicamos- como mera ilustración instructoria para darle al juez las aclaraciones que sean necesarias y requeridas, siendo que en todo caso la competencia del consultor técnico termina donde comienza la valoración propiamente jurídica del material de la causa, cuyo competencia corresponde exclusivamente al juez, quien no puede sustituirse en las cuestiones técnicas por el consultor al no vincular su juicio la opinión judicial que siempre será libre según la convicción, con la sola obligación de la adecuada motivación; que la consulta técnica sin perjuicio de poder ser peticionada por las partes, su iniciativa fundamentalmente corresponde al juez, quien es el sujeto que tendrá el conocimiento sobre su necesidad en el proceso conforme al momento que lo considere oportuno; que y conforme al código que comenta el maestro italiano, el consultor técnico no se refiere a un medio probatorio sino a un auxiliar de integración de los conocimientos y de la actividad del juez, al ser su objetivo el proporcionar a aquel –juez- no ya los datos objetivos del caso concreto, sino los instrumentos lógicos o de experiencia

⁵⁵⁶ Francesco CARNELUTTI. La Prueba Civil. pp. 77 y ss.

necesarios para poner de relieve y para valorar dichos datos, de manera –señala- que la consulta no es un medio de prueba sino un medio de integración del órgano de instrucción.⁵⁵⁷

Interesa destacar que y como nos enseña el maestro, como parte del derecho constitucional a la defensa y al contradictorio, es permitido a las partes dependiendo del tema tratado y de su técnica o especialidad, la designación de consultores técnicos que asesoren a las mismas y acudan a los actos del proceso, especialmente aquellos referido a los actos de investigación e instrucción, sirviendo también para la orientación y asesoramiento en la presentación de escritos, actos y para la defensa; esto último señalado es fundamental pues y como lo hemos expuesto en varias oportunidades y como expondremos más adelante, el marco del sistema de procedimiento orales donde el debate del tema probatoria precisamente y por antonomasia es en la audiencia oral y pública –también llamada probatoria- que y cuando se trata de experticias los expertos tienen el deber de acudir a la misma para exponer oralmente los actos realizados y las conclusiones a las cuales han llegado, acto seguido del cual generalmente comienza el contradictorio mediante las preguntas que le formularán las partes, formándose así la prueba en audiencia; pero el problema se presenta es en ese momento cuando por primera vez tienen conocimiento de la actividad de los expertos y sin tener conocimientos especializados sobre la materia tratada, tienen que hacer un control inmediato, lo que y como podrá observarse generará indefensión, todo lo cual nos permite formular la interrogante: **¿entonces qué hacer?** La respuesta y en el marco del sistema constitucional y garantista puede tener dos vertientes: la primera es que el judicante le imponga a los expertos la obligación de consignar en tiempo anterior y oportuno a la audiencia, el escrito el informe motivado de sus actuaciones para ser tratado en la precitada audiencia oral, lo que permitirá garantizar el efectivo control, debate y defensa de las partes, quienes antes del acto oral pueden asesorarse sobre el tema tratado y poder formular en su momento las interrogantes que a bien tenga a los expertos; la segunda opción es la de permitir que las partes se hagan asistir en la audiencia oral de expertos o como señala el maestro LIEBMAN de “consultores técnicos” cuya única función sería la de asesorar a las partes en la contradicción y control de la prueba de experticia conforme a lo que expongan los expertos en la audiencia oral, tal como por ejemplo regula el artículo 150 del Código Orgánico Procesal Penal al señalar [...] *Cuando por las particularidades del caso, alguna de las partes considere necesaria ser asistido por un consultor o consultora en una ciencia, arte o técnica, lo comunicará al Juez o Jueza. El consultor técnico o consultora técnica podrá presenciar las experticias. En las audiencias podrán acompañar a la parte con quien colabora y auxiliarla en los actos de su función...*”, y que perfectamente es extensible y aplicable a cualquier sistema de procedimiento oral,

⁵⁵⁷ Enrico Tullio LIEBMAN. Ob. cit. pp. 300 y ss. En forma similar también puede consultarse al maestro Enrico REDENTI quien hace el estudio del “consultor técnico” en su obra “Derecho Procesal Civil”. T. I. pp. 416 y ss.

especialmente si tomamos en consideración que esta previsión del “consultor técnico” sólo se ubica en el sistema de procedimiento venezolano en la precitada norma y para el procedimiento penal.

El maestro Ugo ROCCO por su parte indica que el “consultor técnico” no es un medio de prueba sino un auxiliar del juez, un órgano auxiliar que completa e integra a dicho juez en relación con la adquisición de las indispensables nociones técnicas que la especial naturaleza de la causa exige y sin las cuales el juez no estaría en condiciones ni de valorar el resultado de la prueba, ni de juzgar con respecto a las cuestiones técnicas sometidas a él, siendo prueba de ello –indica- que el juez puede valerse de la labor del consultor técnico del modo que mejor le plazca, ya teniéndolo a su lado, ya delegándole el cumplimiento de determinados actos que la ley denomina indagaciones, hasta el punto de encomendarle el cometido de intentar conciliaciones; que el contradictorio en este medio auxiliar está garantizado cuando se permite a las partes en la actividad que realicen los consultores técnicos de intervenir personalmente o por medio de otros consultores técnicos por ellos designados.⁵⁵⁸

MICHELI también se refiere al “consultor técnico” como un auxiliar del juez cuya actividad en el marco del proceso judicial debe estar precedido por el juramento; que su naturaleza de medio instructorio está destinado a proporcionar al juez aquellas reglas técnicas que se salen de la órbita de su preparación técnico-jurídica, pudiendo ser dispuesto de oficio y en cualquier momento que se juzgue oportuno; que su actividad será de lo más diverso, dependiendo de las cuestiones planteadas por el juez y de las prescripciones que éste último podría dar en el curso de la instrucción.⁵⁵⁹

En materia penal el maestro Giovanni LEONE se refiere a la “prueba pericial” diciéndonos que la “peritación” es una indagación concerniente a materia que exige particulares conocimientos de determinadas ciencias o artes –llamados conocimientos técnicos- siendo su presupuesto de ella que el experto emitirá un juicio técnico, definiendo la precitada “peritación como [...] *una declaración técnica acerca de un elemento de prueba*”; citando a BORETTINI en su trabajo titulado “*La perizia nel processo penale*” indica que en el ordenamiento penal no se trata de una prueba, aunque fuese sólo porque la adquisición por parte del perito de la circunstancia que constituye objeto de indagación subsiguiente al hecho delictivo, está condicionada al poder discrecional del juez, que elige por sí el testimonio pericial en consideración a la esperada contribución personal de naturaleza técnica del perito en la comprobación de la verdad, de ahí que no se trata –indica- de una prueba sino de una apreciación que sirve para aclarar una fuente de prueba, al exclusivo fin de hacer por dicho medio –subsidiario- más fácil la valoración, no vinculando el juez, cuya convicción es libre, sin que ello involucre el deber de la debida motivación en caso de discrepancia con lo expresado con el experto; que en la prueba de pericia prevalece el elemento juicio

⁵⁵⁸ Ugo ROCCO. Ob. cit. V. III. pp. 90 y ss.

⁵⁵⁹ Gian Antonio MICHELI. Ob. cit. V. II. pp. 105 y ss.

sobre el elemento comprobación; que el perito puede proceder a aquellas comprobaciones que sean indispensables para la formulación del juicio técnico; que indica MASSARI [...] *el perito lleva al proceso la contribución de un dictamen técnico motivado y, por tanto expresado en forma dialéctica, acerca del alcance de datos y elementos ya adquiridos para el proceso. Ello sirve para diferenciarlo del testigo, el cual depone acerca de datos, hechos y circunstancias, percibidos fuera del proceso, excluida toda facultad de apreciación y de juicio*"; que la función de los expertos oscila entre la tesis que la delimita al solo cometido de aportar reglas de experiencia al proceso y la tesis que la extiende al doble cometido de exponer al juez las observaciones de sus sentidos y sus impresiones personales acerca de los hechos observados, indicando las inducciones que objetivamente deban extraerse de los hechos observados, los cuales se desdoblán en dos aspectos: prueba en lo referente al objeto y juicio concerniente al dictamen, considerándose como medio subsidiario y no como prueba según los criterios de BORETTI y MANZINI. Importa también destacar de los estudios del maestro, cuando nos dice que en sustancia la formulación y designación de expertos o peritos en el proceso resulta facultativa, correspondiéndole al juez el determinar cuando procede, cuando es necesario o no la presencia del perito, pero cuando así lo afirma se vincula con tal situación, a cuyo efecto nos muestra un conjunto de casos de peritación psiquiátrica donde la jurisprudencia ha afirmado la posibilidad que el juez directamente y sin necesidad de peritación verifique los hechos como insania mental total o parcial, lo que por demás no ha sido cuestionado por Casación quien sólo se ha pronunciado sobre el cuestionamiento de la debida motivación. Al respecto y tomando en cuenta que el propio LEONE afirma que el juez sólo podría prescindir del perito cuando se tratara de conocimientos de determinadas ciencias o artes que entren en el patrimonio cultural común o máximas de experiencia, siempre que en el proceso surja la necesidad de aplicar conocimientos científicos, artísticos, culturales o especializados que escapan del conocimiento común, por la interdicción al judicante de aplicar su conocimiento privado se hace necesario acudir a la peritación para descifrar el lenguaje de las fuentes probatorias sobre las cuales recae la actividad pericial, para que el juez puede tener y obtener la información necesaria a través del juicio de valor de los peritos, que le permitan verificar los hechos y conducir a la convicción judicial, de ahí que el propio maestro nos diga posteriormente y refiriéndose a la facultad o no de la peritación que [...] *Fuera de este caso, siempre que se compruebe la necesidad de la indagación, el nombramiento del perito constituye un deber del juez*." Sigue señalándonos el maestro en comentario que la peritación puede ser especializada como en los casos psiquiátricos, las anatómicas en supuesto como muerte con la autopsia, exhumación de cadáveres, lesiones, aborto, violaciones, falsedad de actos y documentos, monedas, obras de arte, entre otras.⁵⁶⁰

En la modernidad el más notable de los procesalistas actuales el maestro TARUFFO nos dice que cada vez son más frecuentes las materias de litigios civiles que van más allá de las fronteras de una

⁵⁶⁰ Giovanni LEONE. Ob. cit. T. II. pp. 195 y ss.

cultura general, común o promedio, que es el tipo de cultura jurídica típica de un juez o de un magistrado, de manera –indica- que cuando la cultura no es adecuada para ocuparse de los rasgos técnicos o científicos específicos de los hechos litigiosos es necesario complementarla y para ello, los diferentes sistemas procesales tienen que utilizar algunas formas de prueba pericial, recurriendo a peritos expertos en diversos ámbitos para ofrecer al juzgador toda la información técnica y científica necesaria para decidir el caso; que en el sistema anglosajón o del *common law* la prueba pericial pasa a la consideración del perito como testigo, de ahí la noción de “testigo-experto”, donde la prueba pericial tiene que presentarse aplicando los mismos mecanismos procesales que se utilizan para las pruebas testificales, siendo el perito interrogado como testigo, aunque se trate de un testigo especial; que en el marco del proceso los peritos son presentados por las partes a fin de ofrecer al tribunal los conocimientos especiales necesarios para decidir sobre los hechos, siendo en consecuencia las partes –nos dice- quienes deciden si se presentan o no testigos-expertos, eligiéndolos, preparándolos y pagándolos, generándose en consecuencia un perito o testigo experto como una especie de “pistolero a sueldo” dispuesto a servir a la parte que lo convoque; que la prueba pericial puede presentarse en forma de un dictamen pericial o de otro modo, pudiendo suceder que se permita al perito expresar su propio dictamen acerca de los hechos litigiosos, o que se le pida que enuncie algunos conocimientos o principios generales a partir de los cuales el juzgador pueda extraer inferencias relevantes sobre los hechos litigiosos; que el perito emitirá su dictamen a partir de su conocimiento personal de los hechos relevantes o respondiendo preguntas hipotéticas planteadas por el tribunal o por las partes; que el rasgo característico es que al perito se le permite emitir su propio juicio sobre el tema debatido, lo que no es permitido a ningún tipo testimonial. Respecto al tema en el *civil law*, nos dice el maestro italiano que el perito o experto no es un testigo y las pruebas periciales no tienen nada de común con la prueba testifical, distinguiéndose claramente ambas figuras, pues el testigo ofrecerá al tribunal su propio conocimiento sobre los hechos relevantes, mientras que el perito ofrecerá al tribunal datos e informaciones científicas o técnicas generales que éste necesite para valorar los hechos objeto del litigio, pudiendo también expresar sus opiniones y evaluaciones sobre los hechos específicos, tomar conocimiento personal de alguno o determinados hechos, siendo que en todo caso la función esencial del mismo será el suministrar al tribunal los conocimientos especializados necesarios para la convicción judicial.⁵⁶¹

En la doctrina alemana SHÖNKE nos dice que son peritos las personas que facilitan al juez el conocimiento de máximas de experiencia y otros elementos de conocimiento general, de los cuales éste saca consecuencias; que los dictámenes escritos realizados por expertos fuera del proceso no están sujetos a reglas de la prueba pericial y en cuanto estén autorizados por particulares han de apreciarse como

⁵⁶¹ Michele TARUFFO. Ob. cit. pp. 90 y ss.

prueba documental.⁵⁶² Al respecto importa esto último expresado por el maestro alemán especialmente en cuanto a la mutación de la prueba pericial a la documental que demanda su tratamiento como tal, cuando es realizada por las partes fuera del proceso judicial, lo que por ejemplo pudiera igualarse a la práctica de los órganos acusadores en el proceso penal cuando pretender introducir en el mismo la pericia realizada como acto de investigación como prueba documental mediante su simple lectura. Esta postura y como lo explicaremos con detalle en su momento, resulta inaceptable no solo por la mutación misma, sino fundamentalmente por la lesión de los derechos constitucionales y los principios procesales como la defensa, intermediación, bilateralidad, entre otras reglas propias de procedimiento probatorio que son de orden público procesal y constitucional no relajable por las partes.

El maestro, magistrado y profesor honorario de la Universidad de Kiel Erich DÖHRIG al tratar el dictamen de los peritos nos dice que el al igual que el testigo, el perito tiene por misión aplicar sus conocimientos en el proceso y contribuir así al esclarecimiento de los hechos, pero que a diferencia del testigo no tiene que reproducir observaciones concretas del suceso que se busca reconstruir; que el dictaminador es llamado por su pericia, para poner a disposición sus conocimientos especializados, para proporcionar al juez –o en su caso al investigador- las reglas de experiencia que el no especialista ignora; que el experto también suministra las directivas para la aplicación de esos conocimientos al caso dado; que cuando la percepción inteligente de determinados pormenores ha menester de conocimientos especializados, el perito es quien debe señalarlo, siendo también tarea suya proporcionar y aprovechar él mismo ciertos indicios, como el caso de *test* psicológicos al imputado que le ha sido confiado en observaciones, ensayos químicos, entre otros; nos dice que la actividad pericial no solo es judicial sino que y más aún en el proceso penal, una herramienta fundamental en la fase de investigación para proporcionar conocimientos especializados requeridos, ya no al juez sino a los fiscales y hasta a los órganos policiales, expresando en este sentido que [...] *Otrora, las reglas especiales que aquí analizaremos incumbían exclusivamente al juez; pues éste era, de ordinario, el único que estaba en condiciones de escuchar a un perito. Actualmente, esas reglas pueden servirle igualmente al fiscal, quien recurre hoy, más que antes, a un perito, en el mismo procedimiento preliminar, para saber con mayor certeza si cabe presentar la acusación. Pero si el fiscal no se hace cargo de las pesquisas desde un comienzo, también la policía se ve no pocas veces necesitada de consultar a un perito para aclarar la cuestión. Esto puede darse en casos de explosión, de accidentes de trabajo grave, de delitos de tránsito complicados y sobre todo en el incendio intencionado.*” Esto dicho por el maestro alemán es esencial para igualmente entender el funcionamiento de la pericia en nuestro sistema procesal penal, pues de la peritación o experticia como “medio probatorio” no solo se nutre el judicante para la formación de la convicción judicial, sino el Ministerio Público y los órganos de investigación penal en la fase de investigación a través de actos de

⁵⁶² Adolfo SHÖNKE. Ob. cit. pp. 233 y ss.

investigación, que eventualmente pueden tener vocación probatoria pero que y como hemos dicho suficientemente, se trata de actos que no son prueba y que entre otras cosas tienen como finalidad el servir para la comprobación de la comisión de un delito, la determinación de su autor, fundamentar un acto conclusivo como por ejemplo la acusación, para las peticiones cautelares y para conseguir, preconstituir y resguardar fuentes probatorias, pero que y como hemos expresado no son prueba capaz de servir para el convencimiento judicial.

Posiblemente y como lo hemos dejado de manifiesto, el problema o confusión sobre el tema se presente cuando el propio legislador penal no diferencia los actos de prueba de los actos de investigación, al comprimirllos en una misma actividad y denominándolo “Régimen Probatorio” –ver Título VI del Código Orgánico Procesal Penal- que y aunque se trate del mismo medio –por ejemplo la experticia o pericia- sus momentos, objetivos y finalidades difieren. Esto dicho resulta fundamental para entender nuevamente que la pericia o experticia realizada en fase de investigación se presenta como un acto de investigación que y aún con vocación probatoria, no sirve para fundamentar la convicción judicial del juez de Juicio, salvo que la actividad probatoria –medio- se haya anticipado a través de la vía del artículo 289 del Código Orgánico Procesal Penal y siempre con la intervención del acusado para ese momento imputado, pues en todos los demás supuestos aplicables a todos los medios probatorios realizados como actos de investigación, donde no exista imputado o exista pero se desconozca su paradero, casos en los cuales el legislador incorpora la figura del defensor público, aún siendo un acto irreproducible el medio no podría ser considerado como anticipación probatoria como consecuencia de la grosera infracción al derecho constitucional a la bilateralidad o control de la diligencia probatoria, de manera que en todo caso estaríamos ante una preconstitución de fuente probatoria que tendría que ingresar al proceso a través de un medio para su debate y formación en audiencia pública y contradictoria; pero aunado a lo expresado otro argumento esencial para entender por ejemplo la errónea regulación del artículo 289 comentado, menospreciando el tema si existe o no imputado, es precisamente que si para el momento de la anticipación de medios que se presenta en fase de investigación lógicamente no hay acusación –que por demás partiría del supuesto evidente de la comprobación de la existencia de un delito y de su autor- no se han afirmado hechos institucionales en lo que se base el libelo acusatorio, tendríamos que preguntarnos entonces sobre qué hechos se anticiparía el medio probatorio –tema de la prueba judicial- incluso sobre qué hechos tendría el acusador que realizar la actividad probatoria –prueba de cargo en cabeza del acusador- y el imputado que defenderse si todavía no hay afirmación de hechos acusatorios, problema que no podría solventarse con la argumentación de una imputación previa formal, pues por su carácter previo y provisional perfectamente pudiera ser modificada al momento de la

acusación de manera que los hechos de los cuales se defendería el imputado al momento de la anticipación de los medios, simplemente serían diferentes a los afirmados en la acusación generando indefensión.

Lo dicho nos permitiría afirmar dos cosas: primero que en fase de investigación y a causa de la inexistencia de una acusación, no cabría anticipación de medios probatorios sino simplemente preconstitución y aseguramiento de “fuentes” probatorias; segundo que la anticipación de medios probatorios sólo tendría lugar luego de la afirmación en la acusación de los hechos que se le inculpan al acusado, lo que permitiría a este conocer sobre qué hechos debe recaer la actividad probatoria –carga por parte del acusador- y ejercer un cabal control de cualquier actividad probatoria que se quisiera adelantar. En todo caso y sin perjuicio de lo dicho, tenemos que esas pericias o experticias en fase de investigación simplemente se tratan de actos de investigación con vocación probatoria, que preconstituyen fuentes que debe ingresar al proceso mediante los medios concretos, como lo será la promoción del experto para que acuda a la audiencia pública y oral y exponga lo relacionado con las diligencias realizadas, los métodos y conclusiones, permitiendo un control bilateral del asunto para que en definitiva se forme en la precitada audiencia la prueba que sirva para la formación de la convicción judicial.

Siguiendo con los estudios del maestro DÖHRING tenemos que en cuando a la valoración de la prueba, el dictamen pericial no obliga o vincula al judicante, como tampoco a los órganos encargados de la investigación cuando se trata de tales actos –nuestros actos de investigación-; que en la apreciación del dictamen al igual que la prueba testifical, también la peritación debe considerarse primero aisladamente, siendo que en muchas de las veces resultará funesto la apreciación partiendo de inmediato de todo el material probatoria, al llevar ello a que la concepción del perito, caso de cuadrar en el conjunto y responder a la hipótesis explicativa básica planteada por el funcionario, sería tenida por esa misma razón, por correcta en sus tres cuartas partes, sin sometérsela apenas a una crítica honda; que a la inversa si pareciere no guardar consonancia con el estado general de autos, el funcionario podría estar tentado a rechazarla injustamente, todo lo que reduciría desde el comienzo las perspectivas de lograr un resultado en el cual pueda descansar; que la toma de posición del perito tiene por objeto introducir al juez o al funcionario pesquisidor en la problemática del caso, para permitirle formarse una opinión propia, siendo su primera finalidad la de dejar ver qué bases fácticas fundamentan el dictamen, sin lo cual el receptor no estaría en condiciones de determinar si el material fáctico ha sido aprovechado en su totalidad, de manera que si el dictaminador no lo hubiese hecho, deberían exigírsele mayores explicaciones; nos dice que la tesitura y la especialización del dictaminador también es esencial en el dictamen pericial, pues a veces las tesis utilizadas pertenece a determinadas orientaciones o corrientes no universales ni aceptadas, lo que debe influir al momento de su análisis, de manera que debe considerarse si la tesis expuesta por el perito

es la única, la más aceptada, si existen otras con mejores resultados, hasta el punto que el dictaminador tendría que exponer hasta que punto las tesis aplicadas, métodos y resultados son plausibles de error, simplemente se refiere a su confiabilidad; que respecto al grado de certeza, el dictaminador o perito está en el deber de exponer el grado de certeza de su resultado final conforme a sus comprobaciones, para lo cual se presenta una escala que va desde considerar los resultados como “probablemente”, “muy probable” o “sumamente probable”, todo lo que en definitiva debe ser considerado por el juez para determinar el grado de certeza sobre el hecho que se trate, de manera que si ese grado en las resultas del expertos genera duda, por ser dudoso el valor del material fáctico.

Sigue diciendo el maestro alemán que un informe pericial podrá ser considerado como digno de confianza y servir a la convicción judicial si se comprueba: a. Que reposa en datos fácticos correctos; b. que los principios técnicos de los cuales parte el perito, merecen reconocimiento; c. Que el dictaminador ha procedido correctamente en todos los casos en los cuales se lo pudo controlar; d. Que ofrece garantías de haber trabajado en regla también en los terrenos no controlables; pero también es fundamental conocer la formación del perito, la escuela donde se ha formado; también nos dice que otro elemento a tomar en consideración y que sirve como indicio en el proceso es el comportamiento del perito en el juicio, señalando al efecto que en los casos no controlables la confianza que muestre este en sus manifestaciones dependerá a menudo de la confianza que haya sabido ganarse durante la disquisición oral del contenido del dictamen, de manera que la forma como responda a las preguntas y la refutación a las dudas que se les plantee brindarán el apoyo necesario para valorar objetivamente sus tomas de posición –véase la aplicación de la teoría conductista a los que nos referimos al tratar la prueba testimonial- aunque el propio maestro reconoce posteriormente que no se trata verdadero dato objetivo, pues puede tratarse de un experto con conocimientos sólidos y suficientes del tema pero que carezca del aplomo y la experiencia necesaria, lo que conduciría al injusto de desechar la prueba por tales motivos.⁵⁶³

Repasando la doctrina española comencemos con el maestro Valentín SILVA MELERO quien explica que con el término “pericia” suele denominarse procesalmente a la actividad por la cual determinadas demostraciones o indagaciones vienen confiadas a personas dotadas de especiales conocimientos técnicos; que en el lenguaje común significa la experiencia particular o capacidad individual, tratándose en sustancia de la actividad que requiere particulares conocimientos en determinadas ciencias o artes que supone la exigencia de llevar al proceso conocimientos científicos o prácticos que el juez podría conocer, pero que no está obligado a ello y que son precisos para adoptar la decisión; que el concepto de pericia afecta al medio para el juez de fijar hechos mediante declaración de un tercero al que se le reconocen particulares conocimientos; que en la noción jurídica la pericia se

⁵⁶³ Erich DÖHRIG. Ob. cit. pp. 245 y ss.

presenta como constatación, observación o valoración de los hechos, como una declaración sobre los mismos, siendo éstos los elementos esenciales o característicos, pero no escindibles del concepto de pericia; en cuanto a su naturaleza jurídica nos dice que se trata de un medio de prueba, aunque reconoce que buena parte de la doctrina niega la misma, señalando que [...] *la pericia en definitiva aparece con su carácter evidentemente instrumental, como actividad que ha de determinar en el Juez, la persuasión en torno a la existencia o inexistencia de la veracidad o no de lo hechos, y quizás no sea muy aventurado afirmar, que esto sea lo importante y decisivo para valorar la pericia como medio de prueba, pues si en el proceso penal y en la fase sumarial, destacan aspectos periciales en los que aparece el perito, con el Juez en una función colaboradora, al menos como ilustración o aclaración de algún medio de prueba, es lo cierto que en la fase de juicio oral, como en el proceso civil, no puede negarse que destaca sobre cualquier otra característica la naturaleza de medio probatorio de la pericia.*⁵⁶⁴

Jaime GUASP nos dice que perito es la persona que sin ser parte, emite, con la finalidad de provocar la convicción judicial en un determinado sentido, declaraciones sobre datos que habían adquirido ya de índole procesal en el momento de su captación; que los tres ingredientes que componen el concepto de pericia son: a. La persona del testigo como instrumento, caracterizada por sus conocimientos especiales, sea personas naturales o jurídicas como academias, corporaciones, gremios; b. Que esa persona sea ajeno a las partes, un tercero que se ponga en contacto con los datos a probar dentro del proceso en virtud del encargo judicial, de manera que la pericia será utilizada cuando sea necesario la concurrencia de conocimientos especializados; c. Que como medio de prueba tienda a provocar el convencimiento judicial acerca de la existencia o inexistencia de un dato procesal determinado; en cuando a la naturaleza de la pericia nos dice el maestro que se trata de un medio de prueba judicial y personal, caracterizándose dentro de los medios de prueba procesales y personales por la intervención de un tercero sobre datos procesales, del modo que determina el concepto de prueba; que se trata de un medio de prueba pues tiende a provocar la convicción judicial y que es procesal por realizarse en el marco del proceso, donde el perito emite sus declaraciones para el convencimiento judicial.⁵⁶⁵

Para ASECIO MELLADO la prueba pericial es un medio de prueba que debe ser definido atendiendo a las especiales características que concurren en quien es su sujeto activo –el perito- y en los fines que se persiguen a través de su práctica; que los peritos son aquellas personas físicas –aunque pueden igualmente serlo personas jurídicas- que tienen la cualidad de ser terceros ajenos al proceso y por tanto imparciales, que aportan su saber, que lejos de ser personal, subjetivo e insustituible, lo es sobre la base de unos determinados conocimientos técnicos, científicos o artísticos y que resultan necesarios para la apreciación de los hechos del proceso; que la finalidad de la prueba no consiste en fijar unos hechos y

⁵⁶⁴ Valentín SILVA MELERO. Ob. cit. T. I. pp. 273 y ss.

⁵⁶⁵ Jaime GUASP. Ob. cit. T. I. pp. 353 y ss.

convencer al órgano jurisdiccional acerca de su realidad y existencia, sino que recayendo sobre hechos que ya han sido objeto de fijación mediante otros medios de prueba, sirviendo éste medio para aportar máximas que el juez no posee, por tal razón coadyuvan a una correcta apreciación de los hechos en su totalidad y debida dimensión; que por ello se ha dicho que se trata de una prueba complementaria que solo tiene por objeto hechos probados y únicamente devendrá en necesaria cuando los conocimientos que se pretenden allegar a través de ella, no los posea el judicante bien por generalidad o bien porque los tenga merced de sus específicos conocimientos.⁵⁶⁶

GÓMEZ COLOMER al tratar el tema nos dice que el dictamen de perito o prueba pericial es un medio concreto de prueba, en virtud del cual una persona con conocimientos especiales –científicos, artísticos, técnicos o prácticos- que el juez no tiene, pero ajeno al proceso, los aporta al mismo para que el órgano jurisdiccional pueda valorar mejor los hechos o circunstancias relevantes en el asunto, o adquirir certeza sobre ellos; que como el testimonio se trata de una prueba personal; que el perito y sus conocimientos especializados que van a servir para la valoración judicial de los hechos es “fuente” de prueba, mientras que el informe que prestará en el proceso a través del procedimiento establecido para ello será el “medio” de prueba; que consecuente con lo anterior habrá que distinguir entre prueba pericial y perito, éste último a quien la doctrina ha considerado en algunas ocasiones como un “auxiliar órgano jurisdiccional” o como “medio de prueba”, lo primero al no suministrar los hechos sobre los cuales ha de fundarse la resolución judicial, sino sobre los hechos ya dados, complementando la capacidad de juicio del juez al proporcionarle sus máximas de experiencia que desconoce o no sabe aplicar éste; lo segundo –perito como medio de prueba- pues el perito traslado al proceso sus conocimientos especializados aplicado a los hechos para formar la convicción judicial; que en cuanto al objeto de este medio probatorio observa que procederá en principio en aquellos casos que se requieran para la fijación de los hechos o para averiguar su naturaleza, de la presencia de determinados conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos que no posee el juez, de manera que puede recaer –objeto- sobre cual ciencia o arte salvo la jurídica que se presume es conocida por el juez; que el “perito” es el tercero o persona ajena al proceso que posee unos conocimientos técnicos especializados, tenga o no títulos profesionales y que los vierten en el mismo tras haberlos aplicado al estudiar los hechos u otros elementos de prueba, pudiendo ser una persona física o jurídica, que no ha presenciado los hechos o no es traído al proceso por tal circunstancia, sino que buscado precisamente por poseer conocimientos técnicos especializados; que en el marco de la LEC 1/2000 se presenta la novedad procedimental respecto a su sistema de introducción, siendo las partes las que tienen la carga de traerlo a los autos, al ser las mismas quienes tienen que alegar, afirmar y probar la veracidad de los hechos relevantes en que se fundamenta su

⁵⁶⁶ José María ASENSIO MELLADO. Ob. cit. T. I. pp. 203 y ss.

pretensión o resistencia; que subsidiariamente podría ser el perito nombrado por el juez si así lo solicitaran las partes o resultara estrictamente necesario; que la previsión de acompañamiento de dictámenes periciales extrajudiciales estaría severamente criticada por favorecer a los sectores pudientes que podrían costear el pago de las mismas; que la llamada “pericia extrajudicial” [...] *el dictamen profesional técnico pedido por la parte antes de iniciar el proceso con el fin, primero, de saber si es conveniente o no acudir a la reclamación judicial, y después, de acompañarlo a la demanda, ha sido algo sobradamente conocido y utilizado en la práctica, si bien siempre ha estado claro que no se trataba de una prueba pericial en sentido estricto y que tampoco podría considerarse prueba documental; ni aun en el caso de que el dictamen fuera ratificado en el proceso por la declaración del profesional técnico cabía hablar de prueba testifical. El Tribunal Supremo había concluido que ese dictamen no era un medio de prueba pero, al mismo tiempo, se refería a él diciendo que no carecía totalmente de valor probatorio, pudiendo ser elemento de juicio a tener en cuenta en la valoración conjunta de la prueba, con lo que incurriría en una clara contradicción, pues si ese dictamen no era un medio de prueba mal podría tener valor probatorio. Esta contradicción se resolvería teniendo en cuenta que el dictamen extrajudicial no era, efectivamente, un medio de prueba, porque no había consistido en la actividad procesal realizada conforme a la legalidad. Ese dictamen, acompañado a la demanda o a la contestación, formaba parte del acto de alegación, estaba integrado en el mismo, era alegación, y judicialmente así tenía que ser considerado.*” Terminaría diciendo el precitado maestro que el dictamen pericial extrajudicial pasaría en la LEC a convertirse en un medio probatorio y que ahí precisamente es donde radica el error.

Sigue diciendo el precitado maestro español que conforme 336 de la LEC 1/2000 cuando las partes consideren la necesidad de la presencia de conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar los hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, puede – carga probatoria- aportar al proceso dictámenes de peritos, en las oportunidades siguientes: a. Con la demanda o la contestación, tratándose de dictámenes extrajudiciales que las partes han mandado a elaborar que de no ser producidos en estos momentos, operara la preclusión y el actor no podrá presentar posteriormente el dictamen pericial a no ser que justifique cumplidamente que la defensa de su derecho no ha permitido demorar la presentación de la demanda hasta haber obtenido el dictamen pericial, lo que implica la carga de la acreditación de tal circunstancia; por su parte para el demandado también operará tal preclusión, quien en todo caso deberá justificar en la contestación la imposibilidad de pedir el dictamen y de obtenerlo dentro del plazo para la contestación; b. Antes de la audiencia previa –para el juicio ordinario- o de la vista –para el juicio verbal- de manera que cuando el actor o demandado no hubiesen podido presentar el dictamen con la demanda o la contestación, tendrían que manifestar ellos –escritos de demanda y contestación- los dictámenes que en su caso pretendieran presentar posteriormente, lo que habría de hacerse antes de iniciarse la audiencia previa o de la vista en los casos señalados, siempre que concurriera la excepción para las partes de presentarlos con sus escritos de demanda y contestación en la

forma indicada; en ambos casos presentados los dictámenes las partes habrían de manifestar si desean que los peritos autores de los dictámenes comparecieran al juicio o a la vista, expresando si deberán exponer o explicar el dictamen o responder las preguntas, objeciones o propuestas de rectificación o intervenir de cualquier forma útil para entender y valorar el dictamen pericial en relación con lo que es objeto de prueba; y c. Antes del juicio cuando la necesidad del dictamen pericial sea puesto de manifiesto a causa de las alegaciones del demandado en la contestación a la demanda o de las alegaciones o peticiones complementarias admitidas en la audiencia previa, caso en los que cualquiera de las partes puede aportar dictámenes periciales, siempre que lo hicieran con al menos cinco días de antelación a la celebración del juicio. Nos dice el autor en comentario que el dictamen pericial también puede ser ordenado por el juez y no en forma subsidiaria a la de las partes cuando: a. Se trate de casos de asistencia jurídica gratuita; b. A propuesta de las partes cuando en la demanda y en la contestación éstas hayan pedido esta designación cuando lo consideren conveniente o necesario para sus intereses, así como en los casos de alegaciones o peticiones complementarias; y c. De oficio cuando el tribunal lo considere pero solo en casos de declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, capacidad de personas y matrimoniales; que el dictamen se presentará por escrito y de ello se le dará traslado a las partes quienes pueden pedir aclaraciones o explicaciones que sean oportunas.⁵⁶⁷

Este nuevo esquema regulado en la LEC que permite la aportación de dictámenes extrajudiciales en la demanda y en la contestación con carácter preclusivo –salvo las excepciones señaladas- dice MUÑOZ SABATÉ que convierte a la prueba en una de las documentales que deben aportarse a los escritos de demanda y contestación, viniendo a positivizar la práctica de presentar los mismos en dichas oportunidades especialmente cuando para la fundamentación de la demanda o de la contestación se hacía necesario el manejo de conocimientos especializados, así como en aquellos casos en que por la urgencia se hacía necesario la anticipación de la actividad por la fugacidad de los hechos que reclamaba una intermediación pericial sometido a su control en juicio; que como consecuencia de ello estamos en presencia de pericias extrajudiciales que realizan las partes y que hacen surgir algunas interrogantes, por ejemplo el cuestionamiento de la imparcialidad del perito que ha sido escogido y pagado por la parte interesada, lo que se ve reforzado por el hecho que la ley dispone que los peritos designados por las partes no pueden ser recusados, permitiéndose solo su tacha por motivos donde no entra su relación de servicios con las partes; que esa parcialidad en principio pudiera ser soportable en base a los siguientes razones: Que aunque es evidente que la parte nunca acompañaría al proceso informes que lo perjudicaran, también es de tomar en consideración que tampoco será beneficioso a la parte un informe simple que en su totalidad atiende a sus intereses, lo alegado por la parte, pues el radicalismo en materia científica –señala- suele

⁵⁶⁷ Juan Luís GÓMEZ COLOMER. Ob. cit. T. II. pp. 309 y ss.

levantar inevitables motivos de sospecha; que los dictámenes no debe ser interpretados –como se acostumbra- leyendo solamente sus conclusiones sino analizando y valorando sus premisas, pues los datos y fuentes se manipulan, la metodología que se emplea y el juego de las inferencias pesan tanto o más que aquellas conclusiones; que la parcialidad no es tan insoportable cuando el perito conforme a la ley debe manifestar bajo juramento o promesa de decir la verdad –artículo 335.2 de la LEC 1/2000- que ha actuado y en su caso actuará con mayor la mayor objetividad posible, tomando en consideración todo aquello que no solo beneficie a quien lo ha contratado sino también aquello que le pueda perjudicial o beneficiar simplemente a cualquiera de las partes, ello previa la manifestación de conocer las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito; que esta fórmula aplicable al experto o perito extrajudicial permite que éste no quede tan liberado de compromisos éticos y jurídicos, al no actuar teóricamente como simple consultor técnico de la parte, sino como auténtico experto, en tratándose de un refuerzo psicológico; que la parcialidad también es ciertamente tolerable cuando el autor del dictamen sabe o debiera saber que si el acompañamiento se ha hecho con la demanda posiblemente sea replicado con otro dictamen a presentar por el demandado en su contestación o antes de la audiencia previa y si se trata de un dictamen presentado con la contestación de la demanda, el actor podría replicarlo presentando el suyo antes del día señalado para el juicio, lo que estimulará una amplia oportunidad de contradicción; por que la norma obliga que junto al dictamen se acompañen por el perito los demás documentos, instrumentos o materiales adecuados para exponer su parecer –artículo 335.2 de la LEC- y si esto no fuera posible o conveniente se haga una indicación suficiente de los mismos, lo que añade mayores compromisos que sirvan para fundamentar la exposición de las premisas y otorgar mayor transparencia al dictamen pericial; finalmente por el hecho que a petición de la partes podrá solicitarse que el experto comparezca a juicio, a objeto de rendir una serie de explicaciones que pueden serle solicitadas no solo a la partes sino también por el perito de la contraparte –artículo 337.2 de la LEC- quien podría formular sus críticas, todo lo que permitirá en definitiva una especie de contradictorio o careo entre expertos o peritos. En cuanto a la valoración, expone el profesor español que la propia LEC –artículo 348- se refiere a la sana crítica, no referidos a la experiencia técnica o científica aducida y utilizada por el perito, sino a la que debe utilizar el judicante; que el dato susceptible de ser controlado y revisado no es la inteligencia del perito sino del juez, pues un dictamen absurdo que diga que $2+2=5$ no será jurídicamente absurdo porque lo diga un experto, sino porque el juez lo acepte y lo dé por correcto.⁵⁶⁸

Ya en nuestro continente y comenzando el repaso por la doctrina argentina nos dice el maestro ALSINA que el juez no siempre se encuentra en condiciones de conocer y apreciar un hecho por sus propios medios, sea porque no se halle al alcance de sus sentidos, sea porque su examen requiere aptitudes

⁵⁶⁸ Lluís MUÑOZ SABATÉ. Ob. cit. pp. 331 y ss.

técnicas que sólo proporcionan determinadas disciplinas ajenas al estudio jurídico, lo que lo obliga a recurrir en esos casos, al auxilio de personas especializadas que reciben el nombre de “peritos” y la diligencia que con su concurso se practica constituye la prueba pericial; que los peritos pueden ser llamados para comprobar un hecho cuya existencia se controvierte, limitándose a efectuar la comprobación sin emitir opinión sobre las circunstancias que lo rodean o bien para determinar las causas o efectos de un hecho admitido por las partes, pero respecto de las cuales se controvierten; que ordinariamente sin embargo desempeñan ambas funciones, no solo ayudando al juez a comprobar el hecho, sino también a apreciarlo; que se trata de simples colaboradores cuya misión consiste en salvar una imposibilidad física o en suplir una insuficiencia técnica del tribunal; que el perito es un simple intermediario en el reconocimiento judicial: el lente a través del cual el juez percibe ciertos hechos que su visión normal no alcanza. Nos dice el maestro que el perito no se trata en realidad de una prueba, aunque el código así lo denomine, sino de un medio para la obtención de una prueba, desde que solo aporta elementos de juicio para su valoración; que la prueba está constituida por el mismo hecho y los peritos no hacen sino ponerlo de manifiesto y así por ejemplo en la prueba de los libros de los comerciantes, los peritos no tienen otra función que constatar la existencia de los asientos que las partes invocan en sus afirmaciones, de manera que la prueba resulta de los asientos del libro y el medio de ponerlos frente al tribunal es la compulsión de los libros que los peritos contadores realizan; que en la insania los peritos comprueban la existencia de ciertos hechos que denuncian la presencia de un estado mental determinado y emiten su opinión sobre sus causas y efectos probables, por lo que en definitiva –indica- quien va a apreciar el mérito de la prueba es el juez, pudiendo por ello apartarse de las conclusiones de los peritos bajo determinadas condiciones; que ambas partes pueden solicitar la experticia en el proceso aunque sean o recaigan sobre el mismo objeto, sin perjuicio de convertirlo en común, “adhiriéndose a la ofrecida por su contraria o pidiendo que se practique en el acto mismo” previsión esta interesante que no se presenta en nuestro ordenamiento jurídico y procesal; que la prueba pericial es procedente aún cuando el judicante posea los conocimientos especializados, pues ello no solo permite y resguarda el control de la prueba, sino que además la segunda instancia estaría en condiciones de apreciar el hecho o hechos juzgados; que la experticia o diligencia pericial no constituye por sí misma un medio de prueba, sino un procedimiento para la constatación de un hecho ofrecido como prueba o destinado a aportar elementos de juicio para su apreciación, por lo que no podría recaer sobre hechos que el juez estuviera en condiciones de constatar personalmente a través de la inspección ocular o de apreciarlos sin que ello requiera de conocimientos especiales, ello a propósito que el derecho no puede ser objeto de experticia, por ser su aplicación un acto jurisdiccional y la esencial de la función judicial; que las partes están facultadas por la ley –también el juez- para designar consultores técnicos para intervenir en las diligencias a practicarse por los expertos, integrando en el

primero de los casos la función de la defensa. Nos dice el maestro que en la práctica de la diligencia pericial éstos tienen el deber de informar y de ser notificadas para el conocimiento del día, lugar y hora en que se realizarán la precitada diligencia, sin lo cual podrá ser impugnada y carecerá de valor probatorio al generar indefensión; que el perito no puede examinar otras cuestiones diferentes a las establecidas o encomendadas, lo contrario importaría lesionar el derecho a la defensa de alguna de las partes que por no sospechar la posibilidad de una extralimitación, no propuso a su vez cuestiones capaces de contrarrestar sus efectos, violándose así el principio de igualdad, sin perjuicio de la evidente parcialidad. De esta manera en los informes los peritos deben limitarse al examen de las cuestiones propuestas por las partes o encomendadas de oficio por el judicante, es decir, deben ser congruentes, so pena de nulidad, aunque la doctrina no es conteste pues en algunos casos indica que la nulidad solo recaerá sobre aquello que fuera objeto de la extralimitación, en tanto que otro sector opina que se afecta toda la prueba, especialmente por el tema de la parcialidad; por su parte ALSINA considera que en estos casos la sanción de nulidad es improcedente, aunque tampoco esta situación puede ser apreciada libremente en la sentencia, sino que debe devolverse el informe a los expertos o peritos para que sea corregido, sin perjuicio de aceptarse el mismo –informe- y en la sentencia ser desechado lo incongruente del dictamen; finalmente y en cuanto a la valoración nos dice el maestro que la fuerza probatoria será estimada por el juez en forma motivada, teniendo en consideración la competencia de los peritos, la uniformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se funden, la concordancia de su aplicación con las leyes de la sana lógica y las demás prueba y elementos de convicción que ofrezca la causa, vale decir, su confrontación con los demás medios probatorios cursantes en autos.⁵⁶⁹

PALACIO por su parte nos dice que cuando para la verificación de un hecho controvertido o la determinación de sus causas o efectos, se requiera la posesión de conocimientos técnicos ajenos al saber específicamente jurídico del juez, sean de alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica, debe acudirse a los peritos, siendo la “prueba pericial” [...] *aquella que es suministrada por terceros que, a raíz de un encargo judicial, y fundado en los conocimientos científicos, artísticos o prácticos que poseen, comunican al juez las comprobaciones o deducciones extraídas de los hechos sometidos a su dictamen.*”, extrayéndose de la definición que se trata de un medio de prueba indirecto e histórico, al proporcionar datos inmediatos y representativos con relación a los hechos a probar, se trata de un medio de prueba personal pues se utiliza como medio o instrumento a uno o más personas, quienes deben a su vez revestir la calidad de terceros con relación al proceso que se trate, pero que a diferencia de lo que ocurre con los testigos, se ponen en relación con los hechos recién cuando éstos han adquirido carácter procesal y con motivo a un encargo judicial, siendo sustituibles; que el dictamen pericial puede versar sobre la simple comprobación de un hecho, siempre

⁵⁶⁹ Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. pp. 471 y ss.

que tal actividad requiera de la concurrencia de conocimientos especiales, aunque también puede versar o tener por objeto la enunciación de juicios de valor o deducciones que el perito extraiga del hecho examinado –lo más común- como la autenticidad o falsedad de documentos, las causas o efectos de una enfermedad, entre otros casos-. En cuanto a su naturaleza jurídica igualmente nos dice de la diatriba que se presenta en la doctrina respecto a su consideración como medio de prueba, los que la niegan apoyados que los peritos son meros auxiliares de justicia en la búsqueda de las circunstancias o de reglas de experiencia que por razones de la especialidad no se encuentran al alcance de aquél, de manera que el dictamen pericial sólo se presenta como un medio para la obtención de una prueba, limitándose a aportar elementos de juicio a fin de que ella sea libremente por el órgano jurisdiccional, en otras palabras, que los peritos solo serían intermediarios en el reconocimiento judicial de los hechos controvertidos, supliendo conocimientos de los cuales el juez carece; en tanto que quienes sostiene que se trata de un medio de prueba –como es su caso- se basan en que aún cuando el dictamen sustituye la percepción personal y directa sobre los hechos por parte del juez, incorpora al proceso un dato susceptible de provocar la convicción judicial acerca de la existencia o no de los hechos debatidos que en definitiva, no es más que la finalidad genérica de la prueba.⁵⁷⁰

Para BACRE la pericia se trata de [...] *Un medio de prueba puesto a disposición de las partes por el CPN, para que a través de una persona física o jurídica extraña al proceso, con conocimientos especializados en determinadas disciplinas y cumplimiento una función de auxiliar jurisdiccional, se expida por medio de un dictamen técnico sobre la existencia, causas y efectos de los hechos controvertidos o puestos de pericia que ha conocido por encargo del juez en una determinada causa, a efectos de lograr formar su convicción sobre temas que escapan a su conocimiento jurídico.*⁵⁷¹

KIELMANOVICH por su parte nos dice que la prueba pericial es aquella mediante la cual un tercero designado por el tribunal en razón de sus conocimientos científicos, artísticos o prácticos, ajenos al saber común y jurídico del magistrado, le informa acerca de los hechos percibidos o deducidos, sus efectos y causas, y el juicio que los mismos le merecen, a objeto de que éste sobre tales bases pueda formar su convicción acerca de ellos; se trata de una prueba que emplea el conocimiento que tienen, en abstracto, personas extrañas a las partes, en miras a su inducida aplicación concreta para la reconstrucción de hechos percibidos o deducir técnicamente, con relación y a objeto de establecer su existencia o inexistencia, sus causas, efectos y modalidades en y para el proceso.⁵⁷²

En el sistema de procedimiento penal JAUCHEN nos dice que la reconstrucción histórica o su aproximación de los hechos que constituyen el objeto del proceso penal, importa generalmente

⁵⁷⁰ Lino Enrique PALACIO. Ob. cit. T. IV. pp.673 y ss.

⁵⁷¹ Aldo BACRE. Ob. cit. T. III. p. 283.

⁵⁷² Jorge L. KIELMANOVICH. Ob. cit. pp. 439 y ss.

conocimientos de circunstancias que, mediante inferencias encadenadas pueden conducir a los sucesos que importan, tareas en las que es frecuente, para la determinación de circunstancias principales o accesorias el juez carezca de conocimientos suficientes para su constatación, lo que hace surgir la necesidad de acudir a la pericia o prueba pericial, quien habrá de expedirse sobre la interpretación especializada que sea menester a raíz de las circunstancias sobre las que recaerá el informe; que su trabajo esencialmente es un “juicio de valor”, aunque indica que no puede prescindirse de la exposición de cuestiones de hecho, ya que a menudo resultará necesario el relato sobre el particular parecer de cuestiones de hecho que le otorgan para el dictamen, sin las cuales no le sería posible practicar su análisis técnico o científico, de manera que –indica- no resulta cierto que el testigo deba limitarse a narrar sus percepciones sin emitir juicio alguno y el perito se limite siempre a exponer sus juicios y conceptos sin narrar percepciones; en cuanto a su naturaleza indica que el “perito” es un órgano de prueba que colabora con sus cualidades, en tanto que la “pericia” es un medio de prueba autónomo que se aplica ante la ausencia de conocimientos especializados del judicante, que aún poseyéndolo y para la comprobación de los hechos debe acudir al mismo para permitir la defensa, control y contradicción de las partes en la formación de la prueba, de manera que la pericia no es un medio de prueba que solo sirva para suplir la precitada ausencia de conocimientos del juez, sino también para las partes y demás sujetos procesales, además de servir a la sociedad, para que desde el interior y exterior del proceso, unos y otros respectivamente, ejerzan el contralor de las pruebas, de las decisiones judiciales y del porqué de sus fundamentos. Respecto a la oportunidad procesal nos dice el precitado autor argentino que la pericia no solo sirve como acto probatorio sino que también contribuye a la investigación, a la instrucción como acto de investigación en la verificación de ilícitos penales y la determinación de sus autores, lo que incluso y en nuestro sistema de procedimiento penal permitirá eventualmente fundamentar la acusación como acto conclusivo, pues precisamente en el marco de la investigación perfectamente el Ministerio Público y los órganos de policía judicial encargados de la investigación, por ausencia de conocimientos especializados tendrán la necesidad de acudir a la pericia según el hecho que se trate de comprobar o que se esté investigando; luego JAUCHEN nos dice que en el marco de los sistemas de procedimiento penal que regulan audiencia orales, donde la sentencia sólo puede basarse en pruebas producidas y formadas en audiencia pública, oral y contradictoria, las partes podrían solicitar que se leyera en la precitada audiencia los dictámenes periciales realizadas en la instrucción, para que de esta manera incorporándose al proceso puedan ser debatidas, pudiendo en este caso que los peritos acudan para ser interrogados sobre cuestiones referentes al dictamen efectuado en la instrucción y sobre la cual se ha producido la lectura.

Al respecto y como hemos expresado, tratando la cuestión en nuestro sistema de procedimiento penal donde la experticia o pericia se presenta como un acto de investigación esencial en esa fase de

instrucción o preparatoria del proceso, no siendo un acto de prueba aunque por su naturaleza de acto de investigación tiene vocación probatoria, debiéndose forma la prueba en audiencia oral y sirviendo ese acto preparatorio en tal caso como preconstitución de fuente probatoria, la comparecencia de los peritos a la audiencia pública y oral para exponer y tratar el dictamen pericial realizado, resulta no facultativo sino obligatorio, forma ésta como se incorporará o entrará la pericia como acto de investigación en el proceso, sin lo cual y al lesionarse principios como mediación, contradicción, control y oralidad propiamente dicha, carecerán de toda fuerza probatoria para poder servir de fundamento de la sentencia y para la convicción judicial. De lo dicho es esencial insistir que la pericia o experticia como acto de investigación por el hecho de estar vertida en un informe escrito no hace mutar la prueba a documental que permite su ingreso al proceso con la simple lectura, por el contrario se trata de un acto de investigación que pudo haber preconstituido una fuente probatoria por su carácter de irreproducible –sino es que se anticipó el medio probatorio en la forma que hemos expuesto en este mismo capítulo- que debidamente asegurada –de ser el caso- debe ingresar al proceso por la vía del medio probatorio de la pericia o experticia, proponiendo a los expertos o peritos que la hubieran realizado como tales para que traten el tema en la audiencia oral, permitiendo la bilateralidad o contradicción correspondiente;

Siguiendo con JAUCHEN este nos dice que las partes tienen derecho de asistir a la realización de la pericia por sí o por intermedio de sus defensores o apoderados, incluso mediante sus “peritos de parte” o juntamente con éstos, para hacer las aclaraciones y observaciones que a bien tengan, lo cual implica la necesidad de conocer con anticipación el día, lugar y hora de la realización de la diligencia por parte de los expertos, so pena de nulidad por tal omisión o falta de precisión de los datos para que pudieran acudir y realizar las observaciones que a bien tuviera, situación ésta que y aún ante la falta de regulación en nuestro sistema de procedimiento penal, nada impide en aplicación de los derechos constitucionales y del garantismo que igualmente se aplique, sin lo cual se estaría lesionando los derechos constitucionales de aplicación procesal a las partes, al no poder acudir –incluso con sus expertos privados- para presenciar el acto o diligencia de la pericia y poder realizar aquellas solicitudes de aclaratorias, observaciones o cualquier otro que a bien tuvieran, siempre claro está que ello no fuera con la mera intención de perjudicar e impedir la realización de la diligencia. Lo dicho es esencial para entender que la pericia como acto de investigación que y como hemos dicho, hace permisible la vulneración de algunos derechos constitucionales y especialmente la bilateralidad o contradicción, solo tiene vocación probatoria más no es un acto probatorio, pues generalmente realizado sin la presencia del imputado –recordemos que para este momento de la fase preparatoria no hay acto conclusivo de acusación donde se afirmen los hechos concreto que serán objeto del juzgamiento- solo serviría más allá de ayudar a la investigación, para sustentar una acusación y en caso de no poderse repetir en juicio, como una mera preconstitución

de fuente probatoria que debe ingresar al proceso por el medio de prueba adecuado, como lo será la versión y tratamiento oral de la cuestión por parte de los propios peritos que habrían realizado la diligencia. Pero esto dicho inmediatamente se nos ocurre pensar que tampoco la entrada de la pericia de esta forma al proceso oral, realmente permite un contradictorio amplio como si el medio fuere propuesto en el curso del proceso –iniciado con la admisión de la acusación- donde las partes tendrían conocimiento del lugar, día y hora en que se reunirían los expertos o peritos para la realización de la labor, de manera que pudieran acudir acompañados incluso de peritos privados o consultores técnicos a los fines de realizar las observaciones y preguntas que a bien tuvieran, lo que y como puede apreciarse no ocurre cuando el acto de peritación es realizado como acto de investigación.

De lo dicho expresamos que esa forma de incorporación mediante su lectura y declaración de los peritos cuando de pericia como acto de investigación se trata, que no cuenta o contó con la posibilidad para el acusado por ejemplo de intervenir en el acto, aún cuando pueda tratarse de un acto irreproducible que por su urgencia tuvo que realizarse, aún cuando solo se trata de una preconstitución de fuente probatoria, debe ser analizado cuidadosamente por el judicante pues es clara la ausencia de un verdadero control o bilateralidad que pretende hacerse por la vía indicada –declaración en audiencia de los expertos- ; lo que en definitiva queremos expresar es que si bien reconocemos en muchas ocasiones la experticia como acto de investigación es imposible realizarla desde el inicio en la fase de juicio, la mera incorporación de la fuente preconstituida mediante la lectura del informe y la declaración de los expertos, no es garantía suficiente y completa del contradictorio, pues ha faltado el necesario acto de presencia de aquel sujeto contra quien se le opone dicha fuente, lo que debe ser tenido en consideración por el juez, especialmente cuando pueda constatar que la no intervención del acusado se debió a motivos no justificados y caprichosos del Ministerio Público o de los órganos de policía de investigación, que a nuestro juicio conducirían a la imposibilidad que esa pericia sirviera para el proceso, aún cuando se tratara de mera preconstitución de fuente probatoria que siendo irreproducible, no podría ser tenida por el judicante para formar la convicción judicial.

En cuanto al dictamen pericial expresa JAUCHEN que se trata de la forma como se materializa su opinión sobre puntos sometidos a su consulta, que se incorpora al proceso como un elemento de prueba y que en general deben cumplir con los siguientes requisitos: a. Descripción de la persona o cosa examinada, tal cual como fueran halladas, tipo material, sustancia, color medidas, estado, composición y demás elementos cuando sean cosas o lugares, así como el aspecto físico, dimensiones, particularidades anatómicas de interés, entre otros, cuanto se trate de personas, lo que importa a los efectos que el judicante tenga la seguridad de que las operaciones y exámenes se efectuaron sobre el objeto encomendado, que hay identidad entre éste y el que los peritos han desplegado en su labor, con lo cual

se evitan errores o sustituciones y se posibilita de mejor manera una eventual reproducción de la pericia con posterioridad para el caso en que por haber variado, extinguido, perdido o consumido el objeto sobre el cual se efectuó el primer examen; b. Relación detallada de las operaciones o procedimientos que se practicaron y de sus resultados, para lo cual es necesario que el relato sea total o pormenorizado, sin omisión de práctica, análisis o procedimiento efectuados, debiendo ser el detalle completo, explicitando los instrumentos utilizados, materiales o sustancias que a tal efecto se hayan empleado, requisito cuya importancia fundamentalmente se encuentra en el hecho que los detalles y datos expresados servirán para una adecuada valoración de la pericia, de su eficiente acreditante, pues las conclusiones a las que lleguen los expertos tendrán como sustento de su credibilidad la calidad de la tarea efectuada para obtener la opinión; y c. Las conclusiones que deben formular los peritos conforme a los principios de la ciencia, arte o técnica, debiendo responder ordenadamente y en forma concreta y expresa a todos los puntos sometidos a la experticia, sin perjuicio que por la naturaleza de la función misma, el objeto de ello y la ausencia los materiales o medios no sea posible su realización, la conclusión se limite a dicha expresión; que estas conclusiones deben estar fundamentadas sin lo cual el dictamen carecería de eficacia, por no ser posible saber las razones por las cuales el experto concluye de la manera que lo hace, lo cual se basará en los principios científicos y técnicos de la materia específica, no obstante a tener que ser clara y accesible de modo que el judicante y las partes puedan comprender las mismas –motivaciones, argumentos y razonamientos-. Nos dice que en cuanto a la valoración de la pericia que la doctrina es unánime respecto a que no vincula al juez, quien siempre tiene el derecho a separarse cuando tenga una convicción contraria, lo contrario –indica- implicaría la sustitución del juez por el perito; que las causas por las cuales el juez pudiera separarse del dictamen pericial podrían ser: a. La contradicción con el resto del material probatorio, específicamente cuando del resto del plexo probatorio sea claro y evidente el desacierto de los peritos; b. Que el resultado del peritaje se presente como inverosímil, bien por contrariar las leyes naturales o los más elementos principios de la lógica que lo tornen inadmisibles; c. Que se encuentre viciado por alguna falencia que lo descalifique o que conduzca a su nulidad, por no haberse reunido por ejemplo las formalidades y garantías que las normas de procedimiento prevén, así como cualquier otro vicio que imponga la no ponderación de la prueba; y d. Que resulte vacío de contenido, por ser notoriamente deficiente en sus fundamentos o totalmente falto de claridad en los mismos; que la separación del juez del dictamen pericial no puede ser subjetiva y basada en meras opiniones del judicante, debiendo estar fundando en criterios serios y lógicos, apoyados en elementos científicos que acrediten claramente la falencia de los expertos; que el dictamen pericial puede ser objeto de aclaraciones cuando sea insuficiente o cuando surgieren luego de su realización, nuevos elementos de hecho o pruebas que hicieran necesario la precitada ampliación; que en cuanto a la conductas de las partes en materia de

experticia, tomando en consideración que ellas y especialmente el imputado puede ser objeto o tema de ella, no se encuentra amparado por el derecho constitucional a la presunción de inocencia y en consecuencia está obligado a colaborar con la diligencia probatoria, so pena de poderse extraer de su conducta reticente, obstruccionista o evasiva los indicios procesales pertinentes que pueden servir para la demostración del hecho que se trate, como por ejemplo la extracción de sangre, cabello, rinoscopia entre otros, pero con la advertencia –indica- que en estos casos de conductas reticentes del imputado y en base al principio de investigación integral, deberá procurarse obtener el conocimiento del verdadero motivo de esa conducta, la que no necesariamente se basa en el sentido o sentimiento de la culpabilidad, sino a otros motivos como por ejemplo que el no sometimiento al examen de extracción de sangre sea para que no se conozca alguna padecencia o enfermedad de la cual es portador como podría ser VIH, que y aún siendo inocente del delito que se le juzgue o investigue da primacía al tema de la enfermedad; finalmente y en cuanto a los actos de policía en la fase de investigación, indica que los mismos no pueden ser considerados como pericias –aunque pueden ingresar al proceso como medio instrumental al ser instrumentos públicos administrativos que admiten prueba en contrario- pues su función se limita esencialmente a actos meramente descriptivos, redacción de datos, pero nunca a la emisión de “juicios de valor” como lo hace el perito, lo contrario conllevaría a un abuso de poder de su parte.⁵⁷³

Pasando a la doctrina colombiana el maestro Hernando DEVIS ECHANDÍA considera que la peritación es una actividad procesal desarrollada en virtud del encargo judicial, por personas distintas a las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se suministra el juez argumentos o razones cuya percepción, reglas técnicas o científicas de la experiencia especializada, cuyo entendimiento escapa a las aptitudes del común de las gentes, siendo en consecuencia una actividad humana mediante la cual se verifican hechos y se determinan sus características y modalidades, sus calidades, relaciones con otros hechos, las causas que lo produjeron y sus efectos, de ahí su doble función –agrega- referida a la verificación de los hechos que requieren de conocimientos especiales que escapan de la cultura del juzgador y el suministro de las reglas técnicas o científicas de la experiencia, para formar la convicción judicial; que la experticia tiene por “objeto” cuestiones concretas de hecho, la investigación, verificación y calificación técnica, artística o científica de hechos que por sus características técnicas, artísticas o científicas exigen para su adecuada percepción y valoración, especiales conocimientos de la misma naturaleza; que hay casos especiales donde debe acudir a la experticia, como es el caso de la prueba de la costumbre donde la pericia se convierte en un medio de prueba adecuado por consistir su objeto no solamente en suministrar reglas de la experiencia para que el judicante pueda apreciarse mejor los hechos probados por otros medios, sino también para

⁵⁷³ Eduardo M. JAUCHEN. Ob. cit. pp. 375 y ss.

verificar la existencia de los hechos que exigen para ello, conocimientos especializados, siendo este el caso de la costumbre en materia comercial, industrial, agrícola, ganadera, entre otras. Esta pareciera ser el criterio seguido por nuestro legislador en materia marítima que conforme al artículo 4 de la Ley de Comercio Marítimo indica que [...] *En las materias reguladas por esta Ley, los hechos o elementos que constituyen la costumbre podrán ser probados ante la autoridad competente, mediante dictamen de peritos*”, norma inédita en nuestra historia que regula la prueba de la costumbre mediante el medio probatorio de la experticia; que otro caso donde la pericia es de gran utilidad es en materia de prueba del derecho extranjero y de su aplicación, cuando este es tema de prueba judicial, donde incluso muchas legislaciones lo prevén o regulan como medio de prueba idóneo y conducente al efecto; que la experticia o peritación se caracteriza por ser una actividad humana, procesal, de personas especializadas o especialmente calificadas, exigido mediante encargo judicial previo, versa sobre hechos y no sobre cuestiones jurídicas ni sobre exposiciones abstractas que no coincidan con la verificación, la valoración o interpretación de hecho debatidos en el proceso, se trata de una declaración de ciencia donde el perito expone lo que sabe por su percepción y por deducción o inducción de los hechos sobre los cuales versa el dictamen, sin pretender ningún efecto jurídico con su exposición y finalmente que se trata de una declaración que contiene una operación valorativa por ser esencialmente un concepto o dictamen técnico, artístico o científico de lo que el perito deduce sobre la existencia, características y apreciación de hechos, causas o efectos y no una simple narración de sus percepciones como “medio de prueba” que es; que la pericia pueden ser para la “verificación” de la existencia o características de los hechos técnicos, científicos o artísticos –cuya peritación corresponde al denominado *perito pervipiendi*- tratándose en consecuencia de un medio para la verificación de los hechos; pero también puede ser con la finalidad de aplicar “aplicar” las reglas técnicas, científicas o artísticas de la experiencia especializada de los expertos, a los hechos verificados en el proceso, por cualquier medio de prueba y así deducir de ellos las consecuencias, causas o cualidades que se investigan, de manera que los peritos hacen dos operaciones: enunciar las reglas de experiencia técnica pertinente y de aplicar a los hechos probados en el proceso –cuya peritación corresponde a los denominados *perito deducendi*- peritación donde también se verifican o prueban los hechos.⁵⁷⁴

PARRA QUIJANO al referirse al tema expresa que cuando se requiera del conocimiento especializado, de aquellos que escapan a la cultura de las gentes, puede acudir a quienes por sus estudios o experiencia los posean, conocimientos que pueden ser técnicos, científicos o artísticos; que el dictamen es un medio de prueba que consiste en la aportación de ciertos elementos técnicos, científicos o artísticos que la persona versada en la materia de que se trate hace para dilucidar la controversia, aporte que requiere

⁵⁷⁴ Hernando DEVIS ECHANDÍA, ob. cit. T. II. pp. 287 a la 291.

de especiales conocimientos, siendo su naturaleza un medio de prueba personal, de declaración de carácter científico, técnico o artísticos e histórica.⁵⁷⁵

Por su parte AZULA CAMACHO indica que el dictamen pericial es un medio probatorio al cual se acude cuando en el proceso es necesario establecer hechos que requieran conocimientos técnicos, científicos y artísticos, sobre los cuales sólo pueden pronunciarse expertos en la respectiva materia, siendo un medio “personal”, por cuanto el conocimiento le llega al juez mediante una persona representada por el perito; “histórica” pues recae sobre hechos pasados, presentes e incluso futuros de los cuales tiene conocimiento el perito; “indirecta” dado que la información sobre los hechos le llegan al judicante por conducto de otra persona; “procesal” dado que en su totalidad se suerte como una actuación que se lleva a cabo en el proceso y para la convicción judicial –agregamos-; y “calificada” por cuanto la actividad desarrollada por los peritos se hace en razón de sus conocimientos especializados, técnicos, científicos o artísticos; en cuanto a su naturaleza nos dice que hay que distinguir entre el “dictamen” y el “perito”, el primero que y conforme a la mayoría dominante se trata de un medio de prueba que sirve al juez para llevarle la información necesaria sobre los hechos que requieren de conocimientos especiales; y el “perito” sin perjuicio de ser considerado como testigo o juez, realmente se trata de un “auxiliar de justicia”; que la pericia procede en aquellos casos donde se requiere de conocimientos “tecnológicos” –entendido en su acepción corriente como conjunto de conocimientos propios de un oficio mecánico o arte industrial- “artísticos” –entendido como lo perteneciente o relativo a las artes, especialmente a las bellas- o “científicos” –siendo la ciencia un cuerpo de doctrina metódicamente formado y ordenado, que constituye un ramo particular del saber humano, de manera que científico será aquel que posea conocimientos de alguna ciencia-; que el dictamen pericial debe contener el examen de las cosas o personas, los experimentos e investigaciones efectuadas, los fundamentos técnicos, científicos o artísticos según el caso y las correspondientes conclusiones; finalmente que las contradicciones puede realizarse a través de “aclaraciones” que tienen por objeto hacer comprensibles los puntos oscuros del dictamen, pudiendo recaer sobre cualquier punto o aspecto que lo integran; “complementaciones” mediante la cual pueden incorporarse adiciones, extensiones a otros aspectos relacionados con el experticio; y “objeciones” que se trata de reparos formulados al dictamen por errores, incongruencias, infracciones o falencias.⁵⁷⁶

En el marco del sistema de procedimiento penal colombiano FIERRO-MENDEZ nos dice que la peritación ostenta la condición de medio de prueba que brinda al judicante la oportunidad de acceder a los diversos conocimientos diferentes a la ciencia jurídica y de los cuales se presume carece, siendo [...]

⁵⁷⁵ Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. p. 627.

⁵⁷⁶ Jaime AZULA CAMACHO. Ob. cit. pp. 421 y ss.

el informe que rinde el experto o especialista en algún arte, profesión o actividad para dar a conocer sus puntos de vista o análisis que haya hecho sobre una cuestión que ha sido sometida a sus conocimientos respecto al dominio de su materia.”; que en cuanto es importante para la garantía del derecho a la defensa que el imputado tenga conocimiento oportunamente del dictamen pericial, para así formular las objeciones y solicitar las aclaraciones que considere pertinentes, sin perjuicio del derecho a interrogar al perito en audiencia, de manera –indica- que el informe pericial debe ser puesto en conocimientos de las partes al menos con los días necesarios de antelación para la celebración de la audiencia oral en donde se recepcionará la peritación, siendo que en ningún caso se admitirá como evidencia si el perito no declara oralmente en la audiencia de juicio. Lo dicho por el autor colombiano lo hemos sostenido en otro momento cuando se ha dicho que la peritación debe entenderse y atenderse como un medio probatorio anticipado a la audiencia pública y oral, entendido como que sus resultados deben ser consignados en forma escrita antes de la audiencia oral, de manera tal que se le permitan a las partes conocer el mismo y prepararse para el debido control en la precitada audiencia con motivo de la comparecencia del perito, de manera que le permite asesorarse, técnica, científica o artísticamente según el hecho que se trate y poder controlar efectivamente la diligencia probatoria; incluso hemos afirmado que esta no es la única vía garantista de efectivizar el derecho a la defensa, pues si el judicante no asume esta postura necesariamente para no lesionar derechos constitucionales debe permitirle a las partes hacerse acompañar de “consultores técnicos” o peritos privados que lo asesoren y complementan la función de la defensa –como sujetos u órganos de la defensa o auxiliar de la misma en los términos expresados por el maestro DEVIS ECHANDÍA para asesorar en el estudio de los dictámenes de peritos e informes técnicos que se produzcan en el proceso, quien no está obligado a exponer su concepto cuando sea desfavorable a la parte que asesora y que no puede asimilarse al perito-.⁵⁷⁷ Sigue indicando FIERRO-MENDEZ que en cuanto al interrogatorio del perito en audiencia la misma se referirá a los siguientes aspectos: a. Antecedentes que acrediten su conocimiento teórico sobre la ciencia, técnica o arte en que sea experto; b. Antecedentes que acrediten su conocimiento en el uso de instrumentos o medios en los cuales es experto; c. Antecedentes que acrediten su conocimiento práctico en la ciencia, técnica, arte, oficio o afición aplicada; d. Principios científicos, técnicos o artísticos en los que se fundamenta sus verificaciones o análisis y grado de aceptación; e. Métodos empleados en la investigación y análisis relativos al caso; e. Si en los exámenes o verificaciones se han utilizado técnicas de orientación, de probabilidad o certeza; y f. Corroboración o ratificación de la opinión pericial por otros expertos que declaren también en el juicio.⁵⁷⁸

⁵⁷⁷ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. p. 365.

⁵⁷⁸ Heliodoro FIERRO-MENDEZ. Ob. cit. pp. 181 y ss.

Ya en nuestra doctrina repasemos el tema comenzando con el maestro BELLO LOZANO para quien la experticia no constituye un medio de prueba por sí solo, siendo mas bien un procedimiento de la verificación de un hecho ofrecido como prueba o destinado a la aportación de elementos necesarios para su apreciación, siendo su finalidad la de formar la convicción del juez acerca de la existencia o no de un determinado hecho; en cuanto a su naturaleza jurídica nos dice que se trata se una actividad humana, procesal, un hacer de personas especializadas por sus conocimientos científico, artísticos o técnicos, que versa sobre puntos de hecho y no de derecho, tratándose de una declaración de ciencia que realiza el experto aplicando métodos deductivos o inductivos que permiten demostrar la existencia o inexistencia de todo aquello que sea sometido a sus conocimientos, siendo una operación valorativa sobre los hechos y finalmente –indica que para algunos ilustres expositores- un medio de prueba.⁵⁷⁹

Para el profesor CABRERA IBARRA la experticia es un medio de prueba que se utiliza cuando el hecho o circunstancia a ser probado en el proceso requiere el dominio de cierta rama del saber, del cual carece el juez de la causa, y por tanto distinta al derecho, para poder aportar la demostración del mismo a través de la participación en el proceso de expertos en esa área para que elaboren un dictamen en el que hagan constar sus opiniones al respecto con el objeto de que sea sometido a la consideración del juzgador; en cuanto a la naturaleza de la experticia nos dice que [...] *es, entonces un medio probatorio, y son los peritos o expertos quienes fungen como auxiliares del Juez. La experticia no es un auxiliar probatorio, los peritos son los auxiliares del Juez de la causa, pero la experticia como tal es la que aporta al Juez los conocimientos de hechos debatidos en el proceso. Precisando aún más esta noción puede decirse que, mientras los peritos son auxiliares del Juez, la experticia es un medio probatorio que tiende a formar una prueba indirecta, pues no es el juez quien percibe el hecho a ser demostrado a través de sus propios sentidos, sino a través de la intermediación de los expertos, quienes rinden el correspondiente dictamen a tales efectos.*"⁵⁸⁰

En nuestro sistema de procedimiento penal el profesor MORENO BRANDT considera que la experticia o pericia se enumera como un medio de prueba pero que realmente no lo es, tratándose a su decir de un reconocimiento sobre una prueba ya existente; que se trata de un medio subsidiario de la inteligencia del juez, auxiliándolo al modo como los anteojos auxilian el sentido de la vista; que por ejemplo en el caso de envenenamiento se pregunta ¿qué es lo que pone de manifiesto el mismo?, ¿el dictamen pericial o el veneno?, e inmediatamente responde [...] *El veneno, sin duda; esta es la verdadera prueba, prueba real directa o indirecta del envenenamiento, prueba, es verdad, que se llega a conocer y a afirmar más mediante el perito. Así, pues, si queremos considerar el dictamen del perito como prueba, no es una prueba original, sino de referencia;*

⁵⁷⁹ Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. II. pp. 528 y ss.

⁵⁸⁰ Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA. Ob. cit. pp. 529 y ss.

una especie, en suma, de la prueba testifical real.”⁵⁸¹ Como vemos el profesor en comento posiblemente influenciado por los trabajos de FLORIAN y MANZINI que él mismo cita, llega a la conclusión que se trata de una actividad auxiliar y no de un medio de prueba, lo que es causa de no diferenciar al perito o experto del dictamen pericial, uno que es el medio y otra la fuente.

Habiendo repasado la doctrina extranjera y nacional y llegado el momento de ofrecer o ensayar **nuestra definición** diremos que la **pericia o experticia** se trata de *un medio de prueba judicial, que procede a instancia de parte o de oficio, a través del cual pueden verificarse o comprobarse los hechos institucionales afirmados en el proceso por las partes como fundamento de sus pretensiones en general y que son controvertidos, que escapan del conocimiento general, mediante su comparación con las fuentes que proporciona el dictamen contentivo de los argumentos o razones de carácter científico, técnico, artístico, práctico o de cualquier naturaleza especial, que aporten los expertos en la materia, los cuales no son vinculantes para el juez; se trata de un medio de prueba judicial, que puede utilizarse para establecer, comprobar o verificar los hechos controvertidos –afirmados o negados por las partes como basamento de sus diferentes posturas procesales plasmadas en la demanda, contestación, acusación o defensa- que escapan del conocimiento ordinario del operador de justicia, al ser comparados con las fuentes que aportan los juicios de valor o especializados producido por los expertos o peritos, producto del análisis científico, artístico, técnico o especializado mediante la deducción e inducción del análisis de la persona, lugar o cosa sometido a su conocimiento y conforme a los procedimientos pertinentes, que no vinculan en forma alguna al juez en la toma de la decisión correspondiente y en su valoración, pudiéndose apartar del mismo siempre que dicho apartamiento esté debidamente motivado y no sea producto del mero capricho. La experticia o pericia como medio de prueba judicial, permite al juez obtener la información necesaria respecto aquellos hechos especializados que para su verificación o comprobación escapan de sus conocimientos generales, para lo cual los expertos brindarán el concurso de sus conocimientos científicos, artísticos o técnicos que permitirán descifrar ese lenguaje especializado que le permite al juez obtener la fuente necesaria para la verificación de los hechos y formarse la convicción judicial, a través de esos juicios de valor o subjetivos que serán la consecuencia de la aplicación de las técnicas, métodos y procedimientos correspondientes en cada caso. De la definición ensayada y que se refiere en general a la experticia tradicional o de opinión –juicio de valor- pueden desprenderse las siguientes características:*

- a. Se trata de un verdadero medio de prueba judicial que tiende a conducir al proceso aquellas fuentes probatorias contenidas en el dictamen pericial, que brindará al juez el conocimiento científico, artístico o técnico necesario para el acreditamiento, verificación o comprobación de los hechos institucionales afirmados por las partes y controvertidos, producto de ese juicio de valor producido por los peritos y que resultan necesarios por la ausencia o carencia de tales conocimientos por parte del juez, sirviendo para la convicción judicial.

⁵⁸¹ Carlos E. MORENO BRANDT. Ob. cit. pp. 286 y ss.

- b. La experticia o peritación será necesaria cada vez que en el proceso se requieran de conocimientos especiales, sean artísticos, científicos, técnicos o de cualquier otra índole, que se presumen desconocidos por el judicante y que aunque los poseyera, está interdictado de aplicarlos como conocimiento privado que son; en este sentido la pericia o experticia ofrecerá al judicante la concurrencia de esos conocimientos de los cuales carece, para que pueda descifrar el contenido de los hechos especializados y compararlos con las fuentes en la formación del convencimiento judicial.
- c. Mediante este medio probatorio los expertos o peritos emiten juicios de valor o criterios subjetivos sobre el tema sometido a su conocimientos, conforme a la aplicación de los criterios, métodos y procedimientos adecuados en cada caso, siendo estos juicios de valor producidos por las inducciones y deducciones, las fuentes que permiten la ya señalada verificación de los hechos afirmados y controvertidos en el proceso. Destaquemos en este punto que y conforme a la definición ofrecida nos referimos a la **experticia o pericia tradicional** donde a determinados hechos se aplican conocimientos especializados para producir un juicio de valor que interpreta los hechos debatidos en el proceso y le ofrece al judicante una fuente probatorio, lo que en general es utilizado en lo que TARUFFO a denominado ciencia *blandas, malas o basura*, que no tienen procedimientos, métodos y teorías científicas avalados por la comunidad científica, cuyo grado o margen de error, falseabilidad, es mayor respecto al grado; luego al lado de este tipo se ubican las **experticias o pericias científicas** aplicadas en general para la denominadas ciencias *duras o buenas*, donde se aplican instrumentos, procedimientos y teorías científicas avaladas por la comunidad científica, cuyo grado o margen de error o falseabilidad, incertidumbre, malentendidos, imprecisiones, vacíos, datos poco fiables, falsos o poco confiables que pretenden ser científicamente correctos, es reducido respecto al grado de fiabilidad, probabilidad, verosimilitud o certeza respecto al hecho que se trate, a lo que se suma el hecho que en su aplicación no se busca un “juicio de valor” sino un “resultado” que luego es interpretado por el experto.
- d. Solo procede en el decurso de un proceso judicial, bien a instancia de parte o de oficio, de manera que en el marco de nuestro sistema de procedimiento en general y salvo la anticipación de medios probatorios -con base constitucional y garantista- con previa citación del contendor judicial –y sin perjuicio que existan hechos afirmados como fundamentos de pretensiones o acusaciones como hemos visto- la pericia o experticia es producto de un encargo judicial y para un fin procesal y probatorio –la convicción judicial- lo que no permite nuevamente señalar que aquella pericia o experticia como acto de investigación en el proceso penal, además de no tener como

objetivo la formación de la convicción judicial –sin perjuicio de su vocación probatoria- sino la preconstitución de fuentes, la comprobación de los delitos, sus autores, así como de servir para las peticiones cautelares, no constituyen como tal medios probatorios.

- e. La pericia o experticia recae sobre puntos de hecho institucionales y controvertidos por las partes, que sena fundamentos de las diversas pretensiones al ser presupuesto de las normas que contienen las consecuencias jurídicas que persiguen, da manera que no puede recaer sobre puntos de derecho, como calificaciones jurídicas o juicios de carácter jurídico, dado que el juzgador no puede delegar su función propia –salvo el derecho extranjero que no queda bajo el adagio *iura novit curia*-. El objeto de la pericia o experticia son los hechos, la investigación, verificación y calificación técnica, científica, artística o especial de hechos que por sus características especiales no pueden ser verificadas por el juzgador exigiendo idónea percepción y valoración de la misma entidad –científica, artística o técnica-.
- f. El dictamen, informe o juicio que emitan los expertos, no es vinculante para el juzgador, quien puede separarse de los mismos de manera lógica, racional y coherente, descartándose toda aplicación de criterios propios, subjetivos y caprichosos, todo lo que es controlable partiendo de la debida motivación que al respecto ofrezca en su decisorio.

1.3. Naturaleza.

Sobre este aspecto ya hemos adelantado bastante conforme al estudio de la doctrina extranjera y nacional, destacándose que se trata de un verdadero “medio de prueba judicial”, que permite apreciar, verificar, comprobar o constatar los hechos institucionales afirmados o negados en el proceso y especialmente controvertidos, gracias a la comparación con las “fuentes” que producen u ofrecen el dictamen pericial contentivo del juicio de valor que emitan o aporten al proceso los expertos, la declaración científica, técnica o artística que hagan sobre hechos que requieran de conocimientos especiales, científicos o artísticos que escapan del conocimiento general del juzgador, de manera que al experto se le exige su pericia, sus máximas de experiencia en determinada materia especial, científica, técnica, artística; pero también tenemos que la pericia o experticia es de naturaleza “personal”, “indirecta” e “histórica”, al solo poder verificarse los hechos especiales mediante el descifrado que hagan determinadas personas que poseen esos conocimientos como son los peritos o expertos designados al efecto, quienes ofrecen el concurso de sus conocimientos y vierten sus opiniones o juicios para la verificación de los hechos que se reconstruyen, siendo personas ajenas al proceso diferenciado de los testigos, especialmente por el juicio de valor que aportan, por su carácter sustituible, por conocer los hechos en y con ocasión al marco del

proceso judicial, por no limitarse a declarar lo que conocen sino y como indicamos emitir juicios subjetivos y por recaer su actividad sobre hechos pasados, presentes y futuros, esto último que no pueden ser objeto del testimonio; pero y como indicamos es “indirecto” pues el conocimiento de los hechos o las fuentes probatorias descifradas y que permiten la prueba, la convicción judicial al compararse con los hechos institucionales afirmados, es mediante esos juicios de valor producto de deducciones e inducciones de los peritos; finalmente “histórica” pues se trata de la reconstrucción en el proceso de hechos pasados que pueden subsistir en el presente para la convicción judicial, ello sin perjuicio que la experticia perfectamente puede recaer sobre hechos presentes y futuros, como estado de las personas, consecuencias de enfermedades o traumas a futuro, entre otros casos.

La pericia o experticia como hemos indicado se trata de un medio de prueba judicial a través del cual el juez puede verificar los hechos que escapan de sus conocimientos generales y que requieren de conocimientos especiales, partiendo de las declaraciones científicas, artísticas, técnicas o especiales que aporten al proceso los expertos mediante sus opiniones o juicios de valor, basados en sus conocimientos especiales y sus máximas de experiencia, allegándose las fuentes que permiten esa verificación de los hechos afirmados por su comparación; consecuencia de lo anterior es que siendo el operador de justicia un perito o experto en la materia jurídica o así en teoría debiera serlo, ante la ignorancia de conocimientos especiales que escapan de sus conocimientos generales, si se requiere del concurso de los mismos para la verificación de los hechos debatidos en la arena judicial, debe acudir a la experticia, al dictamen de expertos o por peritos, quienes brindarán y aportarán su ciencia, su técnica, su arte para producir aquella fuente que permita en definitiva tener el conocimiento suficiente para la convicción judicial, la certeza no ausente de error.

Ya hemos repasado que la doctrina al tratar el tema de la naturaleza jurídica de la diligencia probatorio en comento, no es uniforme y al respecto se han presentado dos marcadas tendencias: la primera referida a considerar a la pericia o experticia no como un medio de prueba, sino como un “auxilio probatorio”, un procedimiento que complementa el desconocimiento que tiene el juez sobre cuestiones científicas, artísticas, técnicas, especiales, encontrándose dentro de sus seguidores los RICCI, SATTI, LIEBMAN, MICHELI, ROCCO, PRIETO ELLERO, MUÑOZ SABATÉ, ALSINA, entre nosotros el maestro BELLO LOZANO; en la acera de enfrente, se apuesta la tendencia que se inclina por considerar la experticia o pericia como un verdadero medio de prueba judicial, que aporta las fuentes necesarias para la verificarán los hechos institucionales afirmados y debatidos, con el concurso de los conocimientos científicos, técnicos, artísticos de los peritos, que aportarán al operador de justicia los juicios de valor o apreciaciones pertinentes que lo llevarán a la formación de la convicción judicial, de la certeza sobre los hechos debatidos no ausente de errores, encontrándose dentro de los militantes de esta tendencia a

FRAMARINO DE MALATESTA, SHÖNKE, ROCHA ALVIRA, DEVIS ECHANDÍA, PARRA QUIJANO, entre otros.

En nuestra legislación y conforme a normativa civil, la experticia o pericia constituye un “medio de prueba judicial”, pues su procedencia está prevista en la medida que se requiera la comprobación, verificación o apreciación de hechos que escapen del conocimiento general o común del operador de justicia y que requiera de la concurrencia de conocimientos especiales, científicos, artísticos, técnicos, tal como lo regula el artículo 1.422 del Código Civil, que señala [...] *Siempre que se trate de una comprobación o de una apreciación que exija conocimientos especiales, puede procederse a una experticia.*” Pero también y en el marco del sistema de procedimiento penal la “experticia” también se presenta como un acto de investigación conforme al contenido del artículo 223 del Código Orgánico Procesal Penal que expresa [...] *El Ministerio Público realizará u ordenará la práctica de experticias cuando para el examen de una persona u objeto, o para descubrir o valorar un elemento de convicción, se requieran conocimiento o habilidades especiales en alguna ciencia, arte u oficio. El o la Fiscal del Ministerio Público, podrá señalarle a los o las peritos asignados, los aspectos más relevantes que deben ser objeto de la peritación, sin que esto sea limitativo, y el plazo dentro del cual presentarán su dictamen.*”, siendo que pueden darse casos de experticias *tradicionales* o *científicas* —éstas últimas especialmente en materia criminalística a la que son sometidas las evidencias físicas o materiales y digitales que presenten o revistan interés criminalístico— según se busque la emisión de “juicios de valor” luego de someter los conocimientos especiales a determinados hechos o de resultados que luego serán interpretados por el experto, ambas que y el los términos señalados en el Código pueden presentarse como actos de investigación o como actos de prueba, los primeros que no son prueba pero que tienen vocación probatoria y pueden convertirse en prueba luego de su judicialización, a través de la promoción del experto correspondiente en su oportunidad legal, para que sean controvertidos en audiencia pública, oral y con bilateralidad, de manera de formar la prueba.

Pero pudiera suceder que en determinadas áreas del conocimiento científico diferente al derecho, el operador de justicia tuviera conocimientos, como podría suceder en la administración, ingeniería, medicina, al ser el mismo además de abogado, médico, ingeniero, administrador, contador, lo cual pudiera llevarnos a decir, que cuando en el proceso se aportaran hechos que para su verificación o constatación fuera necesario poseer conocimientos de cualquiera de estas áreas del conocimientos, no fuera necesaria la experticia; pero es el caso que en el campo procesal o judicial, el operador de justicia, aún cuando pueda poseer conocimientos especiales de otras materias, sólo actúa en el mismo en su papel o rol de juez, de agente imparcial que debe atenerse a los hechos aportados al proceso y sus pruebas, no pudiendo utilizar su conocimiento privado para la verificación de los mismos para lo cual está interdictado, circunstancia esta que se traduce en el hecho que cada vez que para la verificación de los hechos fuera

necesario el concurso de conocimientos especiales que escapan del conocimiento general del juzgador – aún cuando pudiera poseerlos- es necesario acudir al dictamen de expertos, pues insistimos, el papel del juez en ese momento no es de médico, ingeniero, contador, administrador, su papel es de decisor y le está prohibido aplicar su conocimiento privado.

En este sentido LEONE⁵⁸² y FRAMARINO DE MALATESTA,⁵⁸³ señalan que el juzgador solo podría escapar o prescindir de la utilización de la experticia, cada vez que se tratara de conocimientos de determinadas ciencias o artes que entren en el patrimonio cultural común, por lo que si los hechos pueden verificarse por éste conforme a sus conocimientos generales o comunes, que igualmente pertenecen al común de los agentes, no se tendrá que acudir a la experticia. De lo dicho obsérvese que la línea divisoria es delgada, pero existe, que la medida de la experticia, su procedencia y necesidad estará vinculada a la necesidad de conocimientos especiales que escapan del conocimiento común o general, no solo del juez como tal, sino como ciudadano, pues no resultan del conocimiento general las áreas de medicina, administración, ingeniería u otros, como lo hemos venido señalando; consecuencia de lo anterior es que cada vez que se trate de verificación de hechos que requieran de conocimientos científicos, técnicos, artísticos o de cualquier otra naturaleza especial que escapen del conocimiento común o general del operador de justicia, se requiere de la experticia o peritación, tal como sucedería en materia contable, pues si se trata de una demanda por cobro de un efecto bancario –pagaré, deuda garantizada con hipoteca- de impugnarse los intereses, tendría que acudirse –a solicitud de parte- a la experticia contable para determinar el monto de los intereses, si los intereses reclamados se encuentran o no ajustados a derecho; mas para la determinación del monto dinerario por concepto de indexación judicial si el juez conoce y sabe aplicar la fórmula para su cálculo, no necesariamente tendría que acudir a la experticia para determinar su cifra.

En definitiva tenemos que la pericia o experticia de trata de un medio de prueba, procesal, personal, indirecto e histórico en los términos que hemos explicado.

1.4. Objeto.

En cuanto al “**objeto**” de la pericia o experticia como también lo hemos adelantado y entendiendo que se trata de un medio probatorio, no será otro que los hechos institucionales afirmados por las partes como fundamentos de sus diferentes pretensiones y que tengan el carácter de controvertidos, no pudiendo recaer sobre cuestiones de derecho propias del judicante e indelegables, donde los peritos o

⁵⁸² Giovanni LEONE, citado por DEVIS ECHANDÍA, ob. cit. t. II, p. 294.

⁵⁸³ Nicolás FRAMARINO DE MALATESTA, ob. cit. p. 298 y siguientes.

expertos prestan el concurso de sus conocimientos especiales, científicos, técnicos, artísticos, para la verificación de aquellos hechos que requieren de la concurrencia de esos conocimientos especiales, aportando así al juzgador sus experiencias, ciencia, técnica, arte al investigar los hechos, percibirlos, analizarlos y calificarlos, juicios de valor producto de las deducciones e inducciones que en definitiva generan aquellas fuentes necesarias para la convicción judicial; en este orden de ideas diremos que la “**finalidad**” de la pericia o experticia no será otra que la aportación de esos conocimientos, máximas o juicios de valor –para las experticias tradicionales- esas fuentes probatorias que permiten el conocimiento descifrado de los hechos especializados, que permitan la ya expresada comprobación o verificación de los hechos por comparación con las fuentes así producidas, que constituyen una declaración de ciencia donde el experto presenta o aporta sus percepciones, deducciones e inducciones sobre la cuestión de hecho específica sometida a su conocimiento; igualmente su finalidad viene dada por la obtención de la fuente probatoria traducido en el resultado cuando se trate de experticias científicas, que luego serán traducidas o descifradas por el experto correspondiente.

Más si tomamos en consideración el “**objeto del dictamen pericial**” y concretamente “**de la actividad de los peritos o expertos**” la misma puede recaer sobre personas, cosas, lugares, documentos en general. En este sentido el artículo 451 del Código de Procedimiento Civil –que se repite en el artículo 93 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo- nos dice que [...] *La experticia no se efectuará sino sobre puntos de hecho cuando lo determine el Tribunal de oficio, en los casos permitidos por la ley, o a petición de parte. En este último caso se promoverá por escrito, o por diligencia, indicándose con claridad y precisión los puntos sobre los cuales debe efectuarse.*”; por su parte el ya citado artículo 223 del Código Orgánico Procesal Penal que expresa [...] *El Ministerio Público realizará u ordenará la práctica de experticias cuando para el examen de una persona u objeto, o para descubrir o valorar un elemento de convicción, se requieran conocimiento o habilidades especiales en alguna ciencia, arte u oficio. El o la Fiscal del Ministerio Público, podrá señalarle a los o las peritos asignados, los aspectos más relevantes que deben ser objeto de la peritación, sin que esto sea limitativo, y el plazo dentro del cual presentarán su dictamen.*”. Si bien la experticia o pericia recae sobre puntos de hecho que requieran de la concurrencia de conocimientos especiales para descifrarlos y ofrecer al judicante la fuente que sirva para la verificación de los hechos en la construcción de la convicción judicial, esos hechos pueden ser personas, cosas –evidencias materiales o físicas y digitales para el caso penal cuando revistan interés criminalístico- lugares, documentos para los cuales en el precitado descifrado y entendimiento por parte del judicante se requiere de la aportación de juicios de valor –experticia tradicional- o resultados traducidos –experticia científica- que otorguen al judicante las máximas de experiencia especiales para conocer, identificar y entender los hechos afirmados por las partes en esa certeza judicial que busca para poder sentenciar.

2. REQUISITOS DE LA PRUEBA PERICIAL.

Siguiendo con el análisis de los requisitos de existencia, validez y eficacia de la prueba, como lo hemos hechos en cada capítulo siguiendo los estudios del maestro Hernando DEVIS ECHANDÍA, de seguida pasamos al análisis respectivo.

2.1 Requisitos de existencia.

2.1.1. Debe tratarse de un acto procesal y como consecuencia de un encargo judicial.

La pericia o experticia como medio de prueba judicial para su validez, debe realizarse en el decurso de un proceso judicial, bien sea trate de procedimientos con o sin contención -mal éstos últimos como de “jurisdicción voluntaria”- a solicitud de parte y por orden judicial, con asistencia del futuro y eventual contendor judicial a través del procedimiento de retardo perjudicial a que se refiere el artículo 813 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, que se presenta como una mera anticipación del medio probatorio, ante el temor fundado que los hechos pueden desaparecer o puedan modificarse de manera que imposibiliten su demostración en un proceso futuro, lo que y como hemos estudiado se ubica en el derecho constitucional de acceso al sistema probatorio; lo propio también se presenta en el sistema de procedimiento penal en los términos del artículo 289 del Código Orgánico Procesal Penal contentiva de la anticipación de medios probatorios a lo que nos hemos referido bastamente en este mismo capítulo, señalando la precitada norma que [...] *Cuando sea necesario practicar un reconocimiento, inspección o experticia, que por su naturaleza y características deban ser consideradas como actos definitivos e irreproducibles, o cuando deba recibirse una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presume que no podrá hacerse durante el juicio, el Ministerio Público o cualquiera de las partes podrá requerir al Juez o Jueza de Control que lo realice. Si el obstáculo no existiera para la fecha del debate, la persona deberá concurrir a prestar su declaración. El Juez o Jueza practicará el acto, si lo considera admisible, citando a todas las partes, incluyendo a la víctima aunque no se hubiere querrellado, quienes tendrán derecho de asistir con las facultades y obligaciones previstas en este Código. En caso de no haber sido individualizado el imputado, se citará para que concurra a la práctica de la prueba anticipada a un defensor o defensora pública.*” Pero la pericia o experticia como medio de prueba judicial, también puede ser solicitada y ordenada en el decurso de un proceso judicial de carácter o naturaleza contenciosa, a solicitud de parte u oficiosamente, mediante diligencias probatorias o autos para mejor proveer, siendo que en cualquiera de los casos señalados, el requisito de existencia de la experticia viene dado por la necesidad que sea producto de un proceso

judicial, donde exista la orden del operador de justicia, a instancia de parte o de oficio, según los casos permitidos en la legislación, de manera que debe descartarse como medio de prueba judicial la experticia como acto de investigación en los términos del artículo 223 del precitado Código Orgánico Procesal Penal, sin perjuicio de su vocación probatoria, que simplemente se refiere a preconstitución de fuentes que deben ingresar al proceso en la forma que hemos estudiado, mediante la declaración del perito o experto en audiencia pública y oral para el debido sometimiento a la bilateralidad, no tratándose de una prueba documental cuya entrada al proceso se haga con la mera lectura del informe o dictamen del experto –artículos 202 y 337 del Código Orgánico Procesal Penal-.

Así por ejemplo el Código Orgánico Procesal Penal y el Código de Instrucción Médico Forense se refieren a diversas especies de pericias o experticias en determinados casos como actos de investigación para la comprobación del hecho punible, como sucede –nos dice el profesor MORENO BRANDT- en los siguientes casos: En materia de “autopsia o necropsia” para el establecimiento de la data y causa de la muerte, si es por envenenamiento, heridas sufridas; la “necrodactilia” para la identificación de la víctima; las experticias químicas en caso de sospecha de envenenamiento; en caso de utilización de armas de fuego la prueba de “análisis de trazas de disparos” o ATD para la determinación de la presencia de componentes del fulminante, particularmente plomo, bario, antimonio; experticia en la ropa de la víctima para igualmente determinar residuos de pólvora o fulminante cuya presencia sirve para determinar la distancia aproximada en que fue realizado el disparo; experticia de armas, huellas dactilares, hematológicas, mecánica y diseño de arma de fuego, restauración de seriales de armas de fuego, de comparación balística, médico legal para la determinación de abortos, reconocimiento médico legal en caso de lesiones, delitos sexuales, experticia seminal, tricológica para la comparación de pelos de la persona ofendida tomadas de diferentes partes del cuerpo, avalúos de bienes sustraídos en caso de delitos contra la propiedad, dactiloscopia de huellas, grafotécnicas en caso de falsificaciones, de materia incendiaria en casos de incendios y explosivos, así como psiquiátricas para la determinación de estados mentales, entre otras.⁵⁸⁴ En estos casos al preconstituirse fuentes probatorias que generalmente son irreproducibles en el proceso judicial, se hace necesario la aportación del informe en la acusación correspondiente complementada con la declaración del experto, quien debe comparecer a la audiencia oral y pública para deponer al respecto, lo que permite su ingreso al proceso y su formación como medio probatorio que sirva para la convicción judicial, de manera que insistimos la realización de la pericia como acto de investigación y vertido en un informe en los términos del artículo 225 del Código Orgánico Procesal Penal, no la hace mutar al carácter instrumental que permite su tratamiento como tal, a propósito de no ser un medio de prueba sino una

⁵⁸⁴ Carlos E. MORENO BRANDT. Ob. cit. pp. 289 y ss.

diligencia de investigación que permitió la preconstitución de una fuente que debe ingresar al proceso por la vía que hemos indicado.

Si no se trata de una experticia por orden judicial, con la intervención de un órgano jurisdiccional actuando en sede de la denominada jurisdicción voluntaria o contenciosa –*rectius*: procedimientos contenciosos o no- no existirá experticia alguna, de manera que aquellas experticias o pericias que realicen las partes o que pueda realizar alguna de ellas fuera del proceso, incluso cuando se trate de actos de investigación, por su carácter extrajudicial y sin presencia del operador de justicia –salvo casos de anticipación de medios- no son existentes, más aún, no pueden considerarse como experticia o pericia como medio probatorio y en todo caso para el último supuesto, servirán como preconstitución de fuentes; en tanto que para el sistema de procedimiento civil, los informes que contengan la información suministrada por un tercero con conocimientos científicos, artísticos o técnicos, no podrá considerarse sino como un instrumento emanado de terceros que debe ser ratificado en el proceso judicial mediante la declaración testimonial, testigo que incluso podría ser técnico pero que no podría invadir el campo de la experticia, no teniendo en consecuencia el carácter y la naturaleza de experticia, ni siquiera de un simple indicio, pues en casos de experticias de esta naturaleza y sin orden judicial, se vulneran los derechos constitucionales de control y contradicción de la prueba como emanación a la defensa, que se garantiza en los procedimientos contenciosos donde se propone la prueba o en los procesos de retardo perjudicial y anticipación de medios, que requiere de la citación del eventual contendor judicial.

2.1.2. Debe tratarse de un dictamen personal.

Este requisito de existencia se refiere al hecho que la elaboración de la pericia, el análisis de los hechos, las percepciones, inducciones, deducciones y los juicios de valor u opiniones que aporten, deben realizarse directa y personalmente por el experto o expertos designados judicialmente por las partes o por el operador de justicia, de manera que éstos no pueden delegar a otras personas la encomienda judicial, mucho menos la elaboración del dictamen pericial que en definitiva contendrá su experiencia, arte, ciencia o técnica requerida y le dará o aportará al juez los juicios de valor necesarios para la apreciación y valoración de los hechos, circunstancia que no elimina la posibilidad que los expertos puedan asesorarse por otros expertos, pero en todo caso el dictamen debe contener las apreciaciones inducciones, deducciones y juicios del o de los expertos designados, no de otros expertos consultados o que hayan prestado asesoría.

2.1.3. Debe tener por objeto hechos y no cuestiones de derecho.

Ya lo hemos señalado en puntos anteriores que tratándose la experticia de un medio de prueba judicial, la misma debe recaer sobre hechos que el operador de justicia no puede verificar por sí solo, al ser un “ignara” en materia científica, artística, técnica o especializada que lo lleva a acudir a los expertos para que mediante su cultura, ciencia, arte, técnica o especialidad, se aporten al proceso aquellas fuentes que permitan la verificación de los hechos institucionales afirmados y controvertidos en el proceso, le aporten la información necesaria para la convicción judicial, no pudiendo recaer la prueba en comentario –medio- sobre puntos de derecho que no pueden ser delegados por el juzgador, pues es éste quien debe aplicarlos como perito jurídico. Por su parte esos hechos sobre los cuales recaerá la actividad pericial podrían ser personas, lugares, cosas, documentos.

2.1.4. Debe tratarse de un dictamen de un tercero.

En caso de requerirse para la comprobación o verificación de los hechos el concurso de la ciencia, arte, técnica o especialidad que escapa de la cultura general, hemos señalado que debe acudirse a la experticia, realizándose el debido encargo judicial –dentro del marco de un proceso judicial a terceros ajenos al proceso, a personas que posean la ciencia que sea requerida para la verificación de los hechos y la aportación de esos juicios de valor u opiniones que permitan al operador de justicia la certeza judicial.

2.2. Requisitos de validez.

2.2.1. Ordenación de la prueba en forma legal.

El primer requisito de validez se refiere a que la prueba sea ordenada legalmente, partiéndose del hecho que sea propuesta en forma regular, en tiempo útil, cumpliéndose con la exigencias requeridas por el ordenamiento jurídico, donde las partes hayan tenido oportunidad de contradecir la misma, se trata de las reglas de promoción y evacuación de la prueba que serán analizados en puntos siguientes. De esta manera el medio probatorio en el marco de cada tipo procedimental debe ser propuesto en su tiempo correspondiente, permitiéndose a las partes ejercer la contradicción correspondiente para cuestionar su admisión, debiendo ser providenciada por el tribunal competente en su oportunidad, de manera que sea admitida o rechazada siempre en forma legal y motivada, lo que incluso puede ser objeto de recurso para la revisión del contenido judicial y su eventual revocatoria o nulidad, sin perjuicio de su confirmación; admitida el medio probatorio debe ser evacuado en la forma indicada por el legislador y en el tiempo igualmente señalado, con la posibilidad de presencia de las partes para el debate bilateral y contradictorio,

con la posibilidad de que ellas pueden hacer las observaciones, peticiones de ampliación e impugnaciones que consideren, lo que en definitiva culminará con la debida valoración en la sentencia. El incumplimiento de las normas de procedimiento correspondiente generará la contaminación del medio probatorio que conducirá a su nulidad por lesionarse las normas en cuestión que se ubican en el debido proceso, lo que no es más que la infracción de las normas jurídicas expresas referidas al establecimiento de las pruebas.

En el marco del sistema de procedimiento oral y como también se ha dicho, es necesario la comparecencia de los peritos o expertos para que expongan oralmente la diligencia probatoria y su contenido, lo que permitirá la bilateralidad e intermediación del medio, formándose así la prueba en audiencia y que la habilitará para servir en la convicción judicial.

2.2.2. Capacidad jurídica del experto para desempeñar el encargo judicial y la debida posesión del mismo.

La capacidad del experto se refiere a su aptitud para realizar la diligencia judicial encomendada –incluso lo que también es propio del acto de investigación- al no ser una persona impedida legalmente – suspensión del ejercicio de la profesión- mentalmente –interdicción o inhabilitación, locura temporal o permanente- o físicamente, de manera que no permita cumplir sus funciones como auxiliar de justicia, que decretará la nulidad de la prueba; pero igualmente existen incapacidades absolutas o relativas, éstas últimas referidas a la parcialidad que puedan tener los expertos en el proceso, por encontrarse involucrado de alguna manera con las partes o tener alguna clase de interés que afecte su objetividad e imparcialidad, haciendo inválida la prueba. En todo caso y tratándose de un tercero que posea conocimientos especializados requeridos para la elaboración de la experticia, luego de su designación en forma legal, como requisito validez se requiere la debida posesión del cargo, el cumplimiento de los trámites legales para su posicionamiento, tales como notificación –de ser necesaria- aceptación del cargo y la debida juramentación previa para comenzar a realizar las labores pertinentes y producir su dictamen pericial, siendo que una vez producida la juramentación, es que el experto se encuentra legalmente habilitado para el ejercicio de la función o cumplimiento de la encomienda judicial, al haberse legalmente posesionado del mismo, en el entendido que el juramento resulta un requisito necesario e indispensable de orden público absoluto, que en materia de experticia no puede ser relajado o desatendido, so pena de nulidad de la prueba judicial, pues sin la juramentación previa a la realización de las labores de experticia no habrá posicionamiento del cargo, debiéndose hacer en forma previa a la realización de las diligencias, no pudiendo ser convalidado con actos posteriores ni siquiera al momento de presentarse el dictamen pericial,

Estos requisitos de validez como hemos visto no son exclusivos cuando la pericia es medio reprobación judicial, sino que también están presentes cuando se trata de actos de investigación como por ejemplo lo indica el artículo 224 del Código Orgánico Procesal Penal que indica [...] *Los o las peritos deberán poseer título en la materia relativa al asunto sobre el cual dictaminarán, siempre que la ciencia, el arte u oficio estén reglamentados. En caso contrario, deberán designarse a personas de reconocida experiencia en la materia. Los o las peritos serán designados o designadas y juramentados o juramentadas por el Juez o Jueza, previa petición del Ministerio Público, salvo que se trate de funcionarios adscritos o funcionarias adscritas al órgano de investigación penal, caso en el cual, para el cumplimiento de sus funciones bastará la designación que al efecto le realice su superior inmediato. Serán causales de excusa y recusación para los o las peritos las establecidas en este Código. El o la perito deberá guardar reserva de cuanto conozca con motivo de su actuación. En todo lo relativo a los traductores o traductoras e intérpretes regirán las disposiciones contenidas en este artículo.*”

2.2.3. Presentación del dictamen pericial en forma legal.

Para la validez de la prueba de experticia o pericia se requiere el cumplimiento de las formalidades legales, especialmente en materia del dictamen pericial o informe de los expertos, el cual debe contener y cumplir con un conjunto de requisitos mínimos previstos en el artículo 467 del Código de Procedimiento Civil que prevé [...] *El dictamen de los expertos deberá rendirse por escrito ante el Juez de la causa o su comisionado, en la forma indicada por el Código Civil. Se agregará inmediatamente a los autos y deberá contener por lo menos: descripción detallada de lo que fue objeto de la experticia, métodos o sistemas utilizados en el examen y las conclusiones a que han llegado los expertos.*”, en el artículo 1.425 del Código Civil donde al cual [...] *El dictamen de la mayoría de los expertos se extenderá en un solo acto que suscribirán todos, y debe ser motivado, circunstancia sin la cual no tendrá valor.*”, y en para el sistema de procedimiento penal en el artículo 225 del Código Orgánico Procesal Penal que señala [...] *El dictamen pericial deberá contener; de manera clara y precisa, el motivo por el cual se practica, la descripción de la persona o cosa que sea objeto del mismo, en el estado o del modo en que se halle, la relación detallada de los exámenes practicados, los resultados obtenidos y las conclusiones que se formulen respecto del peritaje realizado, conforme a los principios o reglas de su ciencia o arte. El dictamen se presentará por escrito, firmado y sellado, sin perjuicio del informe oral en la audiencia.*”

Como se aprecia para el caso del sistema de procedimiento escrito la presentación del dictamen pericial es en forma escrita, con la debida comprensión de la descripción detallada de los hechos – personas, lugares, cosas o documentos- que fueron sometidos al conocimiento de los expertos o peritos, exposición de los métodos, técnicas, procedimientos o sistemas utilizados para el examen y verificación de los mismos y las debidas conclusiones o resultados obtenidos conforme a las reglas, ciencias o arte

según cada caso; pero en el marco del sistema de procedimiento oral a lo señalado debe agregarse la comparecencia y declaración del perito en la audiencia oral y probatoria para que el dictamen sea expuesto y tratado por éste, permitiéndose no solo la inmediación del judicantes y la formación de prueba en bilateralidad.

2.2.4. Que el acto sea consciente, libre de coacción, violencia o dolo y que no exista prohibición de practicar la prueba.

Como todo medio de prueba judicial debe tratarse de actos conscientes, libres, fuera de toda violencia, dolo, coacción que puedan influenciar la imparcialidad y objetividad de la prueba, no escapándose a esta circunstancia la prueba de experticia, la cual debe contener las apreciaciones, inducciones y deducciones, los juicios de valor u opiniones de los expertos con relación a la verificación de los hechos sobre los cuales ha recaído la diligencia, lo que debe ser el producto de una voluntad consciente y libre de coacción, violencia o dolo, sin lo cual la prueba carecerá de validez, circunstancia esta que lógicamente debe ser alegada en el proceso y debidamente demostrada, de manera que la nulidad de la prueba se producirá en la medida que sea demostrado en el proceso que el juicio de valor de los expertos o sus opiniones han sido el producto de un acto de voluntad arrancado con violencia, dolo o coacción, señalamientos todos éstos que también se hacen extensibles a la pericia como acto de investigación; pero igualmente si existe en la legislación una norma que prohíba la prueba de experticia, aún cuando ésta se haya materializado, carecerá de validez procesal y probatoria, siempre que esa limitación en el marco constitucional y garantista sea para la protección de otro derecho constitucional, pues recordemos que el derecho de acceso al sistema probatorio está positivado y no puede ser limitado sino para la protección de otros derechos de igual rango.

2.2.5. Que las diligencias y estudios de los hechos objeto de la experticia hayan sido realizados por los expertos personalmente.

Este requisito analizado al tratar los referidos a la existencia, también se ubica en los validez de la prueba –medio- pues debe tratarse de un dictamen pericial producto de la labor, análisis, apreciación, inducción y deducción que de los hechos hayan hechos los expertos, quienes no pueden delegar la encomienda judicial, pero que podrán asesorar de otros expertos que no pueden suplir la encomienda, pues en todo caso el dictamen, el juicio de valor debe ser personal de los expertos designados, las conclusiones aportadas por los expertos deben contener sus impresiones, deducciones, inducciones, no pudiéndose

basar en criterios, análisis ni investigaciones hechas por otros, aún cuando puedan consultarse, dado que se trata de un acto personal.

2.2.6. Que los peritos hayan utilizado medios lícitos para la realización de la labor.

Este requisito de validez se refiere a la licitud de los medios empleados por los expertos para la obtención de los elementos o materiales necesarios para realizar la encomienda judicial, así como la obtención de cualquier dato necesario para el cumplimiento de la labor, lo cual involucrará una vulneración al debido proceso que producirá la nulidad de la prueba; pero como hemos sostenido en otro momento y especialmente al referirnos a la validez de la prueba ilícita, que si los expertos han utilizado métodos, técnicas, o sistemas ilícitos para la realización de la experticia, si han conseguido u obtenido información vulnerando los derechos fundamentales de los ciudadanos, si el dictamen pericial aporta u ofrece las fuentes que permitan la verificación de los hechos afirmados y controvertidos por comparación, para llegar a la convicción judicial, a la certeza del judicante, aún cuando fueran basados en circunstancias o métodos ilícitos –salvo la tortura- es nuestro criterio que el operador de justicia deba tomar en cuenta y tener como válida la prueba, verificando, estableciendo y fijando los hechos debatidos, formándose la convicción judicial, pues su función principal es precisamente la de resolver la problemática judicial, dar a quienes acuden ante el una solución justa, con justicia, la cual se alcanza con la convicción judicial obtenida de la prueba judicial y en todo caso, aún cuando la prueba debe ser analizada, aquellos expertos que hubieran utilizado métodos ilegítimos o ilícitos para producir su dictamen, podrían ser sujetos de sanciones civiles, penales, administrativas y esencialmente disciplinarias.

2.2.7. Que la deliberación sea conjunta, cuando los peritos sean varios.

Nuestra legislación por ejemplo en el artículo 463 del Código de Procedimiento Civil, dispone que los expertos deben practicar conjuntamente las diligencias e igualmente, en el artículo 1.425 del Código Civil se dispone que el dictamen o informe pericial debe presentarse en un solo acto que deben estar suscrito por todo los expertos, de manera que como requisito de validez de la prueba de experticia, los expertos cuando se trate de varios, deben actuar conjuntamente para la apreciación, deducción y inducciones sin lo cual la prueba carecerá de validez, circunstancia ésta que lógicamente debe ser alegada y demostrada en las actas procesales, que a nuestro juicio nada impide que los mismos expertos pueden asignarse determinadas tareas en forma separada, pero que en definitiva deben ser discutidas y apreciadas en forma conjunta para llegar a conclusiones que deberán verterse en el informe que estará suscrito por todos. Lo propio debe acontecer en el sistema de procedimiento penal, que y aún cuando el artículo 225 del Código

Orgánico Procesal Penal no lo señala expresamente, al indicarnos que [...] *El dictamen pericial debe ser presentado por escrito, firmado y sellado, sin perjuicio del informe oral en la audiencia.*”, nos permite inferir que la labor debe ser conjunta, sin perjuicio que la declaración igualmente debe ser de todos los expertos actuantes. Adviértase también que la imposición del legislador se refiere a la actuación y deliberación conjunta, a la presentación de un solo informe escrito, lo que para nada significa que deba existir acuerdo entre los expertos, quienes tienen el derecho en ese acto conjunto de diferir del pensamiento de otros expertos, concurrir pero con otros criterios y lógicamente coincidir.

2.3. Requisitos de eficacia probatoria.

En cuanto a eficacia probatoria de la experticia y al igual que otros medios de prueba judicial, debe reunirse con un conjunto de requisitos que son comunes a todos los medios de prueba y que han sido analizados en capítulos anteriores, que hace innecesario su análisis nuevamente por tratarse –insistimos– de requisitos de eficacia probatoria comunes para todo los medios probatorios a saber:

- a. Que se trate de un medio de prueba conducente o idóneo para demostrar los hechos afirmados y controvertidos en el proceso.
- b. Que el hecho sometido a la experticia o pericia haya sido alegado por las partes y sea pertinente, afirmado y discutido o controvertido.
- c. Que el hecho sobre el cual recaiga la experticia sea útil para la solución del problema judicial, que sea relevante.
- d. Que las conclusiones producidas por los expertos sean posibles, probables, que no sean física o metafísicamente imposibles, absurdos o improbables.
- e. Que el dictamen sea rendido en su oportunidad, aún cuando una vez que las partes cumplen con su carga procesal, que han promovido la prueba, se han designado a sus expertos y éstos han sido juramentados, no le es imputable la tardanza de éstos en consignar el dictamen pericial, caso en el cual no se producirá la ineficacia de la prueba sino la imposición de las sanciones a los expertos por el retardo en el cumplimiento de sus funciones, salvo motivos justificados, de manera que en nuestra legislación la presentación tardía del informe o dictamen pericial no produce la ineficacia de la prueba, pero sobre este punto volveremos al tratar sobre el momento procesal de la prueba.
- f. Que el hecho verificado por los expertos en su dictamen no sea contrario a un hecho notorio, a un hecho presumido por la ley en forma indesevitable o pasado con autoridad de cosa juzgada.

- g. Para el sistema de procedimiento oral incluimos que la diligencia probatoria haya sido tratada verbalmente en audiencia pública y oral, con la asistencia de los expertos o peritos a los fines que hagan el tratamiento verbal correspondiente, garantizándose así la inmediación y contradicción o bilateralidad, que permite así la formación de la prueba en juicio para sustentar y servir a la convicción judicial.

Estos requisitos de eficacia son comunes para todos los medios de prueba judicial y han sido ampliamente analizados en otros capítulos a los cuales remitimos al lector, pero en cuanto a los requisitos de eficacia propios de la experticia o pericia judicial, encontramos los siguientes:

2.3.1. Que el experto tenga conocimientos especiales de la materia sobre la cual verse la experticia.

Este requisito se encuentra regulado en los artículos 453 del Código de Procedimiento Civil, 92 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y 224 del Código Orgánico Procesal Penal, que exigen que las personas que sean designadas como peritos deben poseer conocimientos técnicos, científicos, artísticos o especiales relacionados con los hechos que serán objeto de la experticia, bien por la industria, profesión o arte que desempeñen, sin lo cual la experticia carecerá de eficacia probatoria, de manera que si la misma es realizada por personas ignaras en la materia sobre la cual recaiga la experticia, aún cuando las partes no hayan hecho el reclamo pertinente, de existir en el proceso alegatos y pruebas de tal circunstancia indefectiblemente el dictamen pericial carece de eficacia probatoria y debe ser desechado; luego las normas adjetivas señaladas permiten la posibilidad que las partes aleguen el hecho de la falta de conocimiento o pericia de las personas designadas para la práctica de la prueba judicial, caso en el cual de estar fundada y demostrada tal circunstancia, deberá procederse a la designación de otro experto por la parte que lo había designado, so pena de proceder el tribunal a la designación respectiva, pero la oportunidad temporal que prevé la legislación en el artículo 453 del Código de Procedimiento Civil para el caso civil por ejemplo, es luego de producida la designación y antes que se produzca el dictamen pericial, lo cual no elimina la posibilidad que luego de presentado el dictamen pericial, sea alegado y demostrado la falta de pericia de la persona designada para la diligencia probatoria –y ante la falta de previsión en el sistema de procedimiento oral y sin perjuicio que el cuestionamiento de la capacidad y competencia del experto sea reclamada en cualquier momento, es en la audiencia oral y pública cuando podrán realizarse aquellas preguntas pertinentes para conocer la pericia o experiencia del perito, especialmente en el campo donde la diligencia fue realizada- circunstancia que restará eficacia probatoria al dictamen pericial, hasta el punto de tener que desecharse, pues precisamente la realización de la

experticia es para suplir la falta de conocimientos técnicos, científicos o artísticos del juez, por personas que sí poseen pues su profesión, arte o labor el conocimiento requerido, de manera que no puede suplirse la falta de conocimiento del operador de justicia por personas ignaras en la materia que se trata; pero pudiera suceder que solo unos de los expertos y no todos, fueran ignaras en la materia que se trata, coexistiendo así verdaderos expertos en la materia que se trate y personas carentes de conocimientos especiales, lo cual igualmente produciría la ineficacia del dictamen pericial, pues y como hemos visto dentro de los requisitos de existencia y validez de la prueba, se encuentra el hecho que el dictamen sea presentado en forma conjunta por todos los expertos lo que debe entenderse por la presentación del dictamen pericial en un mismo acto suscrito, por parte de los expertos que posean conocimientos especiales, no por la mayoría que los posea y eliminándose la minoría ignara; igualmente, nuestra legislación exige que para la práctica de la experticia éstos deban actuar en conjunto, lo que también debe traducirse en que el trabajo en conjunto es por parte de los especialistas en la materia, no de la mayoría calificada por sus conocimientos con prescindencia de la minoría ignara; en definitiva y aún cuando solo la minoría de los expertos carezcan de los conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especiales, el dictamen que se presente y las diligencias que se realicen para llegar a las conclusiones que se aportarán al proceso, son totalmente ineficaces y carentes de valor probatorio.

En todo caso y ante el alegato de incompetencia del perito o experto, las partes y el mismo perito pueden producir la prueba de la competencia del mismo, bien mediante los títulos académicos, de cursos, especializaciones, maestrías, doctorados, diplomados, técnicos que demuestren la posesión por parte del perito de los conocimientos pertinentes y requeridos para la práctica de la prueba, siendo interesante destacar que nuestra legislación no exige los peritos o expertos titulados, con títulos técnicos o académicos, bastando que se demuestre por cualquier medio que la persona cuestionada posea los conocimientos necesarios, pues pensemos en un experto en pinturas donde resulta difícil demostrar mediante títulos académicos tal circunstancia, bastando cualquier medio de prueba idóneo o conducente para demostrar que determinada persona es especialista en el reconocimiento de las obras del pintor.

2.3.2. Que se trate de un perito imparcial.

La imparcialidad del o de los peritos designados para la elaboración de la prueba judicial, es requisito indispensable de eficacia probatoria del medio, pues y aún cuando las partes tienen el derecho a recusar a los expertos designados por motivos de interés en los resultados del proceso, por las relaciones de acercamiento o alejamiento, dependencia o gratitud hacia alguna de las partes en el proceso judicial, si en el tiempo oportuno no se produce o invoca la causal de incompetencia subjetiva del funcionario judicial

auxiliar, ello no obsta para que luego de presentado el dictamen y de vencidos los lapsos para interponer la recusación, se alegue y demuestre la existencia de cualquier elemento que ponga en tela de juicio la imparcialidad y objetividad del o de los expertos, lo cual será apreciado por el juzgador y que de ser cierta tal circunstancia, producirá la ineficacia del dictamen rendido en éstos términos, sea que solo uno o varios de los expertos sean subjetivamente incompetentes o que sean todos, pues en el primero de los casos, tratándose las diligencias de la pericia y el dictamen de un acto conjunto, la ineficacia probatoria es irrefutable, sobre todo si pensamos que ese agente o experto contaminado, puede contaminar e influenciar el ánimo de los otros expertos, obteniéndose un dictamen totalmente manipulado por burdos intereses espurios ajenos a la objetividad que deben poseer los expertos para la verificación de los hechos.

2.3.3. Que el dictamen se encuentre debidamente fundamentado, sea claro, lógico y que no se encuentre desvirtuado por otros medios de prueba.

Para la eficacia probatoria del dictamen pericial no basta que este tenga las meras conclusiones, los juicios de valor o las apreciaciones de los expertos, debe estar motivado o fundamentado en cuanto a los hechos sometidos al conocimiento de los expertos, los métodos, procedimientos o sistema que utilizaron para la elaboración del mismo, resolver o pronunciarse sobre las observaciones orales o escritas que le hagan las partes, lo cual en definitiva constituye la explicación que las conclusiones a que hayan llegado, pues como en la sentencia judicial, donde se le exige el juez una motivación de la cuestión de hecho y de derecho en que base el dispositivo de su fallo, para convencer a la comunidad del dictado judicial y evitar arbitrariedades, igual se presente en materia de experticia pero para el convencimiento tanto de las partes como fundamentalmente para el judicante quien podrá verificar los hechos o producir su convicción judicial.

En cuanto a las observaciones escritas que hagan las partes a los expertos en tiempo útil, conforme a lo previsto en el artículo 464 del Código de Procedimiento Civil, los expertos están en la obligación de atenderlos y el dictamen pericial debe contener el resultado o respuesta a las observaciones, sin lo cual además de vulnerarse el derecho a la defensa, se estará en presencia de un dictamen inmotivado, que no es capaz de persuadir a las partes y al operador de justicia sobre la verificación que de los hechos hicieron los expertos, produciéndose una verdadera arbitrariedad por parte de dichos funcionarios auxiliares, de manera que la motivación del dictamen pericial, es un elemento que permite conocer cual fue el criterio seguido por los expertos para llegar a las conclusiones que aporten, cuales fueron los métodos utilizados, los hechos objeto de la prueba, las dificultades con que se consiguieron, sin lo cual carecerá de eficacia probatoria, circunstancia que no puede ser subsanado por vía de la aclaratoria o

ampliación a que se refiere el artículo 468 *ejusdem*, pues una cosa es aclarar o ampliar los fundamentos o motivaciones dadas y existentes en el dictamen pericial y otra cosa muy diferente es, que mediante la impugnación prevista en el artículo en comento se pretenda subsanar un dictamen pericial que desde el momento de su consignación resulta ineficaz por inmotivado. En este orden de ideas el artículo 1.425 del Código Civil, señala que [...] *El dictamen de la mayoría de los expertos se extenderá en un solo acto que suscribirán todos, y debe ser motivado, circunstancia sin la cual no tendrá ningún valor.*”

Pero el tema también encuentra ubicación en el sistema de procedimiento penal en los términos del artículo 225 del Código Orgánico Procesal Penal, que también prevé como requisito la debida motivación, aunque nada dice respecto a su invalidez por tal falta pero que por antonomasia y en aplicación de derechos constitucionales de aplicación procesal debe ser así; también y en los términos del artículo 336 los expertos tienen la obligación de responder directamente las preguntas que las partes y el tribunal le formulen en la audiencia oral, lo que puede versar sobre aclaratorias, ampliaciones o impugnaciones propiamente dicho y que forman parte del dictamen que debe ser debidamente motivado y congruente como se verá más adelante.

También se requiere que el dictamen pericial arroje conclusiones claras y lógicas, sin vacilaciones o perplejidad, debiéndose tratarse de un dictamen creíble, circunstancia esta ligada con el deber de fundamentación del dictamen, pues si las conclusiones no están en sintonía con los hechos objeto de la pericia, de los métodos o sistemas utilizados por los expertos, más que una incongruencia entre su motivación y conclusión, se estará en presencia de una inmotivación, pues si se llega a resultados que no han sido tratados en la motivación del dictamen pericial, lo que ha sucedido es que algún elemento de hecho no ha sido tomado en el dictamen, no ha sido explicado o narrado en el dictamen, produciéndose una inmotivación, pues al igual que la sentencia judicial que contempla tres momentos o partes –narrativa, motiva y dispositiva- el dictamen pericial debe contener la narración de los hechos y actos realizados por los expertos, el objeto de la pericia, la motivación respectiva de la verificación de los hechos a partir de la técnica, arte o ciencia utilizada, métodos o sistema y la conclusiones respectivas producto de lo anterior; en caso de contradicción o de elementos confusos o vacilantes, resulta viable la aclaratoria del dictamen pericial, el cual insistimos no procede en caso de inmotivación, que puede ser parcial o absoluta, en cuyo caso y cualquiera sea la modalidad, producirá la ineficacia del dictamen pericial.

Casos de duda, falta de claridad o firmeza del dictamen pericial, podrían ser los caso de votos salvados en el dictamen, donde la mayoría expusiera sus argumentos y sostuviera sus conclusiones que son diferentes a los argumentos y conclusiones que pueda exponer el experto disidente, lo cual pudiera generar en el ánimo del juzgador, un estado de vacilación o perplejidad, duda en cuanto a las conclusiones de la mayoría, pudiendo acoger las mismas, el del voto disidente, concurrente o incluso ordenar que se

realizara una nueva experticia para decidir con mejor conocimiento, claridad y seguridad en cuanto a los hechos que se verifican por vía pericial, circunstancia esta que se encuentra también ligado con la no existencia de pruebas que infirmen o desvirtúen las conclusiones vertidas en el dictamen pericial, pues en todo caso, el dictamen pericial no es vinculante para el juez y éste debe apreciarlo por su sana crítica.

Finalmente y considerando que la experticia o pericia es valorable a través del sistema de la sana crítica, mediante reglas lógicas, conocimientos científicos y máximas de experiencia, la apreciación y valoración además de individual y conforme a lo que señalaremos en su momento, también debe hacerse en forma conjunta contraponiéndola con otros medios probatorios que siendo contradictorios o que se corroboren con otros, permitan al judicante formarse la convicción judicial –valoración conjunta de los medios probatorios-.

2.3.4. Que el dictamen no sea rectificado o retractado por parte de los expertos.

Los expertos o peritos una vez presentado el informe pericial, perfectamente pueden presentar una “retractación” total o parcial del mismo –lo que por ejemplo puede realizarse en la audiencia oral en los sistemas orales- bien sea a petición de partes mediante aclaraciones o ampliaciones, así como impugnaciones, con ocasión a aclaraciones o ampliaciones solicitadas por el tribunal o mutuo propio por parte de éstos, incluso una “rectificación” total o parcial del mismo, siendo que en caso de producirse una “retractación total”, estaríamos en presencia de un dictamen pericial que ha sido considerado por sus autores como errado o erróneo y consecuentemente ineficaz; pero en caso de “rectificación” si la mismo resulta en su totalidad, estaremos en presencia de un nuevo dictamen pericial; debe destacarse que en materia de “retractación” o “rectificación”, es obvio que los mismos expertos no están seguros de lo que han presentado, de los resultados o conclusiones a las que han llegado con relación a los hechos que han sido sometidos a sus conocimientos especiales, lo cual lógicamente influye en el ánimo del juzgador, en el sentido de despejarlo de cualquier duda, pues la duda de los expertos influye necesariamente en la duda del operador de justicia que por demás carece de los conocimientos especiales que originaron la prueba de experticia y la designación de los expertos en la materia de que se trate, caso en el cual el informe pericial rendido debe ser desechado por incierto, ambiguo, falta de firmeza, ordenándose la elaboración de uno nuevo que permita al juzgador tener claridad sobre los hechos especiales que tratan de verificarse judicialmente.

De esta manera el judicante debe tener en cuenta el contenido, motivación y objeto de la “retractación” o “rectificación”, pues si se trata de hechos o circunstancias que no afectan a las conclusiones, sino a puros elementos periféricos o irrelevantes, podrá apreciar con eficacia probatoria el

dictamen, pero si se trata de una “retractación” o “rectificación” parcial que socave las bases fundamentales del dictamen pericial, lo mas sano y no obstante a la sana crítica del juez, es que se ordene la realización de una nueva pericia.

2.3.5. Que no se haya vulnerado el derecho a la defensa de las partes.

Otro requisito de eficacia probatoria es precisamente el hecho que a las partes se les resguarde, asegure, garantice y no vulnere el derecho constitucional de la defensa, que en materia probatoria se traduce en control y contradicción de la prueba y especialmente, en materia de experticia como medio de prueba judicial, el derecho a su control que viene dado por el derecho que tienen las partes de hacer observaciones a los expertos, bien en forma personal o mediante delegados designados, que pueden ser en forma oral o escrita, ésta última que obliga a los expertos a pronunciarse sobre los mismos y hacer referencia a ello en el dictamen pericial, sin lo cual se produciría una vulneración del derecho a la defensa, especialmente de controlar la prueba judicial. En este sentido y en el marco del sistema de procedimiento civil en general, para preservar la posibilidad de hacer las observaciones que podrán presentar las partes o sus delegados en el acto donde se reúnan los expertos para realizar la experticia, el legislador obliga a los expertos a señalar, con por lo menos veinticuatro (24) horas de anticipación, el lugar, la hora y el día en que se dará comienzo a las actividades para la realización de la experticia, asegurándose de esta manera que si las partes o sus delegados a bien lo tienen, podrán concurrir el día, la hora al lugar señalado y hacer las observaciones pertinentes, lo que en definitiva asegura el derecho constitucional de la defensa, sin lo cual la experticia carecerá de eficacia probatoria, salvo que las partes concurran al acto, convalidando así la falta de indicación de los expertos, todo conforme a lo previsto en los artículos 463, 464 y 466 del Código de Procedimiento Civil.

Respecto al sistema de procedimiento oral que no regula tal previsión, en aplicación al sistema constitucional y garantita, estando el derecho de acceso al sistema probatorio constitucionalizado no vacilamos en indicar que igualmente el juez debe imponerle a los peritos la obligación de señalar el lugar, día y hora en que comenzarán los expertos o peritos sus labores, para que teniendo en cuenta las partes estos datos por sí, mediante apoderados, consultores técnicos designados o delegados puedan presenciar los actos de pericia y realizar las observaciones escritas u orales que a bien tengan, las cuales deben quedar señaladas y resueltas –de ser el caso- en el dictamen pericial. Pero no son estas las únicas fórmulas que garantizan el derecho a la defensa en materia de experticia, también es necesario por ejemplo en los procedimiento orales que las resultas de la experticia, el dictamen pericial escrito sea consignado con un tiempo prudencial antes de la audiencia oral –lo que así deberá ordenar el judicante con base

constitucional y garantista- de manera que permita a las partes conocer sus resultados y prepararse para las preguntas que formularán a los expertos en la audiencia oral, basada en ese conocimiento previo que tienen el dictamen y que permite una asesoría especializada y relacionada con el tema tratado para poder realizar ese control y bilateralidad en audiencia a través de las diversas preguntas que se formulen en la forma que hemos visto al repasar la doctrina; en el evento que falte esta exigencia que garantiza el precitado derecho a la defensa, otra solución posible es permitir en la audiencia de juicio la asistencia técnica de expertos o consultores que como órganos de la defensa de las partes permitirán su azoramiento para la debida bilateralidad o contradicción del medio. Lo que no puede suceder es que no se adopten ninguno de estos dos escenarios y como sucede en la práctica, las partes sólo tengan conocimiento del dictamen pericial al momento de la audiencia oral, que y sin contar con asistencia técnica o especializada, en definitiva serán objeto de vulneración en sus derechos constitucionales. Importa también destacar que las contradicciones al dictamen de los expertos mediante solicitudes de ampliaciones, aclaratorias o impugnaciones propiamente dichas, son manifestaciones del derecho a la defensa.

Resulta interesante referirnos a una nefasta y corrupta práctica de algunos jueces, que han pretendido obviar el requisito que exige el artículo 466 del Código de Procedimiento Civil, referido al señalamiento con veinticuatro (24) horas de antelación del lugar, hora y día en que comenzarán las diligencias para la experticia, con el absurdo e ignorante argumento que dicho requisito resulta innecesario al haber las partes designado sus respectivos expertos, quienes han debido de informar el día, hora y lugar del comienzo de la diligencia. Esta corruptela en la práctica de la prueba y de la inobservancia de las obligaciones de los expertos, que tienen por objeto garantizar a las partes el derecho a la defensa, especialmente el derecho a realizar observaciones, solo deja de manifiesto la falta de preparación y la barbarie de aquellos operadores de justicia, que piensan que los expertos al haber sido designados por las partes, obedecen a sus designio olvidando que la proposición o designación no tiene nada que ver con la imparcialidad y que dentro de los deberes de los expertos, no está el de informar sus actividades a la parte que lo designó ni seguir sus directrices, pues es un auxiliar de justicia autónomo que solo se debe a la ley y a la Constitución, una vez posesionado del cargo al producirse el juramento, por lo que siendo su obligación la de informar en el expediente –diligencia o escrito- el lugar, día y hora del comienzo de las diligencias, el mismo resulta ineludible mas sí convalidable, debiéndose desterrar esta jugarreta sucia y fraudulenta de los operadores de justicia.

Resumiendo lo anterior tenemos que cuando se produzca la vulneración del derecho a la defensa, la prueba resulta totalmente ineficaz, tal como podría suceder: a. Cuando las partes hicieren la debida observación escrita u orales y los expertos no la tomaran en consideración en el dictamen pericial, bien aceptándola o rechazándola, ignorándola por completo; b. Cuando no señalaran con veinticuatro (24) de

anticipación, el lugar, la hora y el día en que comenzarán a realizar las diligencias de la experticia, salvo que las partes convaliden con su presencia este requisito de orden público –aún cuando puede ser convalidado- haciendo las debidas observaciones o simplemente asistiendo al acto; c. Cuando no se indique a los expertos o peritos el deber u obligación de consignar con anticipación a la audiencia oral el dictamen pericial o cuando no se permita en su defecto, la asistencia técnica o especializada en la audiencia oral; y d. Cuando no se permitan las contradicciones en general mediante solicitudes de aclaratorias, ampliaciones u objeciones.

2.3.6. Que los peritos o expertos no se excedan de los límites de su encargo judicial.

Este requisito de eficacia también resulta uno de los mas importantes en materia de experticia, pues el informe pericial o dictamen de los expertos debe ser “congruente”, de manera que los expertos deben ceñir su actividad como auxiliares de justicia, a verificar todos y cada uno de los hechos que les hayan señalado las partes, especialmente su proponente o el operador de justicia en caso de haberse acordado oficiosamente la prueba -medio-; en este sentido los expertos deben realizar su actividad según la forma como se haya propuesto, admitido y ordenado la prueba de experticia, donde su actividad y función encuentran sus límites en los hechos sobre los cuales recae la misma y en la forma como se haya promovido la prueba o se haya ordenado oficiosamente, de manera que toda extralimitación, bien sea por exceso o por carencia, produce la ineficacia de la experticia. La experticia debe realizarse según la forma como se propuso u ordenó, sobre los hechos que las partes han señalado o el operador de justicia, sin salirse de esos límites, sin poder pronunciarse sobre mas hechos de los señalados o producir consecuencias no solicitadas –*ultrapetita*- dejar de pronunciarse sobre los hechos sometidos a su conocimiento y sobre los puntos requeridos –*citrapetita*- o pronunciarse sobre hechos diferentes a los sometidos a sus conocimiento o conclusiones diferentes a las solicitadas –*extrapetita*- pues la experticia debe recaer sobre los hechos que señalen las partes o el operador de justicia, debiéndose expresar las conclusiones según los pedimentos de las partes o del operador de justicia –*intrapetita*- sin lo cual, la experticia carecerá de eficacia probatoria.

Este requisito es de suma importancia dado que es típico y propio del juego sucio y maloliente del proceso, especialmente en los tribunales del Área Metropolitana de Caracas, que a través de experticias propuesta por una de las partes, mediante una combinación fraudulenta entre los expertos, el no proponente e incluso el mismo operador de justicia, se produzca un exceso en la prueba, con la finalidad de producir conclusiones no pedidas, pronunciarse sobre hechos no sometidos a la experticia, que en definitiva lo que produce es la ineficacia de la prueba judicial.

A los requisitos señalados de eficacia probatoria y que deben verse en el dictamen pericial, que serán objeto del interrogatorio cruzado en audiencia –para el caso de procedimientos orales- y deberán ser abordados por los expertos en la audiencia pública y oral también para los procedimientos orales- tenemos:

- a. Profesionalidad y experiencia del experto.
- b. Imparcialidad.
- c. Motivación, coherencia, claridad, precisión, logicidad y congruencia del dictamen escrito u oral.
- d. Explicación de los datos referidos al procedimiento, método, técnicas y teorías científicas aplicadas al caso, especialmente cuando se trata de experticias científicas.
- e. Información sobre los estándares de calidad de los instrumentos, herramientas y sus condiciones, respecto a aquellos utilizados en la prueba, especialmente en materia de pericia científica.
- f. Información sobre las estadísticas referidas al grado de probabilidad, verosimilitud, certeza, error, falseabilidad, certidumbre o incertidumbre de los resultados obtenidos en el procedimiento y con los instrumentos utilizados.
- g. Información referida a que a la suficiencia o no de los datos, hechos, materiales, muestras, evidencias y demás cosas, objetos y sujetos sobre los cuales haya recaído.
- h. Que no se encuentre desvirtuado por otros medios de prueba (corroboración).
- i. Que el dictamen no sea rectificado o retractado por parte de los expertos.
- j. Que no se haya vulnerado el derecho a la defensa de las partes (debate en audiencia pública y bilateral, en contradictorio).
- k. Que los peritos o expertos no se excedan de los límites de su encargo judicial (congruencia).

3. PROCEDIMIENTO DE LA PRUEBA DE EXPERTICIA.

3.1. Promoción o proposición de la prueba.

En el marco del sistema de procedimiento civil en general, conforme a lo previsto en el artículo 472 del Código de Procedimiento Civil, procede tanto a instancia de parte como de oficio, siendo que en el primero de los casos –a instancia de parte- la prueba deberá proponerse en la oportunidad para la promoción de las pruebas, no existiendo otra posibilidad de proposición en el curso de un proceso

judicial, salvo que se trate de la experticia anticipada practicada por un retardo perjudicial. Si trata de una experticia propuesta oficiosamente por el operador de justicia, esta solo podrá realizarse en los casos permitidos por la ley, como diligencia probatoria conforme a lo previsto en el artículo 401.5 *ejusdem*, mediante autos para mejor proveer, conforme a lo previsto en el artículo 514.4. *ibidem*, incluso cuando lo juzgue oportuno conforme al precitado artículo 472 que indica [...] *La experticia no se efectuará sino sobre puntos de hecho cuando lo determine el Tribunal de oficio, en los casos permitidos por la ley, o a petición de parte. En este último caso se promoverá por escrito, o por diligencia, indicándose con claridad y precisión los puntos sobre los cuales debe efectuarse.*”

En caso de tratarse de una experticia realizada por las partes en un procedimiento de retardo perjudicial, el mismo deberá ser aportado en el proceso judicial donde se haga valer, en el lapso probatorio, no requiriéndose de la ratificación de las misma pues en ella a intervenido el contendor judicial, siendo importante destacar que aún cuando la misma puede ser considerada como prueba fundamental para la reclamación judicial, no podría proponerse junto al libelo de la demanda, pues no se trata como tal de un prueba instrumental fundamental –documental escrita- sino de una experticia que es apreciable por la sana crítica del operador de justicia, cuya proposición debe realizar en el lapso probatorio, ello en virtud de no existir norma alguna que regule la posibilidad de proponer la prueba de experticia evacuada por un procedimiento de retardo perjudicial, junto al libelo de la demanda, lo cual se traduce en que deba aplicarse la norma general de promoción de pruebas, esto es, en el lapso probatorio, so pena de ser declarada extemporánea. En los casos de promoción de la prueba de experticia, las partes deben cumplir con el señalamiento de indicar con claridad y precisión los puntos de hecho sobre los cuales debe recaer la experticia, así como todos los demás requisitos necesarios y exigidos para todos los medios de prueba judicial, especialmente la identificación del objeto de la prueba, que será la que permita determinar la conducencia, idoneidad, pertinencia y relevancia de la experticia propuesta, sin lo cual, la prueba no será admitida.

3.2. Admisión de la prueba y acto de designación de expertos.

Propuesta legalmente la prueba –a instancia de parte- y admitida en su oportunidad legal, en el mismo auto que la providencie, el operador de justicia deberá fijar al segundo día de despacho siguiente, a una hora determinada –artículo 452 del Código de Procedimiento Civil- para que tenga lugar el acto de nombramiento de expertos, indicando la precitada norma que [...] *Admitida la prueba, el Juez fijará una hora del segundo día siguiente para proceder al nombramiento de los expertos.*”. Llegado el día y la hora fijada pueden presentarse los siguientes escenarios:

- a. Que ninguna de las partes concurra al acto de designación de expertos, caso en el cual debe declararse desierto el mismo, lo cual no conduce al desistimiento tácito de la prueba, permitiéndose al proponente solicitar al tribunal la fijación de una nueva oportunidad para tal designación, todo conforme al artículo 457 del Código de Procedimiento Civil que expresa [...] *Cuando alguna de las partes dejare de concurrir al acto del nombramiento de los expertos, el Juez hará la designación por la parte que faltare y la del tercer experto y si ninguna de las partes concurriere al acto, éste se considerará desierto.*”.
- b. Que comparezcan ambas partes, caso en el cual primeramente éstas deberán ponerse de acuerdo en cuanto a si la experticia será realizada por uno o por varios expertos, en el entendido que a falta de acuerdo la prueba será realizada por tres expertos, pero si procediera el acuerdo, la designación será de mutuo acuerdo entre las partes o por el juez, en caso de no existir el acuerdo de las partes; en caso que la experticia tenga que realizarse por varios expertos, a falta de acuerdo entre las partes, el número será de tres, en cuyo caso cada parte deberá designar al suyo, debiendo presentar una constancia contentiva de la manifestación de la aceptación al cargo del experto propuesto, debidamente firmada por éste. Tratándose de una experticia a instancia de parte, donde deben ser designados tres expertos, cada parte debe designar al suyo, presentando la referida constancia de aceptación al cargo postulado y de común acuerdo procederán a designar al tercer experto; en caso no existir la voluntad o el acuerdo de las partes –lo que generalmente ocurre- será el tribunal quien designe el tercer experto; en caso que alguna de las partes que compareció no designe al experto o no consigne la constancia a que se refiere el artículo 454 del Código de Procedimiento Civil, el operador de justicia debe proceder a la designación. En la misma acta de designación de los expertos, se fijará a una hora del tercer (3er) día de despacho siguiente al acto, para que los expertos designados por las partes se juramenten y se ordenará la notificación del tercero designado por el tribunal –de ser el caso- a los fines que comparezca a una hora del tercer (3) día de despacho siguiente a la constancia en autos de su notificación, a los efectos que acepte o excuse el cargo y en el primero de los casos preste el juramento de ley, todo conforme a lo previsto en los artículos 458 y 459 del Código de Procedimiento Civil, el primero que señala [...] *El tercer día siguiente a aquel en el cual se haya hecho el nombramiento de los expertos por las partes, a la hora que fije el Juez, los nombrados deberán concurrir al Tribunal sin necesidad de notificación a prestar el juramento de desempeñar fielmente el cargo. A tal efecto, cada parte, por el solo hecho de hacer el nombramiento de su experto, tiene la carga de presentarlo al Tribunal en la oportunidad aquí señalada. Si el experto nombrado no compareciere oportunamente, el Juez procederá inmediatamente a nombrar otro en su lugar.*”;

y el segundo que indica [...] *En la experticia acordada de oficio o a pedimento de parte, el experto o los expertos que nombre el Juez prestarán su aceptación y juramento dentro de los tres días siguientes a su notificación.*”

- c. Que solo una de las partes concurra al acto, caso en el cual éste deberá designar su experto consignando la constancia respectiva y el tribunal procederá a designar el experto por la parte que no compareció y el tercer experto, fijando el tercer (3er) día de despacho siguiente para la juramentación del experto designado por la parte y ordenando la notificación de los otros dos expertos, a los fines que comparezcan al tercer (3er) día de despacho siguiente a la constancia en autos de sus respectivas notificaciones a los fines que acepten o excusen el cargo recaído en sus personas y en el primero de los casos, presten el juramento de ley, todo conforme a lo previsto en el artículo 457 del Código de Procedimiento Civil que dispone [...] *Cuando alguna de las partes dejare de concurrir al acto del nombramiento de los expertos, el Juez hará la designación por la parte que faltare y la del tercer experto y si ninguna de las partes concurriere al acto, éste se considerará desierto.*”

La designación de expertos es un acto formal que debe ser anunciado por el alguacil a las puertas del tribunal y a viva voz, debiéndose levantar un acta al efecto, donde las partes harán oralmente las exposiciones respectivas en cuanto a la designación de sus expertos y donde se ordenará la notificación de aquellos expertos que lo requieran, fijándose la oportunidad –día y hora- para la juramentación en la forma señalada, de manera que para el experto o los expertos designados por las partes, se fijará una hora del tercer (3er) día de despacho siguiente a los efectos de la juramentación y para el experto o los expertos designados por el tribunal, se ordenará la notificación a los fines que comparezcan al tercer (3er) día de despacho siguiente a la constancia en autos de sus respectivas notificaciones a los fines que acepten o excusen el cargo recaído en sus personas y en el primero de los casos, presten el juramento de ley, librándose las respectivas boletas. El acta debe estar suscrita por todos los participantes en el acto, por las partes el juez y el secretario, ordenándose agregar las constancias que se presentaran.

En caso que se trate de litisconsorcios y conforme a lo normado en el artículo 456 del Código de Procedimiento Civil, si los interesados no se pusieran de acuerdo en cuanto a la designación del experto que les corresponda, bien como litisconsorcio activo o pasivo, necesario o facultativo, el operador de justicia insaculará los nombres de lo que propongan y el nombre que resulte elegido por la suerte, será el experto de ese litisconsorcio, pero si al acto solo concurriera uno de los litisconsorcios, será éste el que realice el nombramiento del experto. En este sentido la precitada norma expresa [...] *En caso de litisconsorcio, si los interesados no se acordaren en el nombramiento del experto que les corresponde, el Juez procederá a insacular los nombres de las personas que ellos propongan y se nombrará el que resulte elegido por la suerte. Si al acto concurre uno solo de los litisconsortes, éste hará el nombramiento del experto.*” Por su parte el artículo 453 dispone que [...] *El nombramiento de expertos, bien sea hecho por las partes o bien por el Juez, no podrá recaer sino en personas*

que por su profesión o arte, tengan conocimientos prácticos en la materia a que se refiere la experticia. Si se alegare que el nombrado no tiene tales condiciones, la parte a quien interese podrá pedir que se le sustituya con otro que las posea y el Juez lo acordará así, en caso de encontrar fundada la petición por la información que se suministre, debiendo la parte proceder dentro de las veinticuatro horas siguientes a nombrar otro experto en lugar del anterior, y si no lo hiciere, lo nombrará el Juez en su lugar. El perito designado por el Juez puede ser sustituido cuando ambas partes así lo soliciten.” Así el nombramiento de los expertos deben recaer en personas que tengan conocimientos técnicos, artísticos, científicos o especiales en la materia de que se trate en el proceso judicial, en cuyo caso es un derecho de las partes, alegar que alguno de los expertos designados no posee aquel conocimiento especial requerido para la encomienda judicial, para lo cual deberá aportar la prueba de tal circunstancia, pero tratándose de un hecho negativo, pues se refiere a que no se posee el conocimiento especial, la carga de la prueba del hecho positivo en contrario que demuestre que sí se posee aquellos conocimientos necesarios para la realización de la experticia, recae tanto en su proponente como en el mismo experto, por medio de cualquier prueba pertinente, pues no se requiere en materia de experticia que el experto o los expertos designados por el tribunal o por las partes sean profesionales en la materia, con títulos académicos que certifiquen sus habilidades o especialidades, bastando cualquier prueba que demuestre la idoneidad, experiencia y pericia en determinada materia.

Para el caso de demostrarse las no condiciones necesarias y requeridas por parte del experto designado y cuestionado o impugnado, el operador de justicia deberá declarar la falta de competencia del experto y a tal efecto, quien lo haya designado cuenta con un lapso de veinticuatro (24) horas siguientes a la designación de otro experto, so pena que el tribunal lo designe en su nombre, siempre en el entendido que el experto designado por el tribunal podrá ser sustituido por el acuerdo común de las partes.

Pero ¿en qué oportunidad procesal puede cuestionarse la competencia del experto y cuando debe el tribunal pronunciarse al respecto? Al respecto ya nos hemos pronunciado y hemos indicado que estas interrogantes no son reguladas por la ley, no se prevé un lapso o término preclusivo hasta el cual puede cuestionarse la competencia de los expertos designados en el proceso judicial, en cuyo caso sostenemos que resulta viable realizarlo en cualquier momento, antes que se presente el dictamen pericial, pues la norma a que se refiere el artículo 453 del Código de Procedimiento Civil, se refiere a la posibilidad de cuestionar la competencia de los expertos designados y sustituirlos por otros competentes, no a la situación de la ineficacia de la prueba por incompetencia de los expertos debidamente demostrada, caso éste último que afirmamos también se refiere a un hecho negativo, que debe ser demostrado a través del hecho positivo en contrario referido a la condición o competencia que sí posea el experto cuestionado, correspondiéndole la carga de la prueba –por el carácter negativo del hecho- al interesado o al propio experto y que de no producirse la prueba, inevitablemente conduciría a

la ineficacia de la pericia; pero retomando el tema de la norma en comento, el cuestionamiento de la competencia del experto podría realizarse en cualquier momento antes de la consignación del dictamen pericial, donde procedería en la forma señalada y de ser necesario, podría el operador de justicia abrir una articulación probatoria conforme a lo previsto en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil; por su parte y en cuanto a la oportunidad del operador de justicia para pronunciarse sobre el cuestionamiento hecho, tendría que aplicarse el lapso de tres (3) días de despacho a que se refiere el artículo 10 *ejusdem*, computados a partir del cuestionamiento, si no considera pertinente el juez abrir una articulación probatoria, pues de lo contrario y de abrirse la misma, la decisión sería al noveno (9no) día o lo que es lo mismo al día de despacho siguiente al vencimiento de la articulación probatoria, considerándose que a partir de estos momentos, es que comenzaría a computarse las veinticuatro (24) horas para la sustitución de o de los expertos, de ser el caso.

3.3. Juramentación de los expertos.

Una vez designados los expertos o producida la notificación de aquellos que lo requieran, en la oportunidad señalada, a una hora del tercer (3er) día de despacho siguiente al acto o de que conste en autos la notificación, tendrá lugar el acto de juramentación, el cual constituye un acto formal del órgano jurisdiccional que debe ser anunciado a las puertas del tribunal y donde deben concurrir los expertos, para que se les tome el juramento de cumplir bien y fielmente el cargo recaído en sus personas, debiéndose levantar al efecto un acta, conforme a lo previsto en el artículo 189 del Código de Procedimiento Civil. En caso de no comparecencia de alguno de los expertos designados, el tribunal revocará el nombramiento y procederá a designar otro, a quien deberá notificarse a los fines que comparezca igualmente al tercer (3er) día, a la hora que se fije, para que tenga lugar el acto de juramentación una vez que haya aceptado el cargo recaído en su persona.

Debemos precisar que la juramentación de los expertos no debe realizarse mediante una simple diligencia presentada ante la secretaría del tribunal y posteriormente firmada por el judicante, como es la viciada y corrupta forma como se ha venido haciendo, sino que debe tratarse de un acto formal, anunciado por el alguacil del tribunal, con la presencia del juez y donde se tome el juramento como requisito ineludible e indispensable para la toma de posesión del cargo por parte del experto, que no puede ser relajado y que debe estar revestido de todas las solemnidades legales, todo lo cual será recogido en un acta conforme a lo dispuesto por la Ley de Juramentos, acotación ésta que hacemos, pues el legislador en el artículo 459 del Código de Procedimiento Civil, no regula y dispone que la juramentación del experto que requiera de notificación –los que designe el operador de justicia, pues los designados por

las partes no requieren de notificación- se materialice con las solemnidades legales, incluso nada señala con relación a un acto procesal, pues se refiere a un término dentro del cual, puede el experto aceptar el cargo y juramentarse, señalando al efecto [...] *En la experticia acordada de oficio o a pedimento de parte, el experto o los expertos que nombre el Juez **prestarán su aceptación y juramento dentro de los tres días siguientes a su notificación.***” Dicha norma se presenta como errónea y lesiva de las formalidades y solemnidades que debe revestir el acto de juramentación según la Ley de Juramentos para lo cual afirmamos que deben seguirse las formalidades señaladas referidas a un acto formal donde se realice la juramentación.

Siguiendo con este punto nos topamos con el artículo 460 *ejusdem* dispone que [...] *En el mismo acto de juramentarse los expertos, el Juez consultará a cada uno de ellos sobre el tiempo que necesiten para desempeñar el cargo y luego lo fijará sin exceder de treinta días y fijará también el término de la distancia de ida y vuelta respecto del lugar donde haya de practicarse la diligencia, si fuere el caso.*”, y el artículo 462 *ibidem* que expresa [...] *Cuando el objeto de la experticia fuere de tal naturaleza que a juicio de los expertos las diligencias puedan practicarse inmediatamente después del juramento, así podrán hacerlo, rindiendo el dictamen acto continuo, previa autorización del Juez.*” Analizando las normas antes transcritas observamos que en el mismo acto de juramentación, el judicante consultará a los expertos sobre el tiempo que requieran para la realización de su encomienda, procediendo a fijar el mismo, lo cual en teoría y solo en teoría se cumple, pues para que se pueda producir el supuesto de hecho previsto en la norma, es indispensable que la juramentación de los expertos se realice en un mismo acto, lo cual solo ocurriría en los siguientes casos:

- a. Que cada parte designara su experto o de común acuerdo designaran al tercer experto, caso en el cual no habría que hacer notificación alguna y la juramentación sería a la hora que fijara el tribunal del tercer día de despacho siguiente a la designación.
- b. Que cada parte se pusiera de acuerdo en que la experticia fuera elaborada por un solo experto y lo designaran o lo designara el tribunal.
- c. Que se tratara de una experticia de oficio, donde el juez designara al experto.

Analizando cada caso observamos que en el primero de ellos, se ha convertido en la regla que cada parte designe su experto y el tercero sea designado por el tribunal, lo cual conllevaría a que los actos de juramentación serían dos: el de los expertos designados por las partes y el del experto que debe notificarse, salvo que éste último fuera notificado el mismo día de su designación y fueran consignadas las resultas ese mismo día, situación ésta donde sí coincidirían las juramentaciones en un mismo acto, lo que en la práctica resulta bien fantástico a causa de la negligencia, deficiencia y desidia de nuestro sistema de justicia, de los alguaciles, escribientes, secretarios y jueces, especialmente del Área Metropolitana de Caracas, donde resulta toda una burocracia el libramiento de la boleta, su firma por el secretario y el juez, la entrega al alguacil, que éste se traslada a practicar la notificación y que posteriormente la consigne; pero

si pensamos que estas barreras pueden superarse, nos encontramos con otro obstáculo, pero esta vez legislativo y no humano, pues si tomamos en consideración los artículos 458 y 459 del Código de Procedimiento Civil, tampoco podrían coincidir los actos, pues para los expertos designados por las partes, debe fijarse una hora del tercer (3er) día para la juramentación, sin necesidad de notificación, ello conforme a la primera de las normas, pero en cuanto a los expertos designados por el operador de justicia, su aceptación al cargo y juramentación podrá ser en cualquier hora de los tres (3) días de despacho siguientes a la constancia en autos de la notificación o notificaciones, lo que se traduce en que resulta poco probable –por no decir imposible- que coincidan los actos de juramentación en el caso que se analiza, que haría imposible consultar en el mismo a los expertos para fijar el tiempo de evacuación de la experticia, siendo letra muerta o una falsedad legislativa que no se adecua a la maloliente práctica judicial, el contenido del artículo 460 *ejusdem*.

En relación a los otros dos escenarios, no existiría problema alguno pues coincidirían los expertos o el experto designado en la causa en el acto de juramentación, salvo que y siendo varios los expertos, alguno de ellos no compareciera al acto produciéndose su sustitución mediante la designación de que deberá ser notificado.

Ahora bien, si en cualquiera de los escenarios analizados coinciden los expertos en el acto de juramentación, aplicando el artículo 460 del Código de Procedimiento Civil, el operador de justicia consultará a los mismos sobre el tiempo que necesiten para realizar la experticia, fijándose en el mismo acto y de lo cual se dejará constancia en el acta que se levante al efecto, tiempo que no podrá ser mayor a treinta (30) días de despacho mas el término de la distancia de ida y vuelta -si fuera el caso- el cual también deberá fijarse, tiempo que podrá prorrogarse a solicitud de los expertos; pero de no coincidir los expertos en el acto de juramentación, lo que se traduce en que no pueda aplicarse el artículo antes señalado, para la fijación por parte del operador de justicia del tiempo que requieran los expertos para realizar su función, ante el vacío de la ley, los expertos -juntos o separados- mediante diligencia o escrito, luego de producidas las juramentaciones, podrán solicitar al operador de justicia la fijación del tiempo, lo cual deberá ser acordado por auto expreso que deberá dictarse en lapso de tres (3) días de despacho a que se refiere el artículo 10 *ejusdem*, computados a partir de la solicitud. El tiempo que fije el operador de justicia para que los expertos realicen su labor, podrá ser prorrogado siempre que se justifiquen los motivos o razones y que sea solicitada la prórroga antes del vencimiento del lapso originalmente acordado, pues de lo contrario no sería una prórroga sino una reapertura del lapso, debiendo el juez pronunciarse por auto expreso que deberá dictarse en lapso de tres (3) días de despacho a que se refiere el artículo 10 *ejusdem*, computados a partir de la solicitud.

Pero ¿será recurrible el auto dictado por el juez donde se acuerde la prórroga del lapso dado a los expertos? La respuesta a la interrogante vendrá dada por el tipo de decisión que se trata, que en el caso concreto y en presencia de un auto de mero trámite o sustanciación, solo permitirá el andarivel de la revocatoria por contrario imperio o recurso de reconsideración o simple revocatoria, que podría presentarse en el caso por ejemplo que no existieran motivos justificados y reales para ser acordada la precitada prórroga y al tratarse de este tipo de decisión judicial, lo cierto es que no cabrá apelación alguna.

Siguiendo con el punto que tratamos en esta oportunidad y como señaláramos en otro momento, la no consignación del informe o dictamen pericial en este tiempo, bien original o de prórroga, no elimina la eficacia probatoria del mismo, en cuyo caso solo producirá una sanción de multa a los expertos que no cumplieren su función, tal como lo indica el artículo 469 del Código de Procedimiento Civil, que señala [...] *El experto que dejare de cumplir su encargo sin causa legítima, incurrirá en una multa de quinientos a dos mil bolívares, que le impondrá el Juez según la gravedad de la falta, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir.*” Las partes tienen la carga procesal de realizar las actividades pertinentes e idóneas tanto para la designación como para la juramentación de los expertos y luego de cumplidas las mismas –cargas procesales- quedarán en cabeza de los expertos el deber de consignar el dictamen pericial en tiempo oportuno, so pena de sanciones de multa a que se refiere el Código de Procedimiento Civil, de manera que una vez que las partes han realizado sus actividades procesales de manera diligente, si los expertos no presentan o rinden su dictamen pericial en tiempo oportuno, la consecuencia nunca podría ser la de considerar inadmisibles, inapreciables o desechables los resultados de la probanza por extemporáneas, ya que insistimos, la consignación que puedan hacer los expertos fuera de los lapsos legales previstos o fijados por el órgano jurisdiccional para el cumplimiento de la labor, no generan una consecuencia procesal a las partes que fueron diligentes en sus conductas endoprocesales. En este orden de ideas si la no consignación del dictamen pericial a las actas procesales no se debe a la conducta de las partes, si estas fueron diligentes en sus debidas cargas, la presentación del dictamen pericial fuera del lapso legal de treinta (30) días de evacuación de pruebas, del lapso fijado por el tribunal para el cumplimiento del encargo judicial o de la prórroga que se le hubieran concedido a los expertos, no decreta la inadmisibilidad ni la declaratoria de inapreciación de la prueba judicial, pues en todo caso y sin perjuicio de la sanción que le acarrearán a los expertos, la consignación del dictamen de manera extemporánea debe ser apreciada por el operador de justicia en aplicación de los derechos constitucionales y del sistema garantista, teniendo presente que el proceso es solo un instrumento fundamental para la realización de la justicia, de manera

que si la prueba aportada fuera del lapso facilita o muestra el camino para alcanzar esta justicia como valor superior del ordenamiento jurídico, el juez debe valorar la experticia.⁵⁸⁵

Pero así como la ley prevé la fijación de un tiempo procesal para que los expertos presenten su dictamen pericial, también se regula el caso que los expertos puedan hacer la diligencia el mismo día de la juramentación o que se constituyan en el tribunal –para el supuesto que la juramentación no coincidiera en el cual no se necesitará de un lapso como tal, rindiéndose el dictamen pericial el mismo día, luego de producida la juramentación o su asistencia al proceso, previa autorización del juez, como expresamente lo indica el artículo 462 del Código de Procedimiento Civil, lo cual no entendemos y nos parece absurdo, pues no tiene justificación alguna que el operador de justicia debe autorizar un acto que solo compete a los expertos, tratándose de un claro error legislativo donde la autorización no es requerida para este caso; en este sentido nos dice la citada norma [...] *Cuando el objeto de la experticia fuere de tal naturaleza que a juicio de los expertos las diligencias puedan practicarse inmediatamente después del juramento, así podrán hacerlo, rindiendo el dictamen acto continuo, previa autorización del Juez.*”

Volviendo al tiempo procesal que tienen los expertos para realizar la experticia y su eventual prórroga, debe señalarse que este lapso es especial y propio de la prueba de experticia, que en nada influye en relación al lapso de evacuación de las demás pruebas producidas en el proceso, en otras palabras, el tiempo procesal y la prórroga del mismo en materia de experticia, no hace prorrogar o ampliar el lapso de evacuación de las otras pruebas, pues insistimos, se trata de un lapso especial para la prueba de experticia, con la única salvedad que de producirse la prórroga del lapso original, no podrá computarse el término de los informes para sentencia, ya que debe aguardarse a que venza el mismo –principio de preclusión de los lapsos procesales- pues las partes tienen derecho a informar sobre la prueba de experticia, cuyo inobservancia produciría la vulneración del derecho a la defensa.

Finalmente tenemos que en la prueba de experticia una vez producida la juramentación y fijado el tiempo para la realización de la misma, incluso ante de fijarse el mismo, los expertos en forma conjunta o separada, incluso cualquiera de ellos, se encuentra en el deber procesal de indicar en el expediente, mediante diligencia o escrito, con veinticuatro (24) horas de anticipación, el día, la hora y el lugar donde comenzarán a realizar las diligencias de experticia, requisito éste de eficacia de la prueba, que involucra la ya analizado derecho a la defensa, todo en los términos del artículo 466 del Código de Procedimiento Civil al expresar [...] *Los expertos juntos o por intermedio de uno cualquiera de ellos deberán hacer constar en los autos, con veinticuatro horas de anticipación, por lo menos, el día, hora y lugar en que se dará comienzo a las diligencias, sin*

⁵⁸⁵ En estos términos puede consultarse la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, N° 166, de fecha 3 de marzo de 2.005, con ponencia del ex -magistrado Jesús Eduardo CABRERA ROMERO, expediente N° 04-1222.

perjuicio de que la asistencia de las partes a las mismas convalide lo actuado sin tal constancia.” Esta norma ratificamos nuestro criterio que debe ser de aplicación para todos los sistemas de procedimiento en cuanto a la necesidad que los expertos indiquen el lugar, día y hora en que comenzarán la diligencia para permitir a las partes acudir en forma directa y personal, mediante apoderados, delegados o consultores para poder presenciar la actividad y hacer las observaciones, peticiones, aclaratorias y otras consideraciones que creyeren conveniente.

3.4. Recusación de los expertos.

Los expertos o peritos como funcionarios auxiliares de justicia que son, pueden ser objeto de recusación por cualquiera de causa que justifique su parcialidad y falta de objetividad, el mismo día de su designación o dentro los dos (2) siguientes, conforme a lo establecido en el artículo 556 del Código de Procedimiento Civil, en cuyo caso la parte que designó al perito o éste mismo dentro de los tres (3) días siguientes a la proposición de la recusación, podrán exponer las razones que consideren contra la misma, quedando la incidencia abierta a prueba por un lapso de ocho (8) días de despacho, debiendo ser decidida al noveno (9no) -al día de despacho siguiente al vencimiento del lapso-. Si la recusación es declarada procedente por el operador de justicia, deberá designar otro a quien notificará a los fines de la aceptación del cargo y de la juramentación respectiva. En todo caso y conforme a lo previsto en el artículo 471 del Código de Procedimiento Civil, la parte no podrá recusar al experto que haya nombrado, o aquel que nombre el juez en su lugar, sino por causa superviniente.

Con relación a la recusación nuestro antecesor directo el maestro Humberto BELLO-LOZANO MARQUEZ, consideraría en su momento que la misma debía ser dentro del lapso previsto en el artículo 680 del Código de Procedimiento Civil, dentro de los tres (3) días de despacho siguientes a la aceptación del cargo, criterio éste que también resulta viable y válido, ante el silencio del legislador.⁵⁸⁶

3.5. Actividad de los expertos. Observaciones de las partes.

El cumplimiento por parte de los expertos del contenido del artículo 466 del Código de Procedimiento Civil, tiene por objeto garantizar a las partes su derecho a la defensa, especialmente el derecho a realizar observaciones verbales o escritas, permitiéndole que participen a los expertos por escrito o verbalmente, todas aquellas acotaciones, informaciones, señalamiento y en definitiva, cualquier circunstancia que consideren pertinentes y que deban ser tomadas por los mismos en forma obligatoria, si fueran hechas

⁵⁸⁶ Humberto BELLO-LOZANO MARQUEZ, ob. cit. p. 202.

en forma escrita, debiendo en el dictamen hacer referencia –considerarlas- a ellas, sin lo cual además de vulnerarse el derecho a la defensa, estaríamos en presencia de un informe pericial inmotivado e incongruente –incongruencia negativa- todo conforme a lo previsto en los artículos 463 y 464 del Código de Procedimiento Civil; pero estas observaciones también pueden realizarse por medio de delegados designados por las partes, en cuyo caso, se requiere de una designación escrita dirigida a los expertos. El delegado no es más que un comisionado de las partes que puede ser o no un consultor técnico, experto o especialista en el área que contratado por las partes acuden a los actos de experticia para auxiliar la defensa de las partes y hacer las observaciones que consideren pertinentes, se trata de un sujeto u órgano auxiliar de la parte en la defensa ante este medio probatorio. Las observaciones siempre deberán ser acompañadas al dictamen pericial en original.

Pero el señalamiento del día, hora y lugar donde comenzarán a realizarse las diligencias, como hemos indicado, tiene por objeto garantizar a las partes el derecho a realizar observaciones, lo que incluso puede hacerse por medio de delegados, para lo cual el artículo 463 del Código de Procedimiento Civil, señala que las partes o los delegados podrán concurrir al acto donde se realizan las diligencias de la experticia, donde podrán hacer observaciones orales o escritas, siendo esta la única oportunidad –preclusiva- en que podrán realizarse o hacerse las observaciones, de ahí la importancia del cumplimiento de la obligación que el artículo 466 *ejusdem*, de manera –insistimos- que el no cumplimiento de la formalidad por parte de los expertos, decretará la ineficacia probatoria de la experticia, salvo que las partes hayan convalidado la situación con su comparecencia al acto inicial de las diligencias.

En cuanto a las diligencias que deben realizar los expertos, el propio artículo 463 del Código de Procedimiento Civil obliga a que sean conjuntas, lo que no quiere decir que se deleguen entre ellos mismos determinadas actividades para ser discutidas posteriormente, tal como lo hemos afirmado en otro momento; también los expertos están en la obligados a resguardarlas, no inutilizar ni destruir las cosas sometidas a examen, sin la debida autorización del juzgador, pues ellas pueden determinar eventualmente el error o equivocación en que pudieran haber incurrido los expertos, en caso de impugnación, todo en los términos del artículo 465 del Código de Procedimiento Civil que expresa [...] *Los expertos procederán libremente en el desempeño de sus funciones, pero no podrán destruir o inutilizar las cosas sometidas a su examen sin autorización del Juez.*”

3.6. Deberes y derechos de los expertos.

En cuanto a los “**deberes**” de los expertos tenemos: a. Juramentarse en su oportunidad respectiva; b. Indicar el día, la hora y el lugar donde comenzarán a realizar las diligencias con veinticuatro horas de

anticipación –artículo 466 del Código de Procedimiento Civil-; c. Tomar en consideración las observaciones escritas que le hagan las partes artículo 464 del Código de Procedimiento Civil-; d. Acudir a los actos o diligencias concertadas para la elaboración conjunta de las mismas;⁵⁸⁷ e. Cumplir bien y fielmente su encomienda - artículo 469 del Código de Procedimiento Civil-; f. Estar presente en la deliberación para la elaboración de las conclusiones respectivas; g. Presentar el informe o dictamen pericial en tiempo oportuno; g. Ser objetivos e imparciales; h. No destruir o inutilizar las cosas sometidas a su examen sin previa autorización del juez – artículo 465 del Código de Procedimiento Civil-; y j. Deliberar a puerta cerrada o en privado. Respecto a los “**derechos**” de los expertos encontramos: a. Deliberar privadamente; b. Ser dotado de credenciales respectivas en caso de ser necesario; c. Solicitar y obtener de las partes y del tribunal la colaboración necesaria para la práctica de la diligencia judicial; y d. Que le sean suministrados los datos, materiales, viáticos necesarios para la realización de la prueba. También encontramos las “**facultades**” de los mismos consistentes en la absoluta autonomía y libertad para utilizar los métodos, procedimientos o actividades que consideren pertinentes para la realización de la diligencia probatoria; autonomía en la dirección de las labores que realicen en las diligencias.

3.7. Dictamen pericial.

Sobre el dictamen pericial ya hemos adelantado suficiente, debiendo señalar en esta oportunidad que el tema se encuentra ubicado en los artículo 1425 del Código Civil que señala [...] *El dictamen de la mayoría de los expertos se extenderá en un solo acto que suscribirán todos, y debe ser motivado, circunstancia sin lo cual no tendrá ningún valor*” y 467 del Código de Procedimiento Civil que expresa [...] *El dictamen de los expertos deberá rendirse por escrito ante el Juez de la causa o su comisionado, en la forma indicada por el Código Civil. Se agregará inmediatamente a los autos y deberá contener por lo menos: descripción detallada de lo que fue objeto de la experticia, métodos o sistemas utilizados en el examen y las conclusiones a que han llegado los expertos.*” Como observamos el dictamen pericial debe tratarse de un solo escrito, de un solo acto, de manera que los expertos no pueden presentar por separados sus actividades y conclusiones y como mínimo debe contener:

- a. Descripción de las personas, cosas, lugares o documentos objeto de la peritita.
- b. Los procedimientos, métodos, exámenes o actividades realizadas por los expertos, así como las consultas o técnicas que hubiesen encomendado a terceros.

⁵⁸⁷ Conforme a lo previsto en el artículo 470 del Código de Procedimiento Civil, en los casos de falta absoluta de alguno de los expertos, se nombrará otro conforme a las disposiciones anteriores; y en los demás casos de falta, se hará únicamente nuevo señalamiento de plazo para realizar la experticia. En todo caso, si el impedimento del experto durase más de quince días se nombrará nuevo experto conforme a las disposiciones anteriores.

- c. Los resultados obtenidos y las conclusiones sobre las diligencias realizadas, los juicios de valor subjetivos consecuencia de las inducciones o deducciones realizadas sobre el tema de la pericia.
- d. El escrito contentivo del dictamen pericial –con los eventuales votos salvados o concurrentes- debe estar suscrito por todos los expertos, so pena de inexistencia.
- a. Debe ser congruente, refiriéndose a todos y solo todos los hechos sometidos al conocimiento de los expertos, ni más ni menos del objeto de la prueba.

El no cumplimiento de estas formalidades producirá la ineficacia probatoria del dictamen pericial, elementos éstos que son de carácter concurrente y de orden público.

A lo anterior agreguemos y especialmente cuando se trate de experticias o pericias de carácter científicos, que el dictamen pericial debe contener información referida a:

- a. Información sobre la profesionalidad y experiencia del experto.
- b. Motivación, coherencia, claridad, precisión, lógica y congruencia del dictamen escrito u oral.
- c. Explicación de los datos referidos al procedimiento, método, técnicas y teorías científicas aplicadas al caso, especialmente cuando se trata de experticias científicas.
- d. Información sobre los estándares de calidad de los instrumentos, herramientas y sus condiciones, respecto a aquellos utilizados en la prueba, especialmente en materia de pericia científica.
- e. Información sobre las estadísticas referidas al grado de probabilidad, verosimilitud, certeza, error, falseabilidad, certidumbre o incertidumbre de los resultados obtenidos en el procedimiento y con los instrumentos utilizados.
- f. Información referida a que a la suficiencia o no de los datos, hechos, materiales, muestras, evidencias y demás cosas, objetos y sujetos sobre los cuales haya recaído.

3.8. Aclaratorias, ampliaciones y objeciones al dictamen pericial.

Conforme a lo establecido en el artículo 468 del Código de Procedimiento Civil, el mismo día de la presentación del dictamen pericial o dentro de los tres (3) días siguientes y siempre que se haya presentado en tiempo útil, pues de lo contrario tendría que notificarse a las partes, cualquiera de las partes podrá solicitar que los expertos “aclararen” o “amplíen” el dictamen en los puntos que se señalen con brevedad y precisión, en cuyo caso y hecha la solicitud el judicante dentro de los tres (3) días de despacho –artículo 10 del Código de Procedimiento Civil- siguientes a la solicitud, si la estimare fundada, ordenará a los expertos que aclaren o amplíen los puntos señalados del dictamen pericial, en un lapso que no podrá ser

mayor a cinco (5) días de despacho, decisión que será irrecurrible tanto para el caso de acordarse la ampliación o la aclaratoria, como para el caso de negarse la misma. En este sentido la precitada norma indica que [...] *En el mismo día de su presentación o dentro de los tres días siguientes, cualquiera de las partes puede solicitar del Juez que ordene a los expertos aclarar o ampliar el dictamen en los puntos que señalará con brevedad y precisión. El Juez, si estimare fundada la solicitud, así lo acordará sin recurso alguno y señalará a tal fin un término prudencial que no excederá de cinco días.*” La “aclaratoria” o “aclaración” se trata de una forma de contradicción que consiste en la petición dirigida a disipar las dudas que se presenten en el dictamen pericial, que tiene por objeto hacer comprensible puntos oscuros, insuficientes incluso contradictorios, que pueden recaer –como indicamos- sobre cualquier punto que lo integra; por su parte la “ampliación” o “complementación” se refiere a la petición de adición o extensión del dictamen pericial sobre algún aspecto no tomado en consideración u olvidado en la pericia, como por ejemplo observaciones escritas hechas en tiempo oportuno.

Pero y como hemos expresado ni la “aclaratoria” ni la “ampliación”, pueden ser capaces de modificar o cambiar el dictamen pericial, pues se trata figuras que se refieren a puntos que en teoría no deberían tocar las conclusiones a que han llegado los expertos, incluso no puede ser utilizada esta vía para que los expertos corrijan el informa que no reúne con los requisitos de ley, como sería por ejemplo adicionar motivaciones o conclusiones no contenidas en el dictamen inicial, eliminar o corregir errores de fondo que alteren el dictamen original, pues insistimos, ni la aclaratoria ni la ampliación pueden ser considerados como recursos para obtener la modificación total o parcial del dictamen pericial, de manera que si tras la máscara de la aclaratoria o ampliación lo que se esconde es una modificación total o parcial de los resultados del dictamen pericial, debe ser declarados improcedentes por el operador de justicia y si este lo acuerda, por no haber revisado bien las actas del proceso –lo que es frecuente en el nefasto sistema de justicia de la revolución- en la sentencia de fondo debe tener como inexistentes estas modificaciones.

También insistamos que aunque estas son las dos vías que ofrece el legislador para cuestionar o contradecir el dictamen pericial, debe agregarse la “objeción” que no es más que la “impugnación” a la eficacia del medio probatorio al hacerse reparos por errores o falencias, por ejemplo en el objeto de la pericia, en la técnica utilizada, confiabilidad de los métodos, técnicas de recolección y guardado de materiales, en las resultas obtenidas, conclusiones, entre otros aspectos que tienden a quitar eficacia a la diligencia y conducir a su desecho en la sentencia, sin perjuicio de hacer valer por este andarivel la presencia de algún vicio que afecta a la eficacia conforme a lo requisitos exigidos y analizados en puntos anteriores. Las “objeciones” en general y como indicamos pueden recaer sobre impugnaciones referidas a la condición y competencia –incluso su imparcialidad- del perito o sobre el peritaje mismo, esto último

al cuestionarse o refutarse la controlabilidad o falsiabilidad de la teoría, métodos o procedimientos utilizados, margen de error o error en la teoría misma, la existencia o no de un consenso general sobre la teoría aplicada –sustento sobre la validez en la comunidad jurídica- entre otros supuestos y casos.

3.9. Valoración de la pericia o experticia. Casos de pericias contradictorias entre sí y con otros medios probatorios.

El tema referido a la valoración de la prueba pericial o por expertos no encuentra expresa regulación en nuestro sistema de procedimiento, de manera que debe acudir a las normas generales de procedimiento según cada caso, aplicándose al efecto las reglas de la lógica, la experiencia –máximas de experiencia- y los conocimientos científicos general y socialmente aceptados, en definitiva el sistema de la sana crítica; no obstante lo que sí nos indica en forma general la ley es que el dictamen pericial no vincula al judicante, tal como es el caso del artículo 1.427 del Código Civil que al efecto indica [...] *Los jueces no están obligados a seguir el dictamen de los expertos, si su convicción se opone a ello.*”; también el artículo 92 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo conforme a la cual [...] *El nombramiento de expertos sólo podrá recaer en personas que por su profesión, industria o arte tengan conocimientos prácticos en la materia a que se refiere la experticia. Los Jueces no están obligados a seguir el dictamen de los expertos si su convicción se opone a ello. En este caso razonarán los motivos de su convicción.*” El carácter no vinculante del dictamen pericial al judicante y que en principio parece contradictorio, tiene su justificación, pues si bien a la pericia o experticia se acude cuando es necesario la concurrencia de conocimientos especiales, sean científicos, artísticos o técnicos que permitan descifrar el lenguaje de los hechos especiales para que sean comprendidos por el judicante y sirvan para la formación de la convicción judicial, es aquí en esto último donde precisamente se base el hecho de ese carácter no vinculante, pues precisamente la función jurisdiccional, el juicio jurisdiccional que corresponde al Estado en forma monopolizada y que es ejercida por conducto de los jueces de la República, se forma en función al establecimiento o fijación de los hechos afirmados y debatidos por las partes, a través de la comparación que el judicante hace con las fuentes probatorias aportadas por los medios al proceso, que permite la convicción judicial traducido en certeza, y precisamente uno de esos medios que allegan fuentes probatorias para esa labor es a través de la experticia o pericia. En este orden de ideas y entendiendo que la función jurisdiccional no descansa ni pesa sobre los peritos sino sobre los jueces, entendiendo que la pericia solo ofrece un juicio de valor que se erige como una fuente probatoria que permite al judicante entender los hechos que requieran de conocimientos especiales para verificar los hechos institucionales afirmados y debatidos a través de la comparación para la formación de la señalada convicción judicial, es concluyente que el dictamen pericial, los juicios de valor o subjetivos sacados de la inducción y deducción

que se hace del examen de los hechos sometidos a la diligencia probatoria, conforme a los procedimientos, métodos y técnicas adecuadas en cada caso, no vinculen en forma alguna al juez quien mantiene la libertad en la formación de la convicción conforme a las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos, especialmente en el dictado del juicio jurisdiccional en el marco de la Constitución y la Ley.

En este sentido nos dice NIEVA FENOLL que es preciso controlar la calidad de la labor de los peritos, siendo indebido asumir sin más las conclusiones del dictamen, pues la función judicial no corresponde al perito sino al juzgador; el experto expondrá sus conclusiones en un dictamen para que sean apreciadas por el juez, para que se forme la convicción judicial de manera que la acogida acrítica del dictamen invierte estos valores y coloca al experto como sujeto de la convicción judicial. En este sentido nos dice el precitado profesor que el dictamen pericial tiene que ser analizado con objetividad por el juez, indistintamente –no teniendo relevancia- si el experto ha sido designado por las partes o por el juez, ya que en todo caso –nos dice- se trata de un experto de una ciencia, que tiene que ser evaluado por los conocimientos que posea sobre la misma.⁵⁸⁸

El judicante al momento de dictar su sentencia en base a los criterios señalados –sana crítica- debe analizar cada medio probatorio, cada fuente allegada al proceso por los medios, primero en forma individual atribuyéndole el grado de convicción que le merezca y luego contrastarlos unos con otros para en forma general y mediante un análisis integral de los medios y fuentes pueda verificar los hechos y formarse esa convicción judicial, esa certeza que le permita aplicar la norma jurídica al caso extrayendo la consecuencia que se ajuste. Pero esta actividad general y que aplica en todo medio probatorio no se excluye en materia de pericia o experticia, de manera que el judicante debe analizar con criterios lógicos, racionales razonables, críticos, en base a criterios científicos y conforme a su experiencia, el contenido del dictamen pericial, la descripción de los hechos –personas, lugares, cosas o documentos- sobre los cuales recayó la diligencia probatoria, la confiabilidad respecto al resguardo, las muestras y su procedimiento cuando se tratara de recolección de muestras, la metodología, procedimientos o técnicas utilizadas, así como las teorías aplicadas especialmente su aceptación en la comunidad científica, su constratabilidad y confiabilidad, el grado de falibilidad o error y finalmente las conclusiones, que estas sean claras, firmes, lógicas, racionales, no absurdas o inverosímiles o imposibles, además de congruente con el tema sometido a la pericia, de manera que no exista falta o exceso en la labor cumplida. El judicante en la valoración de la pericia debe analizar la presencia o cumplimiento de los requisitos del medio probatorio, tanto de existencia como de procedencia, pero especialmente los de eficacia, la conducencia del medio para la formación de la convicción judicial, la competencia y pericia del experto, su reputación

⁵⁸⁸ Jordi NIEVA FENOLL. Ob. cit. p. 259.

y experiencia en la práctica, su imparcialidad, pero también que la actividad probatoria se haya cumplido conforme al procedimiento constitucional y garantista de manera que no se hubiesen infraccionado los derechos de control, contradicción y en general de la defensa, todo sumado a una valoración integral de los medios de prueba donde la pericia no se contraponga con otros medios probatorios y en ese caso analizar que medio le ofrece mayor convicción o certeza, especialmente si la pericia puede ser corroborada con otras fuentes o medios o si se trata de una prueba aislada que no puede corroborarse con otros medios probatorios.

Como podemos observar la valoración de la pericia está íntimamente ligada con el análisis tanto de la persona del perito, el dictamen pericial como de la concurrencia de los requisitos de eficacia probatoria, tal como de igual manera se presenta en todos los medios probatorios; también su análisis en la formación de la convicción judicial debe ser integral con respecto a los demás medios probatorios, pues el judicante no puede basar su sentencia en un solo medio que no pueda corroborarse con otros medios y que muy por el contrario se contradiga, especialmente cuando y como hemos expresado el tema probatorio ha sido constitucionalizado de manera que en aplicación de las reglas de la sana crítica no puede sostenerse que un medio probatorio sea o tenga preferencia sobre otro, por el contrario, todos los medios están en igualdad de condición respecto a la formación de la convicción judicial siendo precisamente la valoración integral lo que permitirá una adecuada certeza sobre los hechos institucionales que deben fijarse en el proceso.

NIEVA FENOLL al tratar este tema nos indica que los indicios científicos de la calidad de la pericia y que lógicamente influyen en la valoración y en la formación de la convicción judicial comprenden: a. Que el perito demuestre que las técnicas y teorías científicas utilizadas han sido aplicadas previamente, son relevantes y están generalmente aceptadas por la comunidad científica internacional, siendo que para ello –indica- es preciso que los peritos exponga y describan pormenorizadamente el procedimiento de análisis que llevaron a cabo, así como la instrumental, mencionando publicaciones que avalen no solamente su regularidad sino también su uso habitual. Al respecto consideramos que en el marco del procedimiento y especialmente en el sistema oral con marcada influencia en el penal, al ente acusador a quien corresponde la carga probatoria, toca ayudar la función del experto de manera de exigirle que indique estos aspectos en el dictamen pericial y ante su ausencia, al momento de rendir la declaración oral perfectamente pueden formular preguntas referidas a estos aspectos para complementar o ampliar el dictamen que permitan la convicción judicial; esto dicho también es aplicable en cualquier clase de procedimiento, siendo recomendable que al momento de la promoción de la prueba se le indique a los expertos que expresen en su informe estos aspectos que ayudan a la convicción judicial y a la valoración probatoria, sin perjuicio que y como hemos indicado, en los casos orales mediante las preguntas que se

formulen puedan cubrirse estos aspectos de no haber sido expuesto por los peritos, incluso, en el marco del sistema civil escrito y con base constitucional y garantista pudiera solicitarse que se fijara una audiencia oral para que los expertos acudieran a presentar y tratar su dictamen pericial, lo que en definitiva contribuiría a una mejor bilateralidad del medio probatorio; b. Que las técnicas utilizadas fueran aplicadas según los estándares y normas de calidad vigente, para lo cual –dice el profesor español- tendría que acreditarse que los laboratorios donde se hicieron los análisis –de ser el caso- o los instrumentos utilizados –agregamos- han pasado por las inspecciones debidas o han seguido los parámetros de calidad vigente en la profesión que se trate. Esta circunstancia al igual que la anterior y tomando en consideración que por lo general no son expresadas en el dictamen pericial, podrían ser propuestas por las partes –al promover el medio probatorio- o indicadas incluso por el judicante cuando la diligencia fuere oficiosa, para que al momento de presentar el dictamen fueran incluidas, sin perjuicio que en la audiencia oral y mediante las preguntas correspondientes se incorporara y ampliara la pericia respecto a este tema; c. Que el dictamen tenga información sobre el posible grado o nivel de error, así como acerca del nivel o gradación de variabilidad e incertidumbre de los datos obtenidos por la citada técnica o teoría científica aplicada, para lo cual nos dice el autor en comentario que teniendo en cuenta que cada resultado científico es producto de una experimentación previa que arroja algunos resultados estadísticos, la exposición del margen científico de acierto del perito debe ser fundamental, acudiendo en consecuencia a esas estadísticas que consten en publicaciones científicas prestigiosas. Se trata del nivel o grado de falsabilidad o error al que hemos hecho referencia, que deben ser expresados por los expertos para permitir al judicante no solo el conocimiento al respecto, sino especialmente para que pueda formarse una convicción basada en certeza y no mera probabilidades o conjeturas que presenten un margen importante de equivocación en la técnica, procedimiento o métodos utilizados según el caso que se trate; y c. Que el dictamen se base en suficientes hechos y datos, donde se expresen y expongan las muestras, datos fotografías o cualquier otro vestigio o evidencia que haya servido para su realización.⁵⁸⁹ Se trata de datos objetivos percibibles y apreciables por el judicante que permiten una formación de la convicción judicial y despejan todo rastro de arbitrariedad en la valoración de la prueba, extremos que –decimos- deben ser indicados en la motivación de la sentencia para poder formarse la convicción en base al medio pericial, sin lo cual la prueba sería valorada en forma inmotivada y consecuencialmente arbitraria, lo que daría lugar al ejercicio de los recursos –apelación o casación- con la posibilidad de rever la sentencia cuando se tratara de un vicio determinante, de una prueba concluyente que fuera capaz de cambiar los resultados del proceso de haber sido correctamente apreciada y valorada.

⁵⁸⁹ Jordi NIEVA FENOLL. Ob. cit. pp. 261 y ss.

Cuando se trata del sistema de los procedimientos orales donde los expertos deben acudir a la audiencia pública y oral para dar tratamiento verbal a la pericia realizada, donde se le permite a las partes el ejercicio de su derecho de control o bilateralidad mediante interrogatorios respecto tanto a la persona del experto como del dictamen propiamente dicho, de manera que y como nos dice FIERRO-MENDEZ puede debatirse sobre los conocimientos teóricos y prácticos,⁵⁹⁰ reputación e imparcialidad del experto, principios científicos, técnicos y artísticos utilizados para la diligencia probatoria, métodos, procedimientos o técnicas empleadas, resguardo de materiales o muestras, conclusiones y grado de probabilidad o certeza según la técnica de orientación utilizada, todo ello permite que el juzgador conforme a las respuestas que se ofrezcan y la exposición de los expertos, la aclaratorias, ampliaciones o defensa ante las objeciones que se hagan, pueda ir formándose la convicción sobre el grado de certeza que debe imprimirle al dictamen pericial; pero también y cuando de varios peritos se trata, en los casos de divergencias en determinados puntos de interés y fundamentales de la pericia, el judicante debe tomar partido activo en la formación de su convicción judicial, pues y sin perjuicio de adoptar la posición que lo convenza con la debida explicación de ello, de manera que pueda acoger la tesis minoritaria o mayoritaria contenida en el dictamen pericial, en general la ley le permite que ante la duda, insuficiencias o contradicciones pueda de oficio ordenar la realización de una nueva pericia, bien que recaiga sobre la ya realizada para que la examinen, amplíen o verifiquen, bien directamente sobre los hechos objeto de la primera que no es más que una nueva pericia, que y tampoco vinculando al judicante le permitirá una mayor comprensión del tema para la formación de la convicción judicial. Así el artículo 226 del Código Orgánico Procesal Penal nos dice que [...] *Cuando los informes sean dudosos, insuficientes o contradictorios, o cuando el Juez o Jueza o el Ministerio Público lo estimen pertinente, se podrá nombrar a uno o más peritos nuevos, de oficio o a petición de parte, para que los examinen, y de ser el caso, los amplíen o repitan. Podrá ordenarse la presentación o la incautación de cosas o documentos, y la comparecencia de personas si esto es necesario para efectuar el peritaje.*”; también el artículo 1.426 del Código Civil que nos dice [...] *Si los Tribunales no encontraren en el dictamen de los expertos claridad suficiente, podrán ordenar de oficio nueva experticia por uno o más expertos, que también nombrarán de oficio, siempre en número impar, los cuales podrán pedir a los anteriores expertos las noticias que juzguen conveniente.*” Pero es que también ante las contradicciones de los expertos, sean en el mismo dictamen pericial o que se presenten en el proceso varios dictámenes contradictorios, sin perjuicio de ordenarse otro, pudiera solventarse a través de la declaración de los expertos y la utilización del careo entre ellos para que el juez pueda, de ser el caso, acoger uno de ellos o el criterio de alguno de los expertos, lo que es perfectible a través de los interrogatorios y confrontaciones mediante el citado careo; en todo caso de subsistir la duda, contradicción o insuficiencia perfectamente podría echarse mano de una nueva experticia.

⁵⁹⁰ Heliodoro FIERRO-MENDEZ. Ob. cit. p. 190.

El interrogatorio de los expertos nos dice el ya citado profesor Jordi NIEVA FENOLL se trata de una actuación muy útil que permite percibir la calidad del dictamen, al tiempo de desentrañar ambigüedades, contradicciones o dudas –indicamos- mediante solicitudes de ampliaciones o aclaratorias; que la declaración tiene el mismo tratamiento que al testigo, de manera que su valoración se basará en los mismos parámetros objetivos referidos a: a. “Coherencia” referido a la ausencia de contradicciones en el relato y en sus conclusiones; b. “Contextualización” de lugar, modo, tiempo y forma como se realizó la labor pericial; c. “Corroboración” referido a la relación con otros medios probatorios que los vinculen, lo que se hará mediante la valoración integral a la que nos hemos referido, así como el hecho que la declaración del perito coincida con lo expresado en el dictamen; y d. “Ausencia de comentarios oportunistas” que en definitiva se refiere en este tema a la imparcialidad y objetividad de los peritos. Termina indicándonos que [...] *En resumen, el interrogatorio del perito es un contrapunto casi imprescindible de la prueba pericial, que ayudará de sobremanera al juez para construir adecuadamente su enjuiciamiento, ante la dificultad intrínseca que existe para acceder a los conocimientos que se utilizan en cualquier prueba pericial.*⁵⁹¹

Pero ¿qué pasa cuando estamos en presencia de dictámenes periciales contradictorios entre sí y con otros medios probatorios?

Al respecto ya hemos adelantado algo y cuando se trata de dictámenes contradictorios, debemos precisar si se trata de contradicción en el mismo dictamen y contradicción de dictámenes separados. Ahora bien sin perjuicio que el judicante puede ordenar de oficio y hasta a instancia de parte otra pericia que tenga por objeto la anterior y directamente los hechos, como se ha indicado con la declaración de los mismos en el proceso pudieran solventarse los problemas de contradicción, incluso y de subsistir el judicante podría formar su convicción en base al criterio de uno de ellos cuando considere que su juicio de valor está mejor fundamentado que los otros; también pudiera ser pertinente el careo entre expertos para que debatieran sus puntos de vista y permitir al judicante formarse un mejor criterio; pero entiéndase que el juez generalmente carece de conocimientos especiales para poder considerar que un criterio es mejor que el otro y si todos están suficientemente fundamentados o motivados ofreciendo aparente credibilidad, necesariamente deberá acudir a otros métodos para solventar el problema. Este problema también puede solventarse con la credibilidad y formación de cada experto, de manera que el judicante podría acoger el criterio del experto con mayores credenciales y experiencia, aunque lógicamente se trata de un criterio poco confiable y serio, pues la experiencia y la práctica no necesariamente es sinónimo de certeza; pero además puede que se trate de expertos con suficientes credenciales que impediría aplicar tal criterio.

⁵⁹¹ Jordi NIEVA FENOLL. Ob. cit. pp. 262 y ss. Véase también y con mayor profundidad del mismo autor el trabajo titulado “La Valoración de la Prueba.” pp. 285 y ss.

Ante esta situación otra vía de escape se presenta con la valoración integral de los medios probatorios, de manera que el judicante pueda ante dictámenes contradictorio o versiones contradictorias de un mismo dictamen, acudir a la “corroboración” del medio con otros medios probatorios, más si ello no es posible, bien porque no se corrobore con otros medios o cada criterio pueda corroborarse, lo más pertinente es en definitiva desechar las pericias y valorar otros medios probatorios, que de no existir o no poder acreditar el hecho que se trate por su carácter especial que sólo permitía el andarivel de la pericia, tendría que acudirse al sucedáneo de prueba –carga probatoria- a la aplicación de la insuficiencia probatoria o de la presunción de inocencia –sin perjuicio del in dubio pro reo- para el caso penal. Decimos que en esos supuestos podría ordenarse una nueva experticia, pero ello no resolvería el problema si fuera contradictoria con las ya cursantes en autos, aunque si pudiera corroborar una de las existentes el judicante podría considerarla y valorarlas.

Cuando se trate de la contradicción de la experticia con otros medios probatorios y como hemos indicado, tomando como base la valoración integral de los medios probatorios, así como la presencia de la sana crítica como sistema de valoración, si los otros medios pueden ser corroborados con exclusión de la pericia, debe ser desechada esa última, en tanto que si la pericia pueda corroborarse con otros medios y aquel con que se contradiga no, debe acogerse o valorarse la pericia; finalmente si ninguno de los medios contradictorios –y uno de ellos es la pericia- pueda corroborarse con otros, deberán desecharse y aplicar la carga probatoria.

En definitiva y para la valoración objetiva del dictamen pericial se deben analizar fundamentalmente la condición, experiencia, formación e imparcialidad del perito en la forma indicada, así como el dictamen pericial mismo, su descripción en cuanto al objeto de la diligencia, las técnicas, procedimiento y teorías aplicadas, la coherencia, congruencia, claridad y no contradicción, las conclusiones ofrecidas y el margen de error de la misma

3.10. La pericia o experticia en el sistema de procedimiento penal.

3.10.1. La pericia como acto de investigación. Procedimiento. Entrada al proceso.

La pericia o experticia en el marco del sistema de procedimiento penal no es diferente a lo que hemos dicho, sin perjuicio de haber adelantado bastante al respecto, pudiendo ser de “opinión” mediante la cual simplemente se pide al experto la emisión de un “juicio de valor” sin la necesidad de emplear instrumentos y métodos avanzados de la ciencia que se trata; o “científica” cuando al resultado obtenido de la aplicación de instrumentos o métodos científicos, le sigue el juicio de valor que los interpreta, generalmente utilizadas en las llamadas ciencias duras o buenas, lo que puede ser –en ambos casos-

medios probatorios que sirven como actos de investigación o de prueba. De esta manera se ha tratado que la pericia o experticia aún cuando se ubica en el Código Orgánico Procesal Penal en el TÍTULO IV referido al “Régimen Probatorio” lo cierto es que su mecánica se presenta tanto en actos de investigación como en actos de prueba, pues precisamente en los términos del artículo 223 la misma podrá ser realizada u ordenada bien por el Ministerio Público sin la intervención judicial –salvo en lo que respecta al tema del juramento- lo que nos ubica en un típico acto de investigación que tiene por objeto la comprobación del delito, la identificación del culpable, la búsqueda y preconstitución –también aseguramiento- de fuentes probatorias, la fundamentación de los actos conclusivos y de servir para peticiones cautelares, de manera que y aún teniendo vocación probatoria, simplemente se trata de un acto de investigación que no sirve para la formación de la convicción judicial que a lo sumo representa la preconstitución y aseguramiento de una fuente probatoria que debe ingresar al proceso a través de algún medio probatorio, que por lo general será a través de la declaración de los peritos. De esta manera la precitada norma nos indica que [...] *El Ministerio Público realizará u ordenará la práctica de experticias cuando para el examen de una persona u objeto, o para descubrir o valorar un elemento de convicción, se requieran conocimiento o habilidades especiales en alguna ciencia, arte u oficio. El o la Fiscal del Ministerio Público, podrá señalarle a los o las peritos asignados, los aspectos más relevantes que deben ser objeto de la peritación, sin que esto sea limitativo, y el plazo dentro del cual presentarán su dictamen.*” La diligencia en cuestión como acto de investigación tendrá como finalidad en los términos de la norma el examen de personas u objetos, el descubrimiento o valoración de elementos de convicción que lógicamente servirán para la fundamentación de actos conclusivos; pero no sólo el Ministerio Público tiene esta competencia, en los términos de los artículos 127.5 y 287 el imputado tiene derecho a petitionar el Ministerio Público la realización de cualquier diligencia de investigación destinadas a desvirtuar la imputación que se le formule y aún cuando la última de las normas citadas establece una potestad del Ministerio Público para ordenar la actividad o diligencia en la medida que lo considere pertinente y útil, estamos ante una evidente norma inconstitucional y antigarantista que lesiona el derecho constitucional del imputado al dejar en manos del Ministerio Fiscal la potestad o no de realizar actos de investigación peticionados por el imputado, norma que debe reverse por control de la constitucionalidad o reinterpretarse constitucionalmente, permitiendo el acceso al sistema probatorio hoy constitucionalizado y estando obligado a realizar las diligencias que fueran peticionadas, especialmente cuanto el tema de la pertinencia y utilidad no es cuestión que deba ser apreciada por el fiscal, quien debe realizar las diligencias peticionadas que como actos de investigación con vocación probatoria pueden ser incorporadas –las fuentes- a través de los medios por la parte interesada, en este caso por el eventual acusado hoy imputado.

La pericia –conforme a la norma en comento- insistimos puede recaer sobre personas u objetos –evidencias físicas o materiales y digitales que presenten interés criminalístico- para su examen, para el

descubrimiento y valoración de elementos de convicción, no del judicante o judicial, pues estamos en fase de investigación sino del interesado que en el caso de Ministerio Público acusador, como basamento del tal acto conclusivo, sin perjuicio que también pudiera ser otros como la petición de sobreseimiento; en caso que el objeto de la pericia recaiga sobre una persona y este sea el imputado, recordemos que no se trata al mismo como sujeto u órgano de prueba que esté amparado por los derechos constitucionales y especialmente la presunción de inocencia y el derecho a no declarar, sino como tema u objeto de prueba, donde está en la obligación de someterse a la diligencia la cual incluso puede realizarse utilizando la fuerza pública, siempre que se respeten los derechos constitucionales de la dignidad, proporcionalidad, necesidad y que no se exponga a riesgos respecto a su integridad y vida, en cuya caso y ante la reticencia perfectamente pueden extraerse de la conducta obstruccionista los indicios en su contra. Esta diligencia de investigación será realizada por peritos titulados en la materia que se trate en la medida que la ciencia, arte u oficio se encuentre reglamentada, de lo contrario bastará con la designación de peritos no titulados pero de reconocida competencia, quienes deberán ser designados y juramentados por el juez de Control, a petición del Ministerio Público, salvo que en tratándose de funcionarios públicos se haga innecesaria la precitada designación o juramentación por estar investido de tal requisito, en cuyo caso bastará la mera designación por el superior inmediato de aquel funcionario encargado de realizar la pericia, de manera que no habrá intervención judicial al efecto, todo conforme al artículo 224 del Código Orgánico Procesal Penal que nos dice [...] *Los o las peritos deberán poseer título en la materia relativa al asunto sobre el cual dictaminarán, siempre que la ciencia, el arte u oficio estén reglamentados. En caso contrario, deberán designarse a personas de reconocida experiencia en la materia. Los o las peritos serán designados o designadas y juramentados o juramentadas por el Juez o Jueza, previa petición del Ministerio Público, salvo que se trate de funcionarios adscritos o funcionarias adscritas al órgano de investigación penal, caso en el cual, para el cumplimiento de sus funciones bastará la designación que al efecto le realice su superior inmediato. Serán causales de excusa y recusación para los o las peritos las establecidas en este Código. El o la perito deberá guardar reserva de cuanto conozca con motivo de su actuación. En todo lo relativo a los traductores o traductoras e intérpretes regirán las disposiciones contenidas en este artículo.*” Del contenido de la norma pareciera resaltar una incongruencia o falta de sintonía con la contenida en el artículo 223, pues mientras ésta indica que el derecho a la petición de la diligencia de investigación recae sobre el Ministerio Público, que en concordancia con los artículos 127.5 y 287 también resulta un derecho del imputado y de otros sujetos admitidos en el proceso, inmediatamente el artículo 224 nos señala la petición para la designación y juramentación de los peritos dirigida al juez de Control cuando no se trate de funcionarios públicos, sólo puede hacerla el Ministerio Público. Pero decimos que solo en apariencia es tal contradicción pues en los términos del 287 citado la petición de realización de diligencias de investigación por parte del imputado o de aquellas personas a quienes se les haya dado intervención en el proceso, estarán dirigidas al Ministerio

Público, siendo éste quien en todo caso debe ordenar la realización de la pericia, bien con la finalidad del examen de personas u objetos, para el descubrimiento o valoración de elementos de convicción, realizando la misma u ordenando su práctica y respecto a la designación y juramentación de los peritos, tratándose de personas que no sean funcionarios públicos, deberá elevar al juez de Control la petición para que sea éste quien realice la designación y proceda a la juramentación; más en cualquiera de los escenarios indicados si el perito es funcionario público, no habrá intervención judicial, ni respecto a la designación ni respecto a la juramentación, pues la misma norma –artículo 224- indica que [...] *bastará la designación que al efecto realice su superior inmediato.*”

La no intervención del judicante en la realización de la pericia cuando se trate de funcionarios públicos quienes deban realizar la diligencia, la orden expedida por el Ministerio Público y la designación en este supuesto por parte del superior inmediato es suficiente para entender que la pericia regulada en las normas que comentamos no es más que un mero acto de investigación, que no sirve para la formación de la convicción judicial y que para su ingreso al proceso, además de tener que ser promovida –el dictamen pericial- junto al escrito de acusación por ejemplo cuando se trate de un acto de interés para el fiscal, deberá complementarla con la proposición de la declaración testimonial del perito, tal y como por ejemplo lo prevé el artículo 202 para el caso de autopsias o necropsias que y aunque su tratamiento se refiera y se ubique en las comprobaciones de hechos en casos especiales, como inspección especializada, a nuestro parecer no es más que una pericia especial, lo que se ve reforzado con el contenido de los artículos 337 y 339 del Código Orgánico Procesal Penal al referirse a la declaración de los peritos en audiencia pública y oral. De esta manera la pericia como acto de investigación en la forma indicada y sin utilizar la figura de la anticipación de medios, no es más que un preconstitución de fuente que como acto de investigación debe ingresar al proceso en la forma indicada.

En este orden de ideas y tratándose de un acto de investigación con vocación probatoria tendrá que ingresar al proceso judicial para allegar al mismo la fuente probatoria que contenga, para que sea debatida y formada la prueba en audiencia pública, oral contradictoria y con inmediación, lo que conduce a señalar que el sujeto acusador –sin perjuicio que puede ser propuesto por los demás- tendrá con la acusación que promover el dictamen pericial vertido en la correspondiente forma escritural, lo que permitirá a las partes y especialmente al acusado conocer el mismo y ofrecer eventualmente –promover otra pericia- sin perjuicio de formular su estrategia para el interrogatorio en la audiencia pública y oral; lo dicho trae como consecuencia que no puede ser tratado de golpe el dictamen como acto de investigación en forma directa e inmediata en la audiencia oral a través del testimonio del perito sin que previamente se hubiese acompañado el dictamen pericial junto a la acusación, lo que conduciría a una vulneración del derecho constitucional de la defensa. Pero el hecho de la incorporación o promoción del dictamen

pericial junto a la acusación, en forma alguna hace mutar el medio a instrumental de manera que su tratamiento se haga como tal con la simple lectura en audiencia oral; por el contrario, el acompañamiento y como indicamos del dictamen en forma escrita, es con la finalidad esencial de que las partes y especialmente el acusado conozca su contenido, pueda proponer una nueva experticia sobre el mismo objeto, para que la amplíe, aclare o desmienta, sin perjuicio de la preparación de la mentada estrategia para el interrogatorio del perito en audiencia, aspectos éstos que garantizan la defensa, bilateralidad y contradictorio y que de no haberse producido el acompañamiento lesionarían tales derechos constitucionales.

Junto con la promoción del dictamen pericial es necesario en forma complementaria proponer la declaración del perito para que acuda a la audiencia oral y haga la exposición correspondiente respecto a la pericia que ha realizado, bajo juramento, lo que dará paso al interrogatorio directo en los términos de los artículos 337 y 339 del Código Orgánico Procesal Penal respondiendo directamente las preguntas que se le formulen, momento en el cual pueden hacerse peticiones de ampliaciones, aclaratorias u objeciones en la forma que hemos estudiado. De esta manera y con el tratamiento correspondiente se formará la prueba en audiencia y servirá para la convicción judicial. Insistamos en sintonía con lo que venimos escribiendo, que el sujeto y especialmente el acusador que proponga o pretenda trasladar la fuente probatoria preconstituida con la pericia al proceso judicial, necesariamente so pena de inadmisión, deberá acompañar el dictamen pericial escrito y firmado por los peritos, lo que permitirá a los demás sujetos proponer nuevas pericias o trazar la estrategia para el interrogatorio de aquel sujeto que la hubiese realizado –quien también debe ser propuesto como medio probatorio complementario so pena igualmente de inadmisión del medio- y es precisamente esa consignación del dictamen lo que permitirá eventualmente –si no tuvieron conocimiento anterior- conocer el contenido del mismo para y mediante asesoría igualmente especializada analizar el mismo y verificar si sus resultados son o no correctas, de manera que no presentarlo en su momento y limitarse a proponer la declaración del perito para que declare en audiencia limitaría el derecho a la defensa, lo que y en la forma indicada debe ser controlada por el juez de Control declarando la respectiva inadmisión del medio probatorio en esta forma irregular propuesta.

Pero también la pericia en fase preparatoria –sea tradicional o científica- puede ser objeto de anticipación probatoria en los términos del artículo 289 del Código Orgánico Procesal Penal, cuando existan temor fundado que los hechos puedan modificarse o desaparecer, que por la urgencia y en consideración al carácter irreproducible con la debida fundamentación y acreditación permite elevar la solicitud al juez de Control, por parte de cualquiera de los sujetos a que se refiere el artículo 287 y lógicamente al Ministerio Público. La anticipación del medio probatorio en la forma indicada en el

artículo en comento necesariamente para ser considerada como tal y en la forma que hemos explicado en otro momento, debe ser con intervención y previa citación del imputado, quien en caso de no existir para ese momento simplemente estaremos frente a un acto de mera preconstitución de fuente probatoria pero no de anticipación, aunque inconstitucionalmente el legislador haya establecido la ficción del defensor público para supuestamente garantizar los derechos constitucionales. Lo cierto es que la norma en cuestión –artículo 289- se erige como un verdadero adefesio jurídico propio de un sistema inquisitivo y totalitario, a propósito de su errónea redacción, primero por el hecho que conforme a su contenido y refiriéndose a “imputado” nos ubica en fase de investigación, donde para ese momento todavía no hay un acto conclusivo y especialmente una acusación que afirme la existencia de hechos institucionales que no solo serán tema del proceso, de la prueba sino también del juzgamiento, circunstancia esta esencial para entender que si no hay certeza sobre los hechos acusados y se procede a la anticipación, al acusado futuro se le estarían vulnerando derechos constitucionales de defensa y de acceso al sistema probatorio, cuando no se le permitiría un control efectivo del medio anticipado, al no conocer los hechos en que se basará la acusación; pero es que incluso, existiendo un acto formal de imputación esto tampoco sería una garantía para la defensa del imputado ante la anticipación de medios, si partimos de la premisa que en la acusación perfectamente pudiera fundamentarse en otra tipología jurídica.

Lo correcto resulta que la anticipación de medios probatorios parta de la premisa de la existencia de hechos institucionales ya formulados en el proceso, de una acusación formal y que por la necesidad de anticipar el medio llenando los requisitos de ley, antes de la audiencia se ordene la misma, lo que permitirá al acusado conocer a ciencia cierta los hechos en que se basa el libelo acusatorio y especialmente sobre qué recaerá la actividad probatoria –que pretende anticiparse y en general de todo el proceso- para así poder defenderse correctamente. En todo caso lo que el legislador llama en el artículo 289 y salvo que la anticipación sea solicitada con posterioridad a la acusación, estaremos en presencia de meras preconstituciones de fuentes probatorios. Esto dicho es fundamental para entender la forma como ingresarán al proceso estas diligencias anticipadas y su eventual valor probatorio, pues en caso de anticipación con la necesaria citación del acusado bastará la mera incorporación de la actuación mediante su lectura en la audiencia de juicio; en tanto que tratándose de preconstitución será necesaria la promoción del perito para que declare en audiencia.

Pero otro problema de lo que señalamos es que si entendemos que la anticipación solo sería posible cuando existe acusación y siendo la misma la oportunidad para proponer las pruebas, la pregunta inmediata sería **¿si luego de la acusación se anticipa un medio probatorio en que oportunidad se propondría?** La respuesta podemos canalizarla a través del artículo 311 numerales 7 y 8, de manera que sería hasta cinco (5) días antes del vencimiento del plazo fijado para la celebración de la audiencia

preliminar; y si superado este momento se obtiene la anticipación echaríamos mano al artículo 326 referido a pruebas sobrevenidas y posteriores a la audiencia preliminar. En todo caso y sin perjuicio que esto tendrá que ser ampliado en otro trabajo que realicemos pero dedicado únicamente a los actos probatorios en el sistema de procedimiento oral, abrimos el debate al respecto.

3.10.2. La pericia como acto de prueba. Promoción. Oportunidad. Evacuación.

Pero la pericia –tradicional o científica- también puede ser o adoptar la forma de medio probatorio para la convicción judicial y establecimiento de la certeza del judicante, en cuyo caso su promoción deberá hacerse en las oportunidades señaladas por el legislador penal, como lo serán en la acusación conforme al artículo 308.5 del Código Orgánico Procesal Penal y hasta cinco (5) días antes del vencimiento del plazo fijado para la celebración de la audiencia preliminar para el imputado y la víctima siempre que se haya querellado o haya presentado una acusación particular propia, incluso adherido a la del fiscal, todo conforme al artículo 311.7, descartando por inconstitucional al lesionar el derecho a la defensa el numeral 8 que en tal caso sería de aplicación para el Ministerio Público que permite ofrecer nuevas pruebas de las que haya teido conocimiento luego de la acusación y decimos en primer lugar que sólo aplica al fiscal, pues luego de la acusación las partes tienen el lapso de la precitada norma -311- para presentar o promover pruebas que siempre será luego de la acusación, pero además indicamos que es inconstitucional pues si se da el supuesto que el Ministerio Público eche mano a dicha norma para proponer nuevas pruebas y lo haga el último día del lapso de cinco (5) impediría a los demás sujetos del proceso y especialmente al acusado ofrecer pruebas y defenderse al respecto.

Lógicamente en tratándose de una pericia promovida en este momento, correspondiendo la designación de los peritos al juez así como su juramento –aunque la ley nada dice al respecto, pues la previsión del artículo 224 nos ubica en fase de investigación como hemos expresado y demostrado, de manera que nada impide que pudieran ser designados por cada uno de los sujetos del proceso y ante la falta de acuerdo por el judicante, todo lógicamente en caso de ser varios peritos, pues de ser uno sólo las partes pudieran hacer la designación de haber acuerdo y en caso contrario correspondería al judicante- y teniendo éstos el deber de comparecer a la audiencia oral para declarar lo pertinente respecto a la diligencia probatoria, para garantizar el derecho a la defensa, para materializar o dar efectividad al control o bilateralidad, sería que el judicante le indicara a los expertos la obligación de consignar con anticipación a la audiencia de juicio –en el tiempo que le señalara- el dictamen pericial escrito, de manera que los sujetos del proceso conocieran su contenido y se prepararan o asesoraran técnicamente para el interrogatorio en la audiencia oral, para hacer las solicitudes de ampliación, aclaratorias e incluso para las

objeciones respectivas según fuera el caso, de lo contrario y de no mediar esta postura, si el experto directamente consignara en audiencia la pericia y la tratara verbalmente para que luego fuera interrogado, se lesionaría el derecho a la defensa; en todo caso y si esta situación se presenta la fórmula que pudiera servir de remedio sería la presencia de consultores técnicos –artículo 150- para que contribuyeran a la defensa como órgano especializado de la defensa. También destaquemos que y como lo hemos expresado, como garantía del derecho a la defensa en materia probatoria será necesario también que los peritos dejen constancia en el expediente con suficiente tiempo de antelación, la información sobre el lugar, día y hora en que comenzará la diligencia, para que las partes o interesados puedan acudir por sí, mediante apoderados, peritos o consultores técnicos a tal actividad y hacer las observaciones que consideraran pertinentes tal como lo indica la precitada norma que nos dice [...] *Cuando por las particularidades del caso, alguna de las partes considere necesario ser asistida por un consultor o consultora en una ciencia, arte o técnica, lo comunicará al Juez o Jueza. El consultor técnico o consultora técnica podrá presenciar las experticias. En las audiencias podrán acompañar a la parte con quien colaboran y auxiliarla en los actos propios de su función. El Ministerio Público podrá nombrar, también, directamente a su consultor técnico o consultora técnica. Cada parte sólo tendrá derecho a nombrar un consultor técnico o una consultora técnica.*”

3.10.3. Interrogatorio de los peritos en la audiencia pública y oral. Contradicción

El interrogatorio del o los peritos en la audiencia de juicio permite la bilateralidad y esencialmente la inmediación necesaria, encontrando regulación en los artículos 337 y 339 del Código Orgánico Procesal Penal, la primera que expresa [...] *Los expertos o expertas responderán directamente a las preguntas que les formulen las partes y el tribunal. Si resulta conveniente el tribunal podrá disponer que los expertos o expertas presencien los actos del debate. Podrán consultar notas y dictámenes sin que pueda reemplazarse la declaración por su lectura. Esta disposición es aplicable, en lo pertinente, a los intérpretes. En caso de que el experto llamado a comparecer no pudiese asistir por causa justificada, el Juez o Jueza podrá ordenar la convocatoria de un sustituto con idéntica ciencia, arte u oficio de aquél inicialmente convocado.*”, de esta norma nos interesa solo destacar que los peritos son sustituibles, de manera que ante la presencia de un dictamen pericial donde el perito que lo elaboró o pueda comparecer a la audiencia, podrá el judicante ordenar la convocatoria de otro que lo sustituya y que se refiera o posea el conocimiento de la misma ciencia del anterior; la segunda –artículo 339- que nos dice [...] *Después de juramentar e interrogar al experto o experta o testigo sobre su identidad personal y las circunstancias generales para apreciar su informe o declaración, el Juez o Jueza le concederá la palabra para que indique lo que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de prueba. Al finalizar el relato, permitirá el interrogatorio directo. Iniciará quien lo propuso, continuarán las otras partes, en el orden que el Juez o Jueza considere conveniente, y se procurará que la defensa interroge de último. Luego,*

el tribunal podrá interrogar al experto o experta o al o la testigo. El Juez o Jueza moderará el interrogatorio y evitará que el o la declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, procurará que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas. Las partes podrán solicitar la revocación de las decisiones al Juez o Jueza cuando limiten el interrogatorio, u objetar las preguntas que se formulen. Los expertos o las expertas y testigos expresarán la razón de sus informaciones y el origen de su conocimiento.” Se trata en principio de una declaración “descriptiva” o “narrativa” que hará el perito respecto a la diligencia realizada, el objeto de la pericia, los métodos, procedimientos y técnicas utilizadas así como los resultados y conclusiones, luego de lo cual dará paso al interrogatorio directo de las partes para hacer contradicción a través de solicitudes de ampliación, aclaración u objeción, pudiendo formular preguntas referidas a la idoneidad, pericia e imparcialidad del perito así como del dictamen pericial propiamente dicho en la forma que hemos estudiado en puntos anteriores a los que remitimos al lector. Importa destacar de la señalada norma que en materia de experticia –aunque es propio de los testigos- se exige la razón del dicho, la razón de sus informaciones, lugar, modo, tiempo y forma como se realizó la diligencia pericial.

Resumiendo en cuanto al contenido de la declaración narrativa y del interrogatorio cruzado tenemos que y respecto a la **declaración descriptiva o narrativa** el experto fundamentalmente y como mínimo, de manera coherente, intelegible, clara, precisa y congruente debe referirse:

- Identificación de los hechos, personas, lugares o cosas sometidas a su ciencia, arte o especialidad.
- Explicación pormenorizada de los procedimientos, métodos, técnicas y teorías utilizadas, con explicación de su aceptación científica y acreditada, así como de su aplicabilidad al caso.
- Explicación que en las técnicas y procedimientos se han utilizado instrumentos y herramientas que cumplen con los estándares de calidad mínima.
- Los resultados obtenidos.
- Explicación de los datos estadísticos respecto a los resultados, si se basan en elementos de probabilidad, verosimilitud o certeza, grado de fiabilidad, falseabilidad, error, incertidumbre.
- Explicación de la suficiencia de datos, hechos, cosas, objetos, materiales o evidencias sobre los cuales recayó la prueba. Aquí por ejemplo puede cuestionarse el tema de la **cadena de custodia de evidencia física, elemento material probatorio y demás fuentes probatorias obtenidas legal y lícitamente**, en base al principio de igualdad, identidad, autenticidad o mismidad, según el procedimiento seguido (a. Identificación o ubicación; b. Fijación. c. Recolección; d. Embalaje; e. Rotulado. f. Etiquetado; g. Registrado; y h. Traslado) y donde se analizan problemas referidos a la ausencia de la cadena, el incumplimiento del procedimiento o la indebida cadena de custodia, sin perjuicio del problema que se presenta respecto a si la cadena de custodia trata el tema de admisibilidad

o valoración probatoria y la prueba o demostración del cumplimiento de la cadena de custodia.

En cuanto al **interrogatorio cruzado** las preguntas fundamentalment deben versar sobre los siguientes aspectos:

- Cuestionamiento o credibilidad de la persona del experto según su experiencia, profesionalidad, conocimientos, habilidades, competencia, trayectoria, solvencia práctica, experiencia en casos similares con el tratado, considerando problemas concretos como la experiencia en base a los cargos ocupados, el exceso de experiencia que hace mecanizada y desfasada la labor, así como la falta de experiencia.
- Cuestionamiento o credibilidad respecto al contenido del dictamen. La razón del dicho que fundamentalmente recaerá sobre los elementos antes señalados, especialmente:
 - a. Antecedentes que acrediten conocimientos teóricos, uso de instrumentos, práctica y experiencia del experto.
 - b. Principios científicos, técnicas científicas o especializadas en el que fundamente sus verificaciones y análisis del caso.
 - c. Métodos utilizados en el caso y análisis del caso.
 - d. Sobre si en sus exámenes o verificaciones se utilizaron técnicas de orientación, probabilidad o certeza.
 - e. Corroboración o ratificación de la opinión por otros expertos de la comunidad científica, reglas universales, revistas, trabajos.

3.10.4. Dictamen pericial y valoración.

El tema del dictamen pericial y sin perjuicio de lo que hemos tratado suficientemente en puntos anteriores, en el marco del sistema de procedimiento penal se ubica en el artículo 225 del Código Orgánico Procesal Penal que nos dice [...] *El dictamen pericial deberá contener; de manera clara y precisa, el motivo por el cual se practica, la descripción de la persona o cosa que sea objeto del mismo, en el estado o del modo en que se halle, la relación detallada de los exámenes practicados, los resultados obtenidos y las conclusiones que se formulen respecto del peritaje realizado, conforme a los principios o reglas de su ciencia o arte. El dictamen se presentará por escrito, firmado y sellado, sin perjuicio del informe oral en la audiencia.*” Como hemos indicado y en forma general el dictamen pericial deberá contener: a. Descripción de las personas, cosas, lugares o documentos objeto de la peritita; b. Los procedimientos, métodos, exámenes o actividades realizadas por los expertos, así como las consultas o técnicas que hubiesen encomendado a terceros; c. Los resultados obtenidos y las conclusiones

sobre las diligencias realizadas, los juicios de valor subjetivos consecuencia de las inducciones o deducciones realizadas sobre el tema de la pericia; d. El escrito contentivo del dictamen pericial –con los eventuales votos salvados o concurrentes- debe estar suscrito por todos los expertos, so pena de inexistencia; y e. Debe ser congruente, refiriéndose a todos y solo todos los hechos sometidos al conocimiento de los expertos, ni más ni menos del objeto de la prueba. El no cumplimiento de estas formalidades producirá la ineficacia probatoria del dictamen pericial, elementos éstos que son de carácter concurrente y de orden público. En la valoración del dictamen pericial deben analizarse con especial atención los requisitos de eficacia ya estudiados, así como los elementos fundamentales de coherencia, contextualización, corroboración e imparcialidad, que también han sido abordados y que reproducimos para no repetir, que constituyen los criterios que deben orientar las máximas de experiencia del judicante y que se acompañan con las reglas lógicas y los conocimientos científicos.

3.10.5. Necesidad de nuevos peritos.

Conforme al artículo 226 del Código Orgánico Procesal Penal, cuando los informes que presentaran los peritos –dictámenes periciales- fueran dudosos, insuficientes o contradictorios, incluso cuando fuere considerado necesario, podrá procederse a una nueva pericia con uno o más expertos según la petición que hagan las partes o que se ordene de oficio, con la finalidad o bien que examinen o verifiquen la que curse en autos y amplíen o para que la repitan, vale decir, que esta nueva pericia puede tener por objeto la ya realizada en autos o directamente los hechos sobre los cuales recayó la primigenia. En este sentido nos dice la norma [...] *Cuando los informes sean dudosos, insuficientes o contradictorios, o cuando el Juez o Jueza o el Ministerio Público lo estimen pertinente, se podrá nombrar a uno o más peritos nuevos, de oficio o a petición de parte, para que los examinen, y de ser el caso, los amplíen o repitan. Podrá ordenarse la presentación o la incautación de cosas o documentos, y la comparecencia de personas si esto es necesario para efectuar el peritaje.*”

Esta norma no es del todo clara pues en principio la nueva pericia partirá del supuesto bien de dudas, insuficiencias o contradicción, bien cuando lo juzgare pertinente el juez o el Ministerio Público; luego esta falta de claridad nos parece que es producto de la torpeza a la cual nos tiene acostumbrado el legislador, pues la pertinencia para el decreto de una nueva pericia no puede quedar a capricho del judicante o del Ministerio Fiscal, sino que de basarse en hecho ciertos que la hagan necesaria, como la duda, insuficiencia o contradicción de manera que y solo en estos supuestos afirmamos es que podría aplicarse la norma en cuestión y ordenarse nueva pericia. Por otro lado es necesario indicar que el mero hecho de dudas, insuficiencias y contradicciones no siempre debe dar lugar a nueva pericia, pues ello perfectamente puede ser corregido mediante solicitudes de ampliaciones, corrección o aclaratorias.

Pero entendiendo que la pericia en los términos del artículo 223 del Código Orgánico Procesal Penal se activará en la medida que se pretenda el examen de personas o cosas, el descubrimiento o valoración de elementos de convicción lo que y como indicamos es acto de investigación, así como también para la verificación de hechos para los cuales se requiera la concurrencia de conocimientos especializados, lo que nos ubica en un acto de prueba, la norma que comentamos tampoco resulta del todo feliz, pues tenemos que indicar que puede interpretarse desde dos puntos de vista: el primero que la posibilidad de la nueva pericia en casos de dudas, insuficiencias o contradicciones se refiera a pericia como actos de investigación, lo que daría lugar a que el Ministerio Público de estimarlo pertinente ordenara esa nueva pericia –sin perjuicio del derecho a los demás sujetos del proceso y especialmente al imputado-; la segunda es que tratándose de un acto de prueba la petición de nueva pericia pudiera provenir de cualquier de los sujetos procesales incluso de oficio por el juez. Lo cierto que es que tratándose de una pericia como acto de investigación no podría considerarse que la orden de nueva pericia proviniera del judicante, pues no estamos en presencia de un acto que sirve para la convicción judicial aunque tenga vocación probatoria como hemos indicado. En todo caso no dejamos de insistir que se trata de una lamentable norma torticera.

Finalmente la norma nos indica que si para la realización de la pericia fuera necesario contar con determinado objetos o documentos, así como de la comparecencia de personas, podría ordenarse la incautación y la comparecencia, siendo lamentable que no indique la precitada norma cual es el sujeto que ordenará la misma, si se trata del judicante o del Ministerio Público, en cuyo caso para dar una respuesta podemos echar mano del artículo 204 para el caso de la incautación correspondiéndole la competencia al Ministerio Público previa orden del juez de Control, lo que insistimos nos ubica en actos de investigación y que podrán ser exhibidos para su reconocimiento en la audiencia de juicio conforme al artículo 228 en concordancia con el artículo 341; por su parte en caso de la comparecencia de personas debemos insistir que si se trata del imputado debe tenerse en consideración si este es tema o sujeto –órgano- de prueba, pues en el primero de los casos está obligado a comparecer y especialmente a colaborar so pena de generarse indicios en su contra, más cuando es sujeto y estando amparado por el derecho constitucional de la presunción de inocencia, no tiene obligación de colaboración.

3.10.6. Pericia de opinión apreciativa.

Ya hemos dicho que la pericia puede ser de “opinión” cuanto se limita a producir un juicio de valor subjetivo sin la utilización de métodos y procedimiento científicos, pues de lo contrario estaremos en presencia de una pericia “científica”; pero la primera de las señaladas puede tener por objeto simplemente

que se presente una opinión basada en conocimientos especiales, como el caso de establecimiento del valor de cosas o bienes, monto de daños y fraudes –por ejemplo a través de la División de Peritaje Contable y Avalúos del Ministerio Público- tal como lo regula el artículo 227 del Código Orgánico Procesal Penal que nos dice [...] *El o la Fiscal encargado o encargada de la investigación o el Juez o Jueza, podrán solicitar a los o las peritos una regulación prudencial, únicamente cuando no pueda establecerse, por causa justificada, el valor real de los bienes sustraídos o dañados, o el monto de lo defraudado. La regulación prudencial podrá ser variada en el curso del procedimiento, si aparecen nuevos elementos de convicción que así lo justifiquen.*”. Como podrá apreciarse y al igual que lo señalado en el punto anterior, este tipo de pericia puede ser realizada en fase de investigación por orden del Ministerio Público y peticionada incluso por los demás sujetos –víctima e imputado- pero también como acto probatorio a petición de las partes o acodada oficiosamente por el judicante, todo lo que está supeditado al hecho que la valoración real en esos casos no pueda determinarse o establecerse por causa justificada.

CAPITULO XII

PRUEBA INDICIARIA

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los indicios. Etimología de la palabra. Breve reseña histórica. Definición y características. Naturaleza. 2.1. Etimología. 2.2. Breve reseña histórica. 2.3. Definición y caracterización. 2.4. Naturaleza. 2.5. Diferencia con las presunciones. 2.6. Importancia de la prueba indiciaria. 3. Elementos de la prueba indiciaria. 3.1. Hecho indicante. 3.2. Hecho indicado. 3.3. Relación causal o nexa lógico-científico. 4. Tipología de los indicios. 5. Requisitos de la prueba indiciaria. 5.1 Requisitos de existencia. 5.1.1. Que se encuentre plenamente demostrado o verificado en el proceso el hecho indicante, indicador o base. 5.1.2. Que exista relación o conexión entre el hecho indicador demostrado y el hecho indicado o desconocido. 5.2. Requisitos de validez. 5.3. Requisitos de eficacia. 5.3.1. Que la prueba de indicios sea conducente para demostrar los hechos controvertidos. 5.3.2. Que se haya descartado la posibilidad de que la conexión entre el hecho indicador y el indicado sea aparente, por obra del azar o la causalidad. 5.3.3. Que se haya descartado la posibilidad de falsificación del hecho indiciario por obra de terceros o de las partes. 5.3.4. Que aparezca clara y cierta la relación de causalidad o conexión entre el hecho indicador—o el conjunto de ellos si son varios indicios contingentes—y el hecho indicado. 5.3.5. Que de tratarse de indicios contingentes, sean plurales, vale decir, varios, pues de tratarse de un hecho indiciario necesario, la pluralidad no se exige. 5.3.6. Que de tratarse de varios indicios—plurales—contingentes sean graves, concurrentes o concordantes y convergentes. 5.3.7. Que no existan contraindicios. 5.3.8. Que no existan motivos infirmantes del indicio y que no se produzcan otras posibles hipótesis. 5.3.9. Que no existan pruebas de otra clase que infirmen los hechos indiciarios o que demuestren un hecho opuesto al indicado por aquéllos. 5.10. Que las conclusiones sean inmediatas. 6. Valor del medio probatorio indiciario. 7. La conducta de las partes como indicios probatorios. 7.1. Tipología de los indicios provenientes de la conducta de las partes. 7.2. La conducta de las partes como indicios en el sistema de procedimiento penal.

1. INTRODUCCIÓN.

Conforme a lo estudios que hemos hecho respecto a otros medios probatorios se ha podido constatar primeramente que las “fuentes” probatorias que sirven al judicante como elemento para comparar con los hechos institucionales y nucleares afirmados o negados por las partes como fundamento de sus diferentes pretensiones, sean en la demanda, contestación, acusación o defensa y que mantengan el carácter de controvertidos y lógicamente no eximidos de ser acreditados, que son el presupuesto de la norma que consagra aquella consecuencia jurídica perseguida, todo con la finalidad de verificarlos o comprobarlos y servir a la formación del convencimiento judicial, convicción judicial traducido en certeza no ausente de falencia o error, ingresan al proceso mediante la proposición de aquellos medios probatorios que conforme a los procedimiento y los momentos aportan las partes al proceso, sin perjuicio de su ordenación oficiosa en los casos permitidos, para que debidamente debatidos, controvertidos en bilateralidad y eventualmente con intermediación, concentración y oralidad—para los procedimientos orales especialmente—. De esta manera se ha fijado claramente que la formación de la convicción judicial, la certeza del judicante a través de la prueba es una actividad netamente judicial, procesal y del juez, posterior a la investigación de los hechos, al trazado de la estrategia procesal y a la heurística, donde intervienen los sujetos del proceso y especialmente las partes en cumplimiento de sus cargas probatorias para allegar esas

fuentes a las que nos hemos referido, que servirán para la formación de la prueba mediante su comparación con los hechos afirmados y debatidos. Esas fuentes aportadas a través de los medios, más aún, el conocimiento de los hechos que interesan al proceso y en especial al judicante que lo podrá tener como ciertos, establecidos y fijados como presupuesto de hecho del caso concreto puede ser de manera directa o indirecta, la primera por ejemplo mediante la percepción directa e inmediata de los hechos que percibe mediante sus sentidos, como ocurre con el reconocimiento o inspección judicial, pero también puede ser indirecto por ser trasladados al proceso conforme a la versión que exponen las partes o los terceros, éstos últimos sin o con conocimiento especializado, ello ocurre por ejemplo en materia de declaración de partes –con o sin fines confesorios- testimoniales y expertos; la fuente probatoria donde se encuentre el dato de hecho que interesa al proceso puede estar contenido en documentos que en su sentido general permitirá de manera indirecta al judicante conocer los mismos y formarse la convicción judicial; pero también la fuente probatoria, el conocimiento de hecho para la formación de la convicción judicial puede estar representada o puede alcanzarse no mediante un medio de prueba que permita su constatación directa o inmediata, sino en forma indirecta mediante otras fuentes de ciertos y determinados hechos que no son propiamente la representación de éstos, sino que partiendo de los mismos y por el argumento probatorio que contienen permiten, mediante operaciones lógicas y racionales llegar mediante la inducción al hecho fundamental que sirve al proceso y que pretende ser acreditado.

En este sentido nos dice el maestro argentino Antonio DELLEPIANE que si nos fijamos como llegamos a conocer los hechos que existieron o existen, la misma será a través de cuatro vías: a. La percepción exterior, donde los hechos caen bajo nuestro sentidos; b. Porque nos los cuentan –declaración de las partes o terceros-; c. Porque a ellos hacen referencia los documentos; y d. Porque los inferimos partiendo del estudio de ciertos rastros, materiales o inmateriales, huellas, vestigios dejados por los hechos –impresionabilidad de los hechos-; que en éste último caso estamos en presencia de las denominadas “pruebas indirectas” que por contrario a las “directas”, cuya diferencia se ubica en que entre éstas y el hecho sobre que deponen o que demuestren, no se intercala hecho alguno diferente, lo que sí ocurre en las “indirectas” como sucede cuando [...] *Si llamamos p a una prueba directa cualquiera, h a un hecho indiciario, y H al hecho que se trata de reconstruir, tendremos que, en las llamadas pruebas directas, p lleva a H sin intermediario alguno; lo que no ocurre en el caso de la llamada prueba indirecta, la indiciaria, en la cual tenemos tres términos: p, esto es, una prueba directa que lleva a h, hecho indiciario, intermedio, el que, a su vez y mediante una inferencia, conduce a H, hecho principal, hecho cuya existencia se trata de establecer.*⁵⁹²

⁵⁹² Antonio DELLEPIANE. Nueva Teoría de la Prueba. Editorial Temis. Tercera reimpresión de la novena edición. Bogotá, 1997. pp. 48 y ss.

De esta manera cuando el hecho que pretende demostrarse o acreditarse, el hecho que sirve para la convicción judicial, no es percibido directamente por el juez a través de su percepción, de un tercero o de las partes en la forma indicada, sino mediante la deducción que se hace partiendo de reglas lógicas, de la experiencia y de conocimientos científicos respecto a un hecho que está acreditado en el proceso, pero que no es el esencial para el proceso, para comprobar los hechos institucionales debatidos, sino que sirve de partida para establecer o acreditar otro hecho que sí es el que interesa a la litis, a la certeza judicial, hecho que tiene una carga o potencia suficiente de argumento probatorio que nos puede conducir a otro, estaremos en presencia del la denominada prueba por indicio, indicial, inferencial, por conjetura o circunstancial.

Pero **¿qué es el indicio?** En el presente capítulo abordaremos este tema de tanto importancia en el marco del sistema de procedimiento y especialmente para la formación de la convicción del juez al momento del dictado de su decisión correspondiente.

2. LOS INDICIOS. ETIMOLOGÍA DE LA PALABRA. BREVE RESEÑA HISTÓRICA. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS. NATURALEZA.

2.1. Etimología.

El indicio como medio probatorio indirecto y reconstructivo que permite la convicción judicial al allegar la fuente probatoria al proceso, no de manera directa sino por intermedio de otro hecho que tiene un argumento probatorio del cual se permite deducir otro hecho que es el que efectivamente sirve al proceso, parte de la presencia de tres elementos y esencialmente del hecho base también conocido como “indicador” o “indicante” que como tal es el indicio como medio probatorio, que debe estar establecido, acreditado o demostrado en el proceso mediante cualquier otro medio, como pudiera ser la declaración de las partes, terceros, pericia, documentos, reconocimiento o inspección, que contienen ese argumento probatorio que permite inferir mediante una operación lógica y racional, basada en reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos al hecho desconocido y relevante a la formación de la convicción judicial al servir como fuente para la verificación de las afirmaciones o negaciones fácticas expuestas por las partes como fundamento de sus diversas pretensiones. Esos tres elementos y a los cuales no referiremos más adelante es el hecho base o indicante, la relación causal y el hecho indicado o desconocido que quiere acreditarse.

El “indicios” nos dice el profesor de la Universidad de Buenos Aires, de la Universidad de París y miembro honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid Antonio DELLEPIANE es [...] *todo rastro, vestigio, huella, circunstancia, y, en general, todo hecho conocido, o mejor dicho,*

debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido.” Más adelante se pregunta ¿cómo es que mediante un hecho comprobado podemos llegar a conocer otro que ignoramos y que no ha sido percibido por nosotros, que no ha caído en la percepción del testigo que nos lo cuenta, ni ha sido consignado en documento alguno, pero que tampoco ha sido revelado por su autor? Y responde [...] *Merced a una operación de la mente, como acabamos de adelantarlo; merced a una inferencia, que, para conseguir tal fin, se apoya en las relaciones necesarias derivadas de la naturaleza de las cosas; que todas las relaciones constituyen infinidad de leyes utilizadas en calidad de premisa mayor de un silogismo, cuyo término medio es el indicio o hecho conocido y cuya conclusión será el hecho desconocido, el hecho “indicado” aludiendo al indicio o hecho “indicador”;* que el hallazgo de edificios arruinados es “indicio” evidente de la existencia y acción del hombre, afirmación que reviste carácter de absoluta certeza y que descansa en una deducción rigurosa que puede ponerse en forma en un silogismo cuya premisa mayor es esta ley natural que nadie pondría en duda, pues nadie edifica en la tierra en la forma que lo hace el hombre, la menor por el hecho. En este sentido ante la pregunta ¿fueron habitados los edificios en cuestión?, y a menos de poseer otros indicios susceptibles de llevarnos a otras conclusiones afirmativas o negativas, no podría aseverarse al respecto nada categórico, pues no es ley general y constante que el hombre habite todos los edificios que construye.⁵⁹³

La palabra “indicio” etimológicamente proviene de la voz culta formada según el latín *indicium* – *ii* “indicación, signo, indicio”, del verbo *indico*, -*are* “indicar”, siendo el objeto material o circunstancia de hecho que permite formular una conjetura y sirve de punto de partida para una prueba como nos indica el maestro uruguayo Eduardo J. COUTURE cuya traducción al francés es *indice*, al italiano *indizio*, al portugués *indício*; al inglés *clue, hint* y al alemán *indiz, anzeichen*.⁵⁹⁴ En iguales términos PARRA QUIJANO expresa que “indicio” proviene de la voz latina *indicium* que es una derivación de *indicare* que significa indicar, hacer conocer, señalar, mostrar algo, hacer saber algo, pero que –indica- [...] *con un criterio dinámico, preferimos pensar que indicios proviene de indicere, resultante de “inde dicere”, que denotaría el hecho pero iluminado por el argumento probatorio que de él obtiene el intérprete.*”; que también se le denomina prueba “**circunstancial**” derivado de “*circum*” y “*stare*”, de estar alrededor, que supone ópticamente que no es la cosa misma, pero sí está relacionada con proximidad a ella; ⁵⁹⁵ y para el maestro ROCHA ALVIRA etimológicamente la palabra “indicios” viene del latín *index, indicis*, que muestra, que indica, formado de *in*, en hacia y del radical *dic* mostrar, y *dicere*, decir; que *indicare* es un denominativo de *index, indicis*.⁵⁹⁶

⁵⁹³ Antonio DELLEPIANE. Ob. cit. pp. 57 y ss.

⁵⁹⁴ Eduardo J. COUTURE. Vocabulario Jurídico. p. 322.

⁵⁹⁵ Jairo PARRA QUIJANO. Tratado de la Prueba Judicial, Indicios y Presunciones. p. 3. También en Manual de Derecho Probatorio. p. 655. Véase también al maestro Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. p. 601.

⁵⁹⁶ Antonio ROCHA ALVIRA. Ob. cit. p. 571.

2.2. Breve reseña histórica.

Nos dice KIELMANOVICH que del estudio de SCIALOJA -analizado al momento de abordar el tema de la evolución histórica del derecho probatorio y la prueba judicial- no parece claro que en el Derecho Romano se admitieran o no las presunciones *hominis* o judiciales, con la misma significación que se encuentra en la actualidad, como medio de prueba o acreditamiento de los hechos que importan al proceso para la convicción judicial, aunque el maestro ALSINA indique que [...] *La importancia de la prueba por presunciones era ya conocida en Roma, cuyos autores clásicos señalaban la utilidad que para la investigación tiene la observación de los modos de proceder conforme a los hábitos cotidianos de la vida, pero fue en la Edad Media cuando comenzó a sistematizarse el estudio de los indicios, clasificando éstos en categorías y estableciendo las condiciones de su fuerza probatoria.*⁵⁹⁷

Que en las Partidas –III, Ley 10- establecía que [...] *en todo pleito no debe ser cabido solamente la prueba de señales o de sospecha salvo en aquellas cosas que mandan las leyes de este nuestro libro; porque las sospechas muchas veces no aciertan con la verdad.*”; que sin embargo en materia civil, la presunción podía a su juicio elevarse al grado de prueba completa cuando resultaba liquidísima por el curso de muchas conjeturas imperfectas, pero simultáneas, cuya gradación es de la prudencia y circunspección de los magistrados, que nunca deben negar la apelación o la súplica, cuando hubieren juzgado por prueba de presunción; que desde el momento –indica KIELMANOVICH- este medio probatorio ha ido cobrando una enorme importancia, particularmente en causas en las que por la forma en que se ordinario suceden los hechos y por la naturaleza de los mismos, difícilmente puede contarse con la prueba directa, sin perder de vista que el comportamiento observado por las partes durante el curso del proceso, es reputado como una rica fuente de prueba indiciaria o de presunciones, sin perjuicio de considerarse como regla integrante del sistema de la sana crítica para la valoración de la eficacia de las pruebas producidas.⁵⁹⁸

En este mismo sentido MIRANDA ESTRAMPES quien nos dice que en la Edad Media se admitiría comúnmente que los indicios no podían servir de base para una condena penal; que en Las Partidas –L. 12, Tít. 14, parte 3ª- se establecía que [...] *criminal pleyto sea movido contra alguno en forma de acusación o de riepto debe ser probado abiertamente por testigos o por carta o por cognoscencia del acusado e non por sospechas.*”; que en ésta época lo indicios únicamente permitían, cuando ocurrían varios, la aplicación del tormento, al objeto de lograr la confesión de los hechos, considerada como la “reina de las pruebas”, de manera que no tenían significación probatoria –indica-; que con posterioridad se admitiría la posibilidad de una condena basada en “indicios”, aunque en estos casos estaba interdictada la pena de muerte y se

⁵⁹⁷ Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. p. 682.

⁵⁹⁸ Jorge L. KIELMANOVICH. Ob. cit. pp. 491 y ss.

aplicaba una menor o extraordinaria; y finaliza indicando que los textos medievales utilizarían de manera indistinta los términos “indicios” y “presunciones” en su acepción vulgar, como equivalentes a sospechas o conjeturas y no en el sentido técnico jurídico-procesal utilizado en la doctrina moderna.⁵⁹⁹

GERMAN R. en un trabajo titulado “El Indicio entre los Romanos” al tratar el tema nos dice por su parte que el indicio no hizo parte de los medios de prueba legalmente reconocidos en el proceso penal romano, pero que tratándose de un sistema de libre apreciación de la prueba, no sometidos a limitaciones ni tasas preestablecidas, fue un factor de formación de la justicia penal en Roma; que para la época de los tribunales por comicios y de las cuestiones perpetuas los jueces condenaban fundado en pruebas indiciarias, siendo la más común en los juicios populares; que el Derecho Romano resumiría la desconfianza en la prueba en comento partiendo de la frase [...] *Nec de suspicionibus debere aplicum damnari divas rescripsit.*”, que se traduce en que “Ni por las sospechas alguien debería ser condenado”; que GRACIANO anticiparía la gran clasificación de los indicios en contingentes y necesarios, definiendo éstos últimos como indicios no dudosos y más claro que la luz; que como quiera que el interrogatorio no existía en forma de acusación, no había otro recurso que someter a un debate general prolijo las pruebas circunstanciales, siendo esta precisamente la situación en la se encuentra las famosas palabras de CICERON y QUINTILLANO referidas al indicio cuando decían [...] *Porque el vestido ensangrentado, los gritos que se oyeron, y otras señales de este juez son instrumentos como las escrituras, la voz pública y los testigos.*”, a lo que MOMSEN indica que [...] *la llamada prueba de indicios, es decir, la posibilidad de que el tribunal se convenciera de la culpabilidad de algún individuo a falta de confesión del mismo y a falta también del testimonio del testigo de vista, no estaba ciertamente reconocida en principio por el derecho romano, pero es indudable que la práctica la admitía, como lo es así mismo que la índole entera de ella era favorable a tal admisión, de suerte que no hay necesidad de hacer demostración alguna tocante al asunto.*”; que en el Código de Teodisiano se establecería que el acusado encontrado culpable por prueba indiciaria debía ser colocado en la misma condición que cuando se lo entregaba culpable por el testimonio o por confesión; que si bien es cierto que la Ley 16, título 47, libro 9 del Código Teodisiano ha sido de controversia, un punto determinante si ésta prescribe toda condena no fundada en la confesión o en el testimonio perfecto, o si prohíbe la pena de muerte por simples indicios, el citado MOMMSEN indica que [...] *la legislación romana no se propuso resolver la cuestión tocante a la manera como al juez hubiere de llegar a convencerse de la culpabilidad del acusado, lo que en las fuentes encontramos respecto del particular no son tanto preceptos legales positivos como reflexiones de la inteligencia de los hombres tan evidentes en principio como difíciles y complicados en su aplicación.*”⁶⁰⁰

⁵⁹⁹ Manuel MIRANDA ESTRAMPES. Ob. cit. p. 222.

⁶⁰⁰ Jorge W. GERMAN R. El Indicio entre los Romanos. En Indicio en Materia Penal. Primera edición. Quito, 1999. pp. 9 y ss. En Indicios y Presunciones. Primera edición. Ediciones Paredes, Caracas, 2000. pp. 473 y ss

El propio maestro español Valentín SILVA MELERO luego de señalar que en el Derecho Romano no se encuentra una doctrina legal ni de los indicios ni de las presunciones, aunque el uso de la prueba indiciaria aparezca confirmado por determinados principios generales y por la práctica judicial, cita a MOMMSEN quien señalaría que el indicio venía a significar “denuncia”, sin perjuicio que el término también se utilizaría en el sentido moderno, aunque en el lenguaje jurídico venga sustituido por las expresiones de “*argumentum*” o “*signum*”, que designaban la posibilidad de un convencimiento judicial sin necesidad de pruebas directas; nos sigue diciendo el maestro español que la Iglesia concedería gran importancia a los indicios dentro del sistema de las pruebas, teniendo con ello ocasión de sistematizarla y estableciendo una clasificación con base en la que el juez podía contar con una valoración predeterminada de los mismos, según su calidad; que en las primeras fuentes canónicas los indicios se encontrarían confundidos con las presunciones, aunque éstas venían consideradas más que como medio de prueba, como sustituto de éstas, confusión que persistiría en los glosadores y aunque luego se produciría su sistematización, se consideraría la prueba indiciaria como inferior a las demás y meramente artificial. Nos sigue diciendo que sería el siglo XVI cuando adquiriría una mayor noción y más exacta valoración, siendo curiosa la tabla de indicios de todas las acciones posibles humanas que presentara Francisco CASONIUS –citado por MANZINI- que la dividiría en ocho grupos: en relación a la persona; causa del delito; hecho anteriores al delito, hecho coetáneos; valoración de las manifestaciones del imputado; valoración del silencio; incluso ante el tormento, entre otros, ello dejando a un lado los llamados “indicios supersticiosos” como la creencia al producirse la presencia del homicida frente al cadáver de la víctima, éste sangraba por la nariz, boca, oídos o heridas.⁶⁰¹

Dicho esto volvamos a la interrogante inicial **¿qué son los indicios?**

Sin perjuicio que este tema será tratado en el punto que sigue, comencemos diciendo que en la doctrina y a lo largo de la evolución de la ciencia jurídica, procesal y probatoria el indicio y la presunción erradamente han sido tratados como nociones similares hasta llegarse a confundir; incluso se ha dicho que se trata de una misma noción cuya terminología varía en el campo de la ciencia jurídica procesal y así para lo que en el sistema de procedimiento penal y para los penalista se considera como indicio, es lo que para el sistema de procedimiento civil y los civilistas identifican con presunción; que el indicio es menor que la presunción o que es más que la presunción; pero y como veremos se trata de nociones diferentes pero relacionadas, el indicio como hecho cierto demostrado y acreditado en el proceso mediante otros medios probatorios, que contiene un argumento de prueba capaz de mostrar otro que sirve a su vez para la formación de la convicción judicial, aportando la fuente que servirá para la comprobación de las afirmaciones de hechos controvertidas en el proceso y que son el presupuesto de la norma que resuelve

⁶⁰¹ Valentín SILVA MELERO. Ob. cit. T. I. pp. 303 y ss.

el caso concreto, mediante el sistema de comparación, de manera que partiendo de un hecho acreditado denominado “indicante” se llega a establecer otro desconocido denominado “indicado”; en tanto que la presunción que puede ser legal o judicial, será el razonamiento lógico y crítico que unirá los hechos señalados, más aún, que permitirá inducir partiendo del hecho conocido el hecho desconocido, de ahí que la noción y naturaleza de indicio se identifique como un medio de prueba, no así la presunción que será el razonamiento que permitirá –como se indicó- allegar a la fuente que generará el hecho indicado para la convicción y certeza judicial-. Lo cierto es que no puede sostenerse –por equivocado- la idea de confundir e identificar al indicio con la presunción, siendo ésta parte esencial en la construcción de la prueba inferencial o indiciaria, uno de sus componentes cuando y como hemos dicho se trata de un medio probatorio crítico, complejo y compuesto de varios elementos que la integran y permiten su formación.

En este orden de ideas podemos citar al maestro español Lluís MUÑOZ SABATÉ quien nos explica el problema del confusionismo entre la noción de indicios y presunciones basado en cuatro posturas que califica como esenciales en torno a la naturaleza del indicio, que miradas y analizadas en el fondo coinciden en el carácter estático del indicio, discrepando respecto al concepto de presunción. Estas posturas son: a. La que *identifica al indicio con la presunción* y es el producto de la resultancia histórica, que y aún cuando en el Derecho Romano aparecieron distanciadas –como veíamos- especialmente del Derecho Romano, sería en la edad media cuando se llegaría a asimilarlas o confundirlas debido a que la palabra *praesumptio* sería usada efectivamente en vez de la palabra *indicium*, similitud que se conservaría hasta la época moderna; que esta identidad puede hallarse por ejemplo –aunque con ciertas ambigüedades- en las obras de MITTERMAIER, BONNIER, PLANIOL, BETTIOL y LESSONA entre otros, sin perjuicio que algunos autores aún conservando su identidad realizan diferencias puramente formales que en definitiva confirman la sinonimia, como es el caso de GORPHE quien opinaría que el término “presunción” es más jurídico y el término “indicio” más científico o CARNELLUTTI, quien en sus “Lecciones Sobre el Proceso Penal” consideraría que los “indicios” pertenecen a la dogmática del Derecho penal y las “presunciones” al Derecho civil; también Vito GIANTURCO quien escribiría que [...] *sólo un defecto de reflexión debido esencialmente al espléndido aislamiento de todos aquellos que se empeñan en considerar como compartimientos estancos las varias ramas de la ciencia jurídica ha determinado el grave equívoco en que ha caído la doctrina*; que en muchos de estos autores –indica el profesor español citado- tal sinonimia se obtiene a base de regresar a una concepción estática, dentro de la que se incluyen no ya los indicios sino también las presunciones, ésta que deja de ser un juicio lógico, un razonamiento discursivo, para convertirse en un hecho que sirve para probar otro; b. La segunda postura se refiere a que *el indicio es menor que la presunción*, lo que parte del hecho de considerar al indicio como equivalente a adminículo o conjetura, algo inferior a la presunción, algo que se le acerca pero que no puede serlo, una especie de

prueba imperfecta o prueba en “potencia” como indica Carlo LESSONA; c. La tercera postura considera que el indicio es más que la presunción, conforme a la cual se sigue concibiendo el indicio desde su perspectiva estática de dato de hecho o afirmación base, más el juicio lógico inferencial que sobre el mismo se establece no se le quiere dar ya el nombre de presunción, sino que por el contrario se considera a la presunción como otro elemento estático, degradándose en consecuencia a la presunción, siendo partidarios de esta tendencia MANZINI -para quien mientras la presunción deviene el resultado de una deducción obtenida de una regla de experiencia, el indicio constituye el fruto de una inducción, en cuanto que a lo abstracto une lo concreto- y SILVA MELERO; y d. La última postura considera al *indicio como hecho-base y la presunción como inferencia* conforme a la cual el indicio no es ningún razonamiento discursivo, no representa ninguna categoría especial de inferencia como en cambio lo es la presunción, sino que equivale solamente a la afirmación base, de la cual parte precisamente aquella; que el indicio de *inde dico* – de allí digo- es el dato inferidor o hecho base –en ciertos casos *facta concludentia*- tratándose así de un elemento de la presunción; que el indicio presenta una imagen estática concebido como dato lógico o premisa menor del silogismo. De esta manera –dice MUÑOZ SABATÉ- para ofrecer una definición de indicio hay que partir de su acepción puramente estática, su propia composición semántica, su sentido etimológico; que en el lenguaje corriente indicio es sinónimo de signo, señal, huella, es la cosa, el suceso, el hecho conocido del cual se infiere otra cosa, otro suceso, otro hecho desconocido; que debe prescindirse en absoluto de considerar al indicio como una forma lógica de pensar, al modo de la presunción, de manera que indicar que un indicio es una presunción resulta absurdo tal como afirmar que una cerilla es igual al fuego; que para no dejar definitivamente resuelto los problemas sobre el confusionismo, es necesario referirse a otro concepto relacionado como lo es la “indicación”, que se trata de la inferencia lógica que parte de un indicio como hecho-base; que como la presunción también es una inferencia lógica que parte de uno o varios indicios, habrá de reservarse el término “indicación” para aquel tipo de inferencia cuyos resultados no rebasen los niveles medios de probabilidad que caracterizan al razonamiento presuntivo, por lo que la “indicación” en definitiva será una inferencia conjetural, aunque algo más que una posibilidad puramente metafísica, incluso que toda inferencia objetiva de un indicio y que no sea presuntiva, forzosamente será una inferencia indicativa; finalmente que el indicio contiene una “**potencia sindrómica**” que es la capacidad que tiene para determinar por sí solo o acumulado con otros indicios una presunción, a diferencia de la “**potencia sintómica**” que es la capacidad indicativa que le resta a un indicio cuando no puede, por sí solo o acumulado a otros indicios, determinar una presunción.⁶⁰²

⁶⁰² Lluís MUÑOZ SABATÉ. Técnica Probatoria. Editorial Praxis, S.A. 2ª edición. Barcelona, 1983. pp. 241 y ss.

2.3. Definición y caracterización.

Partiendo del hecho que en la historia el indicio y la presunción llegaron a confundirse e identificarse, de manera que en ocasiones la doctrina se refiere a uno para tratar el otro, como ya es costumbre haremos una repaso de la misma, tanto foránea como nacional comenzando al efecto con la italiana de la mano del maestro con la Guiseppe CHIOVENDA quien al tratar el tema lo hace en sus Instituciones bajo el título “Presunciones o prueba por indicios” indicando que las presunciones *hominis* o de *facti*, aquellas que sirven al juez como hombre durante la litis para formarse su convencimiento; que conforme a la forma normal como suceden las cosas, un hecho es causa y efecto de otro, o le acompaña, conocida la existencia de uno de los dos hechos, presumimos la existencia de otro; que la presunción es por consiguiente un convencimiento fundado sobre el orden normal de las cosas y que dura hasta prueba en contrario; que la ley llama presunción a los mismos hechos de los que se deduce la existencia de otros; pero con más propiedad –indica- denomínense tales hechos “indicios”; que la relación que tienen las *praesumptiones iuris* con el tema de la prueba, que respecto a su admisibilidad y conforme a la ley, el juez no deberá admitir más que presunciones graves, precisas y concordantes, y sólo en los casos en que la ley admite la prueba testifical.⁶⁰³ Véase de lo escrito por el maestro italiano que existe ese cierto confusionismo producto de la historia y del cual se hacía eco MUÑOZ SABATÉ, con un tratamiento errado de la presunción como indicio aunque reconoce que el indicio es el hecho a partir del cual se deduce otro; pero también observemos que esa pluralidad grave, concordante y convergente a que se refiere la ley cuando se trata de las llamadas presunciones de juez u *hominis* y que se trata de indicios, es limitado sólo a los casos donde es admisible la prueba testimonial, normativa legal que por ejemplo igualmente se ubica en el artículo 1399 del Código Civil venezolano que expresa [...] *Las presunciones que no estén establecidas por la Ley quedarán a la prudencia del Juez, quien no debe admitir sino las que sean graves, precisas, y concordantes, y solamente en los casos en que la Ley admite la prueba testimonial.*” Como hemos visto en su momento al tratar no solamente el tema constitucional que envuelve al derecho probatorio sino también la prueba testimonial como medio, digamos que se trata de otra limitación probatoria en materia de indicios que sometida su admisión a los casos donde igualmente es admisible la prueba testimonial, que sin justificación constitucional alguna lesiona el derecho de acceso al sistema probatoria y a la formación de la convicción judicial, lo que debe reverse mediante el control de la constitucionalidad o la reinterpretación constitucional del asunto que permita el andamiaje del medio probatorio.

⁶⁰³ Guiseppe CHIOVENDA. Ob. cit. T. III. pp. 197 y ss.

ROCCO también se refiere a las “presunciones” concebida como la inducción de un hecho desconocido, en virtud de la existencia de un hecho conocido, partiendo del presupuesto de que tiene que ser verdad para el caso concreto lo que de modo general suele ser verdadero en la mayoría de los casos en que entra el caso concreto; que de esta noción de la presunción y en los términos del artículo 2.727 del Código Civil, puede inferirse que se trata de un medio de prueba, pues cualquiera que sea el medio de prueba del cual se valga el juez –indica- éste siempre sigue el mismo proceso lógico, infiriendo un hecho desconocido de un hecho conocido; que sin embargo –indica- la presunción tiene frente a otros medios de prueba una característica propia, puesto que mientras a través de los medios de prueba de un hecho se deduce lógicamente la persuasión de la existencia de otro que debía ser probado, con la presunción en cambio, de un hecho conocido se infiere, no ya la certeza de la existencia del hecho desconocido, sino solamente la probabilidad de que según las reglas usuales de la vida práctica, aquel hecho exista. Nos dice que las presunciones puede ser de dos especies: *praesuntiones hominis* o también llamadas simples y *praesuntionis iuris* también llamadas legales. Las primeras que son aquellas de donde el juez puede acoger o no según su prudente criterio y que deben ser graves, precisas y concorantes y que sólo puede valer en los casos en que es admisible la prueba testimonial; en tanto que las segundas –legales- son aquellas establecidas por la ley y que vinculan la libertad de apreciación del juez, de manera que por su valor probatorio, sólo pueden ser admitidas aquellas que estén expresamente previstas en la ley, excluyendo la posibilidad de su establecimiento mediante la aplicación de criterios analógicos; que las presunciones legales pueden ser *iuris tantum* o *iuris et de iure*, las primeras que admiten prueba en contrario y las segundas que las interdictan; que la presunción desvirtuable tiene el mismo carácter de medio de prueba que la presunción simple, pero tiene una eficacia mucho mayor –indica- al vincular al juez; que se discute en consecuencia si efectivamente se trata de un medio de prueba o de una dispensa de la carga probatoria relativa a favor de quien se ampara en la misma, quien no obstante de estar dispensado del hecho presumido por la ley, debe acreditar o demostrar el hecho que constituye la premisa y presupuestos de la presunción legal; finalmente y respecto a la presunción *iure et de iure* que la misma no puede ser considerada un medio de prueba, sino norma imperativa que excluye la prueba de un hecho, considerándolo verdadero aunque no lo fuera.⁶⁰⁴ De lo expresado por el maestro italiano también notemos un poco de confusionismo pero –y decimos- que no es del criterio del mismo sino especialmente del contenido de las normas jurídicas citadas y que tratan el tema, pues ROCCO claramente ubica la presunción como un razonamiento lógico, como una inducción de la existencia de un hecho desconocido partiendo de la existencia de otro conocido, que aunque no lo indique claramente se infiere que se trata del indicio; por otro lado no compartimos el criterio de considerar la presunción como un medio de

⁶⁰⁴ Ugo ROCCO. Ob. cit. T. III. pp. 19 y ss.

prueba, pues y como veremos la presunción se trata de ese razonamiento que hace el juez o la ley partiendo del hecho bruto conocido para llegar a otro desconocido que ofrezca una fuente probatoria capaz de servir a la convicción judicial, de manera que lo que se presenta como medio probatorio es el hecho base a partir del cual se descubre el indicado.

Siguiendo con la doctrina italiana nos conseguimos a MICHELI quien trata el tema de las “presunciones” indicando que se tratan de restos de la lógica medieval que todavía resisten por la tradición del derecho común, pero que escapan hoy en día del campo de las pruebas; que con ellas el legislador especifica las reglas de la experiencia que se aplica para llegar a la comprobación del hecho ignorado; que en otros términos el intérprete se remonta del hecho conocido al hecho desconocido, según la regla que le indica el legislador –presunción legal- el cual de este modo ha dado carácter y valor de norma jurídica a una regla de experiencia que, por consiguiente, como norma imperativa, no es ya de libre apreciación del juez; que la presunción se presenta en consecuencia como una forma o modo de formular la norma y de vincular ciertos efectos a la existencia de determinados presupuestos; que las presunciones establecidas en la ley se distinguen en relativas y absolutas, éstas que no admiten prueba en contrario a diferencia de las primeras que sí y que se presentan como reglas especiales sobre la carga probatoria, haciendo recaer la prueba en contrario de lo que se presume a la parte no apoyada ni amparada por la presunción, quien en todo caso tiene que demostrar la base de la presunción; que diferente es el tema de las presunciones simples –*hominis* o *facti*- que no son medios de prueba –a diferencia de las primeras que sí son consideradas como tales por el maestro italiano- sino medios de valoración de las pruebas, con la utilización de las reglas de la experiencia; que [...] *El procedimiento lógico a través del cual el juez pasa del hecho conocido, demostrado con otras pruebas o dado como pacífico por las partes o en cuanto es notorio al juez, es precisamente el indicado por el art. 2727; sobre la base de una regla de experiencia, elegida por el juez con prudencia, él está en situación de remontarse a un hecho desconocido, esto es, de considerar este último como probado en cuanto resulta no necesitado de prueba el hecho conocido a base del cual aquella regla le permite considerar probado el hecho desconocido mismo. (art. 2729 del cód. civ). Y el legislador pone en guardia al juez en la utilización de este delicado procedimiento lógico, no solo acudiendo a su prudencia, sino prescribiendo a dicho juez que él debe admitir las presunciones sólo si son “graves, precisas y concordantes.”*⁶⁰⁵ Vemos de lo dicho por el maestro en comentario el confusionismo sobre el tema, respecto al hecho de considerar la presunción como prueba, no así cuando esta sea de carácter judicial u *hominis*, pero sí cuando es legal; pero también adviértase que se trata de manera igualitaria al indicio y a la presunción, pues y sin considerar la primera ni proceder a su análisis, comprende y hace referencia a la existencia de los hechos indicantes e indicados, la acreditación del primero para llegar al segundo mediante

⁶⁰⁵ Gian Antonio MICHELI. Ob. cit. T. II. pp. 184 y ss.

un procedimiento lógico basado en la prudencia judicial y solo en los casos donde admitan presunciones graves, precisas y concordantes.

LEONE trata el tema en un apartado denominado “Presunciones, Ficciones, Indicios” indicando que las “presunciones” son la inducción de la existencia de un hecho desconocido de la existencia de otro hecho conocido, sobre el presupuesto de que tiene que ser verdadero para el caso concreto lo que ordinariamente suele ser verdadero para la mayor parte de los casos en que ese hecho entra; que las “ficciones” son la atribución a un hecho verdadero, de una figura que se sabe ciertamente que no le corresponde, diferenciándose de la presunción por el hecho de partir del presupuesto que el hecho concreto debe tener todos los caracteres del género de los hechos a que pertenece, habida consideración al *id quod praeunquae accidit* –lo que ocurre en la mayoría de los casos-; que las presunciones pueden ser legales o de derecho si la inferencia de lo conocido a lo desconocido lo hace la ley o de hombre, de hecho o de hombre si la inferencia la hace el juez, tratándose por tanto de una inferencia lógica del juez; que la legal puede ser *iuris tantum* –sólo de derecho- si la inferencia vale hasta prueba en contrario o *iuris et de iure* –del derecho acerca del derecho- si la inferencia vale de manera absoluta, no consintiendo la prueba de la inexistencia del hecho deducido; que en el Derecho procesal no existen “ficciones” y presunciones legales, más sí hay posibilidad de inserción en el proceso penal y en general en todos los procesos de las presunciones *hominis*, cuya máxima expresión la ofrecen la “prueba indiciaria”

Nos dice el maestro italiano que para hacer la reconstrucción de un hecho a través de indicios es necesario: a. Que el indicio sea cierto y no meramente hipotético, de manera que el indicio no descienda en otro indicio o cadena de indicios que haga perder al proceso de inferencia su máxima capacidad de aproximación a la verdad; b. Que la deducción del hecho desconocido del hecho conocido entre en un procedimiento lógico que se inspire en el máximo rigor y en la más absoluta corrección; c. Que a los fines de un correcto, riguroso y controlable procedimiento lógico de deducción de un hecho desconocido de un hecho conocido, debe exigirse la concordancia, que no se refiere a la pluralidad de indicios ya que puede derivarse la prueba de un solo indicio, sino que en la medida que sea plurales estos sean concordantes entre sí, para lo cual se requiere que sean valorados autónomamente a los fines del reconocimiento de las notas de la certidumbre y la gravedad, que confluyan entre sí a una reconstrucción lógica y unitaria del hecho desconocido –se trata de la convergencia indicamos- y para que esto último suceda se requerirá que no contrasten entre sí los indicios y que tenga una coordinación lógica, de manera que no pueden considerarse otro resultado, conclusión o explicación, por lo que [...] *no basta con decir que los indicios llevan unívocamente a una determinada conclusión; es necesario, además, afirmar que no es posible que el desarrollo de los acontecimientos haya sido diferente.*”; que la existencia de la prueba indirecta en forma alguna sustituye la directa, incluso que el proceso indiciario sólo puede ser intentado cuando se hay excluido la

prueba directa y ello lo basa en la diferencia entre la prueba y los indicios; que a la prueba indiciaria se le califica de prueba indirecta y en consecuencia –indica- se contraponen con la directa; que el juez no puede sacar del llamado comportamiento procesal del imputado, decisivos elementos de juicio desdeñando la consideración de que libertad de defensa es también libertad de mentir y de contradecir y rehusando toda valoración psicológica al drama humano en el proceso; que el comportamiento procesal, del imputado en sustancia, puede valer de orden de valoración de la sinceridad o no de una deducción defensiva, pero no puede constituir el fundamento de una responsabilidad.⁶⁰⁶

De lo dicho por el maestro italiano destaquemos inicialmente la clara concepción respecto a lo que se refiere a las presunciones y a las ficciones, no confundidas con el indicio, las primeras como meras inducciones de la existencia de un hecho desconocido de la existencia de otro hecho conocido, inducciones que dependiendo de donde provengan y respecto a la posibilidad de demostrar lo contrario pueden ser legales, judiciales, desvirtuables o indesvirtuables; pero inmediatamente advertimos que no se tomaría en consideración que en el caso de las presunciones judiciales la falencia no solo puede ubicarse en el juicio lógico, en las inducciones realizadas por el judicante, sino que también y como se traslado en igual forma a las presunciones legales puede desvirtuarse y haber falencia en la demostración del hecho base o indicante; también puede haber falencia en el establecimiento del hecho indicado cuando resulte contradictorio, ilógico o absurdo partiendo del hecho base y en función a la inferencia judicial. Luego y respecto al indicio es importante destacar –posiblemente por la tendencia tarifada de la prueba y el sistema inquisitivo- que se prima la prueba directa sobre la indirecta, especialmente que se considera que la prueba indiciaria solo procede en la medida que no existan o descarten la pruebas directas, lo que no es correcto pues en definitiva tanto una como otra, sin preferencia o privilegios pueden conducir a la convicción judicial, aportando las fuentes que sirvan por comparación para la comprobación de los hechos debatidos, de manera que no resulta correcto supeditar la prueba de indicios a la inexistencia de pruebas directas como si de un medio subsidiario o sucedáneo se tratara; finalmente digamos que tampoco resulta del todo correcto el planteamiento conforme al cual la conducta del imputado nunca puede servir para la formación de la convicción judicial, para el establecimiento de su responsabilidad, pues y sin perjuicio del derecho constitucional y humano que lo ampara de la presunción de inocencia que solo puede ser destruido mediante una prueba de cargo suficiente y producida en forma legal, hay que distinguir cuando el imputado y acusado es sujeto u órgano de prueba y cuando es tema u objeto de prueba, caso éste último donde la reticencia pueden conducir a una conducta procesal que genera un indicio apreciable por el judicante, como sucede cuando es objeto de un reconocimiento, inspección, experticia por ejemplo.

⁶⁰⁶ Giovanni LEONE. Ob. cit. T. II. pp. 161 y ss.

Finalmente y en forma más reciente el maestro TARUFFO que cuando las inferencias acerca de la verdad de un enunciado sobre un hecho principal se obtienen asumiendo otro hecho como premisa, éste último que se considerará como un medio de prueba indirecto sobre aquel principal, lo que en el sistema anglosajón es denominado “prueba circunstancial”, “*indizienbewis*” en el sistema alemán, “*présomption de l’ homme*” en el francés, “*presunzione semplice*” en el italiano y “presunciones” en el español; que la estructura fundamental de la prueba circunstancial está determinada por la conexión inferencial por medio de la cual el juzgador vincula una circunstancia –el *factum probans*- con un hecho en disputa – el *factum probandum*-; que el *factum probandum* se describe por medio de un enunciado acerca de un hecho principal y el *factum probans* describe una circunstancia que el juzgador conocer por haberla percibido directamente –como un medio de prueba real- o porque esta circunstancia ha sido demostrada a través de medios de prueba específicos; que el rasgo más importante de la estructura lógica básica de las pruebas circunstanciales es la “inferencia” que el juzgador realizada al conocer el *factum probans* con el *factum probandum*; que a partir del *factum probans* es posible extraer una cantidad teóricamente ilimitada de inferencias, siendo el problema si ese hecho puede ser o no la premisa de una inferencia que conduzca a una conclusión relacionada específicamente con el *factum probandum*, de manera que si esta inferencia es posible, la circunstancia será realmente *probans*, al servir para sustentar una conclusión sobre la verdad de un enunciado sobre un hecho en litigio; y si no lo es, esa circunstancia carecerá de cualquier valor probatorio y no podrá ser considerada propiamente como un medio probatorio y terminando diciendo [...] *Por consiguiente, el núcleo de este razonamiento son las reglas en función de las cuales el juzgador puede realizar las inferencias que vinculan esos hechos. Las reglas más habituales son las generalizaciones proveídas –y justificadas en- el sentido común, la experiencia o la cultura media existente en la época y el lugar en los cuales se toma la decisión.*”, reglas que se conocen como máximas de experiencia.⁶⁰⁷

En la doctrina española comencemos con el maestro SILVA MELERO quien erradamente comienza señalando que y conforme a la jurisprudencia la noción de indicio se desdibuja en el sistema de procedimiento civil identificándose con el penal, de ahí que en el primero se trate a la presunción y en segundo a los indicios, criterio éste que y como hemos señalado resulta incorrecto al pretender hacer una diferenciación de elementos que son tratados –también erróneamente- como igualitario y nos referidos a las presunciones y a los indicios identificados con el sistema de procedimiento civil y penal respectivamente; que el “indicio” es una circunstancia cierta de la cual se puede obtener por inducción lógica, una conclusión sobre el hecho desconocido cuyo esclarecimiento se intenta; que el convencimiento indiciario se basa sobre un silogismo cuya premisa mayor problemática tiene su fundamento en una presunción relativa; que la presunción sirve al indicio del mismo modo que

⁶⁰⁷ Michele TARUFFO. Ob. cit. pp. 104 y ss.

correlativamente éste presta un concurso destacado; que el indicio difiere de la presunción porque el dato genérico o probable añade el específico o cierto. Como apreciamos y sin perjuicio de la confusión y tratamiento igualitario al que nos hemos referido, el maestro español indica que el indicio se circunscribe a una “circunstancia” que podríamos considerar como un hecho –indicante en su caso- que conocido permite por inducción llegar al establecimiento de otro hecho desconocido y que trata de ser probado en el proceso, todo lo que es realizado por la presencia de la presunción que indica “relativa” para el esclarecimiento que se intenta, de manera que en estas afirmaciones conseguimos esos elementos que integran o componen la prueba por indicios y la presencia de la presunción. Más adelante nos dice que en relación al indicio se distingue el “hecho indicante” que para tener trascendencia probatoria debe ser adquirido en términos de certeza, del procedimiento lógico por medio del cual aquel hecho conocido surge con mayor o menor verosimilitud, otro hecho desconocido y que se relacionado con el tema de prueba; que el indicio es un medio de prueba.

Indica el precitado maestro que respecto a la presunción, esta juega un papel destacado y de importancia en la valoración de indicio pero que no puede confundirse, tal como acontece en el Código Civil donde se llama presunciones de hecho a los indicios –tal como igualmente sucede en nuestra legislación- fuentes de convicción que se deducen por vía de inferencias o razonamientos lógicos de determinados hechos, de manera que en cualquier supuesto –indica- el indicio servirá para probar indirectamente un hecho y mientras la presunción tiene un carácter lógico deductivo, el indicio, como cualquier otro medio de prueba lo tiene lógico-inductivo; que en la prueba concurre siempre un dato particular, del que se parte para formar el convencimiento, en tanto que en la presunción los elementos de convicción están formados en la consciencia y proceden de ella de un modo inmediato como categoría lógica derivada del modo corriente de concebir y de entender el mundo externo –se trata de las máximas de experiencia indicamos-; que los indicios pueden clasificarse en necesarios cuando producen consecuencias ciertas e indefectibles y contingentes, cuando solo existe una probabilidad, distinguiéndose además indicios legítimos, ilegítimos, intrínsecos y extrínsecos, remotos, próximos, posteriores, leves, graves, gravísimos, anteriores, posteriores, coetáneos; que respecto al valor probatorio del indicio es igual a todos los demás medios probatorios, siendo mayores o menores en la medida d la conexión lógica entre la circunstancia indiciaria y el hecho a probar –gravedad-.⁶⁰⁸

Por su parte Jaime GUASP trata la materia de las presunciones indicándonos que cuando la prueba mediante la cual se quiere convencer al juez de la existencia o inexistencia de un dato procesal determinado, no utiliza como instrumento una persona ni una cosa, sino un acaecimiento –hecho o acto- se produce la llamada prueba por presunciones o presunción, que consiste en [...] *aquella prueba que emplea*

⁶⁰⁸ Valentín SILVA MELERO. Ob. cit. T. I. pp. 303 y ss.

*un cierto acaecimiento para convencer al Juez de la verdad o falsedad de un dato procesal. El nombre de esta prueba, por su insuficiencia terminológica, no alude a la esencia de este medio, sino a la operación realizada por él por el juez, pero tampoco son plenamente satisfactorias, a este respecto, otras posibles denominaciones, como la de prueba de indicios, prueba de conjetura o prueba de inducción o deducción; ahora bien, una vez aclarado el concepto de la prueba, la falta de propiedad del nombre no debe provocar ningún error.”; que las presunciones pueden ser establecidas por la ley o *iuris* y las formadas por el juez, a iniciativa de parte o no, llamadas presunciones *hominis*, el primero –indica- que no es un medio de prueba sino simplemente un desplazamiento del objeto de la prueba, en tanto que el segundo responde a un verdadero y auténtico concepto de medio de prueba; que en cuanto a la naturaleza jurídica de la presunción indica que se trata de un verdadero medio de prueba caracterizado o especificado tan sólo por la índole particular del instrumento probatorio que en ellas se utiliza; respecto al procedimiento probatorio nos dice que no existe un verdadero como tal, pero que no obstante sí hay un “procedimiento lógico” constituido por la operación mental o raciocinio del juez, en el que se ofrece y éste recoge, en su caso, el tránsito de un acaecimiento conocido a otro desconocido, dato procesal a probar, lo que caracteriza –indica- el verdadero carácter de medio de prueba de la presunción; que [...] Para que exista una presunción como medio de prueba es necesario, pues, en primer término, que se dé un cierto acaecimiento positivo o negativo, del que ha de deducirse el que se quiere conocer. Este acaecimiento puede designarse con el nombre de hecho base, entendiendo la palabra hecho en sentido amplio, o más técnicamente indicio, y habrá de convencerse el Juez de su existencia o inexistencia para que quede asegurada la viabilidad de la presunción. Así se deduce del artículo 1.249 del CC, según el cual “las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado”; si bien el adverbio “completamente” no debe entenderse en el sentido de que haga aquí falta una de las llamadas pruebas plenas. Para demostrar aquí el hecho indiciario puede utilizarse cualquiera de los medios de prueba normales: confesión, testigos, peritos, documentos, monumentos, reconocimiento judicial y hasta nuevas presunciones. E incluso cabe imaginar la posibilidad de una presunción que se base en acaecimientos, no extrajudiciales, sino producidos dentro del proceso con vistas precisamente a formar la convicción judicial. Estos acaecimiento provocados ante el Juez para convencerle la existencia o inexistencia de un cierto dato, serían, pues, experiencias (observaciones, análisis, cálculos) realizadas en el proceso como parte de un medio de prueba.”⁶⁰⁹ Como podemos apreciar de lo escrito por el maestro español existe un claro confusionismo sobre el tema, al considerar la presunción como un medio de prueba cuando ésta sea legal más no judicial, así como su identidad con el indicio, el cual no es considerado sino únicamente como uno de los elementos de la prueba por presunción. También interesa destacar que es considerada la conducta de la parte como una forma de obtener o producirse el hecho base de lo que considera GUASP la presunción como medio de prueba, cuando en realidad se trata de un indicio endoprocesal producido por la precitada conducta de las partes que pueden conducir al establecimiento y acreditación del hecho*

⁶⁰⁹ Jaime GUASP. Ob. cit. T. I. pp. 382 y ss.

desconocido que es la fuente probatoria que sirve al proceso para formar la convicción judicial al ser comparada con los hechos nucleares o institucionales expuestos por las partes como fundamentos de sus diferentes pretensiones y que son la base de hecho de la norma que contiene las consecuencias que se pretenden en el proceso judicial.

José María ASECIO MELLADO al tratar el tema se refiere a las “presunciones” considerándolas como medio de prueba cuya regulación se ubica en el Código Civil, caracterizado y diferenciado de otros medios probatorios por su naturaleza indirecta o indiciaria.; que la presunción consiste en un procedimiento mediante el cual y en virtud de los distintos elementos que la integran, se construye o forma la convicción judicial en relación con los hechos que se pretenden probar; que mediante las pruebas denominadas directas el órgano jurisdiccional alcanza certeza acerca de los hechos debatidos a través de un simple razonamiento de credibilidad sobre las personas que ofrecen datos de interés para la causa, en tanto que en las presunciones el razonamiento judicial es algo distinto y de mayor extensión, que partiendo de la vista de determinados hechos alegados por las partes que de por sí, y por su carácter indirecto, nada dicen u ofrecen, pero que mediante un razonamiento lógico deductivo, pueden conducir a afirmar una consecuencia humanamente aceptable acerca de los hechos objeto del proceso; que a pesar de constituir la presunción un medio de prueba ordinario, goza de carácter supletorio en materia civil, pues sólo puede acudirse a ellos en caso que no puede formarse la convicción en base a pruebas directas; que los elementos de la presunción están constituidos: a. Por el “indicio” que –indica- es el hecho indirecto que viene a constituir la base de la presunción y sobre la que se asientan el resto de los elementos, el cual debe estar probado por prueba directa; b. El hecho presumido o consecuencia que es el hecho que pretende probarse y que se afirma como consecuencia de una deducción que el juez efectúa a partir de los indicios; y c. El enlace entre ambos hechos, que –indica- es un elemento esencial de la prueba de presunciones constituido por el razonamiento indiciario que no es más que el razonamiento lógico deductivo por medio del cual se afirma un hecho consecuencia a partir de estimar que los indicios llevan necesariamente a admitir tal conclusión y no otra.⁶¹⁰ Véase el confusionismo del maestro sobre el tema la considerar la presunción como un medio de prueba compuesto por los elementos indiciarios, donde destaca el hecho base, el hecho desconocido y la relación causal, elementos éstos propios del indicio como medio de prueba que permite obtener la fuente probatoria que produce el establecimiento del hecho indicado o desconocido, partiendo del argumento probatorio que contiene el hecho indicante o base que debe a su vez estar acreditado en el proceso por un medio de prueba, como consecuencia del razonamiento lógico o científico que realice el judicante o la ley vía inducción; de esta manera debe tenerse claro que la presunción no es un medio de prueba y el indicio si lo es, compuesto

⁶¹⁰ José María ASECIO MELLADO. Ob. Cit. T. I. pp. 209 y ss.

por elementos dentro de los que se ubica la presunción como un mero razonamiento lógico o científico que por inducción llevan a conocer un hecho desconocido partiendo de otro conocido; se trata de un medio probatorio –el indicio- complejo y compuesto que ubica como uno de sus elementos la presunción.

Juan Luis GÓMEZ COLOMER al tratar el tema de las presunciones como “método de prueba” y conforme a la nueva LEC 1/2000,⁶¹¹ señala que los preceptos del Código Civil dedicado a las precitadas presunciones han sido derogados por la LEC, no tratándose de medios probatorios sino simplemente un “método probatorio” no una actividad probatoria; que la presunción –siguiendo a MONTERO AROCA- consiste en el razonamiento en virtud del cual, partiendo de un hecho que está probado o admitido por las dos partes, se llega a la consecuencia de la existencia de otro hecho, que es el supuesto fáctico de una norma, atendiendo el nexo lógico existente entre los dos hechos; que no se trata de un medio de prueba, tampoco en sentido estricto de una actividad probatoria, sino de un “método de prueba” que partiendo de un hecho conocido, base o indicante –indicio- se llega al establecimiento de otro hecho indicado o desconocido. Indica el precitado maestro que la presunción como “método de prueba” se descompone:

- a. La afirmación base, hecho base o indicio, que constituye el punto de apoyo de la presunción, hecho que debe ser afirmado por las partes y probado pudiendo para ello utilizarse “cualquier medio de prueba”;
- b. La afirmación presumida o hecho presumido, que es la consecuencia que se deduce del hecho base o indicio, que también ha de ser afirmado por las partes y que es el supuesto de hecho de la norma cuya aplicación se está pretendiendo en el proceso; y c. El nexo o enlace entre ambos hechos, que es lo que hace posible la formación de la presunción en el enlace o nexo lógico que existe entre el indicio y el hecho presumido, siendo dicho nexo en realidad la presunción propiamente dicha, la cual en algunas ocasiones viene dado por la ley y en otros por el juez. Véase el criterio del profesor español que tratamos, la claridad sobre el tema de la presunción y su funcionamiento, que no constituyendo un medio de prueba se presenta como un “método de prueba” que permite llegar y establecer un hecho desconocido partiendo de un hecho base y conocido –demostrado- conforme al nexo causal que viene representado por el enlace lógico de un razonamiento que puede ser prefijado por el legislador o establecido por el juez; se trata de una noción interesante que y sin entrar al análisis de la prueba por indicios, partiendo de las meras presunciones permite obtener una clara diferenciación y entender que se trata de un “método de prueba” que permite la obtención de un hecho que como fuente probatoria conduce a la convicción judicial; pero también destaquemos que al descomponerse ese “método de prueba” además del nexo lógico que es la presunción propiamente dicha, se hace referencia a la presencia del indicio no solo como hecho indicante sino como indicado, ambos que deben ser afirmados por las partes como fundamentos de las pretensiones y el primero –hecho base- que debe ser demostrado y con cualquier medio probatorio, esto

⁶¹¹ La regulación de las presunciones se ubica en el artículo 385 de la LEC.

último que deja de manifiesto un avance en la doctrina pues y como hemos visto al analizar los demás autores, siempre parten de la premisa que el hecho indicante debe acreditarse por un medio de prueba directo. Sin perjuicio de lo dicho el único y eventual reparo a lo expresado por GÓMEZ COLOMER vendría dado por la noción limitada del indicio propiamente dicho, únicamente conectado con el hecho base o indicador –también indicante- pues y como expondremos en su momento, el indicio es un medio de prueba complejo y compuesto, conformado no solo por el hecho base, sino también por el hecho indicado y la presunción, que en un todo forma la prueba indicial.

Más adelante el precitado maestro nos dice que las presunciones verdaderas y que pueden considerarse como tales son las relativas o *iuris tantum*, que admiten prueba en contrario y donde el enlace o nexo lógico viene previamente determinado por la ley –la presunción propiamente dicha como razonamiento lógico- para lo cual será necesario que haya quedado establecido el hecho base o indicio, de manera que acreditado el hecho base operará la presunción, la cual podrá ser desvirtuada con prueba en contrario o atacando la prueba del hecho base, no así la presunción que viene establecida por la ley; finalmente y respecto a las presunciones judiciales indica que al contrario de las anteriores, la presunción, el enlace o nexo lógico es realizado por el juez.⁶¹²

Sin perjuicio de lo que hemos indicado en párrafos anteriores, MUÑOZ SABATÉ en una obra relativamente reciente -2009- nos dice que el indicio desde una perspectiva histórica es la huella estampada, el hecho histórico y sus circunstancias, más desde una perspectiva jurídica es el hecho-base en el cual se asienta una presunción, el hecho que permite presumir otro, que contienen una “*potencia sindrómica*” traducida en la capacidad que tiene de determinar generalmente acumulado a otros indicios una presunción, a veces suficiente por sí sola para rendir prueba plena de un hecho, sin perjuicio de la “*potencia sintómica*” que es la capacidad indicativa que le resta al indicio cuando no puede por sí solo o acomodado con otros determina una presunción, pero que sirve para corroborar otras pruebas directas –efecto comodín- como en la prueba testifical o para dar lugar a un mero acreditamiento, que en el caso penal podría servir por ejemplo para ordenar la escucha telefónica. También se refiere al “indicio endoprosesal” que es aquel cuya fuente se obtiene de la conducta de las partes en el proceso y de la cual puede inferirse presunciones incriminatorias –contra se- o excriminatorias –pro se- lo que puede extraerse de las actitudes, formas de expresión –lógica, emocional, coherencia, tonalidad; que tienen carácter de indicios de anormalidad el tono, coyuntura, la *inexplicatio*, los de conducta omisiva, oclusiva, mendaz y hesitativa –los cuales trataremos más adelante-; que la rebeldía también puede generar un indicio endoprosesal.⁶¹³

⁶¹² Juan Luís GÓMEZ COLOMER. Derecho Jurisdiccional II. pp. 341 y ss.

⁶¹³ Lluís MUÑOZ SABATÉ. Curso de Probática. pp. 143 y ss.

NIEVA FENOLL al tratar el tema en el sistema de procedimiento penal español escribe que la “presunción” no es un medio de prueba, a pesar que las legislaciones antiguas con frecuencia la trataran como tal, prohibiendo que pudiera condenarse a una persona solamente a través de indicios –Partida III, título XIV, Ley 12, conforme al cual *criminal pleyto que sea movido contra alguno en manera de acusación o de riepito debe ser provocado abiertamente por testigo; o por cartas o por consciencia del acusado y no por sospechas tan solamente-* como parte del sistema de prueba legal; que la presunción también se ha calificado como prueba “indirecta” cuando lo que sucede –indica- es que ni siquiera es prueba, siendo sólo una forma esquemática de exponer el razonamiento propio de la lógica formal, que se expresa a través de la descripción de un silogismo donde la premisa menor está conformada por el hecho base o indicio, la premisa mayor por una máxima o criterio lógico y la conclusión por el hecho presunto, desconocido indicado; que a través de un hecho que se considera seguro –indicio- se deduce, utilizando el razonamiento lógico, el acaecimiento de otro hecho, desconocido y que se quiere averiguar –hecho presunto-; que se trata del esquema aristotélico que describe simplemente el pensamiento, cuyo éxito ha permitido explicitar también de ese modo el propio juicio jurisdiccional, a través del llamado silogismo judicial; que teniendo en consideración esa realidad, se comprueba que la presunción no es un acontecimiento aislado en el razonamiento probatorio de un proceso, sino que se trata de una constante en cualquier enjuiciamiento, dado que siempre se intenta la averiguación de unos hechos delictivos –hechos presumidos- a través de la reflexión –criterio lógico- sobre la existencia de unos vestigios –indicios- siendo que solo en los delitos flagrantes podrían producirse sentencias condenatorias teóricamente sin acudir al razonamiento presuntivo, pues aun así, el testimonio de los que presenciaron el hecho no deja de ser un indicio para el juez, que no lo presenció, lo que evidencia que también en estos casos el juez usa el razonamiento presuntivo; que la presunción en definitiva es una simple descripción del razonamiento y no se puede juzgar legítimamente sin razonar, por lo que en todo enjuiciamiento se podrá encontrar ese esquema de pensamiento, circunstancia esta –indica- que permite apreciar la impropiedad histórica de haber prohibido la “prueba indiciaria”, incluso la improcedencia de llamarla “prueba indirecta”. Importa destacar de lo que escribe el profesor español y respecto a las Partidas que prohibieron condenar con meras presunciones, que se trató de una impropiedad de confundir indicios con presunciones, pues siendo ésta última un razonamiento propio de la lógica formal, siendo absurdo considerar que no podría condenarse enjuiciando, lo que se quería decir simplemente era que no se condenara sin indicios, a través de simples rumeres, que el juzgador no se basara en hipótesis mal construidas, con presunciones indebidamente conformados sin indicios suficientes o hechos base, lo que –indicamos- difiere mucho del hecho de considerar que no puede enjuiciarse y condenarse con la utilización de presunciones, así como la interdicción o inexistencia de indicios, pues y como se indica la condena podría producirse con la

aplicación de presunciones que permitieran establecer, partiendo del hecho indicante, el hecho indicado que permite producir la fuente que permite conocer la culpabilidad del acusado.

La consecuencia de lo dicho nos dice el profesor de la Universidad de Barcelona es que [...] *No obstante, la prohibición se interpretó extensivamente en la práctica, y pese al alzamiento de dicha prohibición en las leyes actuales, la jurisprudencia sigue mirando con cierto recelo a las presunciones, habiendo existido polémica sobre si se podía condenar a través de una sola presunción, cuando en realidad lo que quería decirse es si la recogida de un solo vestigio bastaba para condenar a una persona. Y lógicamente la respuesta depende del vestigio de que se trate y de su mayor o menor relación con el hecho delictivo, lo que debe valorar el juez razonándolo debidamente, es decir, construyendo inevitablemente la presunción. También se ha exigido en la jurisprudencia que los diferentes indicios no sean contradictorios entre sí para poder formar debidamente lo que Muñoz Sabaté denominó una presunción polifásica, es decir, un razonamiento presuntivo fundamentado en diversos indicios.*⁶¹⁴ Destaquemos de todo lo expresado por el profesor español que la presunción no es un medio probatorio, que siendo un razonamiento propio de la lógica formal, se ubica como uno de los elementos esenciales de la prueba o medio de prueba indicial, que en base a su mayor o menor relación con el delito que se juzga, por sí solo puede conducir a la destrucción de la presunción de inocencia al erigirse como una prueba de cargo que permite la convicción judicial; pero además esa presunción que es el nexo o juicio lógico que permite llegar al hecho juzgado partiendo de un hecho conocido, se expresa a través de un propio método aristotélico silogístico donde la premisa menor es el hecho indicante, la premisa mayor es la máxima de experiencia o criterio lógico –incluso crítico y científico- y la conclusión el hecho desconocido o indicado.

Finalizando la doctrina española y nuevamente en el marco del sistema de procedimiento penal nos topamos con MIRANDA ESTRAMPES, quien comienza el tratamiento del tema que nos ocupa con el estudio de la prueba directa e indirecta que conforme al Tribunal Constitucional Español se trata de una clasificación donde [...] *la prueba directa es aquella en que la demostración del hecho enjuiciado surge de modo directo e inmediato del medio de prueba utilizado; la prueba indirecta o indiciaria es aquella que se dirige a mostrar la certeza de los hechos (indicios) que no son los constitutivos del delito, pero de los cuales puede inferirse estos y la participación del acusado por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se trata de probar.*”; que para que puede afirmarse –indica el autor- que mientras en la prueba “directa” se obtienen afirmaciones instrumentales que, previa su depuración son susceptibles de ser comparadas directamente con las verdades en los escrito de conclusiones definitivas, en las indirectas las afirmaciones instrumentales, depuradas, que se obtienen permiten a su vez extraer nuevas afirmaciones que son las que se utilizarán como término de comparación con las que se realizaron en los mencionados escritos de acusación y defensa. De lo dicho por el precitado autor podemos apreciar e inferir inmediateamente que

⁶¹⁴ Jordi NIEVA FENOLL. Fundamentos de Derecho Penal. pp. 273 y ss.

la prueba “directa” es aquella que mediante medios probatorios utilizados llevan al proceso las fuentes probatorias depuradas que directamente sirven para la verificación de los hechos afirmados por las partes en sus escritos de acusación o defensa –para el caso penal- mediante su comparación con aquellas fuentes; en tanto que la “indirecta” solo permite aportar la fuente probatoria que servirá extraer nuevas fuentes probatorias –lo que denomina afirmaciones- que son las que en definitiva servirán para la convicción judicial al posibilitar la verificación de los hechos debatidos afirmados en los escritos de acusación y defensa mediante su comparación con aquella fuente probatoria extraída de otra, circunstancias éstas que lo llevan –correctamente- a precisar –siguiendo al maestro SERRA DOMINGUEZ- que realmente entre la prueba directa e indirecta –indiciaria- no existe en realidad una diferenciación, pues [...] *lo que sucede es que ambas operan en dos planos o niveles diferentes.*”, vale decir, que mientras una produce la fuente probatoria de manera directa, la otra su obtención es partiendo de otra fuente probatoria que no sirve para la verificación de los hechos, pero de la cual puede inferirse esa fuente que sí sirve a tal fin, pero que en definitiva ambas –en niveles y momentos diferentes, incluso por procedimientos diferentes- allegan al proceso fuentes probatorias para la formación de la prueba en sentido judicial y conforme a lo que hemos estudiado en su momento al tratar el tema en cuestión; que a pesar de la disparidad de criterios en cuanto a la configuración de la prueba por indicios, el Tribunal Constitucional español ha admitido la prueba –medio- indiciaria como mínima actividad probatoria de cargo válida y capaz para la destrucción de la presunción de inocencia, señalando al efecto que [...] *el derecho constitucional a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal se pueda formar sobre la base de una prueba indiciaria.*”; que aunque el precitado Tribunal Constitucional en principio utilizaría la expresión “indicio” conforme a la forma señalada, luego la denominaría “presunciones judiciales” como prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, afirmando que la prueba de presunciones es llamada impropia en el proceso penal como “prueba indiciaria” -SS.T.C. 169/1986, de 22 de diciembre y 111/1990, de 18 de junio- de lo cual se hiciera eco el Tribunal Supremo español reproduciendo la misma definición en cuanto a las “presunciones judiciales” e indicando que la misma servía como prueba indirecta –circunstancial o indiciaria- para romper la membrana de la presunción de inocencia como parte de una mínima actividad probatoria y que [...] *la denominada prueba indiciaria no era más que la aplicación al proceso penal de la prueba de presunciones judiciales propia del proceso civil utilizando, en múltiples ocasiones, la expresión prueba de presunciones para referirse a dicha prueba de indicios e indiciaria.*” Lo dicho hasta aquí nos permite señalar el confusionismo en el tratamiento del tema indiciario y de las presunciones judiciales, lo que y como hemos dicho en puntos anteriores ha partido de la premisa que se trata de una misma cosa, de una prueba judicial que adopta diferentes denominaciones respecto al tipo de procedimiento, siendo el “indicio” utilizado en el proceso penal, la mutación o traslado de la prueba por presunciones judiciales del proceso

civil, lo que insistimos es errado cuando precisamente el indicio es un medio probatorio complejo y compuesto –como veremos- que comprende como uno de sus componentes a la presunción judicial, que no es más que el razonamiento lógico y crítico basado en reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos o técnicos, para inferir vía inductiva-deductiva una fuente probatoria que ofrecerá un hecho desconocido, partiendo de un hecho conocido o indicador acreditado en el proceso.

Este confusionismo al cual hacemos referencia es justificado por el precitado profesor español, al indicarnos que desde la edad media y en las Partidas –como explicáramos al tratar el tema histórico de este medio probatorio- los términos “indicios” y “presunciones” han sido utilizados de una manera equivalente, incluso no como un medio de prueba pleno capaz de generar una sentencia de condena, aunque luego se admitiría para tal fin pero interdictando la pena de muerte, lo que deja de manifiesto el trato indiscriminado y además menospreciativo de este medio probatorio frente a la prueba directa, de la cual muchos autores se hacen eco –como lo explica el precitado profesor- y que afirmamos que hemos sido incluso testigos de especialistas y doctores en materia procesal y penal –en nuestro país- que a esta altura, no solo confunden los conceptos sino que peor aún, le restan importancia a la prueba de indicios dándole un tratamiento inferior como si de mera conjetura o sospecha se tratara, de ahí que MIRANDA ESTRAMPES nos diga acertadamente [...] *A nuestro juicio, el papel de la prueba indiciaria en el proceso penal no debe quedar reducido al de un mero sucedáneo de la prueba directa, siempre que sea utilizada con rigurosidad y seriedad, como hemos afirmado. Su plena admisión en el proceso penal al mismo nivel que la denominada prueba directa vendrá dada cuando consideremos a la prueba indiciaria no como un concreto medio de prueba, sino como una institución probatoria que presenta una estructura idéntica a la de la presunción judicial, y, por tanto, como elemento útil y adecuado para la formación de la convicción judicial; y al indicio como uno de los elementos que forma parte de esta compleja estructura.*” De esto y sin perjuicio de la terminología utilizada que confunde el indicio y la presunción judicial, así como a la consideración de no ver al indicio como un “medio” probatorio, indicamos la correcta postura al respecto, primero al considerar al indicio como un complejo que sirve para la convicción judicial y fundamentalmente que se trata de un elemento “complejo” una “completa estructura” que ubica como uno de sus elementos al “indicio” lo que lógicamente se refiere a “hecho indicante” o “hecho indiciario”, pero también –y decimos- ubica en esta “estructura” a la presunción como razonamiento o juicio lógico y crítico; pero también y cuando el precitado profesor nos dice que la institución probatoria del indicio se presenta con una estructura idéntica a la de la “presunción judicial”, debemos entender que existe un hecho indiciario, indicador, indicante o base, un hecho desconocido o indicado y finalmente un nexo o relación lógica y crítica que los une, lo que no es más que la presunción propiamente dicha como razonamiento inferencial.

Expresa el precitado profesor español que el “indicio” es el hecho base de una presunción y la “prueba indiciaria” como la “presunción formada en un proceso penal”; que [...] *El indicio y la presunción no son, por tanto instituciones probatorias diferentes*”; que [...] *Hecha esta afirmación podemos concluir que las diferencias entre la presunción judicial, como institucional del proceso civil, y la prueba indiciaria, típica del proceso penal, no radican ni en su estructura ni en su significación probatoria, sino en el diferente protagonismo que tienen en ambos tipos de procesos. Frente a la escasa importancia de la presunción judicial en el proceso civil, destaca la enorme trascendencia de la prueba indiciaria en el proceso penal, lo que ha determinado que SERRA DOMINGUEZ afirmara que “en la práctica la gran mayoría de los procesos penales deben fallarse mediante presunciones extraídas de los indicios antecedentes, coetáneos o consiguientes a los supuestos delictivos”*. Como hemos explicado y seguiremos explicando no podemos concebir al indicio y a la presunción como figuras idénticas que bajo una misma denominación de “presunciones judiciales” tengan mayor importancia o peso en el sistema de procedimiento penal frente al sistema de procedimiento civil, pues la presunción judicial no puede ubicarse como un medio de prueba judicial capaz de formar la convicción, tampoco como un medio capaz de producir una fuente probatoria para la certeza judicial, como sí sucede en materia de indicios; se trata –la presunción- de un mero razonamiento del legislador o del juez –según su fuente- basado en reglas lógicas, máximas de experiencia y conocimiento científicos –según la regla que deba aplicarse- que permite inferir por inducción y deducción fuentes probatorias, lo que en el marco de los medios probatorios denominados indirectos parten de un hecho conocido o acreditado en el proceso y conducen al hecho indicado que y como tal es la precitada fuente probatoria que sirve para el convencimiento judicial, de manera que estamos frente a un medio probatorio complejo, completo, de estructura compuesta al comprender varios elementos sin los cuales no puede realizarse la construcción del medio probatorio y producir su fin. Sin perjuicio de lo dicho y que son los argumentos que nos permiten separarnos del distinguido profesor, éste nos dice que respecto a esa “estructura completa” y añadimos “compleja” del indicio, partiendo del supuesto que en materia penal la prueba indiciaria se desenvuelve a través de la presunción judicial, que presenta idéntica estructura y función probatoria –de ahí que afirme [...] *Por ello quizás sea más apropiado hablar en el proceso penal de presunciones y no de indicios o prueba indiciaria*.”, lo que no compartimos como hemos dicho, está compuesta por: a. *El indicio como hecho o afirmación base*, que tendrá trascendencia o significación probatoria –indica- sólo cuando se le considere como la afirmación base de una presunción –de un razonamiento lógico indicamos- por lo que –sigue diciendo- el indicio por tanto no es equivalente a la presunción sino que constituye el hecho base de la misma, el punto de arranque o de apoyo, el elemento estático frente al elemento dinámico –éste último entendido como el nexo o enlace entre el hecho demostrado y el que se trata de demostrar- no siendo tampoco –el indicio- un medio de prueba sino un dato fáctico que debe quedar acreditado a través de los medios de prueba previstos en la ley; b. *La afirmación presumida*, que es

aquella que se obtiene a partir de la afirmación base y por consiguiente distinta a ésta última –se trata del hecho indicado o desconocido, también por probar- y que es la que sirve como fuente al proceso judicial para la certeza o convicción; y c. *El enlace entre la afirmación base y la afirmación presumida*, que nos es más que el nexo lógico que permite el paso de la afirmación base a la afirmación presumida, tratándose de una operación mental, de un razonamiento discursivo. En este sentido se indica que el Tribunal Supremo español en sentencia de la Sala 2ª de 14 de octubre de 1986, precisa la concurrencia de los siguientes requisitos para la construcción de la prueba indiciaria a saber [...] *para la eficacia de esta prueba circunstancial o indiciaria resulta preciso la existencia de las notas siguientes: a) La primera nota exigible para tomar en cuenta esta forma de actividad probatoria es la necesidad de que el indicio no sea aislado, sino que exista una pluralidad. No pueden indicarse con carácter nomotético, como hacen algunas legislaciones extranjeras, cuál haya de ser el número preciso, pero sí se ha de recalcar que esos hechos periféricos absolutamente probados a partir de los que se fija la existencia del indicio sean más de uno. b) En segundo término, tales hechos han de estar absolutamente probados en la causa, y demostrados por prueba directa; precisando además ostentar la nota de derivarse de hechos, sucesos o acontecimientos no desconectados del supuesto delito, dicho de otro modo: es necesario que los indicios hagan relación, material y directa, al hecho criminal y a su agente, pues de lo contrario se estaría en el vedado campo de las presunciones en contra del reo y se estaría vulnerando el expresado derecho fundamental a la presunción de inocencia. c) Resulta también preciso que entre los hechos fundantes de los indicios exista una armonía o concomitancia, a fin de que la convicción del juez se forme carente de toda duda razonable. d) Por último, también puede ser fuente de indicios los denominados por la doctrina científica “contraindicios”; ya que si el procesado, que en forma alguna tiene carga probatoria de su inocencia al estar amparado por la presunción de inocencia, formula unas alegaciones exculpatorias que la prueba posterior revela falsas y no acaecidas, tal circunstancias pueden servir corroborativamente para establecer su culpabilidad.”*

Ya finalizando con el profesor español que nos ocupa importa destacar el criterio –correcto, constitucional y garantista- que sostiene respecto a la promoción del medio probatorio en la acusación, donde el acusador debe señalar y poner de manifiesto en su correspondiente escrito o libelo acusatorio, los hechos indicantes, indicadores o base –que además deben estar demostrado y al efecto producir su prueba si es el caso- a partir de los cuales se pretende inferir el delito y la participación del acusado en el mismo, lo que permitirá el ejercicio del derecho constitucional de la defensa por parte del acusado;⁶¹⁵ pero nosotros agregaríamos que además del señalamiento y acreditación del hecho o hechos indicadores, de ser plurales y contingentes el acusador tendría la carga alegatoria y probatoria de su autenticidad –para descartar azar y falsificación- su gravedad, concordancia o concurrencia -sin perjuicio de la convergencia- señalando el hecho indicado o desconocido que es fundamento de la acusación y que puede comprobarse con la fuente que se obtenga del complejo u compuesto medio probatorio indiciario, incluso diremos que

⁶¹⁵ Manuel MIRANDA ESTRAMPES. Ob. cit. pp. 217 y ss.

sería interesante que éste sugiriera –aunque es un tema exclusivamente del judicante- el razonamiento lógico que permita inferir el hecho indicado partiendo del indicante, de manera que la carga alegatoria y probatorio en este medio de prueba es complejo para ofrecer una construcción completa que permita conocer en sí la estructura del precitado medio y la eventual ejercitación del derecho constitucional de la defensa, bien mediante la oposición a la admisión del medio, bien para la contradicción en bilateralidad en la audiencia pública y oral que permite atacar el hecho base o indicador, mediante la aportación de contraindicios, de pruebas que demuestren que se trata de mero azar, causalidad y falsificación el tema de los hechos indicadores, sin perjuicio que también podrá el acusado atacar el razonamiento lógico del judicante para la construcción de este medio –la presunción judicial- o producir medio probatorios que infirmen al hecho indicado, tal como lo veremos en su momento.

Repasando la doctrina argentina comencemos con Antonio DELLEPIANE –ya citado en párrafos anteriores- para quien los indicios es todo rastro, huella, vestigio, circunstancia y en general, todo hecho conocido, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido; que la teoría del indicio se resume a la teoría de las probabilidades, conforme al hecho que el indicio reúna más probabilidades en pro o menos en contra así será de afirmar más o menos ciertamente; que la prueba por indicios resulta del concurso de varios hechos que demuestran la existencia de un tercero, que es precisamente el que se pretende averiguar; que todo indicio produce mayor convicción en la medida que se excluyan mayor número de diferentes explicaciones del hecho; que los indicios deben ser “concurrentes” y “convergencia”, lo primero que se refiere a los hechos indicantes que tiene que relacionarse y lo segundo a las inferencias o deducciones que deben converger en una misma conclusión partiendo de los hechos indicantes relacionados; que las condiciones de la prueba por concurso de indicios se refieren: a. A los indicios o hechos indicadores, donde se ubica que los mismos deben estar comprobados por medio de pruebas directas, aunque nada quita que pudiera ser por prueba compuesta por pruebas directas imperfectas, el haber sido sometidos al análisis crítico encaminado a su verificación, precisarlos y valorarlos, así como la necesidad que se trate de indicios independientes que no provengan de un mismo origen respecto a la prueba o que constituyan momentos o partes sucesivas de un mismo proceso o hecho accesorio; b. A la combinación o síntesis de los indicios, donde destaca que sean varios y concordantes, lo primero cuando no puedan dar lugar a deducciones concluyentes como fundadas en leyes naturales que no admiten excepción, requisito este que ha tenido diferente tratamiento en la doctrina, respecto a la necesidad de la pluralidad o que uno solo baste para la formación de la convicción judicial, a lo que nos responde el maestro argentino que los indicios se pesan, más que se cuentan, siendo la mejor prueba de ello que un solo indicio informativo, el *alibi* o *negativa loci*, destruyen todo el sistema de cinco o más indicios graves, precisos y concordantes; en

tanto que lo segundo –concordancia- se referirá al ensamble entre sí, que permitan producir un todo coherente y natural, donde el hecho indiciario tome su respectiva colocación en cuanto al tiempo y el lugar; c. A la combinación de las inferencias indiciarias de manera que sean “convergentes” para que todas reunidas no puedan conducir a conclusiones diversas; y d. A las conclusiones mismas que deben ser inmediatas, en el sentido que no sea necesario llegar a ellas a través de una cadena de silogismos, sumado al hecho que las conclusiones excluyan hipotesis de acciones probables del azar o la falsificación de la prueba.⁶¹⁶

Siguiendo con la precitada doctrina argentina es el turno del maestro ALSINA para quien los “indicio” son todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y en general todo hecho conocido, debidamente demostrado o comprobado, susceptible de llevarnos por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido; que tanto pueden pertenecer al mundo físico como al de la conducta humana y así –señala por ejemplo- que una persona que huye suministra un indicio por ser la reacción normal en el delincuente, conducta que igualmente puede producirse –indica- conforme a la actitud que asuma la parte en el proceso civil que puede influir en el criterio del juez; por su parte que la presunción es la consecuencia que se obtiene por el establecimiento de caracteres comunes en los hechos, lo que supone –expresa- una doble operación mental inductiva y deductiva, por el primero donde se eleva de los hechos a un principio general y por la segunda que en iguales circunstancias éstos se comportarán en la misma manera; que el indicio y la presunción son dos conceptos independientes pero que se complementan; que un hecho, una cosa, una actitud, se transforman en indicios en cuanto indican la existencia de una relación mediante la cual puede presumirse la existencia de otro hecho del que es atributo. La presunción sería la operación mental en la que y por aplicación de esa relación, pueden llegarse al conocimiento de ese hecho; que el indicio es así el punto de partida para llegar a establecer una presunción, de manera que [...] *Por eso la prueba por presunción constituye un silogismo, en el que la premisa mayor es el principio general, la premisa menor es el hecho conocido y la conclusión el hecho que se desea conocer.*” Hasta lo aquí dicho por el maestro argentino observamos una clara diferenciación y relación entre el indicio y la presunción, el primero como el hecho que debe acreditarse y que se tiene como existente para llegar al establecimiento de otro hecho desconocido y que en definitiva será –indicamos- la fuente probatoria que sirve para la comprobación y convicción judicial; en tanto que la presunción será el juicio lógico, la operación mental que partiendo de ese hecho conocido puede llevarnos por inducción y deducción al hecho desconocido.⁶¹⁷ No obstante a ello observamos que el maestro se contradice en algún momento cuando sostiene que [...] *La presunción es, por lo tanto, la consecuencia que se obtiene por el establecimiento de caracteres comunes en los hechos.*”, de lo cual se

⁶¹⁶ Antonio DELLEPIANE. Ob. cit. pp. 57y ss.

⁶¹⁷ Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. pp. 683 y ss.

aprecia una errada identificación entre el hecho indicado o desconocido –que es la consecuencia de esa operación lógica y crítica- con la precitada operación mental que simplemente se presenta como la relación que permite llegar del hecho conocido al desconocido y no como la consecuencia que se obtiene por el establecimiento de caracteres comunes en los hechos. También debemos diferir del señalamiento que la presunción sea una prueba que se constituye por silogismos, pues y sin perjuicio de la aplicación del método silogístico la presunción no se presenta como una prueba, ni cuando no admite prueba en contrario –*iuris et de iure*- y que simplemente es una verdad legal establecida por el legislador, ni cuando admiten tal prueba en contrario –*iuris tantum*- que y sin perjuicio de su consideración como verdades provisionales o interinas, lo que se presentan es como reglas de distribución de carga probatoria – especialmente de eximente de prueba a quien lo favorece-; la presunción judicial en todo caso es la consecuencia de la regla de experiencia para llegar al hecho desconocido, no siendo ni prueba ni objeto de la misma; es la “inferencia” lógica basada en normas generales de la experiencia o principios científicos que partiendo de un hecho indicante permite establecer un hecho indicado o desconocido, inferencia que puede ser judicial o legal según del sujeto que emanen, de manera que tenemos que los “indicios” son medios de prueba y las presunciones no.

Nos sigue diciendo el maestro ALSINA que debe distinguirse entre “presunción” y “ficción”, la primera que es la consecuencia jurídica que se saca del hecho que se tiene por existente –que y como hemos indicado erradamente se confunde con el hecho indicado o desconocido- y la “ficción” se funda en un hecho conscientemente inexistente, simples mentiras técnicas consagradas en la ley por necesidad como por ejemplo que el heredero continua la persona de su causante, que existen muebles por accesión y por representación, que junto a las personas hay personas jurídicas con iguales derechos en orden patrimonial y hasta moral –decimos-; que mientras la ficción se funda en hecho inexistente las presunciones tienen por objeto suplir la insuficiencia de la prueba directa –carga probatoria-; que en ocasiones el legislador utiliza la ficción para fundamentar una presunción, dando por cierto un hecho positivamente falso, como por ejemplo cuando nos dice que la ley es conocida por todos –la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento conforme al artículo 2 del Código Civil venezolano- presunción que se funda en una ficción al conocer claramente el legislador que la verdad es todo lo contrario, que el ciudadano desconoce la ley, pero las exigencias del sistema jurídico se lo impone porque de otra manera no podría justificar el principio de obligatoriedad de la ley.

Más adelante y un párrafo titulado “La Presunción como Prueba” nos dice que la presunción a diferencia de otras pruebas que generan una apreciación inmediata o directa, produce una apreciación inmediata o indirecta, de ahí –indica- que se le llame prueba circunstancial o artificial; que las presunciones pueden ser legales o judiciales, las primeras que pueden ser *iuris et de iure* o *iuris tantum*, indicando que

el primero de los casos y respecto a la prueba en contrario, ello no impide destruir o atacar la misma cuando por ejemplo no está acreditado o está mal acreditado el hecho base del cual parte la presunción, pues lo que no se permite es atacar el razonamiento –presunción legal indicamos- o la inexistencia del hecho presumido –indicado o desconocido- de manera que nada impedirá justificar que el hecho que se invoca como antecedente no existe o no es el que específicamente requiere la ley.

En cuanto a los indicios los clasifica de la siguiente manera: a. *Próximos o remotos*, los primeros que tienen una relación directa con el hecho, pero sin que lo hagan suponer necesariamente, como por ejemplo en materia penal la compra de instrumentos para cometer el delito, en tanto que los “remotos” son hechos que no tienen más que una relación indirecta, como por ejemplo los antecedentes de acusado, clasificación que importa a los fines de la determinación del elemento de “gravedad” de los indicios; b. *Antecedentes, concomitantes o subsiguientes*, los primeros constituidos por los actos preparatorios que pueden relacionarse directamente con el hecho que se trate, por ejemplo la amenaza y la discusión con la víctima o la amistad o relación familiar entre vendedor y comprador en casos de simulación; los segundos que se producen al mismo momento que el hecho que se trate, por ejemplo el haberse encontrado el arma del delito junto a la víctima, la declaración de haberse abonado el precio antes de la escritura para la simulación; y el “subsiguiente” son aquellos posteriores al hecho que se trate, como la fuga del acusado, la falta de entrega de la cantidad del precio en la venta. En cuanto a los requisitos o condiciones de admisión de los indicios y siguiendo a DELLEPIANE señala: a. Que se encuentren demostrados o comprobados a través de un medio de prueba directo, aunque pudiera ser compuesta utilizando medios probatorios directos imperfectos; b. Haber sido sometidos al análisis crítico encaminado a su verificación, precisarlos y valuarlos de cuyo análisis habría salido, si no con un valor numérico, provistos con la etiqueta de graves, medianos o leves; c. Que sean independientes, de manera que no deben contarse como indicios distintos los que tiene el mismo origen con respecto a su prueba, ni los que constituyan momentos o partes sucesivas de un solo proceso o hecho accesorio; d. Que sean varios cuando no puedan dar lugar a deducciones concluyentes –indicios necesarios- como los fundados en leyes naturales; e. Que sean concordantes de manera que se ensamblen o relacionen entre sí produciendo un todo coherente y natural, en el cual cada hecho indiciario tomará su respectiva colocación en cuanto al tiempo, lugar y demás circunstancias; f. Que las inferencias indiciarias sean convergentes, que todas reunidas no puedan conducir sino a una misma conclusión; g. Que las conclusiones sean inmediatas, no siendo necesario llegar a ellas a través de una cadena de silogismos; y h. Que las conclusiones excluyan la hipótesis de la acción probable del azar o de la falsificación probable de la prueba.⁶¹⁸

⁶¹⁸ Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. pp. 686 y ss.

KIELMANOVICH expresa que en ciertas ocasiones el conocimiento de los hechos que interesan al proceso, no pueden alcanzarse a través de un medio de prueba que los constata por sí mismos, sino indirectamente mediante la prueba de ciertos y determinados hechos que no están constituidos por la representación de éstos, y a partir de los cuales se induce mediante un argumento probatorio, según normas de experiencia común o científica del magistrado; que el hecho que se quiere probar, el hecho objeto de la prueba, no es conocido a través de la percepción del juez o de un tercero, sino mediante su deducción a partir o derivada de un hecho previamente probado, el hecho que sirve para la comprobación de aquél, como lo es el “indicio”, siempre que aparezca por obra de un juicio lógico; que se trata del hecho base a partir del cual puede inferirse la presunción; que la presunción judicial, simple o de hombre en este orden de ideas –expresa- el juicio lógico que el juez extrae de los hechos probados, que nos constituyen la representación de los que se conceptúan o se establecen como objeto de la prueba, sino que permiten su deducción, con un variable grado de probabilidad o certeza; que las presunciones pueden ser legales o judiciales, las primeras desvirtuables o no, caso este último que no constituyen presunciones como tal sino simples normas jurídicas; que en cuanto a los indicios se trata de una prueba lógica, crítica e indirecta, un medio autónomo de prueba o singular para la demostración de los hechos controvertidos y conducentes al proceso; que para la demostración de los hechos en el proceso, para la convicción judicial no es necesario la presencia de indicios plurales –varios indicios- basta uno sólo al efecto, cuando siendo necesario de manera infalible demuestra la existencia o no del hecho investigado, más cuando son contingentes, si hará falta su pluralidad. Finalmente se refiere a la conducta de las partes como fuentes indiciarias que pueden conducir a la convicción judicial respecto al hecho debatido en el proceso, como el caso –expresa- del demandado que rehúsa someterse –sin justa causa- a una pericia genética, a raíz de la cual podría establecerse o no en el proceso la paternidad con un alto grado de certeza; que la conducta del litigante, la postura que asuma, los argumentos de que se valga, pueden suministrar indicios acerca de su desempeño y la seriedad de sus razones; que la conducta de la parte genera un indicio que permite y mediante una presunción llegar a la demostración de un hecho en el proceso, conducta que puede ser omisiva, oclusiva, contradictoria o mendaz, cuyo denominador común será la inobservancia de la carga de colaboración en la producción de la prueba; finalmente y citando a CALAMANDREI indica que cuando la parte no colabora con la justicia, citada personalmente para un interrogatorio no acude sin justa causa, no permite la realización de una inspección incluso –decimos- cuando no exhibe un documento, se genera un indicio procesal en su contra.⁶¹⁹ Es importante señalar y sin perjuicio de lo que diremos en su momento, que en los casos de indicios generados por las conductas de las partes en el proceso, incluso por y en actos extrajudiciales –endoprosales o exoprosales- para no fomentar un juego procesal sucio

⁶¹⁹ Jorge L. KIELMANOVICH. Ob. cit. p. 493 y ss.

donde el juez sorprenda a las partes en su decisorio, en un sistema constitucional y garantista debemos tener presente la necesidad que el judicante ante la presencia y detección de los precitados indicios, los haga del conocimiento de las partes para que estas puedan controlar tal situación y defenderse, por ejemplo mediante la argumentación y eventual –si es el caso- demostración de las causas que han justificado determinada conducta procesal, lo que influirá de manera importante en la construcción de la prueba indiciaria por el juez partiendo del hecho indicante –conducta de las partes- para establecer el hecho –fuente- indicado que ayudará a la formación de la convicción judicial.

Siguiendo en la doctrina argentina nos topamos con BACRE quien trata primeramente las presunciones indicando que estas pueden ser legales o judiciales, las primeras donde el legislador determina a priori, mediante un razonamiento, tener por cierto un hecho, sea en forma definitiva –*iure et de iure*- o provisional mientras no se pruebe en contrario –*iuris tantum*- partiendo en ambos casos de la alegación y acreditamiento del hecho indicador; que en la segunda –judiciales- es el juez quien a través de su propio razonamiento y partiendo de los “indicios” llega a la demostración de un hecho cuya prueba directa ha sido imposible de concretar; que tanto en una como otro tipo de presunción se parte de tres elementos, hecho indicante que debe estar acreditado, razonamiento lógico –que puede venir del legislador o ser realizado por el juez, de ahí la diferenciación- y el hecho indicado o que se presume. Indica que [...] *No siempre es posible la prueba directa de los hechos, porque muchas veces ellos acontecen sin la presencia de testigos o desaparecen sin que pueda constatarse su existencia por el examen personal del juez, ni aun con el auxilio de la pericia. Al abolirse el tormento como medio absoluto para obtener a toda costa la confesión del imputado, creció la importancia de la prueba indiciaria tanto en el proceso penal como en el civil. Así, el juez, ante el resultado negativo de la prueba confesional, se vería privado de elementos de juicio, si la naturaleza no viniese en su auxilio proporcionándole ciertos datos que le permiten, mediante el raciocinio, reconstruir los hechos tal como han ocurrido. Los hechos, en efecto, ocupan un lugar en el tiempo y en el espacio, y, aun aquellos cuya existencia ha sido transitoria. Dejan generalmente huellas, que, combinadas entre sí, hacen posible descubrir sus caracteres. El culpable ignora, por lo general, los vestigios, rastros, huellas, que ha dejado en el lugar en que cometió el hecho ilícito o por lo menos los considera sin ninguna importancia; la marca de la suela de sus zapatos en el piso; un botón caído en el mismo sitio suministra un indicio vehemente, más si coincide con el que le falta a su camisa; una mancha de sangre en su vestimenta atestigua su participación en el acto violento. Las técnicas modernas de investigación de huellas y rastros, de los distintos tipos de sangre, de identificación de materiales utilizados en vestimentas y armas, de comparación de voces, cabellos humanas, de identificación de armas de fuego y sus proyectiles, etcétera, ha aumentado considerablemente la importancia y el empleo práctico de la prueba de indicios. En el proceso penal es una prueba fundamental e indispensable en la mayoría de los casos, sin la cual quedarían impunes innumerables delitos.*”

Que el indicio se diferencia de la presunción, el primero que se trata de un hecho, una cosa, una actitud que se transforma en indicio cuando indican la existencia de una relación mediante la cual puede

presumirse la existencia de otro hecho del que es un atributo; la presunción es la operación mental en la que, por aplicación de esa relación, puede llegarse al conocimiento de ese hecho; que el indicio en sí es el punto de partida para llegar a establecer una presunción, de manera que la prueba indiciaria se constituye en un silogismo, donde la premisa mayor es el principio general, la premisa menor el hecho conocido y la conclusión el hecho que se desea conocer; que en el concepto de indicio debe considerarse principalmente el “hecho fuente de prueba” o indicador, pero también la relación lógica que existe entre aquel hecho y el que se pretende probar, que se conoce mediante la operación lógica mental del sujeto que lo valora, el argumento probatorio que permite darle al primer hecho el carácter de prueba del segundo, de manera –indica- que el indicio suministra el argumento y la parte o el juez deducen de él un argumento, siempre que el hecho consienta y el hombre realice la construcción. Diferencia el precitado autor argentino la presunción –la cual indica es la consecuencia jurídica que se saca de un hecho que se tiene por existente- de la “ficción” la cual se funda –expresa- en un hecho conscientemente inexistente, cuya función responde a las exigencias de un sistema jurídico, [...] *mentiras técnicas consagradas por la necesidad.*”, como las ha definido IHERING –citado por el autor en comentario.⁶²⁰

Finalmente y en la doctrina argentina pero esta vez en el marco del sistema de procedimiento penal no topamos con JAUCHEN quien nos dice, que el indicio se considera como un elemento de prueba, siendo todo dato o circunstancia debidamente comprobado en la causa por vía de un “medio de prueba”, dato que puede surgir del dicho de testigos, del contenido de la declaración del imputado, de un dictamen pericial, una inspección o cualquier otro medio de prueba, que constituye un elemento probatorio del cual el juzgador, mediante un razonamiento lógico, puede inferir otro hecho desconocido; que es la operación mental por medio de la cual se toma conocimiento de un hecho desconocido por inferencia que sugiere el conocimiento de un elemento comprobado, elemento éste que no es otra cosa que el “indicio”, no un medio de prueba en el sentido técnico de éste último –indica-; que la prueba reside en la inferencia que conduce del elemento probatorio conocido al hecho sometido a prueba, siendo esto lo que caracteriza su naturaleza indirecta, aunque –indica- toda prueba indirecta y en el caso del indicio se trataría de una prueba doblemente indirecta, al estar apoyado siempre sobre los datos suministrados por otros medios de prueba, lo que a su vez son indirectos en relación al hecho histórico objeto de la causa; que los indicios en materia penal se refieren al tiempo y lugar del delito, configurando puntos de partida importantes, tanto en la investigación con el la toma de la decisión jurisdiccional y que estos indicios “físicos” o también denominados externos –lugar, modo, tiempo, presencia del imputado en la escena del crimen o sus alrededores- no pueden ser inconciliables respecto a los indicios “psicológicos” o también conocidos como internos, de manera que imputado debe ser compatible con los motivos o

⁶²⁰ Aldo BACRE. Ob. cit. T. III. pp. 343 y ss.

móviles establecidos y con la personalidad del acusado, circunstancia esta de importancia para saber al efecto que la prueba indiciaria sería insuficiente cuando se contrapusiera con la personalidad del acusado y sus antecedentes, sumado al hecho que no pudiera verificarse razonablemente el móvil que el mismo tuvo para realizar el hecho punible; que el material indiciario es incompatible cuando no incluye al mismo tiempo en su globalidad los indicios materiales y los psicológicos o morales, ambos que son imprescindibles ya que si no se cuentan con los primeros –indicios materiales- no podría considerarse probado el hecho y en caso de sí contarse pero no existir indicios de carácter psicológico, el hecho no tendría justificación o explicación alguna. Importa destacar el criterio del autor argentino al precisar que ambos indicios son concurrentes –deben confluír- y no pueden considerarse en forma aislada al poder conducir fácilmente al error judicial.

Respecto a la clasificación de los indicios y luego de repasar la doctrina –FRAMARINO, ELLERO Y GORPHE- señala que los mismos pueden considerarse atendiendo: a. *Indicios de presencia u oportunidad física*, que parte necesariamente de la previa comprobación del hecho delictivo, de la presencia del acusado en el lugar del hecho y al tiempo de cometerse el mismo, incluso en sus alrededores, siendo que este indicio puede extraerse de la propia declaración del imputado o acusado y en caso de no reconocimiento, de cualquier otro elemento como la declaración de testigos, rastros, huellas, sangre, trozos de indumentarias dejados en el lugar del suceso, entre otros, destacándose que por sí solo no es prueba de la participación en el hecho, solo de la presencia en el lugar del crimen, siempre –claro está- que no se produzcan pruebas que desvirtúen tales circunstancias como argumentaciones demostradas que en el lugar en que se cometió el delito se ubicaba en un lugar distante al que ocurrió el hecho o que su paso por el sitio fuera mera coincidencia; b. *Indicios de participación en el delito*, que pueden obtenerse de rastros, huellas y objetos dejados en el lugar del suceso criminoso, que deben ser sometidos a los rigurosos análisis científicos y técnicos, donde resulta de vital importancia por ejemplo las pruebas de ADN sobre materiales orgánicos, sangre, saliva, semen, orina, sudor, pelos, expresiones dentales, entre otros y que mediante peritaciones pueden revelar la identidad del culpable con elevado grado de certeza, como también ocurre cuando se consiguen en el domicilio del acusado o en su posesión objetos del hecho punible y que permiten inferir que fueron utilizados en el mismo por éste, aún cuando pueden igualmente ser desvirtuadas mediante –por ejemplo- las explicaciones necesarias que justifiquen de manera verosímil la situación y que pueda ser comprobada por otros medios probatorios; c. *Indicios provenientes de la personalidad*, que tiende a considerar la conducta anterior y posterior del sujeto respecto al momento del hecho delictivo, que permitir inferir la “capacidad delictiva” que conduzca a presumir su autoría en el hecho que se investiga, por ejemplo cuando hay una inclinación de la persona a la acometida de delitos sexuales, atentado contra la vida, la propiedad, lo que puede ser acreditado por la reiteración de los actos

o reincidencia en los mismos, siendo excepcional los casos de delincuentes “múltiples” donde tenga un patrimonio delictivo amplio que comprenda varios tipos pues y como dice ELLERO citado por el precitado profesor argentino [...] *La vida anterior hace presumible que la vida consecutiva debe ser análoga; porque ordinariamente, los hombres no cambian; más bien, el mal empuja al mal, al abismo llama al abismo.*”, de manera que la personalidad de los sujetos y sus costumbres pueden decir mucho de ellos, especialmente cuando constituye una máxima de experiencia que las personas no cambian de un día para otro, aunque advierte que se trata de indicio sumamente delicado pues no necesariamente la conducta externa de los sujetos es la representación de su verdadero “yo”, indicando finalmente que este tipo de indicios es esencial para la defensa en aquellos casos que se expone como eximente la buena conducta del imputado o acusado; d. *Indicios sobre el móvil delictivo*, que parte de la premisa de no existir acto voluntario sin motivo o móvil, salvo casos de actuación por impulsos incontenibles como dolor, pasión, alcohol, estado tóxicos o patológicos, siendo lo normal que las personas en mayor o menor medida tengan conciencia de la existencia de prohibiciones de ciertas conductas y de que las mismas conllevan a sanciones, lo que justifica que aquella persona que con este conocimiento decide romper la ley penal, es por una causa o móvil como el de obtener ventajas, odio, venganza o cualquier otro elemento objetivo o subjetivo que sea más fuerte que la necesaria compostura a guardar para no transgredir la ley y considerar con desdén la eventual sanción. De esta manera nos dice JAUCHEN que estos objetivos son los motivos o móviles de los que y cuando el individuo ha obrado voluntariamente, es importante indagar para encontrar el justificativo del acto delictivo, que relacionado con el indicio psicológico de la capacidad delictiva conduce a la obtención del material probatorio de cargo de gran peso en la convicción judicial contra el acusado; e. *Indicios de actitudes sospechosas*, que son extraídas de conductas anteriores y posteriores al hecho delictivo, que por su especialidad o singularidad permiten inferir su relación con el hecho punitivo, lo que puede manifestarse en palabras, conversaciones, emociones, amenazas, entre otros, colocando como ejemplo de ello los casos de aquellos delincuentes de escasa cultura que cuentan sus delitos para obtener el respeto y admiración de otros delincuentes, que luego son delatados ante las autoridades por prostitutas o alguno de los integrantes del grupo que pueden ser un agente encubierto o informante, pero también se presenta en los casos donde la persona oculta los instrumentos con lo que ha cometido el delito, la vestimenta ensangrentada, documentos, entre otros, que como indicios o manifestaciones posteriores al delito permiten inferir la culpabilidad del sujeto que se trate; y f. *Indicios derivados de mala justificación*, que pueden extraerse de la declaraciones del propio imputado, que dando su versión sobre los hechos y las razones del mismo, no lo hace de manera lógica, racional, razonable, sino contradictoria, ambigua, insuficiente de manera que no logre dar una respuesta satisfactoria y justificada respecto a los suficientes elementos de convicción que lo incriminan en un hecho punible. Al respecto expresa [...] *si sus justificaciones son*

*inaceptables, ambiguas, equívocas, tendiente a eludir una respuesta concreta, deficientes, inventadas o mendaces, todo lo cual también debe comprobarse, ello configurará un refuerzo de aquellos indicios, dando lugar a edificar una plataforma de cargo desfavorable a su situación procesal. Pues si bien ese momento todos o algunos de los indicios eran equívocos, su mala justificación viene a otorgarle un valor eficaz, paradójicamente más aún que si no hubiere explicación alguna.”*⁶²¹ Esto último –decimos- de suma importancia pues recordemos que en el marco del sistema de procedimiento penal y como consecuencia del derecho a la presunción de inocencia el imputado o acusado no está obligado a declarar y esa conducta no puede ser considerada como un indicio en su contra, más si decide voluntariamente hacerlo y cumpliéndose con todos los requisitos y procedimiento correspondientes, resguardándosele sus derechos constitucionales de aplicación procesal, ante la presencia de indicios en su contra, de fuentes probatorias que lo incriminen en un determinado hecho, la mala justificación respecto a los mismo, incluso la mentira corroborada, constituirán un elemento más que complementa los elementos probatorios ya obtenidos y servirán para la formación de la convicción judicial que puede terminar en la presencia de una prueba de cargo suficiente para producir una sentencia de condena.

Pasando a la doctrina colombiano comencemos con el maestro Antonio ROCHA ALVIRA para quien la noción de “indicio” está unida indisolublemente a una operación mental de inferencia, de deducción, de conclusión, de demostración; que el indicio se descompone en un hecho que indica, otro que es indicado y una relación de causalidad, concomitancia o conexión entre aquél y éste; que el indicio es una presunción no establecida por la ley sino por el juez, diciéndose –indica- que se presume un hecho cuando se deduce de ciertos datos antecedentes o circunstancias conocidas, que sin son determinados por la ley, no ubica ante las presunciones legales, las que pueden ser legales propiamente dichas o judiciales; que el indicio es una presunción judicial; que los requisitos de los indicios señalarse en que el hecho básico o indicador esté plenamente probado, que siendo varios o plurales –salvo que sea necesario- no se refieran a uno solo, esto es, que los varios argumentos no dependan de un mismo argumento, que sean graves, precisos y concordantes y finalmente que el hecho o acto jurídico que se trate de demostrar indicialmente, sea susceptible de esta clase de prueba –se refiere a la idoneidad del medio-.⁶²²

Siguiendo con el maestro Hernando DEVIS ECHANDÍA éste nos indica que el indicio se considera como aquel hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquel se obtiene, en virtud de una operación lógica-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos; que en el concepto de indicio debe considerarse principalmente el hecho fuente de prueba, pero también la relación lógica que existe entre aquel hecho y el que se pretende probar, que se conoce mediante la operación mental del sujeto que lo

⁶²¹ Eduardo M. JAUCHEN. Ob. cit. pp. 583 y ss.

⁶²² Antonio ROCHA ALVIRA. Ob. cit. pp. 571 y ss.

valora, el argumento probatorio que permite darle al primer hecho el carácter de prueba del segundo; que en virtud del argumento lógico que suministra el hecho indicador, que puede ser cualquier hecho – material o humano, físico o psíquico, simple o compuesto- el operador de justicia infiere con mayor o menor seguridad, como algo cierto o simplemente probable, la existencia o inexistencia del hecho que se investiga o hecho desconocido, siendo que la inferencia realizada no es otra cosa que la presunción judicial u *hominis*, por lo que el indicio puede ser cualquier hecho –material o humano, físico o psíquico, simple o compuesto- dándosele al concepto de hecho el significado amplio que se utiliza para determinar en abstracto el objeto de las pruebas judiciales, siempre que de él sea posible obtener un argumento probatorio, fuerte o débil, pleno o incompleto, para llegar al conocimiento de otro hecho que es objeto de la prueba, mediante una operación lógica-crítica; que cuando el legislador autoriza al juez para considerar cierto un hecho si existe “prueba de indicios” y cuando éste declara en su sentencia que exista tal prueba, se refieren al resultado del medio probatorio, a que en virtud del indicio necesario o del conjunto de indicios contingentes, debidamente establecidos en el proceso, exista la certeza o pleno convencimiento de tal hecho; nos dice el maestro –luego de pasearnos por la doctrina- que los indicios son un medio de prueba y que aquellos criterios que no lo consideran así –como el caso de FLORIAN y SHÖNKE- parten del error de contemplar el hecho en sí mismo, separado del argumento probatorio que de él obtiene el juez y que constituye su fuerza probatoria, así como en el hecho de confundir la prueba del hecho indicador con el indicio que éste contiene y que constituye un medio autónomo de prueba, de manera –indica- que la circunstancia de que el hecho indiciario –indicador- sea objeto de prueba, no excluye su condición de medio de prueba respecto al hecho indicado que y al igual que otros medios, se trata de una prueba –medio- autónomo; que el indicio probado por otros medios probatorios, es a su vez vehículo o conducto que le suministra al juez argumentos probatorios para formar el convencimiento judicial respecto al hecho que se investiga. En cuanto a la naturaleza de los indicios expresa que se trata de un medio de prueba crítica, lógica e indirecta, no siendo una prueba ni histórica ni representativa; que es un error considerar que una prueba incompleta o imperfecta puede ser considerada como un indicio, pues ello es desnaturalizar el concepto de prueba indiciaria que consiste siempre en hechos plenamente demostrados por cualquier medio conducente y solo en esta medida, es que puede ser considerado la existencia de un hecho indicante que puede conducir a la construcción de la prueba indiciaria que generará esa fuente probatoria que representa el hecho indicado y que sirve para la formación de la convicción judicial. De esta manera indica que el indicio no es una prueba de segunda clase, ni un principio de prueba, sino que y como cualquier otro medio probatorio puede conducir a la plena convicción judicial, a la certeza sobre los hechos que se debaten y a la convicción, siempre que se cumplan con sus requisitos intrínsecos y extrínsecos como medio probatorio autónomo que es.

Más adelante nos dice que existe una clara diferenciación entre los indicios y las presunciones, aún cuando algunos autores tiendan a confundirlo e identificarlos como es el caso de MITTERMAIER, BONNIER, GIANTURCO, LESSONA, GUASP, DE PINA, PLANIOL Y RIPERT, TOCHA PALACIO, entre otros, lo que igualmente ocurre en materia legislativa como es el caso venezolano —que también señala como ejemplo— que al ser tratados como presunciones judiciales realmente se refiere a los indicios; que [...] *el indicio es el hecho conocido, del cual se obtiene, mediante una operación lógica-crítica, un argumento probatorio que permite inducir de aquel, otro hecho desconocido; la presunción judicial o de hombre es un principio lógico, basado en máximas generales de la experiencia o en conocimientos especializados (que suministran los peritos), que le sirve al juez para determinar el valor probatorio del indicio o de otra prueba cualquier. Su confusión resulta ilógica y absurda. El indicio es la prueba y la presunción judicial la consecuencia de la regla de experiencia o técnica que permite valorarla y que, como explicamos en otros lugar (cfr., t. I, núm. 40. e infra, núm. 311), no es prueba ni objeto de prueba. Por esto mismo el indicio puede ser anterior, coetáneo o posterior al hecho desconocido que se investiga, mientras que la presunción judicial surge necesariamente después que el hecho investigado ha ocurrido y se produjo la prueba con la cual se pretende verificarlo, cuando a tal prueba se aplica la correspondiente regla general de experiencia o la técnica que los expertos suministrar para apreciar su mérito o eficacia.*”; que la presunción es la inferencia que del hecho indicador como fuente probatoria obtiene el juez, respecto a la existencia o inexistencia de otro hecho, al aplicarle la regla de experiencia general o técnica, o que el legislador impone cuando es una presunción legal, lo contrario al indicio que es el hecho conocido, aunque probatoriamente será inseparable del argumento lógico-crítico que del mismo se obtiene.

Finalmente y al tratar el tema de las “presunciones” nos enseña el maestro colombiano que la misma es [...] *un juicio lógico del legislador o del juez, en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho (lo segundo es presunción judicial o de hombre), con fundamento a las máximas de la experiencia, que le indican cuál es el modo normal como suceden las cosas y los hechos. Desde otro punto de vista y cuando son simples presunciones de hombre, son principios lógicos basados en las reglas de la experiencia, que permiten una correcta valoración de las pruebas; por consiguiente, no son en realidad presunciones, sino reglas del criterio del juez. Cuando la presunción es creada por el legislador, sea iuris tantum o iuris et de iure, se considera definitivamente cierto el hecho (en las últimas) o provisionalmente mientras no se suministre prueba en contrario (en las primeras); cuando una simple presunción judicial o de hombre, por lo general se considera ese hecho simplemente como probable, a menos que por basarse en una ley física inmodificable o por tratarse de varias deducidas de un conjunto de indicios graves, precisos y concordantes, otorguen certeza sobre tal hecho; pero la prueba la constituyen el indicio necesario o los varios indicios contingentes o los demás medios de los cuales obtiene el juez los argumentos probatorios.*”; indica que las presunciones legales tiene principalmente una función sustancial y extraprocesal, además de la indirecta probatoria, al darle seguridad a ciertas situaciones de orden social, político, familiar y patrimonial, como a la legitimidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio, la

posesión de tierras, ejercicio de derechos políticos, entre otros, siendo meras reglas jurídicas sustanciales para la aflicción del derecho objetivo a ciertos casos concretos, cuyos efectos sustanciales se producen fuera del proceso y son reconocidos en éste, donde también influyen en el tema de la carga probatoria, todo lo contrario a las presunciones judiciales o de hombre que sólo cumplen su función dentro del proceso, sin ser medios de prueba; que en cuanto a la naturaleza jurídica de las presunciones, cualquiera sea su forma nos dice que no son un medio de prueba.⁶²³

Nos importa destacar de lo expresado por DEVIS ECHANDÍA dos nociones fundamentales: la primera se refiere a que los medios de prueba incompletos o imperfectos no pueden mutar o considerarse como indicios, al desnaturalizar la esencia de ésta última que parte de la premisa fundamental del alegato de un hecho que debe estar demostrado con medios probatorios plenos, completos y perfectos –hecho indicante, base o indicador- para que mediante un razonamiento lógico-crítico pueda conducir al establecimiento de un hecho investigado o debatido en el proceso y que es fundamento de las diversas pretensiones, al proporcionar una fuente probatoria que permite la convicción judicial al compararse con los hechos institucionales debatidos y expuestos en la contienda judicial; de esta manera existen dos fuentes probatorias, la primera que vendrá dado por el hecho base que no es suficiente para la convicción judicial, pero que debiendo estar demostrado en forma correcta y completa en el proceso y mediante el precitado juicio lógico permite llegar por vía de inferencia a otro hecho desconocido, el cual precisamente será la segunda fuente probatoria que sí servirá para la mentada convicción judicial. En este orden de ideas si estamos frente a un medio probatorio incompleto, imperfecto como pudiera suceder en materia de confesión, testimonial, inspección o reconocimientos, experticias o documentales, si no sirven como prueba directa o indirecta de los hechos, sean o no históricos o críticos, para la demostración de los hechos debatidos en el proceso, para proporcionar al judicante la fuente probatoria para la comparación con los hechos institucionales o nucleares afirmados y debatidos, que permita alcanzar la convicción judicial traducida en certeza, mucho menos podrían ser considerados como válidos para el acreditamiento o demostración del hecho indicante de la prueba indicial para llegar a la fuente que se pretende y que estará representada por el hecho indicado. Al respecto observamos que el maestro colombiano nos dice que cuando estamos ante una prueba imperfecta o incompleta [...] *apenas servirán, aisladamente, como un argumento probatorio insuficiente, y, reunidos o sumados a otras pruebas, como un conjunto de argumentos que pueden o no formar el convencimiento del juez (generalmente, un conjunto de malas pruebas no deja de ser insuficiente). Cuando varios medios de prueba otorgan, en conjunto, ese pleno conocimiento, tampoco se trata de indicios, sino de una prueba mixta o compleja formada por ese grupo de medios; entonces podrán servir de prueba de un hecho indiciario.*⁶²⁴

⁶²³ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. pp. 601 y ss.

⁶²⁴ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. p. 620.

La segunda de las nociones a la que nos referiremos se ubica en materia de presunciones, especialmente en cuanto a la naturaleza de las legales que pueden escindirse en *iure et de iure* y *iuris tantum* conforme a que admitan o no prueba en contrario, donde expresa que generalmente la doctrina indica que en las primeras no se tratan como tales de presunciones sino de meros preceptos, mandatos jurídicos o verdades imperativas señaladas por el legislador, actos positivos del legislador, como consecuencia de no admitir prueba en contrario respecto al hecho presumido y que tal prueba siempre debe ser posible cuando se trata de una presunción, a lo que el maestro colombiano replica en base al error –considera- de conceptualizar a la presunción legal como prueba –medio- lo que implicaría la posibilidad de probar en contrario con otros medios, de manera que –expresa- [...] *si se la considera una regla jurídica sustancial para la aplicación del derecho objetivo a un caso determinado, su naturaleza resultaría idéntica en ambos casos, con la diferencia de que las puramente legales o iuris tantum presumen el hecho cierto mientras no se desvirtúe con plena prueba y las iuris et de iure le otorgan certeza definitiva e indiscutible.*” Resulta interesante este criterio que ofrece una visión diferente del asunto, dejando aun lado el debate de si las presunciones legales *iuris et de iure* son o no presunciones, considerando que ambas son reglas jurídicas sustanciales que no siendo medios probatorios sino presunciones, sólo se diferencian en cuanto a la posibilidad o no de ofrecer la prueba en contrario del hecho cierto presumido –hecho indicado- que en el primero de los casos –*iure et de iure*- es definitivo e indiscutible, aunque y lógicamente puede atacarse el hecho base o indicante, no así el razonamiento lógico-crítica –la presunción propiamente dicha- que sólo puede cuestionarse por ilógica, irracional, irrazonable, contraria a las máximas de experiencia o a criterios científicos cuando son judiciales o de hombre.

Para AZULA CAMACHO el indicio se define como un hecho conocido y debidamente probado del cual, mediante un juicio lógico, fundado en reglas de experiencia o en principios científicos o técnicos, se infiere la existencia o inexistencia de otro hecho desconocido; que sus elementos están conformados por: a. Hecho indicante, indicador o conocido que queda bajo la apreciación del juzgado y que debe estar plenamente demostrado en el proceso por cualquier medio probatorio; b. Inferencia lógica que consiste en la deducción que se hace basada en las reglas de la experiencia o en conocimientos de determinadas cuestiones técnicas o científicas, del hecho conocido para inferir la existencia o inexistencia de otro, que es su consecuencia natural; y c. Hecho desconocido o indicado, que surge como consecuencia del hecho conocido o indicador, siendo la existencia o inexistencia del hecho al cual apunta o del que se deduce como lógica secuela del hecho indicador. Respecto a las características del indicio nos dice que se trata de una prueba indirecta, por cuanto el juez llega a dar por establecido o demostrado un hecho por deducción que hace, mediante reglas de experiencia, de otro conocido, tratándose así –indica- de un silogismo, de una operación racional que realiza el juzgador para llegar a determinada conclusión y dar

por establecido un hecho; que su naturaleza y siguiendo a CARNELUTTI lo considera como un medio de prueba; que los indicios pueden ser “necesarios” cuando irremediamente conducen a una determinada consecuencia –si hay cenizas es porque hubo fuego- y “contingentes” que pueden conducir a deducir varios hechos –como en el caso donde una persona sale del sitio donde se ha cometido un delito, lo que puede significar que sea su autor o que se encontraba en el lugar realizando otra gestión- clasificación que atiende a la incidencia que tiene el hecho indicado, expresando que en la última de las señaladas –contingentes- puede a su vez clasificarse en “graves” cuando el hecho indicador conduce a un grado considerable de probabilidad del hecho y “leves” cuando el hecho indicado es apenas una consecuencia probable que se infiere del hecho indicador; que atendiendo a la relación del tiempo con el hecho indicador la clasificación puede hacerse en “anteriores” –antecedentes al hecho indicado, como en caso de homicidio las ofensas, amenazas, enemistad- “coetáneos” –que son simultáneos con el hecho indicado, como las huellas dactilares en los objetos dejados en el lugar donde se cometió un delito- y “posteriores” –que se presentan luego de ocurrido el hecho indicado, como sucede en la fuga del sindicado-; atendiendo a la naturaleza del hecho indicado puede clasificarse en “personales” referidos a la persona propiamente dicha como la capacidad para delinquir y “reales” que atañen a bienes o cosas; según la sustancia a tomar la clasificación puede ser –indica el maestro colombiano- en “causal” cuando el hecho indicador tiende a establecer la causa que produce el efecto –como sucede en materia penal con el indicio del móvil o motivo para delinquir- y “factual” cuando el hecho indicador se dirige a demostrar el efecto que genera la causa. Nos dice que de la conducta de las partes también pueden extraerse indicios conforme al criterio racional del judicante para establecer cual es esa conducta de la cual puede extraer el elemento indiciario y darle el correspondiente valor, conforme al resto del acerbo probatorio, indicando que en algunos casos ese indicio viene previamente prefijado por el legislador, como en el caso de confesión provocada cuando se niega a responder el absolvente, cuando la parte impide u obstaculiza la realización de una inspección judicial, la no contestación de la demanda, entre otros, aunque el mismo profesor indica que realmente no se trata de un indicio sino de una presunción, lo que no compartimos pues se trata de una conducta de las partes que permite al judicante mediante la aplicación de presunciones basadas en reglas lógicas, máximas de experiencia y conocimientos técnicos o científicos, llegar al hecho que se debate en el proceso y que pretende acreditarse, al hecho desconocido que generará la fuente probatoria que permitirá la formación de la convicción judicial. Finalmente y al tratar las presunciones indica que [...] *El hombre en su diario acontecer recibe una serie de percepciones, las cuales, en la medida que sean repetitivas, sientan unas reglas que sirven de soporte a un juicio y le indican que un mismo hecho o circunstancia produce una determinada consecuencia, o viceversa, que determinado hecho se origina en una misma causa. En ambos casos es esa regla es repetida, que, por ello, se denomina de experiencia, la constituye el juicio que le permite conocer de antemano la causa*

o efecto de un hecho. Esos juicios o presupuestos son las presunciones. Por esto, en acepción corriente, la presunciones es dar por cierto algo.” Siguiendo al maestro DEVIS ECHANDÍA indica que se trata de un juicio lógico del legislador o del juez, con fundamento en las reglas de la experiencia, que indican el modo normal como un determinado hecho sucede y que por ello lo considera como cierto o probable; haciendo una diferenciación indica que [...] *La presunción está constituida por un juicio lógico que hace el juez y en el indicio este es el elemento esencial para deducir del hecho indicador el hecho indicado.”*⁶²⁵

Por su parte el maestro Jairo PARRA QUIJANO luego de decirnos en cuanto a la naturaleza de la prueba indiciaria que el indicio no es un hecho cualquiera, sino un hecho que tiene la propiedad de salirse de sí para mostrar otro, aunque es un hecho o una circunstancia define al indicio como [...] *un hecho del cual se infiere otro desconocido. Debe quedar suficientemente claro que el indicio es, por así decirlo, un hecho especialmente cualificado, porque tiene la propiedad de salirse de sí mismo y mostrar otro. “Ordo unius ad aliud”. Un orden de una cosa hacia otra, Ese mutuo “ser uno hacia otro” de los hechos ha de ser de naturaleza real, objetiva.”*; que el hecho indicio para que muestre otro requiere el empleo de la reglas de la experiencia y por ello puede afirmarse que ésta es un *prius* y en los demás medios un *posterius*.⁶²⁶

Los profesores Carlos BETANCUR JARAMILLO y Alfonso GARCÍA SIERRA dan una noción de indicios, expresando que lo esencial de esta prueba, que consiste en llegar a lo desconocido a partir de lo conocido, la hace una verdad útil para demostrar los hechos sobre los cuales las personas no quieren dejar constancia y por el contrario, desean ocultar, ya con fines ilícitos como en la comisión de un delito, o simplemente para defraudar los intereses económicos de terceros, como sucede con la simulación, sea esta absoluta o relativa.⁶²⁷

Llegando a la doctrina venezolana comencemos con el maestro Humberto BELLO LOZANO quien en su “Derecho Probatorio” hace el tratamiento del asunto en un capítulo dedicado a las presunciones que y luego de pasearnos por la doctrina la considera como las deducciones de un hecho conocido, no destinado a hacer funciones de prueba, para llegar a un hecho desconocido,⁶²⁸ criterio bastante aceptable si partimos de la premisa que las presunciones simplemente son los razonamientos o juicios lógicos y críticos dados por el legislador o realizados por el judicante, que parten de un hecho cierto demostrado para llegar a otros desconocido que aportará una fuente probatoria que servirá a la

⁶²⁵ Jaime AZULA CAMACHO. Ob. cit. pp. 292 y ss.

⁶²⁶ Jairo PARRA QUIJANO. Tratado de la Prueba Judicial. Indicios y Presunciones. T. IV. Editorial Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 2001. pp. 22 y ss. Igualmente en Manual de Derecho Probatorio. Décima quinta edición. pp. 657 y ss.

⁶²⁷ Carlos BETANCUR JARAMILLO y Alfonso GARCÍA SIERRA. Ob. cit. p. 483. También puede citarse al profesor Hernán FABIO LÓPEZ BLANCO. Ob. cit. T. III. pp. 271 y ss; y en Jiménez WALTERS POMARE. Pruebas Judiciales. Segundo edición. Editorial Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2003. pp. 199 y ss.

⁶²⁸ Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. II. pp. 561 y ss.

convicción judicial; luego de este señalamiento del maestro claramente evidenciamos su postura respecto a la diferenciación con el indicio, pues en la definición ofrecida ubica todos los elementos de la prueba indicial, el hecho indicante, el indicado y el razonamiento deductivo lógico y crítico que permite establecer el segundo partiendo del primero.

El profesor CABRERA IBARRA por su parte nos dice que [...] *Un indicio es fundamentalmente un indicador en una determinada dirección; es decir, un hecho que guía nuestro razonamiento (hecho indicador) hacia un determinado hecho diferente (hecho indicado), un sentido o un resultado. Por tanto, el indicio implica un hecho que se conoce (hecho indicador) y que nos hace dirigir nuestra atención hacia otro hecho al cual se considera como posible pero que nos es desconocido (hecho indicado). Entre el hecho conocido y el hecho desconocido no existe nada más que una simple relación lógica de causalidad. Por tanto todo indicio tiene tres elementos constituyentes: el hecho indicador o hecho conocido, el hecho indicado o hecho desconocido al cual apunta el hecho indicador, y la relación lógica de causalidad que los vincula. Estrictamente hablando el hecho conocido es el indicio, pero sólo se le considera tal si logra producir los otros dos elementos: que sea suficiente para, a través de una inducción lógica, conducirnos a otro hecho desconocido.*”, y más adelante al referirse a la naturaleza de los mentados indicios nos dice que no son prueba más si medios probatorios, lo primero donde expresa [...] *Y es que, en efecto, contrariamente a lo que se suele afirmar en cierto sector de la doctrina moderna, el indicio no es prueba. Como ya he dicho antes, un indicio es sólo un hecho conocido ya demostrado en el proceso que apunta en un determinado sentido hacia otro hecho que se desconoce y que, por tanto, no está demostrado, pero un solo indicio no es prueba. Para que pueda ser considerado como prueba se requiere la pluralidad de indicios y otra serie de requisitos que suele establecer el legislador. Es decir, como ya he explicado antes, que sean varios y que, además reúnan otra serie de requisitos, de los cuales me ocuparé luego, y entre los que destacan el hecho que esos indicios sean concordantes entre sí, es decir, no contradictorios, y que, además, tampoco haya ninguna otra prueba en el proceso que los desvirtúe. Pero a esto habré de volver luego. Entonces, el indicio, un indicio, no es ni puede ser prueba porque no hay en él demostración alguna, y porque, como además la relación lógica que nos lleva del hecho conocido al hecho desconocido es inductiva, como toda inducción para que sea fiable, requiere la pluralidad, la repetición. En metodología científica sólo cuando un experimento se repite varias veces y se obtiene el mismo resultado, es posible inducir una ley. Igual sucede con los indicios: sólo cuando son varios y concordantes podrán ser prueba. Uno sólo no es prueba. Pero, además, como ya he dicho antes, luego tendré la oportunidad de precisar que aún y cuando hayan varios indicios que apunten en un mismo sentido o hacia un mismo hecho, es posible que no puedan ser considerados como prueba. En conclusión: un indicio no es prueba, y varios indicios aunque sean concordantes, no necesariamente han de ser prueba, pero podrían serlo.*”; y lo segundo cuando señala [...] *En definitiva, una vez establecido todo lo anterior, podemos concluir que los indicios no son un auxiliar probatorio, como erradamente establece el proceso laboral venezolano. Los indicios son un medio probatorio, lo cual es distinto a ser una prueba, y cuando logra constituir una prueba al formar la convicción en el Juez, su naturaleza es la de una prueba crítica o lógica de carácter indirecto. No es una prueba histórica ni representativa por cuanto no refleja una realidad demostrada en relación con el*

*hecho desconocido: éste no queda demostrado, ya que sólo se han demostrado los hechos indicadores. No es tampoco una prueba directa porque la función del indicio es brindarle al Juez una base cierta, el hecho conocido o indicador, que sirva de fundamento para por argumentación inductiva llegar a un hecho indicado desconocido. La inducción se basa aquí en razonamientos crítico-lógicos. El Juez no percibe el hecho desconocido en forma directa a través de sus sentidos, sino que llega a él a través de una inducción crítico-lógica.”*⁶²⁹

Respecto al primero de los criterios señalados en cuanto a que los indicios “no son prueba” coincidimos con nuestro apreciado amigo más diferimos en su fundamento, ello en función a los siguientes razonamiento: La prueba judicial hemos expresado en su momento no es más que un acto netamente procesal y jurisdiccional, del judicante que es posterior a la heurística y la probática que consiste en la verificación o comprobación de los hechos institucionales o nucleares afirmados o negados en el proceso y en que se basan las diferentes pretensiones de las partes, al ser el presupuesto de las normas que consagran las consecuencias jurídicas perseguidas, mediante la comparación con las fuentes obtenidas y llevadas al proceso mediante los medios propuestos por las partes conforme a los procedimientos establecidos en la ley, incluso ordenados de oficio en los casos permitidos, cuya finalidad es la formación de la convicción judicial traducido en certeza no ausente de error o falencia. En este orden de ideas y si consideramos que la prueba no es más que el acto en cuestión para la convicción judicial, en puridad de verdad los indicios no son prueba, son un medio que permiten y partiendo de un hecho base o conocido –fuente- debidamente demostrado llegar a establecer un hecho desconocido –que es la fuente probatoria que servirá para la convicción judicial- mediante un razonamiento lógico y crítico, basado en reglas lógicas, críticas o científicas, una inferencia inductiva que parte del hecho indicador para establecer el indicado. Pero además digamos que la tendencia de la doctrina de identificar el indicio con el hecho indicante, permite también excluir de la identificación de prueba al indicio, pues la misma se trata de un medio probatorio complejo y compuesto, que no se contenta con el solo hecho base o indicante, sino que requiere de la presencia de sus demás componentes como el hecho indicado y el juicio lógico, relación causal o nexo que permite inferir por deducción el segundo partiendo del primero; esto dicho dista mucho del criterio del profesor CABRERA IBARRA quien se fundamenta para descartar el carácter de prueba del indicio, en que un indicio es solo un hecho conocido y demostrado que apunta en un determinado sentido a otro hecho que se desconoce y que nos está demostrado, y que en su carácter único nunca podría ser prueba, en otras palabras, que no puede ser considerado el indicio como prueba cuando este sea único, más cuando estemos en presencia de pluralidad de ellos, caracterizados por los elementos de gravedad, concordancia y concurrencia, sí podríamos considerar la presencia de una prueba –aunque no necesariamente como también indica- a lo que suma el argumento que [...]no es ni puede ser prueba porque

⁶²⁹ Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA. Ob. cit. pp. 685 y ss.

no hay en él demostración alguna, y porque, como además la relación lógica que nos lleva del hecho conocido al hecho desconocido es inductiva, como toda inducción para que sea fiable, requiere la pluralidad, la repetición.” Este criterio resulta erróneo primeramente por pretender hacer una diferenciación en cuanto al carácter o no de prueba del indicio, basado en su pluralidad o no, que además de absurdo echa por tierra totalmente el caso de los indicios necesarios singulares que aunque escasean no son imposibles y que no necesariamente requieren de pluralidad, ello sumado al hecho que la exigencia de los requisitos de concordancia, concurrencia y gravedad se presenta sólo cuando estamos en presencia de indicios contingentes y plurales, no necesarios y únicos; pero destaquemos también que este criterio sostenido por nuestro amigo que se limitó a excluir el carácter de prueba cuando y como expresamos se trate de indicios únicos y no plurales, basado en el hecho de no demostrar nada, se equivoca cuando sólo toma como indicio –véase la definición dada y transcrita- al hecho indicante y no en complejo y compuesto medio en su noción amplia que incluye los demás elementos –presunción y hecho indicado- lo que en verdad y al tomarse solamente al hecho indicante nada demuestra, al tratarse de una fuente que no sirve para la convicción judicial, para el acreditamiento de los hechos debatido, sino para y por vía de inducción inferencial llegar al hecho desconocido que sí es la fuente que permitirá la precitada convicción, más si observamos el indicio como un medio probatorio complejo que ubica como uno de sus elementos al hecho indicante o base, perfectamente podríamos concluir que al final se obtendrá una fuente probatoria que sí permitiría esa convicción judicial a la que nos referimos, circunstancia esta que nos permite apreciar y evidenciar lo errado del criterio que analizamos, pues la no demostración de los hechos debatidos del hecho indicante no es consecuencia ni se conecta con el carácter singular o plural de los mismos, sino con el hecho de ser una fuente que demostrada permite llegar a otra por inferencia, ésta última que servirá para la comprobación por comparación.

En cuanto al segundo planteamiento de considerar el indicio como un medio probatorio, coincidimos al respecto pues mediante ese complejo y compuesto medio puede allegarse al proceso la fuente probatoria que servirá para la convicción judicial respecto a los hechos que se debaten, a través de la ya expresada comprobación por comparación; pero inmediatamente advertimos que nos parece que nuestro amigo incurre en un exceso que conduce a una confusión al expresar [...]. *Los indicios son un medio probatorio, lo cual es distinto a ser una prueba, y cuando logra constituir una prueba al formar la convicción en el Juez, su naturaleza es la de una prueba crítica o lógica de carácter indirecto.*”, y decimos esto pues el “medio” no se transforma en prueba cuando produce la convicción, ni siquiera la “fuente” produce ese efecto como hemos explicado en otro momento, pues la “prueba” ya es un acto de convicción judicial, de certeza sobre los hechos enunciados y debatidos que se obtiene al compararlos con las fuentes que producen los medios, de manera que resulta errado considerar que el indicio puede constituir una prueba al forma la

convicción en el juez, que permita afirmar que se estará ante una “prueba” crítica e indirecta, siendo lo correcto que estos caracteres son propios, no de la “prueba” sino del “medio” que proporciona al juez la “fuente” que a su vez permite la formación de la convicción judicial.

En el marco del sistema penal el profesor MORENO BRANT nos dice el indicio es todo hecho, circunstancia, señal, signo, demostrado en el proceso, llamado indicador o indicante, que por íntima conexión, nos permite inferir lógicamente la existencia de otro hecho desconocido que se trata de probar, llamado indicado; que supone entonces un hecho indicador, una inferencia y un hecho indicado, siendo el resultado de un proceso deductivo a través del cual, partiendo de una circunstancia o hecho cierto, establecido en el proceso a través de una prueba directa, como testimonio, experticia, inspección, entre otras, puede deducirse un hecho a probar, tratándose en consecuencia de una prueba indirecta o conjetural, basada en inferencias y por segundo grado por apoyarse en otras pruebas de las que resulta establecido.⁶³⁰ A este criterio del profesor en comento podemos hacerle los mismos reparos que indicados al tratar lo escrito por CABRERA IBARRA, primeramente en cuanto al hecho de ver al indicio en forma limitada y aislada referido sólo al hecho indicante, que y aún reconociendo sus demás elementos, limita los indicios al precitado hecho-base; pero también destaquemos que más adelante el mismo profesor se confunde cuando asume otra posición al definir el indicio, pues expresa que se trata de la consecuencia o resultado del proceso deductivo que parte del hecho conocido para establecer el desconocido, de manera que en este momento entroniza el problema del indicio ya no en el hecho indicante sino en el resultado, que no es más que el hecho indicado, sin perjuicio que de lo escrito pudiéramos también pensar –por la ambigüedad que presenta lo escrito por el autor- que el indicio es el juicio lógico que señala como deductivo, vale decir la inferencia. En todo caso y cualquiera sea el criterio interpretativo que se le pudiera dar a lo escrito por MORENO BRANDT, lo cierto es que el indicio no se limita como medio de prueba a uno solo de sus elementos –cualquiera fuesen ellos- sino al complejo y compuesto que integra a todos sus elementos; finalmente advirtamos el criterio limitado y tarifado del autor cuando expresa que el hecho indicante sólo puede acreditarse mediante medios probatorios directos, lo que insistimos es consecuencia del resabio doctrinal de aquellos criterios que impedían demostrar tal hecho-base con otros indicios y que su permisología actual en nuestro sistema de procedimiento tendría una base constitucional y garantista en los términos de los artículos 26y 49 constitucionales conforme a los criterios que hemos explicado ampliamente en otro momento.

SALCEDO CÁRDENAS en un trabajo titulado “Los Indicios son Prueba” que es su trabajo de ascenso al escalafón de profesor asociado en la Universidad Central de Venezuela, indicaría que el “indicio” es la prueba indirecta, ya elaborada camino de apreciación, de valoración por el juez, a partir

⁶³⁰ Carlos E. MORENO BRANDT. Ob. cit. p.329.

del cual se estructura, con certeza, una presunción *hominis*; que el indicio ha nacido de un hecho indicador probado; que cuando son varios los indicios aportarán la plena prueba del hecho punible, su autor, cómo sucedió, cuándo, donde y por qué; que la confusión existe –se refiere al criterio sostenido por el maestro francés Francois GORPHE de no precisar que el indicio es prueba, indirecta y que se confunde con el hecho indicador- respecto al indicio con la génesis de él –el de donde nace- que es el hecho indicador o hecho indiciario, circunstancia indicadora o indiciaria, hecho distinto al hecho punible que se averigua, como indistintamente se llama, que no es más que el hecho que indica, que señala hacia un hecho desconocido, la figura del dedo índice –*index-icis*- que la humanidad ha interpretado como indicando una dirección y no otra; que el indicio viene de *indicium* que es la acción o señal que da a conocer lo oculto y esto –lo oculto- es el hecho desconocido al cual se llega a través del hecho conocido, indicador, del que indica; que el hecho indicador –indiciario- no es lo mismo que el indicio y que tampoco es cierto que en el proceso penal hay pruebas e indicios; que los indicios son prueba. Respecto a la “presunción” nos dice que [...] *es la conclusión a la que llega después que se ha hecho el razonamiento lógico-crítico, habiendo partido de un hecho conocido, debidamente probado (lo sabido, el hecho indicador) y que por inducción-deducción, aplicando las reglas de la experiencia, de los conocimientos científicos y d la lógica, se ha estructurado en un indicio y que llega a un hecho desconocido. Se parte del hecho indicador probado, se llega al indicio y se concluye presumiendo (presunción) que se cometió un hecho punible, y, o, y quien fue el autor. El indicio es la prueba indirecta, a partir del cual se estructura, con certeza, una presunción judicial...*”.⁶³¹ Al igual que en los casos de los dos autores anteriores, comencemos resaltando el confusionismo de los conceptos, de lo que es prueba judicial, fuente y medio, ello al calificar al indicio como una prueba que sirve para la convicción judicial tal y como lo hemos explicado; continuemos expresando que el indicio se identifica con una prueba que conduce a una presunción *hominis* y que está representado –a criterio del autor- por la consecuencia que se obtiene del hecho indicante, el hecho indicado, lo que no resulta correcto pues y como se ha dicho el indicio es un medio de prueba complejo y compuesto que comprende todos sus elementos y no solo el final –hecho desconocido- que precisamente es el que el citado profesor reconoce como “indicio”; finalmente veamos también la errónea concepción de la presunción identificada no como un juicio o razonamiento lógico, crítico o científico que por inferencia inductiva permite llegar a un hecho desconocido partiendo de un hecho conocido y demostrado, sino como la conclusión de ese razonamiento, esto es y nuevamente el “hecho indicado”, de manera que y aún cuando SALCEDO CÁRDENAS se pasea por la doctrina que confunde los conceptos de indicios y presunciones, aún cuando son criticados al final comete el mismo error de confundirlos e identificarlos.

⁶³¹ Juvenal SALCEDO CÁRDENAS. Los Indicios son Prueba. Universidad Central de Venezuela. Serie trabajos de ascenso. N° 1. Caracas, 2004. pp. 36 y ss.

Puesto en este estado el asunto y llegado el momento para nosotros de ofrecer una **definición** de indicios como medio probatorio –por supuesto no exento de errores y que seguramente será criticado como lo hemos hecho nosotros respecto a los que no son propios- diremos que los “**indicios**” *son un medio de prueba judicial complejo y compuesto, indirecto, crítico y lógico, proponible en el marco del proceso judicial por las partes o realizable oficiosamente, que permite la producción de una fuente probatoria que servirá para formar la convicción judicial, partiendo de un hecho conocido que como fuente probatoria también debe ser alegado y demostrado en el proceso, por cualquier medio de prueba directo o indirecto, denominado hecho indicador, indicante o base, que contiene un argumento de prueba que permite por vía de inferencia inductiva basada en un juicio lógico y crítico, basado en las reglas de la lógica, la experiencia y conocimientos científicos, llegar al conocimiento de otro hecho desconocido denominado indicado, que aportará al judicante esa fuente probatoria que –y como indicamos- podrá utilizar para comprobar los hechos institucionales o nucleares afirmados por las partes como fundamentos de sus pretensiones, debidamente controvertidos y que son presupuesto de las normas que consagran aquellas consecuencias jurídicas que persiguen, mediante la comparación con las precitadas fuentes y que conducirán a la convicción judicial de los mismos traducido en certeza no ausente de falencia.* De esta definición ensayada destacamos las siguientes **características**:

- a. Los indicios se presentan como un medio de prueba judicial, un instrumento o herramienta que en el marco del proceso judicial pueden utilizar las partes o puede ordenar de oficio el judicante para allegar al mismo las fuentes probatorias que sirvan para la formación de la prueba judicial, de la convicción del judicante.
- b. Se trata de un medio probatorio que no es representativo ni histórico, pues y como expondremos con mayor amplitud más adelante, es complejo y compuesto, indirecto, crítico y lógico. Es complejo y compuesto pues su formación para la producción de la fuente probatoria que servirá para el establecimiento de los hechos y la convicción judicial, no se limita al hecho indicante o indicador, que como tal es otra fuente probatoria que aunque incapaz de producir la convicción respecto al hecho o hechos debatidos en el proceso al ser presupuesto de las normas que consagran esas consecuencias jurídicas que persiguen las partes, sirven –por su argumento probatorio- para producir o generar mediante un razonamiento lógico y crítico basado en la inferencia inductiva, otra fuente probatoria –hecho indicado- que sí es útil para la convicción judicial al servir para la verificación o comprobación de los hechos debatidos nucleares o institucionales, mediante la comparación con las precitadas fuentes; de lo dicho inmediatamente observemos que el indicio involucra un todo “compuesto” que comprende el hecho indicante, indicador o base, la relación o nexo lógico y crítico basado en reglas lógicas, máximas de experiencia y científicas, así como el hecho indicado o desconocido. Pero también el indicio como medio probatorio se presenta como “complejo” pues la prueba –fuente- para la precitada

acreditación no se obtiene de manera fácil sino a través de un razonamiento lógico-crítico inferencial inductivo que precisamente permitirá llegar al hecho que sirve para la comparación partiendo del hecho base debidamente acreditado en el proceso. Finalmente y sin perjuicio del estudio que haremos de la naturaleza del indicio, digamos que se trata de un medio probatorio “indirecto”, pues el juzgador no tiene el conocimiento inmediato de los hechos que representan las fuentes probatorias que sirven a la convicción judicial, como ocurre con la inspección o reconocimiento, incluso tampoco hay inmediación o conocimiento directo respecto al medio probatorio, el cual no se reconstruye ni representa en su versión histórica –de ahí que tampoco sea un medio histórico y representativo- sino que además se trata de un medio “crítico” y “lógico”, donde la fuente probatoria solo se obtendrá a través de este instrumento conforme a un razonamiento lógico y crítico, basado en reglas de la lógica, la experiencia y conocimientos científicos que permiten, conforme a una inferencia inductiva llegar a la precitada fuente –hecho indicado- partiendo de un hecho conocido, alegado y demostrado en el proceso –hecho indicante o base- carácter lógico y crítico que incluso permite asentar el carácter no representativo e histórico del indicio como medio probatorio.

- c. Como indicamos el indicio es un medio probatorio que se despliega en el marco del proceso judicial, proponible por las partes u ordenado de oficio que permite la producción de esa fuente probatoria que servirá para formar la convicción judicial, lo que y sin perjuicio del carácter complejo y compuesto, partirá de un hecho conocido que también como fuente probatoria debe ser alegado y demostrado en el proceso, por cualquier medio de prueba directo o indirecto, denominado hecho indicador, indicante o base. De esto es importante destacar dos cosas, primeramente que el hecho indicante o base del cual inicia el medio probatorio debe ser “alegado por las partes”, sin perjuicio que el hecho pueda ser determinado de oficio por el juez, cuando por ejemplo estamos en presencia del indicio que generan las conductas procesales y que el juez percibe directamente, lo que configurará el hecho indicante necesario para la construcción del complejo medio probatorio indicial; advirtamos que conforme al sistema de procedimiento regido por el principio dispositivo –que en nuestra legislación básicamente son todos- son las partes quienes tienen el *onus explanandi* o carga de la alegación, no pudiendo el juez alhear al proceso hechos de oficio y debiéndose atener a aquellos que las partes han expuesto en el proceso en sus diferentes escritos de pretensión, lo que nada impedirá que sobre esos hechos traídos por las partes pueda ordenar medios probatorios oficiosos para la producción de fuentes que permitan la convicción judicial; pero en cuanto a la prueba indiciaria y como medio probatorio complejo y compuesto, indirecto, crítico y lógico, el hecho al cual nos referidos, el

que sólo podría ser traído a los autos por las partes a través de sus alegatos, es el indicado o desconocido, el que contendrá o generará la fuente probatoria que permitirá la convicción judicial, más en cuanto al hecho indicante o base, sostenemos que si bien también debe ser alegado por las partes y en este caso su argumentación o señalamiento no está limitado en cuanto a los tiempos procesales al principio dispositivo, esto es, que aún cuando no hayan sido expresados en los escritos de pretensión son señalados al momento de proponer el medio probatorio, también puede ser señalado o apreciado directa y oficiosamente por el judicante, pues en los dos escenarios expresados tenemos que y respecto al hecho indicado o desconocido que es el que efectivamente producirá la fuente probatoria, el hecho que servirá para la convicción judicial al permitir establecimiento de los afirmados o negados en las pretensiones mediante comparación, necesariamente ha de partir de la premisa de su alegato, siendo las partes quienes tienen que exponerlo preclusivamente en sus escritos de pretensión –*onus explanandi*- al ser presupuesto de las normas jurídicas que contienen esas consecuencias jurídicas que persiguen, sin lo cual no podrán ser demostrados y que además no pueden ser tenidos de oficio por el judicante, so pena de infracción el principio dispositivo. En definitiva tenemos que el hecho indicante no está sometido a preclusión en cuanto a su alegato –demanda, contestación, acusación o defensa- pudiendo ser alegado directamente al proponer el medio probatorio, a lo que agregamos que también puede ser apreciado directa o oficiosamente por el juez; pero y en cuanto al hecho indicado o desconocido la cosa sube de tono, pues primeramente están sometido al principio de alegación de parte –dispositivo- que preclusivamente debe realizarse en los diferentes escritos de pretensiones, que siendo institucionales, nucleares y debatidos son presupuesto de las normas jurídicas que contienen las consecuencias perseguidas, a lo que se suma el hecho que no puede ser apreciado directa y oficiosamente por el judicante. Finalmente y en este punto diremos que el hecho indicante o indicador puede ser acreditado en el proceso no solo mediante medio probatorio directo, sino también indirecto, de manera que nos separamos del criterio que exige su prueba solo con medios directos, descartándose la prueba indicial para el acreditamiento del precitado hecho, lo desconoce el carácter de medio probatorio del indicio y se resiente con el carácter constitucional y garantista del actual sistema probatorio.

- d. El hecho indicante, indicador o base es un hecho especial que contiene un “argumento” probatorio que y como dice PARRA QUIJANO y DEVIS ECHANDÍA –ya citados- tiene la condición de salirse de sí mismo y mostrar otro hecho –el indicado o desconocido- un hecho que muestra otro, una fuente que por inferencia inductiva permite deducir otro, partiendo del argumento probatorio que aquel contiene.

- e. La fuente probatoria que permitirá la convicción judicial en la forma que venimos expresando, partiendo del hecho conocido o base acreditado en el proceso, se obtendrá mediante una inferencia inductiva basada en un juicio lógico y crítico, conforme en las reglas de la lógica, la experiencia y conocimientos científicos, que no será más que la presunción que puede ser legal o judicial según dicho razonamiento lo haga el legislador o el judicante.
- f. El resultado final de este todo complejo y compuesto que es el indicio, es precisamente la fuente probatoria que representado por el hecho desconocido denominado indicado, que aportará al judicante –insistimos- esa fuente probatoria que podrá utilizar para comprobar los hechos institucionales o nucleares afirmados por las partes como fundamentos de sus pretensiones, debidamente controvertidos y que son presupuesto de las normas que consagran aquellas consecuencias jurídicas que persiguen, mediante la comparación con las precitadas fuentes y que conducirán a la convicción judicial de los mismos traducido en certeza no ausente de falencia.

2.4. Naturaleza.

Al respecto ya hemos dicho que los indicios son un medio probatorio de carácter *crítico, lógico e indirecto, no histórico ni representativo* del hecho indicado, pues como dice DEVIS ECHANDÍA si así fuera entonces el valor probatorio –la fuente probatoria- consistiría en esa representación que para nada requeriría de un sistema basado en la crítica y la lógica, estaríamos ante la presencia de un medio de prueba directo que permitiría al judicante obtener la fuente –que y salvo el reconocimiento sería de manera indirecta o mediata- para la convicción judicial; de este manera si pensamos en documentos, testigos, reconocimientos, confesiones o la peritación estaríamos frente a medios probatorios que directamente producirán en el proceso la fuente –mediación salvo el reconocimiento como indicamos- para el acreditamiento de los hechos, sin perjuicio que en todo caso haría falta igualmente un razonamiento crítico y lógico para su valoración –sana crítica- el mismo no lo sería para llegar al hecho desconocido partiendo del hecho conocido. En este orden de ideas nos dice el precitado maestro que [...] *Tampoco puede ser el indicio una prueba directa, porque su función probatoria consiste, precisamente, en suministrarle al juez una base cierta, de hecho, de la cual puede inducir indirectamente y mediante razonamientos críticos-lógicos, fundados en normas generales de la experiencia o en conocimientos científicos o técnicos especializados, otro hecho desconocido cuya existencia está investigando.*”

Los indicios son un medio de prueba indirecto o mediato donde el judicante no percibe el hecho o la fuente probatoria que sirve para el acreditamiento de los hechos y la formación de la convicción judicial de manera directa –aunque y como hemos expresado, con la exclusión del reconocimiento sólo

la percepción directa se refiere es al medio probatorio y no a la fuente- sino que es necesario un razonamiento lógico y crítico, una presunción basada en reglas lógicas, de la experiencia y en conocimientos científicos, que partiendo de un hecho base plenamente demostrado en el proceso permita, en base al argumento probatorio que contiene, establecer o llegar a un hecho desconocido que representará la fuente probatoria que efectivamente servirá para la convicción judicial.

Es interesante la posición del maestro DEVIS ECHANDÍA quien al tratar este tema nos dice también que [...] *Ninguna prueba histórica puede ser indicio de un hecho.*”, es decir, que ningún medio probatorio directo puede ser considerado como un hecho indicante para inducir un hecho indicado mediante un razonamiento lógico y crítico, pues y como indica si se trata de un medio probatorio pleno de un hecho diferente al investigado –hecho indicante- pero que sirve para inducirlo, aquel hecho –indicante- es indicio de éste –investigado-, pero no lo es la prueba del primero –indicante- y agregamos que sea capaz de producir la fuente que directamente sirva para la convicción judicial, pues y como también se ha explicado, en el indicio la prueba del hecho indicante generará la fuente que no sirve para acreditar los hechos debatidos y formar la convicción judicial, sino para obtener vía inducción otro hecho desconocido que sí es la fuente que servirá para la convicción; igualmente y cuando se trata de una prueba histórica deficiente que no pueda alcanzar certeza respecto al hecho nuclear o institucional debatido en el proceso, tampoco podría servir para el acreditamiento del hecho indicante, que para ello parte de la premisa de la presencia de un medio probatorio completo y perfecto que permita su acreditación para activar el complejo y compuesto medio indiciario, de manera que en este caso se estará en presencia de una prueba –medio- incompleto o imperfecto que no servirá ni para acreditar los hechos debatidos en el proceso ni para la construcción del indicio, aunque y para la demostración de los hechos debatidos será el judicante quien tenga que apreciar y darle valor probatorio a los efectos de su convicción judicial.

El tema de la naturaleza de los indicios como hemos visto al repasar la doctrina foránea y nacional, ha sido objeto de buenas discusiones que van desde considerarlo como una prueba, un medio de prueba hasta llegar a negarle tales caracteres; y es que precisamente en función a la consideración y a la definición que se de del indicio en cada caso, la doctrina ha opinado de una u otra forma, quienes rechazan el carácter o naturaleza de medio de prueba que se han basado en el hecho que el indicio es una mera operación lógica y crítica, lo que no resulta correcto pues precisamente el indicio es un medio complejo y compuesto que ubica como uno de sus elementos a la citada presunción –operación lógica y crítica- que por sí sola es insuficiente para producir la fuente que permitirá la convicción judicial. De esta manera el indicio que permite la convicción judicial al producir la fuente que servirá para la comprobación de los hechos mediante la comparación con los hechos institucionales expuesto y debatidos en el proceso, requiere de un hecho alegado y demostrado que contenga un argumento probatorio que permita, por vía

de la aplicación de ese razonamiento lógico y crítico, llegar al hecho desconocido que y como expresamos, es precisamente la fuente probatoria para el acreditamiento de los hechos que se debaten. Consecuencia de lo indicado es que el indicio no puede limitarse a la operación inferencial inductiva, lo que nos empuja inmediatamente a la consideración de su naturaleza como prueba y medio probatorio, incluso como fuente.

Al respecto hemos explicado –criticando nuestra doctrina- que la prueba se traduce en convicción judicial, en certeza sobre los hechos debatidos en el proceso, hechos institucionales o nucleares que son presupuesto de las normas jurídicas aplicadas al proceso para producir el juicio jurisdiccional, lo que se obtendrá mediante la comprobación de los mismos mediante la comparación entre las fuentes que producen los medios y los hechos alegados como fundamento de las diferentes pretensiones; en este sentido el indicio no es prueba, no es la convicción judicial propiamente dicha. Descartado esto inmediatamente nos colocamos frente a la “fuente” probatoria, como elemento extrajurídico, metafísico, extraprocesal que no depende del proceso y existe aún sin él; luego la fuente probatoria es la cosa, lugar la persona, documento u objeto que contiene o donde queda impresionado el hecho que puede tener relevancia jurídica en un proceso judicial, al ser presupuesto concreto identificable con el supuesto abstracto normativado que contiene una consecuencia jurídica perseguida por las partes; esas fuentes probatorias sirven para la verificación de los hechos al ser comparadas con los hechos institucionales denunciados y conducir a la convicción judicial, las cuales serán aportadas por las partes en cumplimiento de sus cargas probatorias, sin perjuicio de la actividad probatoria oficiosa mediante la cual puedan ordenarse los medios para ser traídos al proceso. En materia de indicios es claro que no estamos propiamente dicho ante una fuente probatoria, pues entendida la misma –indicio- como un complejo y compuesto que partiendo de un hecho concreto alegado y demostrado en el proceso –o determinado oficio por el judicante- mediante un medio directo o indirecto, vale decir, una fuente probatoria plenamente acreditada en el proceso, mediante un razonamiento lógico y crítico inferencial e inductivo, nos lleva al establecimiento de otro hecho desconocido que también será una fuente probatoria, pero que a diferencia de la anterior –hecho indicante- que sólo sirve para mostrar y conducir a otro –hecho indicado- en ésta última servirá para la comprobación de los hechos enunciados y controvertidos mediante su comparación, para conducir en definitiva a la convicción judicial. En definitiva, el todo compuesto y complejo del indicio al final servirá para allegar mediante una inferencia inductiva en la forma dicha, a una fuente probatoria que servirá a la convicción judicial, lo que se traduce en que al no poder separar sus componentes para sólo apreciar la fuente final obtenida, necesariamente es concluyente que el indicio no es una fuente probatoria, es un instrumento para llegar a él.

Esto último es precisamente lo que nos guía a la naturaleza procesal y probatoria del indicio, entendido como un “medio” de prueba que permite allegar al proceso –como todo instrumento probatorio- aquellas fuentes que permitirán sustentar la convicción judicial a través de ese proceso de comparación y comprobación o verificación por comparación; pero también destacamos que el indicio es de naturaleza procesal, pues y aún cuando el hecho indicante como fuente puede ser producto de una cuestión extrajudicial –lo que no es así necesariamente, pues un hecho indicante precisamente puede ser una conducta endoprocesal- es en el marco del proceso jurisdiccional donde cumple su función como “medio”, al permitir inferir inductivamente una fuente probatoria para la convicción judicial –hecho indicado- sea cual fuere la presunción que se utilice, fuera legal o judicial, pues en definitiva la construcción final del sistema indiciario tiende a influenciar el ánimo judicial, la manipulación de la convicción judicial en los términos de las pretensiones judiciales que puedan debatirse en el proceso.

Sin perjuicio de lo dicho hasta ahora y para terminar este apartado, se nos antoja referirnos al tratamiento que del tema se da en el sistema de procedimiento laboral, concretamente en el Capítulo XII denominado “Indicios y Presunciones”, para lo cual resulta necesario referirnos a las normas contenidas en el precitado Capítulo comenzando con el artículo 116 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo que indica [...] *Los indicios y presunciones son auxilios probatorios establecidos por la ley o asumidos por el Juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando o complementando el valor o alcance de estos.*”. De esta primera norma observamos la ignorancia de nuestro legislador –cuya génesis se encuentre en los promotores y redactores del proyecto originario de la Ley en comentario- al no entender lo que son ambas figuras jurídicas, especialmente respecto a los indicios que son considerados como auxilios probatorios establecidos en la ley o asumidos por el juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, que sólo sirven para corroborar –ratificar o confirmar- o complementando –completar o integrar- su valor y alcance, todo ello partiendo incluso del argumento que para esta mediocre ley y conforme al artículo 69 *ejusdem* [...] *Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto a los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.*”, lo que deja de manifiesto y como lo hemos explicado el confusiónismo irritante entre “medios”, “fuentes” y “prueba”. Sin perjuicio que el supino legislador ubica a los indicios y a las presunciones en el Capítulo XII ubicado a su vez en el Título VI denominado “DE LAS PRUEBAS” no le da carácter probatorio como medio a los “indicios” considerándolo como meros auxilios probatorios que ayudan a lograr la finalidad de los medios probatorios, pero incluso comete inmediatamente otro error pues indica que esa finalidad es corroborar o complementar el valor y alcance de éstos, cuando y como hemos expresado la finalidad de los medios como instrumentos no es otro que llevar al proceso la fuentes que servirán a la convicción judicial, no para la precitada corroboración o

complemento del valor –que es un grado de convicción y que queda a la sana crítica del juez- y alcance – esto último que no tenemos ni la más mínima idea de a qué se refiere.

También destacamos que la norma en comento de manera igualitaria se refiere a indicio y presunción para inmediatamente decirnos que son auxilios probatorios “establecidos en la ley o asumidos por el juez” cuando estos aspectos no son propios de los indicios sino de las presunciones cuando son legales o judiciales; pero también y respecto a la “presunción” tampoco es correcto entenderlos como auxilios probatorios, tratándose tan solo y como hemos explicado de razonamientos o juicios lógicos, críticos, basados en reglas de la lógica, de la experiencia y en conocimientos científicos que por inferencia inductiva permiten y eventualmente producen una fuente probatoria –hecho indicado- desprendida del hecho base o indicador, razonamiento o juicio que puede ser del legislador o judiciales y que nos coloca ante presunciones legales o judiciales, de manera que entender que la presunción es un auxilio probatorio para lograr la finalidad de los medios de prueba, corroborando o complementando el valor o alcance de éstos es una verdadera barbarie. En definitiva en materia laboral de manera insólita y que deja de manifiesto un desconocimiento irritante sobre el tema probatorio, no se le asigna el carácter de medio probatorio con naturaleza indirecta, compuesta, compleja, crítica y lógica al indicio

Inmediatamente el artículo 117 de la precitada ley nos dice que [...] *El indicio es todo hecho, circunstancia o signo suficientemente acreditado a través de los medios probatorios, que adquiere significación en su conjunto, cuando conduce al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido, relacionado con la controversia.*” Si y como hemos dicho nuestro legislador laboral no tiene ni la más mínima noción e idea sobre el tema de los indicios y presunciones, es lógica entender –sin justificar- que yerre al definir al indicio –aunque se trata de nuestra primera ley procesal que ha ofrecido una definición al respecto colocándose al margen de una correcta técnica legislativa donde no es prudente dar definiciones, precisamente por el hecho que pueden estar errados u orientarse por doctrinas y corrientes erróneas- pues se limita a ver una sola de las partes o elementos que conforman este medio de prueba complejo y compuesto, como lo es el hecho indicante, indicador o base, cuando –e insistimos como hemos expresado- el indicio es un medio complejo y compuesto por el hecho indicante, el hecho indicado y el juicio lógico que como nexo permite inferir del primero el segundo; pero también observemos el equívoco cuando de considerar que el indicio que resulta válido en el proceso es aquel que sea plural, ignorándose absolutamente el singular que con carácter necesario puede conducir a la convicción judicial aportando una fuente directa y necesaria que generará el resultado buscado para la acreditación de los hechos.

Más adelante el legislador laboral se refiere a la presunción definiéndola en el artículo 118 de la siguiente manera [...] *La presunción es el razonamiento lógico que, a partir de uno o más hechos probados lleva, al Juez, a la certeza del hecho investigado. La presunción es legal o judicial.*” Comencemos indicando la contradicción con

la norma estudiada en el párrafo precedente, pues mientras el artículo 117 parte de la premisa de una pluralidad de indicios –hechos indicantes- para luego y en la norma que nos ocupa prever la viabilidad del indicio partiendo de un solo hecho –lógicamente se refiere al indicio singular y necesario que conforme al mayor grado de proximidad con el hecho indicado permite de manera inequívoca el convencimiento respecto al hecho desconocido que generará la fuente probatoria para la convicción judicial-. Sin perjuicio de lo dicho, esta norma también encuentra otro inconveniente y es precisamente que la presunción como razonamiento lógico y crítico, conforme a la inferencia inductiva que parte de uno o más hechos indicantes, lleva a la “certeza” del hecho indicado, lo que realmente no es así, pues simplemente la presunción se trata de el precitado razonamiento inferencial inductivo para conocer y generar el hecho indicado partiendo del argumento probatorio que tiene el indicante, vale decir, una mera “fuente” probatoria que utilizará el judicante para la comprobación de los hechos debatidos al ser comparada con los enunciados de hecho debatidos, lo que y dependiendo del resultado de esta actividad, generará la convicción judicial traducido en certeza, de ahí que no sea cierto que la mera presunción –principalmente cuando es judicial- genere certeza sobre el hecho investigado –insistimos, solo genera una fuente probatoria que es la que servirá para la convicción-. Cuando se está ante una presunción legal, también hay que advertir si la misma es desvirtuable o no, pues en el primero de los casos esa fuente puede ser destruida mediante prueba en contrario, sin perjuicio de cuestionarse el hecho base y la presunción propiamente dicha y aunque en la segunda de las señaladas –que no admite prueba en contrario o *iure et de iure*- el hecho indicado se tiene como cierto generando en todo caso un inversión de la carga probatoria, en ella –como en las *iuris tantum*- puede atacarse el hecho base, no así el juicio lógico que viene prefijado por el legislador. Esto dicho es esencial para entender lo erróneo del planteamiento de la norma que comentamos, que no se pasee por estas situaciones y simplemente –en un mismo saco- ha entremezclado los tipos de presunciones para concluir que sirven para la certeza, la que únicamente y sin perjuicio de atacarse el hecho base, puede obtenerse en la legales indesvirtuables y respecto al hecho indicado.

Siguiendo con el estudio del contenido de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo nos topamos con el artículo 119 que indica [...] *Cuando la ley califica una presunción con carácter absoluto no cabe prueba en contrario. El beneficiario de tal presunción sólo ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de base.*”, norma a la cual en principio no tenemos reparo que hacerle; posteriormente el artículo 120 continúa señalando que [...] *Cuando la ley presume una conclusión con carácter relativo, la carga de la prueba corresponderá a quien pretenda desvirtuar la presunción.*”, norma que tampoco y en principio encuentra reparo.

Continuamos con el artículo 121 de la Ley en comento que expresa [...] *El razonamiento lógico del Juez, basado en reglas de la experiencia o en sus conocimientos y a partir del presupuesto debidamente acreditado en el*

proceso, contribuya a formar convicción respecto al hecho o hechos controvertidos.” Se trata de una norma jurídica pésimamente redactada que no tiene sentido por sí misma, pues no se sabe si se refiere a las presunciones o a los indicios, más considerando que ese razonamiento o juicio lógico y crítico, inferencial e inductivo basado en reglas de la lógica, experiencia y los conocimientos científicos, que permiten llegar al hecho desconocido o indicado –que es una fuente que permite eventualmente la convicción judicial- partiendo del argumento probatorio que tiene el hecho indicante o base debidamente alegado y acreditado en el proceso, no es más que las “presunciones judiciales” para dar sentido a la norma tendríamos que indicar que se trata de la presunción judicial, de manera que la correcta redacción de la norma debería ser [...] *Las presunciones judiciales, de hombre u hominis son el razonamiento lógico del Juez, basado en reglas de la experiencia o en sus conocimientos y a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso, contribuya a formar convicción respecto al hecho o hechos controvertidos.”*, y si esto fuera así tendríamos inmediatamente que indicar que el contenido del artículo 118 de la Ley sólo se estaría refiriendo a las presunciones legales.

Finalmente el artículo 122 indica que [...] *El Juez puede extraer conclusiones en relación con las partes, atendiendo a la conducta que éstas en el proceso, particularmente, cuando se manifieste notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del juez estarán debidamente fundamentadas.”* Se trata también de la primera norma procesal que regula en nuestro ordenamiento jurídico procesal la conducta de las partes como medio probatorio indiciario, lo que es aplaudible, no así la forma como quedaría redactada la misma –norma- pues es errado indicar que el juez puede extraer las “conclusiones” en relación a las partes conforme a su conducta procesal, cuando de ellas sólo se obtendrá una fuente probatoria que demostrará endoprocesalmente el hecho indicante o base, que será objeto de un juicio lógico inferencial e inductivo para llegar al establecimiento del hecho indicado, que no será otro que los hechos debatidos en el proceso que como fuentes permitirán eventualmente la convicción judicial, complejo y compuesto medio probatorio –indicial- que es totalmente ignorado y desconocido al limitarse a indicar que la conducta de las partes simplemente generarán de manera inmediata y sin más una “conclusión”, lo que insistimos es falso pues y en todo caso, conducirán por medio de la prueba por indicios al generar una fuente probatoria que utilizará el juez para la comprobación de los hechos debatidos por comparación para formarse la convicción judicial traducido en certeza y que precisamente es lo que puede ser considerado como aquella “conclusión” a la que se refiere la norma en comento.

En definitiva en el marco del sistema de procedimiento laboral el legislador laboral y los redactores del proyecto original hicieron gala de su ignorancia en materia probatoria, dejando al descubierto sus fallas y falta de preparación al respecto, no obstante y que respecto a los segundos, fueron los dirigentes de las políticas judiciales en materia laboral desde el Tribunal de Casación en sede laboral.

Pero este confusionismo no es propio de la legislación laboral, sino que también se observa en el sistema de procedimiento civil, concretamente es el artículo 1.394 del Código Civil conforme al cual [...] *Las presunciones son las consecuencias que la Ley o el Juez sacan de un hecho conocido para establecer uno desconocido.*”, de donde se desprende la confusión y tratamiento igualitario a la presunción y al indicio, incluso erradamente se indica que éste último es una consecuencia y no un juicio o razonamiento lógico y crítico, inferencial e inductivo; pero también observemos el contenido del artículo 1399 *ejusdem*, que señala [...] *Las presunciones que no estén establecidas en la Ley quedarán a la prudencia del Juez, quien no debe admitir sino las que sean graves, precisas y concordantes, y solamente en los casos en que la ley admite la prueba testimonial.*” Notemos igualmente la confusión sobre el tema pues y sin perjuicio que la norma trata el caso de las presunciones judiciales o de hombre, inmediatamente supedita su admisión a elementos de gravedad, precisión y concordancia, que no se refiere al juicio lógico, crítico, inferencial e inductivo sino a los indicios, cuando son plurales que deben ser graves, precisos, concordantes e incluso convergentes, de manera que y ante la confusión de la norma no vacilamos en indicar que ella no se refiere a las presunciones sino a los indicios; pero también destaquemos primeramente que la norma anula por completo o ignora al indicio singular y necesario que también sirve en el proceso judicial, a lo que sumaremos el hecho que la norma contiene una previsión inconstitucional y antigarantista al limitar la utilización del indicio a los solos casos donde es admisible la prueba por testimonio, que y como hemos expresado es un resabio del sistema tarifado que irrita en el actual estado donde el derecho de acceso al sistema probatorio está constitucionalizado, de manera que esta limitación injustificada constitucionalmente debe reverse vía control constitucional o mediante la reinterpretación constitucional del tema, favoreciendo al medio probatorio y dando andamio al mismo para servir eventualmente a la convicción judicial.

2.5. Diferencia con las presunciones.

Este punto ha sido suficientemente analizado al repasar los criterios doctrinarios foráneos y nacionales, y aunque una buena parte de ellos considera que el indicio y las presunciones se confunden, que las primeras son propias del sistema de procedimiento penal y las segundas del civil, que el indicio es la causa y las presunciones los efectos, lo cierto que y aún cuando se tratan de instituciones diferentes, se compenetran de tal manera que una puede actuar sin la otra, pues en el “indicio” es un medio de prueba complejo y compuesto que partiendo de un hecho cierto, alegado y demostrado en el proceso, que

contiene un argumento probatorio a partir del cual puede llegarse a establecer el hecho desconocido, la forma como a partir del hecho indicador se infiere por inducción inducción ese hecho indicado, es precisamente mediante ese razonamiento lógico y crítico que hace el operador de justicia –o la ley-basados en reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos, que no es más que la “presunción”; la “presunción” es esa inferencia inductiva que permite que se obtiene del razonamiento lógico y crítico que lleva a establecer el hecho desconocido o indicado partiendo del hecho base demostrado en el proceso –hecho conocido o indicador- presunción que puede ser judicial, de hombre u *hominis*, cuando el razonamiento, la inferencia inductiva la hace el operador de justicia o legal, cuando la misma es realizada por el operador legislativo y se encuentra regulada en la norma legal, la cual puede o no admitir prueba en contrario. El “indicio” es el complejo y completo que y conforme a la operación descrita, produce esa fuente que servirá ala convicción judicial.

2.6. Importancia de la prueba indiciaria.

Siguiendo al maestro Jairo PARRA QUIJANO,⁶³² indicamos que en general cuando se realizan actos jurídicos lícitos y legales, las personas tienden a preconstituir las fuentes probatorias donde quede plasmado el mismo y que pueda servir el día de mañana para la prueba de las circunstancias de hecho que puedan servir en el proceso de ser controvertidos ante el incumplimiento, resolución o nulidad de dichas obligaciones, para lo cual se realizan documentos, instrumentos e incluso en presencia de testigos que puedan dar fe y declarar respecto al hecho que se trate; pero cuando se trata de actos ilícitos o ilegales que se caracterizan por ser realizados con la mayor prudencia y clandestinidad para no dejar huellas o rastros del mismo que permitan su descubrimiento así como sus autores y cómplices, que y a diferencia de los primeros –actos lícitos y legales- no cuentan con la preconstitución de fuentes probatorias, tal como acontece con la comisión de hechos punitivos o la simulación de actos; pero estos actos que se realizan en la mayor de la clandestinidad y con la minuciosidad de no dejar rastros, no son falibles y en la mayoría de los casos quedan vestigios o huellas que permiten descubrir el acto, su ilicitud y especialmente sus autores, como sucede en los delitos y en los actos de simulación que ante la ausencia de medios de prueba históricos y representativos, para su descubrimiento y demostración en un proceso judicial, por la estampación del hecho puede procederse a su reconstrucción y demostración a través de medios compuestos y complejos, indirectos, lógicos y críticos como los indicios que –insistimos- como medios de prueba pueden conducir al proceso aquellas fuentes probatorias que servirán para la convicción judicial a través de la previa verificación o comprobación de los hechos debatido y que son presupuestos de

⁶³² Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. pp. 14 y ss.

aquellas normas que consagran las consecuencias jurídicas aplicables en cada caso y buscadas por las partes.

Los indicios tanto en los procesos civiles –en general- como penales resulta de gran utilidad e importancia para suplir la falta de pruebas históricas y representativas, así como las directas –lo que no significa que la prueba por indicios sea sucedánea o inferior a la histórica, representativa y directa tal como hemos explicado en otro momento- tal como sucede por ejemplo en materia penal que y con mayor razón a causa de esa ilegalidad e ilicitud clandestina en que se comete el delito, la prueba por indicios es fundamental para determinar la culpabilidad o no del sujeto acusado, atendiendo a indicios de presencia u oportunidad física, de participación en el delito, de la personalidad y conductas del acusado, de actitudes sospechosas, aquellos derivados de mala justificación, entre otros. Así por ejemplo el maestro Nicolás FRAMARINO DE MALATESTA en materia criminal se refiere a varios tipos de indicios que escinde en genéricos y particulares señalando que [...] *A este fin elegiremos y examinaremos indicios genéricos, cada uno de los cuales comprende en sí mil hechos que en concreto pueden ser indicios del delito; de este modo la indicación relativa a cada indicio genérico, valdría como aplicable a los diferentes indicios particulares, que en él se contienen.*”; estos tipos indiciarios pueden ser: a. *Indicio causal de la capacidad intelectual o física para delinquir*, señalando al efecto que no cabe concebir el delito sin acción inteligente humana que lo pone por obra y que tampoco puede concebirse la eficacia de esta acción sin admitir que en el hombre una capacidad intelectual y física, que resulta una condición indispensable del delito, de manera que la capacidad intelectual y física del agente es causa “genérica” de la acción criminosa y cuando ésta funciona de indicio –indica- no es más que un indicio causal, advirtiendo que este tipo solo funciona en la medida que para el delito se requiera de la concurrencia de esa “especial” condición o capacidad para su cometido, pues para otros casos donde bastará una capacidad “genérica” que puede conseguirse en cualquier sujeto, no se presentará este tipo indicial que parte de la premisa de una capacidad “especial” y no común o “genérica”. En este sentido expresa [...] *En estos casos, en los cuales se requiere una capacidad física e intelectual no común, es cuando la capacidad funciona de indicio causal; indicio que tiene tanta más fuerza probatoria cuando menor es el número de los capaces, llegando a revestir los caracteres de indicio necesario, si la capacidad adornase a un individuo tan sólo. En otros términos, una vez realizado el hecho humano, si para su realización se requiere una especial capacidad dada en un hombre, se la determina como causa de su efecto, relacionándolo con aquel hecho del que se le considerará por eso mismo como indicio, indicio que es más o menos fuerte, según que tal capacidad es más o menos rara entre los hombres.*”; b. *Indicio causal de la capacidad moral de delinquir por la genérica disposición de ánimo de la persona*, donde señala que el hombre, como ser racional, no puede realizar una acción en general sin una razón suficiente, siendo esto cierto aun respecto de las mismas acciones criminales, pues el alma humana –indica- siente natural repugnancia hacia el delito, lo que se fortifica por el temor de la reprobación y del desprecio social, con más el miedo hacia la sanción

penal de ultratumba y de la justicia terrenal, de manera que el hombre como ser racional necesita siempre de un móvil o motivo para el ejercicio de cualquier acción, con todo y más cuando ésta es criminosa, que requiere de un mayor motivo capaz de vencer toda repugnancia del ánimo; c. *Indicio causal de la capacidad moral de delinquir por impulso particular hacia el delito*, que se refiere al “motivo” o “móvil” concreto que justifica el delito, el hecho criminoso, atribuyéndose así con una mayor o menor probabilidad el delito a aquella persona determinada, en la que se hubiese encontrado la causa particular moral, el motivo determinante para cometer el hecho punible y de ahí el “indicio causal del motivo para delinquir”, móvil que puede ser considerado tanto desde el aspecto interno como externo ya se le contemple desde el ánimo o como causa externa de aquel que produce. En este sentido señala el maestro que la causa inmediata del delito está siempre en el móvil interno, pero que el externo sirve para determinar, no solo la naturaleza del primero, sino también su medida y por tanto su fuerza probatoria, siendo estos motivos o móviles internos el amor, la pasión, odio, el miedo, el deseo, la ira, entre otros; d. *Indicios de efecto por las huellas materiales del delito*, que es precisamente lo que revelará la causa, el motivo, el móvil para delinquir, lo que pueden generar indicios que sirvan a la causa partiendo del hecho que todo acontecimiento en general y con todo y más, todo delito, en especial, en el curso de su realización material en el espacio, choca con las demás realidades existentes, produciéndose modificaciones físicas, las cuales son más que de dos especies: cambio en cuanto al modo de ser, cambio en cuanto al lugar, alteración y traslación, que son la gran fuente de pruebas reales directas e indirectas. Indica que en cuanto a la “alteración” y “traslación” se verifican en el sujeto pasivo del delito consumado, como el cadáver, las lesiones, la cosa quemada, entre otras que pueden ser un indicio del matador, del que ha matado, herido o incendiado, aunque también el indicio puede verificarse en el sujeto activo del delito, cuando por ejemplo en la persona de la víctima se encuentran restos de cabello que le falta al delincuente o una parte de su vestimenta que le falta al mismo, incluso una herida producida por la víctima cuando se defendía. Nos dice que por la “traslación” también pudieran encontrarse infinitos hechos concretos que tienen en ellas su fuerza como indicios de efecto, como la modificación del lugar del hecho punible, el hecho de encontrar en poder de la persona objetos provenientes o relacionados con el delito, incluso que una cosa u objeto perteneciente a una persona se encontrara en el lugar o en posesión de la víctima; y e. *Indicio de efecto por las huellas morales del delito*, que son aquellas que nacen de la percepción del suceso y se resuelven en impresiones de recuerdos. Señala el precitado maestro que de la conciencia del delito cometido nace en el ánimo de todos los delincuentes el temor de la pena, en muchísimo del remordimiento y en los más perversos la complacencia por haber logrado el fin del crimen; que el temor y el remordimiento se originan del delito considerado como mal, en tanto que la complacencia originase en cuanto el delito se le considera como

bien, en cuyos casos el delincuente tiende a esconder la verdad, a decir mentira respecto a lo que declare, a confundir, incluso el propio silencio que es un indicio de efecto por huellas morales del delito.⁶³³

Pero también en materia civil los indicios son fundamentales, como sucede en los casos de simulación donde podemos echar mano a indicios que nos permitan en definitiva concluir que se trata de un negocio fraudulento, de una venta simulada partiendo de hechos indicantes como el precio vil – *pretium vilis*- la retención de la posesión de la cosa vendida por parte del vendedor –*retentio possessionis*- la relación familiar, de parentesco, afectividad, amistad íntima entre los contratantes –*affectio*- el móvil o motivo para simular –*causa simulando*- la falta de capacidad económica del comprador, la falta de un pago efectivo del precio de la venta o precio no entregado –*pretium confessus*- incluso la forma como se ha realizado el pago, el lugar sospechoso del negocio –*locus*- el comportamiento de las partes al realizar el negocio, así como en el litigio eventual como intentos de arreglos amistosos –*transactio*- la documentación sospechosa –*preconstitutio*- el tiempo sospechoso del negocio –*tempore suspecto*- la existencia de deudas u obligaciones vencidas que fueran cobradas o fueran a cobrarse al vendedor, la disposición de todo o buena parte de sus bienes, carencia de necesidad en el vendedor para disponer de sus bienes, entre otros,⁶³⁴ que mediante juicios lógicos y críticos de carácter inferencial e inductivos pueden llevar al establecimiento de los hechos desconocidos –*indicados*- como lo es la simulación del acto y que en definitiva producen la convicción judicial.

3. ELEMENTOS DE LA PRUEBA INDICIARIA.

Para tratar este punto resulta necesario partir de la definición que hemos construido y ofrecido del indicio, donde se ha dicho que *son un medio de prueba judicial complejo y compuesto, indirecto, crítico y lógico, proponible en el marco del proceso judicial por las partes o realizáble oficiosamente, que permite la producción de una fuente probatoria que servirá para formar la convicción judicial, partiendo de un hecho conocido que como fuente probatoria también debe ser alegado y demostrado en el proceso, por cualquier medio de prueba directo o indirecto, denominado hecho indicador, indicante o base, que contiene un argumento de prueba que permite por vía de inferencia inductiva basada en un juicio lógico y crítico, basado en las reglas de la lógica, la experiencia y conocimientos científicos, llegar al conocimiento de otro hecho desconocido*

⁶³³ Nicolás FLAMARINO DE MALATESTA. *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*. Librería editorial general Lavalle. Buenos Aires, 1945. pp. 188 y ss. También puede consultarse más modernamente al maestro Francois GORPHE en su trabajo titulado “Apreciación judicial de las Pruebas”. Ensayo de un método técnico”. Editorial Temis. Bogotá, 1998. pp. 236 y ss.

⁶³⁴ Véase a Lluís MUÑOZ SABATÉ en *Curso de Probática Judicial*. p. 134, y en *Introducción a la Probática*. pp. 97 y 109. También Jairo PARRA QUIJANO. *Ob. cit.* pp. 17 y 18.

denominado indicado, que aportará al judicante esa fuente probatoria que –y como indicamos- podrá utilizar para comprobar los hechos institucionales o nucleares afirmados por las partes como fundamentos de sus pretensiones, debidamente controvertidos y que son presupuesto de las normas que consagran aquellas consecuencias jurídicas que persiguen, mediante la comparación con las precitadas fuentes y que conducirán a la convicción judicial de los mismos traducido en certeza no ausente de falencia. De esta definición cuya caracterización también hemos ofrecido, perfectamente se extraen los elementos en que se descompone el medio probatorio indiciario a saber: a. Hecho indicante; b. Hecho indicado; y c. Relación causal o nexo científico, que en su conjunto y como un todo compuesto y complejo, sin acentuar uno sobre otro, permite la construcción de este medio probatorio. Veamos cada uno de ellos por separado.

3.1. Hecho indicante.

También conocido como hecho indicador o base –hecho-base- es aquel que se constituye por el hecho o fuente probatoria alegado y demostrado en el proceso por cualquier medio –directo o indirecto- que contiene un argumento probatorio –la capacidad y cualidad de salirse de sí mismo para mostrar otro, como indica PARRA QUIJANO-⁶³⁵ y a partir del cual se puede inferir vía inducción a otro hecho conocido con el auxilio del juicio racional y lógico, basado en reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos. Este hecho como fuente probatoria puede ser cualquier cosa, rastro, huella, vestigio, conducta o actividad humana, señal o actitud que como tal, no es la fuente que servirá para el acreditamiento o verificación de los hechos institucionales o nucleares enunciados y debatidos en el proceso en las diversas pretensiones, al ser el fundamento de las normas jurídicas que consagran aquellas consecuencia aplicables al caso y que son buscadas por las partes; por el contrario se trata de una fuente que por su característica y mediante un razonamiento lógico y crítico permite inferir y llegar a otro hecho que como fuente probatoria es la que servirá para la convicción judicial, para la verificación de esos hechos institucionales enunciados y controvertidos por compasión, para en definitiva producir la certeza judicial no ausente de error o falencia.

Pero también es importante recalcar nuevamente, que este hecho-base no está supeditado al previo alegato de las partes, ni a la preclusión al efecto, es decir, que no necesariamente debe ser el fundamento de las pretensiones y expuesto en consecuencia en las oportunidades preclusivas donde se traba la litis –demanda, contestación, acusación o defensa, sin perjuicio en materia criminal de la ampliación de la acusación donde pueden incluirse nuevas cuestiones de hecho tal como lo prevé el artículo 334 del Código Orgánico Procesal Penal- pues también puede ser verificado o determinado por

⁶³⁵ Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. T. IV. pp. 22 y 23

el judicante de oficio, de manera que no está regido por el principio dispositivo, todo lo contrario al hecho indicado que generará una fuente probatoria que sí debe tender al acreditamiento de los hechos alegados y controvertidos en el proceso, conforme al principio dispositivo y de preclusión al ser expresado o traído a los autos en sus oportunidades procesales correspondientes a la exposición de las diversas pretensiones. De esta manera tenemos que el hecho que tratamos en este punto puede ser traído por primera vez por las partes al momento de proponer la prueba por indicios, pero también puede ser extraído oficiosamente por el juez como consecuencia por ejemplo, de la conductas de las partes que mediante razonamiento lógicos y críticos permitan establecer un hecho desconocido, que será la fuente que pueda conducir a la convicción judicial respecto al tema fáctico que se debata en el proceso.

Destáquese también que este hecho indicante debe ser o estar acreditado en el proceso, sea mediante prueba directa o indirecta, sin limitación alguna en función a la presencia de la constitucionalización del derecho de acceso al sistema probatorio y conforme a la corriente garantista, de manera que nada impedirá que un hecho indicante esté acreditado por otro indicio que en su noción de todo compuesto y complejo es definitiva es un medio de prueba tan igual y capaz que otros medios probatorios históricos y representativos –esto que nos hace separar de la mayoría de la doctrina- todo sin perjuicio que el hecho indicante perfectamente puede ser acreditado o probado por un conjunto diversos de medios probatorios, como testigos, inspecciones, documentos, declaraciones de las partes, conductas procesales, pericia, reconocimientos e indicios, de manera que no es necesario que esté demostrado por un solo o único medio. En este sentido nos dice el maestro DEVIS ECHANDÍA [...] *para nosotros, como lo sostienen los autores últimamente citados, la exclusión de los indicios contingentes múltiples y febacientes, que no dejan duda acerca del hecho indicado, como prueba de un hecho indiciario, es arbitraria e ilógica, pues contradice el principio de que puede serlo todo hecho que aparezca plenamente probado. Se trata de un rezago inaceptable de la antigua creencia de que los indicios eran pruebas inferiores y que de ellos sólo podía obtenerse la probabilidad, no la certeza, del hecho investigado. Desde cuando se admitió que los indicios contingentes, que reunieran ciertos requisitos, podían ser plena prueba del hecho indicado, dejó de ser pertinente la máxima que venimos comentando.*⁶³⁶.

Pero también insistamos que la acreditación de este hecho-base o indicante debe ser mediante un medio probatorio lícito y legal, lo que descarta que un medio probatorio imperfecto, defectuoso o incompleto pueda ser considerado como indicio –hecho indicante- para la construcción del medio probatorio indiciario, pues y como hemos expresado si para que se tenga un hecho indicante hace falta de un medio probatorio completo y perfecto, si el mismo no sirvió para el acreditamiento del hecho debatido en la causa al ser por ejemplo de naturaleza histórica y representativa, tampoco podrá servir como medio probatorio para el hecho indicante y obtener en consecuencia un medio indiciario que

⁶³⁶ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. p. 635.

permita generar una fuente para la convicción judicial; en este orden de ideas nuevamente citemos al maestro DEVIS ECHANDIA quien nos dice [...] *Es un grave error creer que una prueba incompleta o imperfecta pueda ser considerada como un indicio del hecho que se investiga. Esto es desnaturalizar totalmente el concepto de la prueba indiciaria que consiste, siempre, en hechos plenamente comprobados por cualquier medio conducente. Sólo en este sentido puede decirse que los demás medios de prueba pueden ser fuente de indicios, es decir, en cuanto prueban plenamente hechos indiciarios. El indicio no es una prueba de segunda clase, ni un principio de prueba; como cualquier otro medio, puede tener o no el carácter de plena prueba, de acuerdo con sus condiciones intrínsecas y extrínsecas, pero es un medio autónomo, en el sentido de que no se trata de otro medio que por sus deficiencias pierda categoría, sino de hechos que por sí mismos tienen significación probatoria, en virtud de la conexión lógica que presentan con el hecho investigado.*⁶³⁷ Podemos citar de igual manera en esta misma tónica al maestro alemán Erich DÖHRING quien nos dice que la base fáctica para la prueba indiciaria –hecho indicante- debe ser probada, pues de lo contrario se apoyaría en un fundamento inseguro y aún cuando la conclusión como tal poseyera una fuerza extraordinaria, carecería de valor si los presupuestos fácticos de los cuales parte no están suficientemente constatados; que en cuanto a la prueba en particular del hecho indicante en muchos casos se establece por medio testimonial o documental, por inspección ocular o por recabación de informes oficiales, [...] *Más también puede establecerse por vía de la prueba indiciaria; en la doctrina más antigua hubo opiniones discrepantes, pero hoy apenas caben dudas al respecto. Para clarificar la circunstancia indiciaria no es siempre necesario una instrucción probatoria formal. Los hechos que todo el mundo conoce están lo suficientemente constatados por su notoriedad y no han menester de pruebas corroborantes. Pero también en otros casos los datos fácticos para la prueba indicaria derivan con frecuencia de lo que ya se sabía de antemano sobre el caso. En casos excepcionales hasta una “mera” indicación de una parte puede en vista de las circunstancias ser tan creíble, que resulta plenamente convincente sin necesidad de mayores pruebas y sirva así de base para la deducción indiciaria que de ahí arranca. Con frecuencia, el hecho indiciario es comprobado simplemente por la observación directa del juzgador. Tal ocurre cuando el receptor de la declaración constata la franqueza del imputado o el apocamiento del testigo y saca de ahí sus conclusiones.*⁶³⁸ Destaquemos tres cosas de lo escrito por el maestro alemán: la primera es que el hecho indicante que sirve en la construcción del medio indiciario, debe estar acreditado o demostrado en el proceso, no siendo necesaria una “instrucción probatoria formal” lo que no quiere decir que se trata de un medio probatorio completo, suficiente, legal y perfecto, pues de lo que se trata es que no se requiere de todo un procedimiento de instrucción probatoria formal que comprenda su promoción, oposición, providenciación, evacuación y tratamiento en bilateralidad o contradictorio, incluso valoración, al no tratarse del medio probatorio que producirá la fuente que servirá para la verificación de los hechos institucionales debatidos y para la convicción judicial, sino de un medio

⁶³⁷ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. p. 606.

⁶³⁸ Erich DÖHRING. Ob. cit. pp. 321 y ss.

probatorio que produzca una fuente propuesta que permita servir como punto de partida para la producción de otra fuente que sí servirá para la precitada convicción judicial; en este sentido cualquier fuente probatoria aportado por cualquier medio e incluso extraída por el judicante conforme al material procesal que cuente, servirá como prueba del hecho indicante para la construcción de la prueba indicial. En segundo término tenemos que preciamente para la demostración de la fuente indiciaria, del hecho indicante no hace falta un medio de prueba directo al ser viable al efecto hasta la prueba por indicios, lo que significa no que un hecho indicante sirva a su vez para demostrar otro hecho indicante, sino que es el todo compuesto y complejo que constituye el medio probatorio indicario, lo que servirá como medio para demostrar la fuente indiciaria que representa el hecho indicador; finalmente dos cosas, la primera que la verificación o constatación del hecho indicador como fuente probatoria a partir de la cual se construye el medio probatorio indiciario, no necesariamente tendrá que ser como consecuencia de una actividad probatoria, pues su comprobación, establecimiento o verificación puede ser POR “estricta legalidad” cuando se trate de hechos admitidos, reconocidos expresa o tácitamente y confesados, hechos notorios e incluso por presunción inveterables;⁶³⁹ lo segundo es que por las conductas procesales o por aquellos hechos que en el proceso el judicante percibe directamente, puede servir como acreditamiento del hecho indicante para la construcción de la prueba por indicios.

3.2. Hecho indicado.

También conocido como investigado y más correctamente desconocido, es el resultado final de este todo complejo y compuesto a que se refiere el medio probatorio indiciario o indicial, es precisamente la fuente probatoria que se obtendrá al final de la inferencia inductiva del juicio lógico y crítico, basado en reglas de la lógica, experiencia y conocimientos científicos partiendo del hecho indicante o indicador –hecho-base- demostrado en el proceso, que aportará al judicante esa fuente probatoria que podrá utilizar para comprobar los hechos institucionales o nucleares afirmados por las partes como fundamentos de sus pretensiones, debidamente controvertidos y que son presupuesto de las normas que consagran aquellas consecuencias jurídicas que persiguen, mediante la comparación con las precitadas fuentes y que conducirán a la convicción judicial de los mismos traducido en certeza no ausente de falencia.

Este hecho indicado o desconocido como fuente probatoria que es la fase final del complejo y compuesto medio probatorio indicial, a diferencia del hecho indicante sí esta sometido a las reglas o principios dispositivo y de preclusión, no pudiendo ser traído a los autos de manera oficiosa ubicándose

⁶³⁹ Para profundizar sobre el tema remitimos al lector a nuestro trabajo titulado “La Casación Civil. Editorial Paredes. Caracas, 2010. pp. 666 y ss.

en el mundo de las cargas procesales. Explicando lo dicho señalemos que si bien las fuentes probatorias son cuestiones de hecho traídas por las partes a través del cumplimiento de sus cargas y conforme a los medios probatorios aportados en los términos de los procedimientos establecidos, sin perjuicio que también pueden ser traídas al proceso por medios probatorios oficiosamente ordenados, su alegación en cuanto al hecho que se trate es cuestión que corresponde a las partes, es decir, que en la construcción del medio probatorio para aportar la fuente que servirá a la convicción judicial al ser utilizadas para la verificación de los hechos por comparación, es competencia y carga de las partes –con exclusión del juez- la cuestión de los hechos y concretamente del indicado que servirá para la precitada certeza judicial, lo no quiere decir que el juez de oficio pueda construir la prueba por indicios, pero y respecto al hecho desconocido debe tratarse de uno de aquellos alegados o excepcionados en forma institucional por las partes en sus escritos de pretensiones, al ser éstos lo que precisamente requieren ser verificados por comparación con fuentes probatorias que se aporten al proceso –a instancia de parte o de oficio- sobre los cuales precisamente ha de recaer la convicción judicial. De esta manera observamos que la identidad entre el hecho institucional cuya carga compete a las partes y las fuentes probatorias que sirvan para corroborarlos por comparación, permite afirmar que el hecho desconocido necesariamente debe identificarse con alguno de los institucionales o nucleares afirmados como fundamento de las diversas pretensiones y que es presupuesto de las aquellas normas jurídicas aplicables al caso y contentivas de consecuencias perseguidas por las partes, lo que nos ubica en un tema que compete al alegato de las partes –hecho indicado- y excluye la posibilidad que el juez de oficio pueda allegar al proceso esos hechos que pretenden verificarse con la fuente que se obtenga del medio indicial.

3.3. Relación causal o nexo lógico-científico.

Se trata del tercer componente de la prueba –*rectius*: medio- por indicios, consistente el razonamiento o juicio lógico y crítico, basado en reglas de la lógica, máximas de experiencia o conocimientos científicos que por vía de inferencias inductivas nos llevan a la obtención de un hecho desconocido o indicado –fuente probatoria que como hemos indicado sirve para la convicción judicial- partiendo de un hecho conocido y acreditado en el proceso, lo que no es más que la “presunción” que dependiendo del sujeto a quien compete ese juicio lógico-crítico puede considerarse judicial –del juez- o legal –del legislador-. Como indicamos esa operación lógica y crítica que es el nexo o relación causal entre hecho indicante e indicado se basa principalmente en reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos; pero además se trata de un razonamiento inferencial inductivo. Veamos esto.

Nos dice el maestro DEVIS ECHANDÍA que la razón o el fundamento del valor probatorio del indicio radica en su aptitud para que el juez induzca de él lógicamente el hecho desconocido que investiga; que ese poder indicativo se fundamenta en la “experiencia humana” o en los “conocimientos científicos o técnicos”, según se trate de indicios ordinarios o técnicos, donde en el primero de los casos se trata de máximas o reglas generales de la experiencia que le enseñan el modo o manera normal, contante o sólo ordinaria como suceden los hechos físicos o psíquicos, sirviéndole al judicante de guía segura para la valoración de toda clase de pruebas y especialmente la indiciaria, de manera que al juez le bastará aplicar a los hechos indicadores debidamente acreditados en el proceso esas máximas comunes de la experiencia o las técnicas especiales que conozca que le hayan suministrado los expertos, para obtener con ayuda de la lógica su conclusión acerca de si de aquellos se concluye o llega o no a la existencia o inexistencia del hecho indicado o investigado y si esa conclusión es cierta o únicamente probable.⁶⁴⁰ Como podemos apreciar inmediatamente de lo expresado por el maestro colombiano, tenemos que dependiendo del tipo de hecho que se trate –tanto el indicante pero fundamentalmente el indicado- el razonamiento que utilizará el judicante para llegar al hecho indicado partiendo del indicante será lógico formal, basado en reglas de la experiencia, del correcto entendimiento humano o conocimientos empíricos que posea o partiendo de conocimientos técnicos y científicos especiales que pueda extraer por ejemplo de pericias cursante en los autos, en el primero de los casos cuando se trate de indicios ordinarios y el otro caso cuando sean técnicos o científicos; más aún, que para llegar a la fuente probatoria que produzca el hecho indicado, el judicante bastará aplicar al hecho indicante ese juicio lógico basado en reglas de la experiencia –cuando sean ordinarios- o conocimientos técnicos y científicos –cuando sean de tal naturaleza-.

Cuando se trata de indicios ordinarios insistimos que el judicante aplicará reglas de la lógica y la experiencia, siendo las primeras un método de pensar reflexivo que permite realizar un discurso coherente, mediante la construcción argumentativa, que en el caso del indicio se tratará de una argumentación fáctica cómo se conectan los hechos, que expliquen la interrelación entre ellos, la ausencia de duda y que está comprobado; por su parte las reglas de la experiencia se refieren a los conocimientos generales e hipotéticos que tiene el judicante provenientes de su experiencia, que le indican el modo normal como suceden las cosas, simplemente sus conocimientos empíricos que y al igual que en los casos de aplicación de la lógica, aplicado a los indicios se traduce en argumentaciones de hecho basada en la experiencia empírica que le permiten llegar a un hecho indicado partiendo del indicante. Pero también y cuando se trata de indicios técnicos o científicos el juez debe aplicar tales conocimientos que podrá extraer de las pericias que cursen en autos, para llegar igualmente al establecimiento del hecho desconocido, para la producción de la fuente probatoria que servirá en la formación de la convicción judicial.

⁶⁴⁰ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. p. 623.

Ese razonamiento lógico y crítico que utilizará el judicante para llegar al hecho indicado, la inferencia que aplicará será de carácter “inductivo”, de donde se induce la existencia o no del hecho que se investiga y que es fuente probatoria para la eventual convicción judicial, aunque y como explica DEVIS ECHANDÍA [...] *No puede descartarse el razonamiento deductivo en la valoración de la prueba por indicios, como lo enseñan también otros autores: inducción y deducción se confunden en el juicio lógico-crítico.”; que en la realidad práctica tanto la inducción como la deducción se combinan, de la máxima general de experiencia se deduce una consecuencia aplicable al hecho indiciario que lo relaciona con el investigado, induciéndose de aquél en virtud de aquella máxima, la posibilidad lógica del hecho que se investiga.”; y concluye señalando que [...] así como no es posible separar lógicamente el hecho indicador de la máxima de experiencia, que suministra el argumento probatorio, tampoco puede aislarse el razonamiento inductivo que se aplica al primero, del deductivo que surge del segundo. Ni hace falta un razonamiento rigurosamente silogístico.”, expresando más adelante que [...] *En todo caso, cualquiera que sea la naturaleza del razonamiento, la fuerza probatoria de los indicios, supuesta la prueba plena de los hechos indiciarios, depende de la mayor o menor conexión lógica que el juez encuentre entre aquéllos y el hecho desconocido que investiga, con fundamento en las reglas generales de la experiencia o en las técnicas, según el caso; es decir, depende de la mayor o menor probabilidad del hecho indicado en razón de su conexión lógica con los hechos indiciarios contingentes o de la indispensable relación de causa a efecto, o viceversa, que existe entre aquel y el indicio necesario.”*⁶⁴¹*

Luego de formularse la siguiente interrogante: ¿cuál es la naturaleza de la operación mental que realiza el juez en materia de indicios, inductivo o deductivo?, indica el maestro argentino Antonio DELLEPIANE criticando a LÓPEZ MORENO que la consideración que solo se trata de un método inductivo conlleva a olvidar que en el se va de lo particular a lo general, que va del caso o casos a la ley; que en la inferencia indiciaria se va de la ley o leyes al caso, siendo el camino seguido precisamente el inverso a la inducción, al tratarse de un deducción al concluirse de la ley al caso, de lo general a lo particular. Señala más adelante que no sería tampoco exacto decir que la inferencia indiciaria es siempre una deducción rigurosa, pues en la mayor parte de los casos ella es solo una inferencia analógica, al consistir en una deducción apoyada en una inferencia inductiva previa; que en la inferencia indiciaria, la ley que le sirve de presupuesto o fundamento, que constituye la premisa mayor del silogismo correspondiente, no es siempre una ley científicamente comprobada y de un carácter necesario, sino que es una ley empírica, una generalización suministrada por la experiencia, un principio de sentido común cuyo carácter es contingente.⁶⁴²

Como podemos observar de lo dicho tenemos en primer lugar que la presunción entendida como razonamiento lógico y crítico siempre está amalgamada al hecho indicante y en conjunto sumado al hecho

⁶⁴¹ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. pp. 625 y ss.

⁶⁴² Antonio DELLEPIANE. Ob. cit. pp. 58 y ss.

indicado conforman la denominada prueba indiciaria –*rectius*: medio- como un todo complejo y completo; que para llegar al descubrimiento del hecho indicado o desconocido partiendo del hecho indicante alegado y demostrado –nexo causal o relación de conexión- es necesario aplicar un juicio lógico y crítico, que se basa en función del tipo de indicio que se refiere –ordinario o especializado- en la aplicación al hecho indicante de reglas generales de la experiencia o conocimientos técnicos o científicos; finalmente que ese razonamiento o inferencia que se realiza es inductivo y deductivo, todo en los términos que nos explica la doctrina que hemos citado para la mejor comprensión del tema por parte del lector.

4. TIPOLOGÍA DE LOS INDICIOS.

El tratamiento de este apartado necesariamente debe comenzar señalando que no existe una tarifa, numeración o lista de los indicios, concretamente de los diferentes tipos de hecho indicante que pueden conducir al establecimiento de un hecho indicado conforme a la aplicación de las reglas lógicas basadas en los conocimientos generales o científicos, tal como lo hemos podido constatar en el estudio de la doctrina que se ha hecho en este capítulo, que y dependiendo del ámbito de aplicación pueden asumir carácter civil, penal, laboral y en general adaptándose o amoldándose al tipo de procedimiento y de derecho que se debate en un proceso judicial.

Así por ejemplo en materia criminal el maestro FLAMARINO DE MALATESTA –ya citado- indica una tipología indiciaria partiendo de los siguientes indicios particulares: a. *El indicios de capacidad intelectual y física para delinquir*, considerando esa capacidad como requisito indispensable del delito, la causa genérica del acto criminal, lo que es examinado desde un doble aspecto a saber: 1. *La capacidad subjetiva o capacidad propiamente dicha*, que reside en la persona del agente y que comprende las cualidades exigidas por el delito imputado; 2. *La capacidad relativa u oportunidad*, que reside en la relación del agente con determinadas cosas, ya sea con determinadas cosas, ya sea con el medio criminal o con la víctima y comprensiva de cualquier facilidad de acción resultante de la ocasión dada, del tiempo, del lugar, y en general de cualquier otra, así como la posesión del instrumento del delito, la tenencia de la cosa delictiva o el hecho de haber estado en compañía de la víctima al momento del delito contra su persona; b. *Indicio de capacidad moral para delinquir*, por las disposiciones generales de la persona hacia el delito, lo que se deduce tanto de la conducta pasada como de las condiciones y hábitos físicos, lo que constituye solo un indicio inculpador verosímil, más cuando es disculpador de incapacidad moral para el delito resulta más concluyente; y c. *El indicio del motivo o móvil para delinquir*, que se refiere a la capacidad moral para delinquir en razón de un impulso particular hacia el delito.⁶⁴³

⁶⁴³ Nicolás FLAMARINO DE MALATESTA. Ob. cit. pp. 188 y ss.

Prieto ELLERO distingue como principales indicios: a. *El indicio de capacidad –moral- para cometer el delito o del carácter criminal del agente*, que lo dispone para obra mal y que se manifiesta por su conducta, sus costumbres y sus cualidades personales –propensión criminal-; b. *El indicio del móvil delictivo*, referido a la condición esencial de todo delito y que difiere en cada uno de ellos; c. *El indicio de oportunidad*, referido a las condiciones en las cuales se encuentra el agente y que le facilitan el delito, lo que englobará la “oportunidad personal” para delinquir o la capacidad intelectual y física proveniente de los conocimientos y del poder de la persona, constitutiva al mismo tiempo de una condición propia del delito, así como la “oportunidad material o real” que resulta variada, comprendiendo la presencia en el lugar de los hechos delictivos, la posesión de los instrumentos del delito, el conocimiento del lugar y demás circunstancias; c. *El indicios de los rastros materiales del delito, recogidos en las cosas o en una persona –acusado o víctima- tales como huellas, objetos rotos llevados o dejados en el lugar de los hechos, pudiendo comprender toda un suerte de cosas*; d. *El indicio de manifestaciones anteriores al delito*, tales como amenazas o instrucciones dadas con miras al delito; d. *El indicio de manifestaciones posteriores al delito*, sean palabras, por escrito o actos, declaraciones mendaces, regreso al lugar del crimen, fuga, supresión de rastros materiales, transacción con la víctima, soborno a testigos, excesivos gastos, entre otros.⁶⁴⁴

Finalmente la clasificación en esta materia criminal nos ofrece el maestro GORPHE de la siguiente manera: a. *Indicios de presencia*, que también son llamados de “oportunidad física”, obtenidos del importante hecho de que el individuo estuviera, sin razón plausible, en el lugar y en el tiempo del delito, hecho material que resulta sospechoso sólo porque no tiene justificación y más aún porque el acusado lo explique mal, aunque por sí solo no permite precisar lo que ha hecho exactamente el sospechoso en el lugar de la infracción, pudiendo resultar de testimonios si aquel ha sido visto, de huellas o rastros que indiquen su paso o de un objeto por él abandonado en tal lugar; b. *Indicios de participación en el delito*, que pueden comprender y superar lo que se ha denominado la “oportunidad material” en sentido amplio, indicios diversos sacados de vestigios, objetos o circunstancias que impliquen un acto en relación con la perpetración del delito, señales de fractura, de sustracción, rastro de golpes o de polvo, manchas de sangre o barro, tenencia de instrumentos del delito, descubrimiento de un objeto comprometedor en el lugar del hecho o en la casa del sospechoso, que a diferencia de los indicios precedentes, éstos son más o menos indicadores de un acto preciso: la violencia, fractura, apoderamiento de un objeto, encubrimiento o complicidad, de manera que se trata en general de hechos bastantes significativos para hacer la prueba, siempre que no resulten contradichos y que pueden conducir a la condena; c. *Indicios de capacidad para delinquir*, también llamados de “oportunidad personal” o simplemente de “personalidad”, que proceden

⁶⁴⁴ Prieto ELLERO. *Juicios Criminales*. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1953, pp. 87 y ss. También puede consultarse a Francois GORPHE. *Ob. cit.* pp. 238 y ss.

de la compatibilidad de la persona física o moral con el acto cometido, referidos a lo que se sabe de su conducta, de su pasado, costumbres, disposiciones, que permiten deducir que el acusado era capaz de cometer el delito imputado o que fue llevado a ejecutarlo, constituyendo una condición necesaria –pero no suficiente- de la culpabilidad, pues algunas veces proporciona una mera probabilidad o verosimilitud y no una certeza. Indica el precitado autor que estos indicios actúan con mayor fuerza en forma negativa –para la exculpación- cuando muestras una incompatibilidad entre la persona u el acto imputado; d. *Indicios de motivo o móvil del delito*, que complementan a los precedentes al darle la razón del acto, elemento psicológico indispensable para comprender el delito y configurar la culpabilidad, que pueden ser deducidos de las declaraciones del inculcado sobre el propósito perseguido, de la naturaleza del acto cometido y del interés de cometerlo, de los sentimientos que a ello arrastra; Indicios de actitud sospechosa, deducidos de lo que se llama rastros mentales o manifestaciones del individuo, anteriores o posteriores al delito, de manera que se trata del comportamiento en cuanto revela el estado de ánimo del acusado en relación con el delito, tanto su malvada intención antes del delito como su conciencia culpable después de haberlo realizado, lo que se manifiesta como actos de fuga, disimulación, destrucción de objetos comprometedores, palabras, emociones, animosidad, amenazas hacia la víctima, indicios indirectos que sólo muestran la culpabilidad por el intermediario variable de los estados subjetivos, los cuales solo son conocidos por su expresión meramente externa y aparente; y e. *Indicios de mala justificación*, que sirven para complementar y precisar los anteriores por medio de las propias declaraciones de acusado, hechos o actos sencillamente equívocos que adquieren un sentido sospechoso o delictual, si el interesado da sobre ellos una explicación falsa o inverosímil, perdiendo todo su efecto cuando son justificados de manera plausible. Finaliza GORPHE indicando que [...] *Los indicios así definidos tiende, en su forma positiva, a probar la culpabilidad (indicios de cargo), mientras que sus contrarios se dirigen a disculpar al individuo sospechoso o a probar su inocencia (indicios de descargo).*”⁶⁴⁵

Otra tipología indiciaria hace la siguiente clasificación: a. *Indicios anteriores, concomitantes o posteriores* al hecho desconocido que trata de verificarse; b. *Indicios personales o subjetivos o materiales*, según se refieran a condiciones y modo de ser de una persona o las cosas o huellas, rastros y similares; c. *Indicio necesario* según que uno solo –hecho indicante- baste para producir el convencimiento en razón de que supone indispensablemente el hecho indicado, por corresponder a una ley física inmutable, de causalidad necesaria –regla de la experiencia que se utiliza como juicio lógico y crítico-. Se trata de aquel que de manera infalible e inevitable conduce a la verificación del hecho indicado o desconocido. Resulta fundamental detenernos en esta clasificación en razón de su importancia en la práctica y en el entendimiento de este medio probatorio, siendo el “necesario” –insistimos- aquel hecho desconocido

⁶⁴⁵ Francois GORPHE. Ob. cit. pp. 239 y ss.

que probado el conocido o indicador, de manera fatal, inexorablemente o inevitable produce el hecho desconocido o indicado, por ser éste supuesto para la existencia del otro, que sólo se da en el cumplimiento de ciertas leyes de la naturaleza; en tanto que el indicio “contingente” será aquel que con mayor o menor “probabilidad”, conforme a la fuerza indicadora del hecho conocido o base, pueden permitir la inferencia de hechos desconocidos, de manera que entre mayor sea el vínculo de causalidad entre el hecho indicador e indicado, estaremos en presencia de indicios necesarios o contingentes; d. *Indicios contingentes* son aquellos que no necesariamente suponen indispensable el hecho indicado y apenas constituyen una inferencia de probabilidad. Estos indicios a su vez se subdividen en “*graves*”, “*leves*”, “*inmediatos o próximos*” y “*mediatos o remotos*”, según el valor probatorio y la proximidad de la conexión entre los hechos indicantes e indicados, así por ejemplo un indicio “grave” es aquel que se produce cuando entre el hecho demostrado en el proceso –hecho indicante y el hecho a probar –desconocido o indicado- existe una relación lógica inmediata como en materia penal cuando en posesión de una persona se encuentran los objetos del delito lo que lo relaciona lógicamente e inmediatamente con el hecho que se investiga para el establecimiento de su autor, de manera que cuando hay un alto grado de “probabilidad” que del hecho indicante se puede inducir a través del juicio lógico inductivo-deductivo, el hecho indicado como consecuencia de esa relación lógica inmediata, se configurará esta categoría de indicio “contingente grave”, en tanto que si no hay esa “verosimilitud” el “indicio contingente” será “leve”, destacándose que cuando estemos en presencia de la certeza el indicio no sería “contingente” sino “necesario”. Pero siguiendo con la clasificación que hacemos con la letra “e” encontramos *Indicios positivos y negativos* según que concurren a indicar la existencia o inexistencia del hecho indicado o la responsabilidad del sindicado en materia criminal; f. *Indicios plurales o singulares*, según se trata de un solo hecho indicante o varios hechos indicantes, que en el primero de los casos deben ser graves, concordantes o concurrentes y convergentes, tal como lo analizaremos más adelante.

5. REQUISITOS DE LA PRUEBA POR INDICIOS.

Como lo hemos hecho con cada uno de los diferentes medios probatorios que se han estudiado, repasaremos cada uno de los requisitos de existencia, validez y eficacia del medio probatorio indicial, partiendo de los estudios del maestro Hernando DEVIS ECHANDÍA,⁶⁴⁶ con la indicación que y respecto a alguno de ellos al ser común de todos los medios probatorios y haber sido plenamente analizados en otro momento, remitiremos al lector en cada caso a esos estudios previos.

⁶⁴⁶ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. pp. 628 y ss.

5.1 Requisitos de existencia.

5.1.1. Que se encuentre plenamente demostrado o verificado en el proceso el hecho indicante, indicador o base.

Ya hemos dicho que el hecho indicante o indicador, el conocido “hecho indiciario” aquel que se constituye por el hecho o fuente probatoria alegado y demostrado en el proceso por cualquier medio – directo o indirecto- que contiene un argumento probatorio a partir del cual se puede inferir vía inducción a otro hecho desconocido con el auxilio del juicio racional y lógico, basado en reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos; que este hecho como fuente probatoria puede ser cualquier cosa, rastro, huella, vestigio, conducta o actividad humana, señal o actitud que como tal, no es la fuente que servirá para el acreditamiento o verificación de los hechos institucionales o nucleares enunciados y debatidos en el proceso en las diversas pretensiones, al ser el fundamento de las normas jurídicas que consagran aquellas consecuencia aplicables al caso y que son buscadas por las partes; por el contrario se trata de una fuente que por su característica y mediante un razonamiento lógico y crítico permite inferir y llegar a otro hecho que como fuente probatoria es la que servirá para la convicción judicial, para la verificación de esos hechos institucionales enunciados y controvertidos por comparación, para en definitiva producir la certeza judicial no ausente de error o falencia.

Entendiendo que la prueba –medio- por indicios tiene naturaleza compuesta y compleja, que incluye necesariamente tanto a este hecho indicante como al hecho indicado y el juicio lógico y crítico –nexo- resulta claro que el primero de los elementos que debe estar presente para la existencia del medio probatorio que nos ocupa es precisamente el hecho indicante, el hecho base que alegado por las partes o extraído oficiosamente por el judicante de las actas procesales, permite mediante ese juicio lógico y crítico, incluso técnico o científico inferir vía inductiva y deductiva ese hecho –desconocido- que como fuente probatoria servirá para la convicción judicial. Este hecho como hemos expresado suficientemente debe estar acreditado en el proceso, sea mediante prueba directa o indirecta, sin limitación alguna en función a la presencia de la constitucionalización del derecho de acceso al sistema probatorio y conforme a la corriente garantista, de manera que nada impedirá que un hecho indicante esté acreditado por otro indicio que en su noción de todo compuesto y complejo es definitiva es un medio de prueba tan igual y capaz que otros medios probatorios históricos y representativos –esto que nos hace separar de la mayoría de la doctrina- todo sin perjuicio que el hecho indicante perfectamente puede ser acreditado o probado por un conjunto diversos de medios probatorios, como testigos, inspecciones, documentos, declaraciones de las

partes, conductas procesales, pericia, reconocimientos e indicios, de manera que no es necesario que esté demostrado por un solo o único medio.

La acreditación de este hecho-base o indicante debe ser mediante un medio probatorio lícito y legal, lo que descarta que un medio probatorio imperfecto, defectuoso o incompleto pueda ser considerado como indicio –hecho indicante- para la construcción del medio probatorio indiciario, pues y como hemos expresado si para que se tenga un hecho indicante hace falta de un medio probatorio completo y perfecto, si el mismo no sirvió para el acreditamiento del hecho debatido en la causa al ser por ejemplo de naturaleza histórica y representativa, tampoco podrá servir como medio probatorio para el hecho indicante y obtener en consecuencia un medio indiciario que permita generar una fuente para la convicción judicial.

Otro asunto de suma importancia que se relaciona con este requisito que analizamos, es precisamente el referido al momento procesal de la proposición del medio probatorio que conduzca la fuente que sirva como hecho indicante, que en la práctica se confunde con la proposición en general del medio probatorio indiciario como un todo compuesto y complejo, pues no podemos entender este medio probatorio de manera separa en cuanto a sus componentes, no podemos tratar el tema de manera separada como si el hecho indicante fuera aislado o apartado del hecho indicado y del juicio lógico crítico, aún cuando su construcción sea hace en momentos diferentes y sus resultados finales será la consecuencia de pasos que deben seguirse partiendo del hecho indicante para llegar al hecho indicado conforme a la presunción como razonamiento crítico lógico. Explicando lo dicho comencemos precisando que una cosa es la promoción del hecho del medio probatorio y la fuente que demuestra el hecho indicante y otra la es la promoción del medio probatorio indicial en su conjunto complejo y compuesto, pues mientras en el primero el medio probatorio solo tiende a demostrar el hecho indicante para llegar al indicado, en el otro el medio -complejo y compuesto- tendrá como finalidad obtener la fuente probatoria que servirá para la convicción judicial; pero en la práctica la oportunidad procesal para la promoción de estos dos medios para la obtención de las fuentes probatorias –con fines diferentes- en los términos dichos, se confunden en un mismo momento como lo será la promoción o proposición de medios en las oportunidades legales según cada procedimiento, destacándose que la prueba indicial no es una de aquellas excepcionales que deban proponerse en momentos diferentes a los propios de la promoción de la prueba en cada caso –como por ejemplo sucede con las pruebas que deben proponerse junto a la demanda o la contestación de la demanda- de manera que por ejemplo en el sistema de procedimiento civil deberá proponerse el medio de prueba indiciario tanto respecto a la demostración del hecho indicante como en relación al todo complejo y compuesto en el lapso de promoción, en el laboral en la audiencia preliminar y en el penal en la acusación o el escrito que podrá presentarse hasta cinco (5) días

antes del vencimiento del plazo fijado para la celebración de la audiencia preliminar, en los términos del artículo 311 del Código Orgánico Procesal Penal, conforme a lo que hemos analizado en otro momento.

En este orden de ideas tenemos que en la promoción del medio probatorio indiciario que parte de la premisa del hecho indicante que debe ser alegado y demostrado para llegar al hecho indicado, su proponente debe cumplir algunos requisitos mínimos y esenciales como serán: a. La construcción del medio probatorio indiciario en su condición de complejo y compuesto, de manera que debe referirse o alegar la existencia del hecho indicante e indicar el hecho indicado que como fuente probatoria se obtendrá al aplicarse el juicio lógico y crítico por parte del judicante cuando sea judicial, lo que igualmente se presenta cuando se trate de una presunción legal, donde el proponente debe alegar –y como veremos demostrar- el hecho base o indicante a partir del cual parte la presunción legal, indicando el hecho indicado que la ley tiene como cierto –aunque esto último no resulta necesario por el conocimiento que del mismo debe tener el judicante al tratarse de una norma legal amparada por el *iura novit curia*- de esta manera es carga de la parte en su correcta promoción que construya e indique todo el sistema del medio indiciario para que pueda ser materializado posteriormente por el judicante y especialmente para que el contendor judicial pueda ejercitar su derecho de contradicción como derecho constitucional; b. Ese hecho indicante debe estar demostrado o acreditado, para lo cual su proponente debe alegar y eventualmente demostrar tal circunstancia, bien sea proponiendo el medio probatorio que lo demuestre, bien sea alegando el hecho o conducta procesal del cual puede extraerse, el medio probatorio cursante en autos del cual igualmente pueda inferirse, sin perjuicio del alegato referido a que se encuentra acreditado por estricta legalidad por ser un hecho notorio, expresa o tácitamente admitido y consecuentemente verificado en el proceso; y c. Con solos fines de colaborar y ayudar a la construcción de la prueba indiciaria, como mera ilustración que no vincula al judicante –pues es su labor cuando no se trata de presunciones legales- la parte puede sugerir el razonamiento lógico y crítico que permite inferir el hecho indicado partiendo del indicante.

El problema se presenta cuando el medio probatorio indiciario es realizado u ordenado oficiosamente por el judicante, partiendo de un hecho base acreditado o demostrado en el proceso conforme a los medios probatorios que rielen al mismo, incluso por la conducta de las partes, para y aplicando ese razonamiento lógico y crítico puede obtener una fuente probatoria referida que sirva para la convicción judicial, el hecho indicado que debe referirse e identificarse con aquellos expuestos por las partes en sus escritos de pretensiones y debidamente debatidos, que en definitiva permitan la convicción judicial; y decimos que aquí se presenta un problema pues generalmente esta situación es señalada por el judicante en el mismo cuerpo de la sentencia, lo que impedirá a las partes tener el conocimiento suficiente de la situación y poder ejercitar su derecho constitucional de contradicción y defensa al respecto. En este

orden de ideas y estando conscientes que el judicante lesiona los derechos constitucionales cuando basa su sentencia en indicios que no han sido señalados ni advertidos a las partes, pero que el juez va construyendo en su mente para en definitiva verterlo en la sentencia, donde ya el daño está hecho, lo que nos invita a sugerir, en resguardo de los derechos constitucionales en comento y conforme a un sistema efectivo y garantista, que en la medida que el judicante observe en el proceso la existencia de hechos indicantes que conforme a su razonamiento lógico, crítico, general conforme a sus experiencia o en base a criterios técnicos y científicos, puedan llevarlo a construir un medio probatorio indiciario y obtener una fuente probatoria para su convicción judicial, lo que parte lógicamente de la premisa de una actividad oficiosa, en el momento procesal correspondiente y antes del dictado de la sentencia, debe poner en conocimiento o advertir a las partes de tal situación para que estos pueden defender ante este “constructo” indiciario, bien atacando el hecho base del cual parte del judicante, el juicio lógico o crítico que utilice y hasta la propia conclusión traducida en el hecho indicado, tal como podría ser en la propia audiencia pública oral en los procedimientos de esta naturaleza, lo propio que podría ser en el proceso escrito mediante la fijación de una audiencia a tal fin o mediante el dictado de un auto al efecto.

En todo caso lo importante nuevamente es retener en este momento que en el proceso debe estar demostrado o verificado el hecho indicante, bien sea que fuera señalado por las partes al promover el medio probatorio indiciario, bien sea que fuera observado oficiosamente por el judicante, verificación de tal hecho que incluso puede ser como consecuencia de elementos de estricta legalidad –que prescinde de la prueba como hemos visto-; que el hecho indicante como parte del complejo y compuesto del medio probatorio indiciario –éste último propuesto por las partes- si ha de acreditarse con un medio probatorio, éste debe proponerse en su oportunidad correspondiente, que no será otro que aquel mismo donde se propone el medio probatorio indiciario, sin perjuicio que pueda obtenerse el mismo o ser consecuencia de un acto posterior o sobrevenido a las etapas procesales de promoción de prueba, como pudiera suceder en materia de conductas procesales de las partes; que si el hecho indicante y la construcción del medio probatorio indiciario es de oficio, para no infraccionar los derechos constitucionales de las partes, se hace necesario que el juez advierta la situación antes del dictado de la sentencia, para que la partes puedan controlar la actividad eficazmente, todo lo que tiene su fundamento en el derecho constitucional de acceso al sistema probatorio y conforme a las corrientes garantistas; finalmente se nos antoja señalar, que de tratarse de indicios plurales –varios hechos indicantes- que sean graves, concordantes, concurrentes y convergentes, esta situación debe igualmente ser alegada y acreditada por su proponente, todo lo que igualmente debe hacerse al momento de proponer el medio probatorio que estudiamos, sin lo cual el mismo no deberá ser admitido por el judicante por ser errónea o irregularmente propuesto, y en caso que

se trata del medio ordenado oficiosamente, las precitadas circunstancias deben ser claramente advertidas y señaladas por el juez en la forma indicada para su control y debate.

5.1.2. Que exista relación o conexión entre el hecho indicador demostrado y el hecho indicado o desconocido.

Se trata de la significación probatoria que tiene el hecho indicante que permite inducir-deducir por inferencia el hecho indicado, partiendo lógicamente del argumento probatorio que el primero contiene y que conexo o relacionado con el hecho fuente que se pretende inferir –hecho indicado o investigado- permite eventualmente llegar y obtener el mismo, de manera que la inexistencia de tal conexión, incluso la ausencia de ese carácter especial que se refiere al argumento probatorio que contiene, que impedirá eventualmente llegar al hecho desconocido, debe conducir a tener como inexistente al mismo –hecho indicante-. En definitiva para que existe la prueba –medio- por indicios es esencial que el hecho indicante tenga un argumento probatorio del cual pueda inferirse el hecho desconocido, lo que requiere de una relación o conexión que permita tal inferencia conforme a la aplicación de juicios lógicos y críticos –presunciones- pues precisamente la mayor o menor fuerza probatoria del indicio dependerá de la mayor o menor relación o nexo lógico que existe entre aquél y el hecho desconocido que se pretende demostrar.

5.2. Requisitos de validez.

Una vez que el medio probatorio indiciario existe al conjugarse los requisitos señalados en el punto anterior, es necesario que no concurran algunas situaciones que invalidan la misma, lo que precisamente se presenta como los requisitos de validez que en general se ubican en todos los medios probatorios, aunque existen algunos propios del medio que nos ocupa, siendo los mismos: a. Que la prueba del hecho base o indicador haya sido propuesta, admitida y evacuada en forma legal; b. Que no se hayan utilizado medios ilícitos para la demostración del hecho indicador; c. Que no exista una nulidad del proceso que sea capaz de viciar la prueba indiciaria; d. Que la ley no prohíba investigar el hecho indicador o indicado. Del plexo de requisitos señalados solo es propio de este medio el referido a *“que la prueba del hecho base o indicador haya sido propuesta, admitida y evacuada en forma legal”*, al cual nos hemos referido al tratar los requisitos de existencia, especialmente en cuanto a la forma y momento de la promoción del medio probatorio indiciario de naturaleza compleja y compuesta, así como al hecho indicante, no solo desde la noción de la actividad probatoria de las partes sino cuando se presenta como actividad oficiosa, de manera que y para no ser repetitivos remitimos al lector a lo ya dicho.

5.3. Requisitos de eficacia.

En el marco de la construcción de la prueba –medio- indiciario respecto a la fuente probatoria que se obtendrá finalmente y que estará representado por el hecho indicado, partiendo del hecho indicante verificado o demostrado en el proceso, el primero puede aparecer: a. Como remotamente posible; b. Como menos probable; c. Como probables o improbables; c. Como más probables que improbables; d. Como muy probable; y e. Como seguro y cierto. Estos casos donde el hecho indicado puede aparecer como más o menos verosímil, salvo que en el último supuesto que parte de la premisa de una seguridad y certeza sobre su existencia o no, es donde entra en juego la ponderación valorativa del judicante quien para el convencimiento judicial mediante el medio indiciario y conforme a la valoración racional y lógica, en conjunto con otros medios probatorios, en definitiva verificará los hechos que ha de tener como ciertos en el proceso para el dictado de la sentencia. En el caso del medio probatorio indiciario y cuando hay un alto grado de verdad, de verosimilitud respecto al hecho indicado conforme a la construcción del todo complejo y compuesto de la prueba que nos ocupa, la formación de esa convicción judicial aunque puede basarse y fundamentarse en meros indicios, pues este no es un medio menor o inferior a los demás, en caso de concurrir otros medios probatorios deben ser apreciados y valorados en conjunto para hacerse en global esa convicción o certeza judicial a la cual nos referimos. Así por ejemplo en el sistema de procedimiento penal cuya carga probatoria está en cabeza del acusador como consecuencia de la presunción de inocencia que ampara al acusado, resulta una prueba suficiente y de carga para destruir o penetrar tal presunción, el medio indiciario al que nos referimos, que si del mismo el judicante puede extraer la convicción necesaria para determinar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable, perfectamente puede concluir en un sentencia condenatoria, más de concurrir otros elementos probatorios y conforme lo veremos al tratar el tema de la valoración de los indicios, deben valorarse en conjunto –como indicamos- para en definitiva crearse esa convicción y certeza sobre el tema debatido.

En este orden de ideas y para la apreciación y valoración de la prueba por indicios, es necesario que se den o cumplan con determinados requisitos de eficacia probatoria que podemos enumerar de la siguiente manera.

5.3.1. Que la prueba -medio- de indicios sea conducente para demostrar los hechos controvertidos.

La conducencia del medio probatorio como requisito de eficacia, ha sido ampliamente analizado en otro momento, en tratándose de un elemento común a todo medio probatorio referido a la idoneidad que debe existir para poder llevar la fuente al proceso y poder hacer la prueba, lo que parte de la premisa, por un lado de la existencia del principio de libertad probatoria y por otro de la previsión legal que exige un determinado medio probatorio para la demostración de los hechos, sin perjuicio que por su naturaleza – del hecho- se requiera de un medio concreto, como sucede en materia de propiedad de inmuebles, capitulaciones matrimoniales, hipoteca, matrimonio, letra de cambio, entre otros, para los cuales el legislador indica un medio probatorio específico; pero también y conforme a la naturaleza del hecho que se trate su demostración solo aguantará un andarivel probatorio determinado, como en los casos que se requieran de conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados que solo aguanta el andarivel probatorio de la pericia; en la medida que el legislador imponga un medio probatorio determinado o que por la naturaleza del hecho no puedan utilizarse los indicios, estaremos ante un medio probatorio inidóneo o inconducente a tal fin que además de inadmisibles, la hace ineficaz para la producción de la certeza judicial, para la verificación de los hechos.

Al remitirnos a nuestro sistema legal y concretamente en materia civil, el legislador en el artículo 1.399 del Código Civil nos dice que [...] *Las presunciones que no estén establecidas en la Ley quedarán a la prudencia del Juez, quien no admitirá sino las que sean graves, precisas y concordantes, y solamente en los casos en que la Ley admite la prueba testimonial.*”; como vemos el legislador –preconstitucional- supeditó la viabilidad de la prueba indiciaria a los casos donde por su parte es admisible la prueba testimonial, lo que en el estado actual de las cosas se presenta o erige como una limitación inconstitucional contraria al derecho constitucional de acceso al sistema probatoria, que debe reverse por control de la constitucionalidad o mediante la reinterpretación constitucional, no existiendo argumento jurídico lógico y constitucional para su mantenimiento, de manera que como requisito de admisión, validez y eficacia probatoria no puede ser considerado en base ni a reglas de ilegalidad ni de pertinencia, mucho menos de idoneidad y conducencia.

5.3.2. Que se haya descartado la posibilidad de que la conexión entre el hecho indicador y el indicado sea aparente, por obra del azar o la causalidad.

Siguiendo al maestro Antonio DELLEPIANE el “azar” o “causalidad” se refiere al encuentro de una serie o procesos fenoménicos independientes, que no se hallan unidos entre sí, o con otro fenómeno o proceso por vínculos regulares de causalidad; que el “azar” viene a ser en el universo algo así como el desorden, la ausencia de orden, caprichoso, imprevisible, inevitable en general, como sucede en casos fortuitos que se presentan en casos pocos frecuentes; que cuando más grande sea el alejamiento de dos

series fenoménicas independientes y cuando más completa la falta de solidaridad entre ellas, tanto más improbable será el encuentro de las mismas que dé lugar a un caso fortuito, de manera que de llegarse a producir –indica- provocará en el espíritu una sorpresa, una impresión, tanto más intensa más improbable el encuentro; que existen grados de “azar” que pueden estar en cierta medida como previsibles y hasta ser sometidos a cálculo; que cuando el número de indicios y su alejamiento es grande, la creencia en la eliminación de la hipótesis del azar se tornará firme y suficiente para producir en el espíritu la convicción de la realidad del hecho que por ellos indica.⁶⁴⁷ Como apreciamos pueden existir en el marco del proceso un conjunto de hechos indicantes –véase que siempre se tratará de indicios contingentes, pues en los necesarios no opera al responder el mismo a una ley física inmodificable y no causal- que permitir inferir el hecho desconocido que sirve como fuente probatoria al proceso para la convicción judicial, que de manera más o menos probable pueden conducir a que el judicante tenga como cierto el hecho indicado y partiendo del mismo formarse esa convicción, pero si esos hechos indicantes son meras causalidades, son productos del azar donde se evidencia que son consecuencia de casos fortuitos, naturales, impensados, imprevistos e imprevisibles, así como independientes y alejados entre ellos estaremos en presencia de mero azar o causalidad que como requisito de eficacia impedirá que el medio probatorio sirva para la verificación de los hechos debatidos.

Insistiremos que para la valoración de la prueba indiciaria es necesario que el judicante haya descartado la posibilidad seria que la “conexión” entre el o los hechos indicantes y el indicado sea consecuencia de mero azar o causalidad, simplemente aparente a causa de una “conexión falsa” creada por obra del azar, lo que podría observar partiendo de la posibilidad que los diferentes hechos indicantes y especialmente el indicado –que es la fuente para la convicción judicial- pueda corroborarse con otros medios probatorios o que se trate de un número significativo de indicios contingentes que conduzcan al mismo resultado –convergencia- todo lo que lógicamente desminuirá la presencia del azar como requisito que impide la valoración.

Respecto a la prueba del azar el tema es complicado, pues se trata de hechos que pueden asumir una condición de negativos y hasta indefinidos –por aquello de lo fortuito que es ajeno a la presencia de una voluntad cierta de la persona o agente- de manera que quien los aduzca no asumirá carga probatoria, sin perjuicio de su demostración por parte del sujeto interesado a través de una base argumentativa verosímil o creíble; más en todo caso es al proponente del medio probatorio indiciario y especialmente en el sistema de procedimiento penal, donde la carga probatoria recae en el acusador, quien tiene la carga de la demostración de los hechos indicantes y de su veracidad, lo que permitirá considerarlos suficientes como elementos de convicción, de manera que si bien no tiene la carga de probar la “inexistencia” del

⁶⁴⁷ Antonio DELLEPIANE. Ob. cit. pp. 71 y ss.

azar o causalidad, sí la tendrá respecto a la veracidad de los mismos –hechos indicantes- que conducirán al indicado que podrá a su vez corroborarse con otros medios probatorios y que siendo contingentes, los hechos indicantes conduzcan de manera inequívoca o verosímil al hecho indicado de manera convergente; ésta convergencia ante un cúmulo de hechos indiciarios –indicantes- permite descartar el azar en la medida que conduzcan de manera concertada a la verosimilitud o veracidad, que no se trata de causas separadas e independientes respecto al hecho desconocido, todo sin perjuicio de la presentación en el proceso de contraindicios que desvirtúen el o los hechos indicantes, de pruebas que contradigan los precitados hechos indicantes o que infirmen al hecho indicado.

5.3.3. Que se haya descartado la posibilidad de falsificación del hecho indiciario por obra de terceros o de las partes.

Se trata que en el proceso el hecho indiciario –indicador o base- debe estar demostrado de manera cierta para llegar o inferir el hecho desconocido, el cual debe ser producto de medios probatorios reales y no falsificados, como sucede cuando en materia penal se cambia o modifica el lugar del hecho punible, se forjan medios probatorios, se incorporan a la citada escena elementos para despistar y conducir a un error en la investigación y el día de mañana en el enjuiciamiento del sujeto, haciendo ver que el culpable es otra persona, para encubrir al verdadero culpable o simplemente para entorpecer la investigación; también la doctrina cita casos como el traslado del cadáver de la víctima del delito a un lugar diferente, huellas de sangre estratégicamente colocadas, utilización de armas ajenas que permitan incriminar a otra persona inocente, plantación de árboles para simular posesión material muy anterior –lógicamente no se refiere este caso a temas penales- cambio de señales, mojones o hitos, entre otros. En sí se trata de hechos falsos que sirven como indicantes para la construcción de la prueba por indicios que consecuentemente también arrojará un resultado falso –hecho indicado- de manera que para la eficacia del medio probatorio que nos ocupa es necesario que se haya descartado toda posibilidad de falsificación del hecho indiciario –indicante- mediante la alegación y lógicamente demostración –por parte del interesado- que se trata de hechos indicantes falsos, forjados, montados o artificiales que tienden a desnaturalizar la verdad de los hechos y lógicamente a la formación de una convicción basada en hechos falsos o falsificados –forjados-. No obstante a lo dicho, es al proponente del medio probatorio indiciario y especialmente en el marco del proceso, que a causa de la presunción de inocencia y sin perjuicio que el acusado puede argumentar y demostrar que se trata de hechos indicantes falsos, que el acusador asume la carga de la prueba de la

demostración de la “autenticidad” o “verdad” del hecho o hechos indicantes e insistimos, aunque el acusado no asume carga, perfectamente puede proponer y hacer la prueba de la falsificación de los precitados hechos o producir incluso –como se ha dicho- una prueba que infirme al hecho. En todo caso y de surgir dudas respecto a la autenticidad de los hechos indicantes el juez debe aplicar el principio *in dubio pro reo* y favorecer al acusado, de manera que si no existen más prueba prevalecerá la presunción de inocencia.

Al tratar el tema el maestro DEVIS ECHANDÍA nos dice que [...] *También puede presentarse la falsificación de las pruebas del hecho indicador (testimonios falsos de que se vio a una persona en cierto lugar, un día determinado, o que existen unas huellas de sangre; cartas falsas para constituir el indicio de trato como padre en una filiación natural; dictámenes dolosos de peritos, etc); pero esta hipótesis es diferente: se trata entonces de configurar falsamente la plena prueba necesaria para que exista el indicio. En la primera hipótesis se falsifica el hecho que luego se prueba con medio veraces, como la inspección del mismo juez o el testimonial de quienes efectivamente lo conocieron después; en la segunda, el hecho no existe y con falsas pruebas se pretende convencer al juez de que sí existió, o lo contrario, con pruebas falsas se trata de convencer al juez de que no existe o no existió un hecho cierto. En la última hipótesis la situación probatoria es diferente, porque, excepto cuando se trata de documentos privados no auténticos, a quien alegue la falsedad de la prueba (testimonios, dictamen de peritos, confesión, documentos públicos o privados auténticos) le corresponde demostrarla.*”⁶⁴⁸ Obsérvese de lo dicho por el maestro que la falsedad del hecho indicante puede adoptar varias modalidades, que se trate que el hecho es falso y se pretende demostrar con medios probatorios válidos y verdaderos; que se trate de hechos inexistentes que con falsas pruebas pretende demostrarse que es verdadero o al revés, que tratándose de un hecho verdadero con falsas pruebas pretenda demostrarse que es falso.

5.3.4. Que aparezca clara y cierta la relación de causalidad o conexión entre el hecho indicador –o el conjunto de ellos si son varios indicios contingentes- y el hecho indicado.

Se trata de un requisito que se ubica tanto en materia de indicios “necesarios” como “contingentes”, variando solo en cuanto al vínculo de causalidad, pues mientras en el primero es inevitable inferir el hecho indicado partiendo del indicante, en el segundo dicha conexión no es inevitable sino probable, con mayor o menor medida según las circunstancias de cada caso, que en casos de indicios plurales –contingentes- la presencia de la concurrencia o concordancia y convergencia –como lo veremos- así como la ausencia de pruebas y contraindicios que contradigan y desvirtúen razonablemente los hechos indicantes, junto con pruebas que desvirtúen al hecho indicado permiten obtener un mayor grado de probabilidad respecto a la fuente probatoria que se obtiene del medio probatorio que incluso puede conducir a la certeza. Para

⁶⁴⁸ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. p. 645.

que el judicante pueda tener una fuente probatoria que permita la verificación de los hechos controvertidos partiendo de la prueba por indicios, es necesario que esta relación, conexión o nexo que estudiamos aparezca en forma clara y cierta respecto a cada indicio en particular y con mayor razón cuando son plurales, lo que se realizará conforme a la aplicación –por parte del judicante- del juicio lógico y crítico basado en reglas de la lógica, máximas de experiencia y criterios o reglas técnicas y científicas dependiendo del tipo de hecho que se trate –sea ordinario o especializado, este último técnico o científico- lo que debe estar expresamente plasmado y explicado en la sentencia.

Partiendo de este requisito que analizamos que junto con el hecho indicante y el indicado conforman la estructura completa y compleja de este medio probatorio, del cual se obtendrá una fuente probatoria que servirá para la convicción judicial al permitir la verificación de los hechos debatidos al ser comparados con las precitadas fuentes, en el contenido del acto sentencial se hace necesario –valoración del medio probatorio indiciario- que el judicante explique todo el proceso llevado a cabo para la producción de la mentada fuente, de manera que debe exponer de donde ha salido el hecho indicante, si ha sido alegado por la parte o indicado por el juez de oficio, cómo el mismo se encuentra acreditado o verificado en el proceso, bien por medios probatorios producidos por las partes, ordenados por el juez de oficio o extraídos por éste de alguna conducta procesal, cual ha sido el juicio lógico y crítico, las máximas de experiencia utilizadas, las reglas de la lógicas o las reglas científicas o técnicas que permitieron inferir por inducción y deducción el hecho indicado partiendo del indicante, así como el hecho indicado que como fuente se ha obtenido de todo este proceso lógico crítico, a lo que sumaremos que en caso de ser indicios “necesarios”, deba estar la respectiva explicación de tratarse de una ley física inmutable y constante que no admite excepción y en caso de ser “contingentes plurales” explique su gravedad, concordancia entre hechos indicadores y convergencia respecto al hecho indicado. Esta explicación o razonamiento judicial que de plasmarse en la sentencia fundamentalmente tendrá como finalidad: a. Garantizar el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 26 constitucional, respecto al deber de la motivación de las decisiones judiciales; b. Permitir a las partes el ejercicio de su derecho constitucional a la defensa respecto al conocimiento sobre los argumentos de hecho y de derecho que han llevado al judicante a considerar la presencia de una fuente probatoria como consecuencia de un medio probatorio indiciario, de manera que estas puedan ejercer las impugnaciones por las vías recursivas que a bien tengan; y c. Que los tribunales de alzada –superiores o Casación- puedan revisar el juicio crítico inferencial –respecto al presente requisito analizado- y en general la construcción del medio probatorio indiciario.

Volviendo al tema de la presencia clara y cierta de la relación de causalidad entre hechos indicantes e indicados insistiremos que en la medida que ese vínculo o nexo sea más grave, que de los

primeros se puedan inferir sin error los segundos, tendremos una fuente probatoria que servirá a la convicción judicial, en tanto que su separación –causalidad leve o menos grave- que pudieran llegar a una mera probabilidad y lógicamente insegura –lo que nos ubica en indicios contingentes- la fuente probatoria aparecerá como incierta y en consecuencia no servirá para la convicción judicial, debiendo el judicante para verificar los hechos debatidos en el proceso, acudir a otras fuentes probatorias que de no existir, necesariamente tendría que acudir al sucedáneo de la carga probatoria, salvo que y en los casos penales se mantendría la presunción de inocencia que conduciría a una sentencia absolutoria.

5.3.5. Que de tratarse de indicios contingentes, sean plurales, vale decir, varios, pues de tratarse de un hecho indiciario necesario, la pluralidad no se exige.

Hemos afirmado en otro momento que el indicio “contingente” es aquel que con mayor o menor “probabilidad”, conforme a la fuerza indicadora del hecho conocido o base, pueden permitir la inferencia de hechos desconocidos, de manera que no basándose en leyes físicas inmutables y constantes que no admitan excepción como sucede con los “necesarios”, entre menor, más vago e incierto sea el vínculo de causalidad entre el hecho indicador e indicado, estaremos en presencia de indicios contingentes, los cuales insistimos no necesariamente suponen indispensable el hecho indicado y apenas constituyen una inferencia de probabilidad; que este indicio a su vez se subdividen en “*graves*”, “*leves*”, “*inmediatos o próximos*” y “*mediatos o remotos*”, según el valor probatorio y la proximidad de la conexión entre los hechos indicantes e indicados; más y respecto a lo que nos interesa en este apartado es que de tratarse de esta tipología indiciaria –contingentes- los mismos deben ser plurales, ello insistimos por el hecho de no basarse en leyes físicas inmutables y constantes, lo que permite afirmar que siendo un solo hecho indiciario –singular- esto tan sólo podrá generar una mera probabilidad respecto al hecho indicado que no servirá como fuente probatoria para la convicción judicial; pero la situación cambia cuando estamos en presencia de una pluralidad de hechos indicantes que permitan en forma concordante y convergente inferir el hecho indicado que con una mayor probabilidad basada en la causalidad y que pudiera concluir en una certeza, pueden servir para la precitada convicción judicial, para la certeza respecto a la verificación de los hechos debatidos.

La exigencia de la pluralidad de hechos indiciarios que deben ser graves, concordantes o concurrentes y convergentes se ubica tanto en el artículo 1.399 del Código Civil que indica que las presunciones judiciales –indicios- admisibles sean aquellos graves, precisos y concordantes, como en el artículo 510 del Código de Procedimiento Civil que indica [...] *Los Jueces apreciarán los indicios que resulten*

de autos en su conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia entre sí, y en relación con las demás pruebas de autos.”.

Pero ¿cuántos indicios contingentes hacen faltan para la convicción judicial? Indiquemos que las normas legales nadan dicen al respecto, limitándose a expresar que deben ser varios y apreciados en conjunto, más resulta lógico que por la pluralidad deban ser más de dos, que es precisamente lo que permitirá esa concordancia y convergencia, incluso lo que conducirá a aquella gravedad ubicada en la relación causal para poder considerar con mayor grado la probabilidad o certeza del hecho indicado, descartando una probabilidad incierta o vaga; en este orden de ideas destaquemos que siendo más de dos los hechos indiciarios habrá cumplimiento a las exigencias legales y podrán utilizarse las fuentes probatorias que se deriven del medio probatorio indiciario para la convicción judicial, quedando a juicio del judicante el número superior al señalado para esa certeza judicial.

Esa pluralidad de indicios –hechos indicadores- debe ser “autónomos e independientes” –lo que identifica el maestro PARRA QUIJANO con la denominación “*unidad del indicio*”-⁶⁴⁹ pues en ocasiones si unos son consecuencias de otros o sucesivos e integrantes de una misma circunstancia o del mismo acontecimiento, no estaremos en presencia de pluralidad sino de un solo hecho indiciario, así se dice por ejemplo que cuando se tiene la prueba que el acusado odiaba a la víctima, que antes del homicidio había discutido con él, lo había amenazado de muerte, en definitiva se trata de un solo hecho indiciario que parte de una misma circunstancia o son integrantes de un mismo acontecimiento; también cuando se tiene la prueba que el sindicado fue visto huir del lugar del suceso, fue visto corriendo por un lugar determinado y que se alejaba del mismo –ejemplo señalado por el maestro FRAMARINO DE MALATESTA- lo que solo demuestra un solo indicio respecto a un mismo hecho sucesivo, como lo es la fuga, de manera que en ninguno de los dos casos podemos considerar la presencia de una pluralidad de hechos indiciarios que puedan eventualmente ser concordantes y convergentes, pues aún demostrados de diferentes maneras se tratará de un solo indicio –hecho indicante-.

DELLEPIANE al tratar el tema de las condiciones de la prueba por concurso de indicios, nos dice que deben reunirse las siguientes condiciones: a. La prueba de los hechos indicadores o indiciarios, lo que puede hacerse mediante prueba directa e incluso directas imperfectas –aunque nosotros hemos sostenido que también es válida su demostración por prueba indirecta-; b. Deben los indicios haber sido sometidos al análisis crítico encaminado a verificarlos, precisarlos y valuarlos, de cuyo análisis habrán salido, si no con un valor numérico, provistos con la etiqueta de graves, medianos leves; c. Deben también los indicios –hechos indicantes- ser independientes –se trata de la pluralidad- en varios sentidos a saber: en cuanto a que no deben contarse como tales los que tienen el mismo origen por respecto a su prueba,

⁶⁴⁹ Jairo PARRA QUIJANO. Tratado de la Prueba Judicial. Indicios y Presunciones. pp. 66 y ss.

en cuanto a que deben ser considerados como diferentes los que constituyen momentos o partes sucesivas; d. Que sean varios, cuando no pueda dar lugar a deducciones concluyentes como fundadas en leyes naturales que no admiten excepción, se trata –como hemos dicho- de la pluralidad de indicios de carácter contingente a diferencia del indicio necesario que como consecuencia de una ley natural o física inmutable y constante no admiten excepción alguna; aquí mismo el precitado maestro argentino citando la doctrina de Kart Joseph Anton MITTERMAIER, Eduardo BONNIER y Nicolás FRAMARINO DE MALATESTA considera que en los casos donde no se está en presencia de indicios necesarios, es decir, cuando se trata de indicios contingentes, sin perjuicio de no existir racionalmente un *minumun* lo cierto es que deben ser varios, número que variará según las circunstancias de cada caso y según la fuerza o peso de los indicios que entran en la combinación, de ahí –indica- como en materia de testigos los indicios se pesan y no se cuentan; e. Que sean concordantes de manera que se ensamblen entre sí, que permita producir un todo coherente y natural, donde el hecho indiciario –indicador- tome su respectiva colocación en cuanto al tiempo, lugar y demás circunstancias; f. Que sean convergentes lo que significa que todos los hechos indicantes puedan conducir a una misma conclusión, a un mismo hecho indicado, lo que descartará que puedan producirse consecuencia o conclusiones diversas; g. Que las conclusiones sean inmediatas en el sentido que no sea necesario llegar a los hechos indicados a través de una cadena de silogismos o lo que los lógicos llaman un “sorites” –argumentos, razones-; y h. Que las conclusiones excluyan las hipótesis del azar, causalidad y falsedad, conforme a lo que hemos expresado.⁶⁵⁰

5.3.6. Que de tratarse de varios indicios –plurales- contingentes sean graves, concurrentes o concordantes y convergentes.

Para la construcción de la prueba indiciaria cuando estamos en presencia de indicios de carácter contingentes, hemos señalado que se requiere de su pluralidad, que sean varios y precisamente en éste aspecto deben a su vez concurrir otro conjunto de requisitos para la eficacia del medio probatorio, para que pueda extraerse o inducirse una fuente probatoria que permite la convicción judicial, se trata de la gravedad, concordancia o concurrencia y convergencia de los mismos –hechos indiciarios o indicadores e indicados en la forma que explicaremos- que encuentra regulación en nuestra legislación y concretamente en los ya mencionados artículos 1.399 del Código Civil y 510 del Código de Procedimiento Civil, en tratándose –insistimos- de requisitos propios de la tipología indiciaria contingente, de manera que se excluye o no opera en casos de indicios necesarios. Veamos cada uno.

⁶⁵⁰ Antonio DELLEPIANE. Ob. cit. pp. 93 y ss.

La “*gravedad*” como hemos escrito en párrafos anteriores se refiere al mayor o menor relación, conexión o nexo –incluso causalidad- entre los hechos indicantes y el hecho indicado, de manera que mientras mayor sea la relación lógica inmediata, los hechos indicados serán más probables, menos probables y hasta pueden conducir a la certeza; por su parte la “*concordancia o concurrencia*” como explica DELLEPIANE se refiere a la relación de los diversos hechos “indiciarios o indicadores”, que permitan inducir el hecho indicado, se trata de su enlace, ensamble corroboración o confirmación que deben tener los hechos indiciarios para producir su coherencia natural y evitar que no se contradigan o choquen, requisito que permite un mayor grado de probabilidad y hasta certeza respecto al hecho indicado al eliminar o disipar las dudas respecto al azar o causalidad; finalmente la “*convergencia*” se relaciona e identifica con los hechos indicados o desconocidos, a las deducciones o inferencias que se extraigan de los hechos concordantes indicados, que permitan partiendo de éstos llegar a un mismo resultado, a unas mismas conclusiones. Importa destacar de lo dicho que no se produce la “convergencia” en materia de hechos indiciarios o indicados al mismo tiempo que no hay concordancia o concurrencia de hechos indicados o desconocidos, pues la primera se refiere a los hechos indicadores o base y la segunda a las inferencias, a los hechos indicados.

5.3.7. Que no existan contraindicios.

Los contraindicios o también denominadas “contrapresunciones” son aquellos hechos indicadores de los cuales se obtiene una inferencia contraria a la que producen otros indicios; se trata –como hemos indicado- de aquellas fuentes probatorias que representando hechos indicadores o indiciarios permiten inferir por inducción-deducción, conforme al juicio lógico y crítico basado en reglas lógicas, de la experiencia, reglas técnicas o científicas a otras fuentes probatorias –hechos indicados o desconocidos- diferentes y contradictorios a lo que se han obtenido del medio probatorio indiciario –nos referimos a otras conclusiones, a otros hechos indicados- de manera que si los hechos indiciarios del medio en cuestión son enervados o contradichos razonablemente por otros hechos de la misma naturaleza –contraindicios- no habrá eficacia probatoria y el judicante no podrá obtener una fuente que permite la convicción judicial. De lo dicho observemos inmediatamente que los contraindicios como hechos indicantes atacan, enervan, contradicen o desmontan a los hechos indicantes del medio indiciario, sin perjuicio que también los mismos –hechos indicadores o base- pueden ser enervados por otros medios probatorios diferentes a los propios contraindicios como hechos indicantes.

Cuando en el proceso cursan pruebas demostrativas de los contraindicios, incluso cuando existen otros medios probatorios que contradigan los hechos indicantes del medio indiciario, se quiebra la

causalidad o conexión y la unidad, desapareciendo la concordancia o concurrencia de los mismos –hechos indicantes- y consecuentemente las inferencias que se obtengan de los mismos dejarán de converger – hechos indicados- hacia la misma resultancia, generando la destrucción total del medio probatorio capaz de producir una fuente que permita la convicción judicial, todo lo que dará lugar al desecho de la misma y al eventual análisis de otros medios probatorios, que de no existir dará paso a la aplicación del sucedáneo de prueba referido a la carga probatoria, sin perjuicio que en el sistema de procedimiento penal y ante esta misma circunstancia deberá mantenerse la presunción de inocencia como derecho constitucional que se volcará en una sentencia absolutoria; pero indiquemos que de existir indicios, conraindicios y otros medios probatorios, si los primeros pueden corroborarse con los últimos –otros medios probatorios- deberá razonablemente desecharse la prueba conraindicaria y valorarse la indiciaria, más si de existir indicios y conraindicios se produce la posibilidad del desecho racional y lógico de éstos últimos, aún cuando los primeros no puedan corroborarse con otros medios probatorios, serán medios de prueba suficientes para la formación de la convicción judicial, en la medida de la gravedad, sean necesarios o contingentes y en éste último cuando además concuerden y converjan en la forma que hemos estudiado.

En definitiva y para el entendimiento del último requisito que analicemos, tengamos presente que los conraindicios son hechos indicantes que atacan aquellos hechos también indicantes que conforman la prueba indiciaria, que rompen con el nexo causal, con la concordancia e impiden la convergencia en la forma indicada.

5.3.8. Que no existan motivos infirmantes del indicio y que no se produzcan otras posibles hipótesis.

Se trata de dos supuestos diferentes, el primero –infirmación del indicio- se refiere ya no al hecho indiciario, indicante, indicador o base, sino al hecho indicado o desconocido, que y respecto al tema que nos ocupa, diremos que existirán motivos “infirmantes” cuando en el proceso cursen o ríen medios probatorios que hayan conducido fuentes que demuestran algo total o diametralmente opuesto a la fuente que se obtiene del medio probatorio indicial, concretamente del hecho indicado; por su parte relativo a otras posibles hipótesis aunque también se refiere al hecho indicado, se diferencia de la primera en cuanto ya no a la presencia de otras pruebas que demuestren lo contrario al hecho desconocido, sino a la plausibilidad que partiendo de los hechos indicantes plurales, convergentes y concurrentes no converjan en una misma conclusión sino que puedan presentarse varias de ellas, varias hipótesis conclusivas que en definitiva extermina la precitada convergencia. Se trata esto último de lo que el maestro DEVIS ECHANDIA identifica con la denominación “*univocidad del indicio o del conjunto de indicios*”, que no existan

el conjunto de indicios “*equivocos*” o “*polívocos*” que puedan llevar a conclusiones diferente, señalando – fundamentado en el maestro FRAMARINO DE MALATESTA- [...] *De ahí que se hable de las frecuente polivocidad de los indicios y del requisito de la univocidad, es decir, que se hayan descartado razonablemente las otras posibles conclusiones que de ellos puedan inferirse. Por último, es posible que de los mismos hechos puedan inducirse diversos argumentos o motivos de los cuales unos confirmen y otros infirmen la conclusión adoptada, sin que por ello conduzcan a otra, es decir, simples argumentos que no descartan los indicios, pero que ponen en tela de juicio su certeza de la conclusión, si subsisten al hacerse su estudio global y coordinado. Es obvio que mientras no se hayan descartado razonablemente esas diversas hipótesis probables y esos argumentos o motivos infirmantes de la conclusión adoptada, mediante la crítica de cada indicio y contraindicio y de su conjunto, no puede el juez adquirir el convencimiento indispensable para darles valor de plena prueba, porque no se cumplieron los requisitos de que sena graves y precisos.*”⁶⁵¹

5.3.9. Que no existan pruebas de otra clase que infirmen los hechos indiciarios o que demuestren un hecho opuesto al indicado por aquéllos.

Son dos requisitos separados de los cuales ya hemos señalado suficiente, el primero que no existan otros medios probatorios válidos en el proceso que “*infirmen*” los hechos indiciarios, los hechos base o indicadores, de manera que si una vez construida la prueba indiciaria se presentan medios que desvirtúan o aniquilan a los hechos indicantes, consecencialmente destruirán a su vez su concordancia y eventualmente su convergencia, sin perjuicio de su propia pluralidad cuando siendo varios contingentes las demás pruebas infirmen varios de los hecho base y dejen al precitado indicio contingente con un solo hecho indicante, lo que lógicamente impedirá la concordancia o concurrencia y la convergencia posterior respecto al hecho indicado; pero también observemos que este tema es esencial partiendo de la premisa que todos los medios probatorios tendrán un igual valor o grado de convicción judicial en el marco del sistema de la sana crítica, donde la prueba por indicios no puede ser tratada como una prueba sucedánea de la directa ni como inferior a otras; se trata de un medio probatorio tan igual e importante como otros que pueden –respecto a los hechos indicantes- quedar formada con otros medios.

El otro requisito se refiere ya al hecho indicado o desconocido, cuando en el proceso se presenten y cursen otros medios y otras fuentes que desvirtúen al hecho inferido –indicado- en la misma circunstancia y conforme a los mismos razonamientos que hemos expresado en el párrafo que antecede.

5.10. Que las conclusiones sean inmediatas.

⁶⁵¹ Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II. p. 667.

Este requisito como indica el maestro DELLEPIANE se refiere a que el hecho indicado o desconocido sea inducido –por aplicación de los métodos inductivos y deductivos- directamente del hecho indicador al aplicarse ese juicio lógico y crítico basado en reglas lógicas, de experiencia, técnicas o científicas, lo que descarta que la conclusión sea el producto de una cadena de razonamientos, silogismos o argumentos, lo que los lógicos denomina “sorites”.⁶⁵²

6. VALORACIÓN DEL MEDIO PROBATORIO INDICIARIO.

En general comencemos diciendo que en materia de indicios no existe una tarifa legal en cuanto al sistema de valoración, de manera que se aplicará en cada tipo procedimental las reglas de la sana crítica donde el judicante apreciará y valorará la fuente probatoria producida por el medio probatorio indiciario –hecho indicado- aplicando las reglas de la lógica, del correcto entendimiento humano, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, de manera que y en aplicación de estas reglas formará su convicción judicial respecto a la certeza de los hechos institucionales debatidos que son presupuesto de las normas que contienen aquellas consecuencias jurídicas que pretenden las partes, todo mediante la operación de verificación de dichos hechos por la comparación con sus fuentes; pero la prueba indiciaria si bien no es sucedánea, subsidiaria o inferior a las demás, ubicándose en el mismo plano respecto al grado de convicción que pueda ofrecer al judicante con respecto a otros medios probatorios, sean directos o indirectos, debemos tomar en consideración que esa convicción judicial basada en las fuentes y medios probatorios cursantes en autos, debe estar fundamentada en un actividad probatoria válida y eficaz, donde se hayan respetado las reglas del procedimiento, de la defensa y en el sistema oral que la prueba se haya formado en audiencia pública y oral, con bilateralidad o contradictorio, salvo la anticipación de medios – que también deben reunir los requisitos exigidos en cada caso- y especialmente donde se hayan asumido, interpretado, apreciado y valoradas las pruebas –fuentes- en forma conjunta, lo que involucra un previo análisis y valoración de los medios y fuentes en forma individual y luego en la precitada forma conjunta, donde se relacionen y se opondan unas con otras para la convicción judicial respecto a los hechos que se debaten.

En la contraposición de los medios probatorios y respecto a la indiciaria, como hemos visto el judicante debe analizar los requisitos de existencia, validez y finalmente de eficacia del medio probatorio, cuidando celosamente que el medio se haya promovido y debatido en forma legal y en sus tiempos procesales, de manera que se haya sido propuesto por las partes en su momento oportuno, cumpliendo los requisitos como la alegación y demostración del hecho indicante o base, la indicación o alegación del

⁶⁵² Antonio DELLEPIANE. Ob. cit. p. 96.

hecho indicado o desconocido, la acreditación de veracidad del hecho indicante –que permite descartar el azar y la casualidad- y en caso hechos indiciarios determinados oficiosamente, así como en la construcción oficiosa de este medio probatorio, que en las actas procesales quede constancia de haberse cumplido un mínimo de requisitos que permitirán la defensa de las partes, como la indicación por parte del judicante del medio, la fuente o la conducta procesal de la cual da por acreditado el hecho indicante, el señalamiento previo a la sentencia del razonamiento lógico y crítico, juicio lógico y crítico basado en reglas de la experiencia, de la lógica o técnicos y científicos que permiten inferir del hecho indicante uno de los hechos indicados que necesariamente debe referirse a uno de aquellos sobre los cuales recae la controversia y que son fundamentos de las diversas pretensiones –demanda, contestación, acusación o defensa-; pero también debe analizar y dejar constancia en la sentencia de la no existencia de conindicios que infirmen al hecho indicante, de otros medios probatorios que igualmente puedan infirmarlo, lo que lógicamente en caso de indicios contingentes de carácter plural romperá la concordancia y la convergencia, así como también respecto a la presencia o no de conindicios o de otros medios probatorios que infirmen el hecho indicado o desconocido.

Es importante que en las actas del proceso también el judicante analice y deje constancia de ello en la sentencia, respecto a la forma como se ha construido la prueba indiciaria –insistimos- de la alegación o determinación oficiosa y acreditamiento del hecho indicante o base, bien sea como consecuencia de actividad probatoria, por mera legalidad –hechos admitidos, reconocidos, confesados, eximidos de prueba por su carácter notorio, entre otros- o por alguna conducta procesal; del hecho indicado que se identifique con alguno de los hechos debatidos en el proceso y que pueda arrojar una fuente probatoria para su acreditación por comparación; del razonamiento lógico y crítico que basado en reglas lógicas, máximas de experiencia o reglas técnicas o científicas, le permite inferir por inducción-deducción el hecho indicado partiendo de la luz y argumento probatorio que emana del hecho indicante, de manera que esa razonamiento y la utilización de esas reglas lógicas, de la experiencia o científicas deben quedar plasmadas en la sentencia para garantizar no solo el derecho a la tutela judicial efectiva respecto al deber de motivación del fallo, sino también para que las partes puedan defenderse al conocer la motivación dada y ejercitar su control por vía recursiva, sin perjuicio de poder permitir que los órganos que conozcan de los recursos puedan también controlar la actividad jurisdiccional de valoración. Es esencial que en la valoración probatoria el judicante explique si estamos en presencia de un indicio necesario o contingente, de manera que en el segundo de los casos y ante la presencia de pluralidad de hechos indicantes, se expresa la forma como han quedado probados, el entendimiento judicial respecto a su concordancia o concurrencia, la convergencia para llegar a un mismo resultado o conclusión y el mayor o menor grado de conexión, nexo o causalidad entre los hechos indicantes y el hecho indicado, lo que no es más que la

gravedad para poder conocer si el judicante respecto al hecho indicado, a la fuente probatoria que ella representa puede considerarse como certeza o probabilidad y esta última más o menos fuerte, pues en esta medida podrá considerarse la mayor eficacia que ha generado esta prueba y que permite la convicción judicial.

Pero además indiquemos que en la valoración conjunta de los medios probatorios, es necesario que en la sentencia se exponga y explique, primero si existen otros medios probatorios o no, pues en el primero de los escenarios debe quedar constancia razonada de la confrontación del medio indiciario respecto a los demás medios, si la fuente probatoria obtenida de los indicios puede o no ser corroborada con otros medios probatorios, si por el contrario se contradice y si esta contradicción es con todos o con alguno de esos otros medios, incluso si la contradicción puede dar lugar a o no –según cada caso- a desechar la prueba por indicios, todo siempre en consideración de la inexistencia por inconstitucional y antigarantista de una tarifa legal que haga primar un medio probatorio sobre el indiciario como sucede en materia civil y cuya solución hemos expresado en su momento.

Sin perjuicio de lo dicho hasta el momento y remitiéndonos al contenido de nuestros textos legales nos topamos primeramente con el artículo 1.399 del Código Civil que nos dice [...] *Las presunciones que no estén establecidas en la Ley, quedaran a la prudencia del Juez, quien no debe admitir sino las que sean graves, precisas y concordantes, y solamente en los casos en que la Ley admite la prueba testimonial.*”; por su parte el artículo 510 del Código de Procedimiento Civil expresa [...] *Los Jueces apreciarán los indicios que resulten de autos en su conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia entre sí, y en relación con las demás pruebas de autos.*”

Estas dos normas que hemos analizado en puntos anteriores, pudiéramos decir que constituyen la base legal valorativa de este medio probatorio, que y sin perjuicio del confucionismo terminológico e institucional, de la mala redacción y de otros errores que hemos denunciado ya, nos ubican en el tema de los indicios contingentes plurales, que para su valoración probatoria requiere de la presencia de requisitos como la gravedad, precisión, concordancia o concurrencia y convergencia, lo que incluso pudiera considerar como una tarifación, no respecto a la valoración o grado de convicción del medio probatorio, sino en cuanto a los elementos que debe tener en consideración el judicante al momento de analizar el medio, lo que para nada pudiera considerarse como una regla inconstitucional, pues no se tarifa la convicción, sino que se dejan un mínimo de requisitos a tener en cuenta para extraer del medio y de la fuente probatoria la convicción judicial –libre- la certeza respecto a los hechos que se debaten, requisitos éstos que son los mismos que la doctrina ubica cuando se analiza la eficacia del medio y que no pueden ser desconocidos aunque no hubieran sido previstos legalmente, circunstancia esta que nos permite afirmar incluso que aquellos otros requisitos de eficacia no establecidos en forma expresa en la ley, no conducen a considerar ni su inexistencia ni su necesidad de no tomarse en cuenta para la convicción

judicial, ya que se tratan de requisitos –conjuntamente con los de existencia y validez- como de orden público; y lo propio pudiéramos decir en cuanto al indicio único y necesario, que aunque no previsto en la ley, no podríamos por ello y en forma absurda llegar a la conclusión de su inexistencia.

MIRANDA ESTRAMPES al tratar este punto en el sistema de procedimiento penal nos dice, que hay la necesidad en la sentencia de la explicitación del razonamiento utilizado por el juez, que explicita el razonamiento lógico utilizado para obtener de la afirmación base de la afirmación presumida, la expresión del razonamiento deductivo y del “*iter*” formativo de la convicción judicial, lo que conlleva además la exigencia de hacer constar en el cuerpo de la sentencia el indicio o indicios que se consideran probados –hechos indiciarios o indicadores- a partir de los cuales se construye la presunción; que tal exigencia ha sido plasmada en el criterio del Tribunal Constitucional español en sentencia 174 y 175/1985, de 17 de diciembre donde se señalaría en la primera que [...] *esta motivación en el caso de la prueba indiciaria tiene por finalidad expresar públicamente no sólo el razonamiento jurídico por medio del cual se aplican a unos determinados hechos, declarados sin más probados, las normas jurídicas correspondientes y que fundamentan el fallo, sino también las pruebas practicadas y los criterios racionales que han guiado su valoración, pues en este tipo de pruebas es imprescindible una motivación expresa para determinar, como antes se ha dicho, si nos encontramos ante una verdadera prueba de cargo, aunque sea indiciaria, o ante un simple conjunto de sospechas o posibilidades, que no pueden desvirtuar la presunción de inocencia.*”; y en la segunda se expresaría [...] *el razonamiento en virtud de cual el órgano judicial, partiendo de los indicios probados, llega a la conclusión de que el procesado ha realizado una conducta tipificada como delito no puede ser meramente interno, sino que ha de expresarse en la Sentencia, y de otra, que ello es también una exigencia del artículo 24.1 de la Constitución, pues de otro modo ni la subsunción estaría en Derecho, como exige tal precepto, según muy reiteradas declaraciones del Tribunal, no habría manera que el Tribunal Constitucional determinase si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo, por lo que debe afirmarse que tal derecho exige también la motivación indicada. En definitiva, en la operación deductiva deberán señalarse, en primer lugar, cuáles son los indicios probados y, en segundo término, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de tal manera que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de los indicios.*”⁶⁵³

En definitiva, la valoración de la prueba por indicios necesariamente debe pasar por tamiz del análisis concienzudo, crítico, razonable y racional de cada uno de los elementos que estructura el medio probatorio a saber: hecho indicante, indicador o base; nexos, relación causal o causalidad; y finalmente hecho indicado o desconocido, todo conforme al cumplimiento o exigencia de los requisitos de existencia, validez y eficacia aplicado a cada uno de ellos en la forma que hemos estudiado, lo que nos permite

⁶⁵³ Manuel MIRANDA ESTRAMPES. Ob. cit. pp. 245 y 246.

expresar que la valoración de la prueba en estudio si no lo es, es la más cercana a ser la más dificultosa y peligrosa en el sistema de los medios probatorios.

7. LA CONDUCTA DE LAS PARTES COMO INDICIOS PROBATORIOS.

El comportamiento de las partes en el marco del proceso e incluso extraprocesales ha sido objeto de estudio por la doctrina que hemos citado y comentado en la construcción de este capítulo, partiendo que la misma puede ser utilizado en el proceso para la elaboración de la prueba por indicios, partiendo del mismo –conducta de las partes- que puede ser acreditativo o demostrativo del hecho indicante, indicador o indiciario a partir del cual y mediante un razonamiento lógico y crítico puede inferirse por inducción-deducción el hecho indicado que se identificará con el hecho debatido en el proceso y enunciado por las partes como fundamento de sus diferentes pretensiones; de esta manera la conducta de las partes servirá como un elemento probatorio aportado o promovido por la parte interesada, pero también observado oficiosamente por el judicante, que y conforme al argumento probatorio que contiene sirve de punto de partida en la construcción del medio complejo y completo indiciario. Esto dicho nos permite desde ahora misma indicar, que la sola conducta procesal de las partes en el proceso –o fuera de él- no son un medio de prueba, no son una fuente probatoria capaz de servir para la convicción judicial al poder servir para la verificación de los hechos institucionales debatidos y afirmados en el proceso, por comparación en la forma que hemos estudiado; se trata de uno de los elementos de la estructura indiciaria a la cual se le aplicará una presunción judicial, un razonamiento lógico y crítico basado en reglas lógicas, máximas de experiencia y reglas técnicas o científicas, para inferir de él mediante métodos inductivos-deductivos la fuente probatoria que sí servirá para la verificación de los hechos por su comparación con la precitada fuente y en definitiva para la formación de la convicción judicial. También destaquemos que en este tipo de indicios siempre nos ubicaremos en la tipología “convergente” y no necesario, pues no se trata de una ley física constante y inmodificable, se tratará de una conducta procesal subjetiva, cambiante y modificable, que por sí sola, relacionada con otros hechos indicantes que permiten su concordancia y convergencia y/o corroborado con otros medios probatorios permitirán sustentar la convicción judicial.

Pero ¿qué es la conducta procesal de las partes?

La respuesta nos la ofrece el maestro Carlo FURNO quien nos dice que es el conjunto de manifestaciones, positivas y negativas, que crea una atmósfera que acaba de ejercer influjo sobre la convicción judicial; se trata –decimos- de todas aquellas actitudes, manifestaciones, expresiones, posturas y en general cualquier posición que puedan asumir en el marco del proceso –aunque también fuera de ellas partes y que de ellas se pueda obtener una fuente probatoria capaz de servir para la construcción de

la prueba indiciaria, esto último pues precisamente el estudio de este apartado no se limita a la mera conducta procesal, sino a ella como indicio probatorio. Más adelante nos dice el maestro FURNO al tratar las diferentes actividades que pueden ser consideradas como conductas procesales que [...] *Las actividades pueden consistir en el empleo de medios de ataque o de defensa, en la prestación de declaraciones y hasta en la realización de actos de impulso procesal, considerándolas, preferentemente, en función de las circunstancias de modo y tiempo en que se encuentren. La escala de las omisiones va desde la figura de la falta de constitución o de funcionamiento del contradictorio (rebeldía) hasta los fenómenos, más reducidos, del no desconocimiento de un documento privado (art. 283 del Código proc. civ.) la no asistencia al interrogatorio en el día fijado, la falta de respuesta a una o varias preguntas (art. 218 Cód. proc. civ.), la negativa a declarar bajo juramento (decisorio) deferido o referido, o la negativo a referirlo a renglón seguido de la negativa a prestarlo ...*⁶⁵⁴

MUÑOZ SABATÉ define la “conducta procesal” como todo sistema de actitudes y comportamientos de la parte o de quienes obran en interés de la misma, producidas en el proceso y determinados por la estrategia y personalidad de dichos operadores; que en la mayoría de los casos esa lucha o confrontación que supone el proceso se polariza en torno a la demostración de la verdad de un hecho histórico, que una parte afirma y la otra niega, la postura del inveraz, cuando actúa intencionalmente, se suele traducir en una serie de comportamiento ocultativos, oclusivos, mendaces, hesitativos, coyunturales o tónicos; que [...] *Durante muchos siglos la valoración signica de la conducta procesal ha permanecido muy frenada por el principio nemo tenetur edere contra se, de orígenes imprecisos, que colocaba despiadadamente sobre el gravado por el onus probandi todo el peso de la demostración. Ha sido solo a partir de la segunda mitad del siglo XX, cuando al afianzarse el principio de colaboración procesal, como un corolario del deber de la buena fe en la ejecución de los contratos y en el proceso en general (vid. Art. 11,1º L.O.P.J. y art. 247 L.E.C.) se ha registrado un progresivo declive de la máxima nemo tenetur. Los efectos de la falta de colaboración se han traducido generalmente, según los diversos ordenamientos de un subpoena duces tecum con facultades compulsivas, en una inversión de la carga de la prueba, en un mero argumento de prueba o como progresivamente ha ido asumiendo nuestra jurisprudencia, en un cabal indicio de ubicación endoprocesal orientado a servir de base a una inferencia de tipo presuntivo.*⁶⁵⁵

En otro trabajo el precitado maestro nos dice que el “indicios endoprocesal” es aquel que se desprende de la estrategia adoptada por la conducta procesal de la parte dentro del proceso o con vistas al mismo; que del mismo pueden inferirse presunciones incriminatorias –contra se- y con mayor precaución y moderación excriminatorias –pro se- lo que por ejemplo puede extraerse de formas de expresión lógicas y emocionales, incoherencias, tonalidades cuando se trate de encubrimiento; que estos

⁶⁵⁴ Carlo FURNO. Teoría de la Prueba legal. Traducción Sergio GONZÁLEZ COLLADO. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1954. pp. 76 y ss.

⁶⁵⁵ Lluís MUÑOZ SABATE. Fundamentos de Prueba Judicial Civil. L.E.C. 1/2000. pp. 418 y ss.

indicios producidos de las conductas de las partes no sin argumentos sino meros hechos, huellas, vestigios -y decimos- fuentes probatorias que sirven para la demostración del hecho indicante; que los indicios “endoprosales” se diferencian de los indicios “exoprosales” por dos razones: porque se producen dentro del propio proceso y porque se producen indefectiblemente a través de una conducta de las partes que sufren un acoso dialéctico, siendo la huella estampada la propia conducta y la causa de dicha estampación el acoso.⁶⁵⁶

El maestro Mauro CAPPELLETTI citado por el maestro Hernando DEVIS ECHANDÍA habla de un amplio género de conducta procesal de las partes, con un valor probatorio y propiamente indiciario, a cuyo efecto aceptando el deber de veracidad, advierte que no es incompatible con el principio tradicional *nemo testis in re sua intelligitur*, ni la falta del último es incompatible con la falta de aquel, otorgándose a la violación del deber de exponer los hechos conforme a la verdad, la eficacia probatoria de un indicio; que la conducta de las partes deben ser examinados material y ambientalmente, con criterio psicológico, atendiendo a la espontaneidad, univocidad, ambigüedad y contradicciones, para contemplar todos los diversos elementos que puedan considerarse indicios –hechos indirectamente probatorios- apreciados a través de reglas de lógica o de experiencia.⁶⁵⁷

En definitiva y ensayando una definición de la conducta procesal de la parte como fuente de prueba, podríamos decir que se trata de un hecho cierto y demostrado en el proceso –conducta endoprosal- a través del cual, mediante una operación lógica-crítica, fundamentada en normas generales de la experiencia o en principios científicos técnicos, pueden inducirse hechos desconocidos, es decir, que la conducta de la parte es fuente de prueba, pues produce un indicio endoprosal –conducta omisiva, oclusiva, hesitativa o mendaz- que es el hecho cierto y demostrado en el proceso, el hecho indiciario. La conducta de las partes en el proceso es toda postura que puedan asumir éstos, que a favor o en contra pueden generar un “indicio endoprosal” un hecho cierto y acreditado en el proceso que sirve como fuente probatoria para sustentar el hecho indiciario, que si bien no sirve directamente para la convicción judicial, para la verificación de los hechos por comparación, son un punto de partida para la construcción de la prueba por indicios, que con carácter contingente y conforme al juicio racional lógico y crítica permitirá inferir un hecho desconocido que si representará la fuente probatoria que sirva a la convicción judicial en la forma señalada. Esta conducta procesal que pueden ser denunciada por las partes en el proceso, sea en sus oportunidades probatorias o con posterioridad, según el momento en que se produzca, incluso determinadas de oficio por el judicante, deben estar acreditadas, deben efectivamente extraerse de las actas del proceso y en sintonía con lo que hemos analizado en puntos anteriores, para

⁶⁵⁶ Lluís MUÑOZ SABATÉ. Curso de Probática Judicial. pp. 148 y ss.

⁶⁵⁷ Hernando DEVIS ECHANDIA. Ob. cit. T. II. pp. 679 y 680.

garantizar el derecho constitucional de la defensa de las partes –especialmente de aquella contra quien obre la conducta procesal- y para el debido debate del asunto, deben ser señaladas en la sentencia para conocer de donde se ha iniciado la construcción del medio probatorio indiciario; pero también es necesario que en la sentencia el judicante –como hemos dicho- explique la construcción de todos los elementos del indicio partiendo de la prueba indiciaria, ello a propósito que si esa conducta ha sido detectada oficiosamente, para la defensa y resguardo del derecho constitucional del acceso al sistema probatorio, el judicante antes de dictar la sentencia debe poner en conocimiento de las partes que ha percibido o ha verificado una conducta procesal que como indicio endoprocesal –hecho indiciario- le puede permitir la construcción de una prueba indiciaria de tipología contingente, circunstancia ésta que igualmente traerá como consecuencia la necesidad de explicar el hecho indicado que puede extraer partiendo del hecho indicante, lo que permitirá a las partes y especialmente al afectado su defensa ante esta situación.

En nuestro sistema de procedimiento civil no existe una norma jurídica expresa que regule y otorgue el carácter de indicio -indiciario- a la conducta de las partes, lo cual si encuentra regulación en los sistemas laboral y de niños y adolescentes, el primero en el artículo 122 de la Ley Orgánica Procesal que señala [...] *El Juez puede extraer conclusiones en relación con las partes, atendiendo a la conducta que éstas en el proceso, particularmente, cuando se manifieste notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del juez estarán debidamente fundamentadas.*”; y la segunda en el artículo que expresa [...] *El juez o jueza puede extraer conclusiones en relación con las partes, atendiendo a la conducta que éstas asuman en el proceso, especialmente, cuando se manifestaren notoriamente en falta de colaboración para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras conductas obstruccionistas. Las conclusiones del juez o jueza deben estar debidamente fundamentadas.*” Observemos inmediatamente que se trata de la misma redacción que y aunque le damos la bienvenida a la regulación legal, su expresión no es la más feliz que digamos, pues la conducta procesal en comento es simplemente una fuente probatoria que permite la construcción del medio probatorio indiciario, que permite la demostración del hecho indiciario a partir del cual y mediante un juicio lógico y crítico puede inferirse por el método inductivo-deductivo el hecho indicado o desconocido, de manera que y como medio indiciario, se trata de una prueba compleja y compuesta que en su construcción el judicante debe explicar en la sentencia motivadamente la forma de su estructuración y construcción propiamente dicho, lo que nos permite afirmar que nuestro legislador ha sido un poco dejado en la redacción de la norma al simplemente indicar que de la conducta de las partes pueden extraerse conclusiones, cuando realmente se trata -insistimos- de un procedimiento más amplio y complejo en la formación de la mentada prueba indiciaria.

7.1. Tipología de los indicios provenientes de la conducta de las partes.

Siguiendo al ya citado maestro Lluís MUÑOZ SABATÉ, considerando que la conducta procesal seguida por las partes en el decurso de un proceso puede convertirse en un dato indiciario sobre la cual basar la inferencia heurística, es decir, que de la conducta asumida por las partes en el proceso pueden obtenerse inferencias probatorias, por lo que esa conducta será una verdadera prueba que constituye una huella, como cualquier otra de la cual el operador de justicia obtiene un argumento de prueba, el indicio endoprosesal con valor reproductivo; que de la conducta de las partes puede obtenerse inferencias incriminativas o excriminatorias, dentro de las primeras pueden encontrarse las siguientes: a. La “*conducta omisiva*” que es aquella donde se omiten hechos o datos procesales relevantes en la litis y que contribuye a la solución del conflicto, obteniéndose de ésta manera la justicia, pudiendo producirse como consecuencia de la negativa que realiza el demandado al contestar la demanda –*infitiatio*- o de la contumacia o rebeldía del demandado que no contesta la demanda, o de la pasividad que adopte alguna de las partes en el proceso, cuando no tiene la carga probatoria pero que no obstante con su conducta positiva puede ayudar a la solución del conflicto y a la búsqueda de la verdad para obtener la justicia, de manera que en todos estos casos, la conducta omisiva de la parte lo que revela es su falta de colaboración en la búsqueda de la verdad de los hechos controvertidos en el proceso, lo cual denota un ocultamiento de hechos o circunstancias que le afectan en su esfera de interés; b. La “*conducta oclusiva*” que consiste en la obstaculización que realiza una de las partes en el proceso, en la fase probatoria, tendiente a evitar que puedan proponerse los medios de pruebas para demostrar la verdad de los hechos controvertidos, o bien para evitar que los medios probatorios propuestos y admitidos, logren materializarse, desenmascarando la verdad que se oculta tras la conducta de la parte, todo ello a propósito que esta conducta también puede presentarse cuando se ocultan o destruyen las pruebas, de manera que en este tipo conductual es evidente que la parte no colabora en la búsqueda de la verdad para solucionar los conflictos y llegarse a la justicia, pues su egoísta interés esconde la verdad de los hechos; c. La “*conducta hesitativa*” que se materializa con la formulación de alegaciones de hecho o fácticas que real o virtualmente se contradicen, por lo cual constituye una conducta que indica incertidumbre, predisponiendo al operador de justicia contra esa parte, tratándose de una conducta en donde no solo se lesiona el deber de lealtad y probidad, sino de veracidad, pues se presentan los hechos en forma confusa y ambigua, para crear incertidumbre; y d. La “*conducta mendaz*” que se produce cuando las partes exponen reiteradamente los hechos inverásmente, en forma mentirosa que lesiona directamente el deber de veracidad.

El maestro argentino Osvaldo Alfredo GOZAÍNI, también nos ofrece una tipología de conducta procesal que puede generar un indicio endoprosesal a saber: a. La “*conducta negligente*” que consiste en la

no satisfacción de las exigencias definidas por el hecho positivo y que trae aparejada la frustración de actos procesales cuya realización se intentaba, todo en el entendido que tales conductas no trascienden a la contraparte ni le causan un daño, pues el perjuicio directo lo padece la propia parte negligente, no logrando la concreción de lo pretendido, tal como es el caso de la no contestación de la demanda o de la falta de promoción o evacuación de pruebas propuestas. Esta conducta negligente, plantea un triple problema valorable éticamente, como lo es: por un lado el estar en juego la relación del abogado con su cliente que le confió la defensa procesal de su interés; por otro lado, la situación del abogado que carece de la información normativa jurídicamente suficiente o que actúa como tal; y por último la relación del abogado con el operador de justicia, atento a que el orden y seriedad del proceso exigen que los pedimentos respondan a la fundamentación del hecho y del derecho aconsejable. Esta conducta –expresa el profesor argentino– no tiene como destino causar un daño a la contraparte ni prolongar indefinidamente el desarrollo de la litis, pues ésta continúa a pesar de la desidia expuesta; b. La “*conducta dilatoria*” que es aquella clara intención de ejercitar abusivamente los mecanismos procedimentales con el fin de postergar innecesariamente el arribo a la solución del conflicto; c. La “*conducta temeraria*” que se produce cuando existe la certeza o una razonable presunción de que se litiga sin razón valedera, teniéndose conciencia de la sinrazón, como lo podría ser la facultad de accionar ejercida arbitrariamente, siendo generalmente combatidas con la condenatoria en costas al litigante temerario; d. La “*conducta maliciosa*” que es aquella dolosa o intencional –artera– que tiende a causar daño a la contraparte, siendo éste el elemento que lo distingue de la conducta dilatoria; y e. La “*conducta irrespetuosa*” que es aquella íntimamente relacionado con la ética profesional, que tiende a que el profesional de la abogacía tenga cuidado al momento de aplicar su técnica y de observarla con inteligencia y constancia.⁶⁵⁸

7.2. La conducta de las partes como indicios en el sistema de procedimiento penal.

Ya para finalizar este apartado se hace necesario referirnos brevemente al tema de la conducta de las partes en el sistema de procedimiento penal, especialmente del imputado en fase de investigación y del acusado en el proceso, pues precisamente ambos se encuentran amparados por el derecho constitucional y humano a la presunción de inocencia que en cierta forma permite asumir determinadas conductas e interdictan desprender de ellas consecuencia en contra de los mismos. En este sentido y sin perjuicio de lo que hemos dicho al tratar el tema en otro momento, la cuestión de la conducta procesal en el proceso

⁶⁵⁸ Osvaldo A. GOZAÍNI. *Temeridad y Malicia en el Proceso*. Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2002. pp. 39 y 40. Puede consultarse igualmente del mismo autor “*La Conducta en el Proceso*”. Editorial Librería Platense. Buenos Aires, 1988.

penal y especialmente la posibilidad de extraer de la misma un indicio en contra del imputado o acusado, sin perjuicio de no encontrar regulación alguna en la ley, debe ser tratado desde la noción del imputado o acusado como sujeto u órgano de prueba y como tema u objeto de la misma, pues en el primero de los casos al simplemente servir para llevar una fuente probatoria al proceso mediante su dicho, por ejemplo cuando declara en fase de investigación o de juicio, al estar amparado por el derecho constitucional a la presunción de inocencia y al no estar obligado a declarar ni a decir la verdad, pues su declaración es sin juramento, la conducta “extraprocesal” o “procesal” reticente que pueda asumir –según el estado o momento en que se preste o tome la declaración- no genera en su contra indicio alguno que permite ser considerado como una fuente demostrativa del hecho indiciario y a partir del cual se construya la prueba de indicios; más cuando el imputado o acusado es tema u objeto de la prueba, por encontrarse en él la fuente probatoria que permite la convicción judicial, sea un reconocimiento o inspección en su persona, reconocimiento en rueda de individuos, sometimiento a exámenes corporales o mentales, con el debido respeto a su integridad física y sin ponerlo en riesgo, al no estar amparado por la presunción de inocencia, en caso de negativa injustificada, reticencia, omisión, obstrucción o cualquier otro tipo de “disconducta” perfectamente podría ser apreciada como una fuente probatoria demostrativa del hecho indicante que permitirá la construcción de la prueba indiciaria y eventualmente conducir a una sentencia de condena. En tal sentido es importante tener en consideración el tipo de prueba que se trate y especialmente la forma como interviene en ella el imputado o acusado, pues una cosa es el mismo como sujeto u órgano y otra muy diferente cuando es tema o objeto de la prueba, ello en la forma indicada y como hemos profundizado en otro momento al cual remitimos al amable lector.

BIBLIOGRAFÍA

ABREU BURELLI, Alirio. *La Casación Civil*. 2da Edición. Ediciones Homero. Caracas, 2005.

ALBANESE, Susana. *Garantías Judiciales*. Editorial Ediar. Buenos Aires, 2000.

ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo I y IV*. Ediar Sociedad Anónima Editores. Buenos Aires, 1961.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN. *La Prueba en Apelación en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*. Editorial Colex. Madrid, 2001.

ARGUELLO LANDAETA, Israel. *Ejercicio de las Pretensiones Agrarias referidas a la Propiedad y la Posesión*. Universidad Central de Venezuela. Trabajo de Ascenso. Serie 2. Caracas, 2004.

ARROYO, Ignacio. *Compendio de Derecho Marítimo*. Tercera edición. Editorial Tecnos. España, 2009.

ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Civil*. Parte primera. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1997.

ARANGONESES, Pedro y GISBER, Marta. *La Apelación en los Procesos Civiles. Antecedentes, legislación, doctrina, jurisprudencia y Formularios*. Segunda Edición. Thonson. Civitas. Madrid, 2008.

AUTORES VARIOS. *El Documento Público y Privado*. Doctrina-Legislación y Jurisprudencia. Ediciones Fabretón. Caracas, sin fecha.

AUTORES VARIOS. *Indicios y Presunciones*. Editorial Paredes. Caracas, 2000.

AZULA CAMACHO, Jaime. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Teoría General del Proceso. Sexta Edición. Editorial Temis. Bogotá, 1997.

AZULA CAMACHO, Jaime. *Manual de Derecho Probatorio*. Editorial Temis. Bogotá, 1998.

BACRE, Aldo. *Teoría General del Proceso*. Tomos I, II y III: Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1986.

BARRIOS DE ANGELIS, Dante. *Teoría del Proceso*., Editorial IB DE F. Montevideo-Buenos Aires. Segunda Edición. Buenos Aires, 2002.

BAUDIN L. Patrick J. *Código de Procedimiento Civil*. Editorial Paredes. Caracas, 2010.

BAUMEISTER TOLEDO, Alberto. *Breves Consideraciones sobre los Procedimientos en Derecho Marítimo Venezolano. En Estudios de Derecho Procesal Civil. Libro Homenaje a Humberto Cuenca. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenajes N° 6*. Editor Fernando Parra Aranguren. Caracas, 2002.

BELLO LOZANO, Humberto. *Historia de las Fuentes e Instituciones Jurídicas Venezolanas*. Ediciones Colección Vocación por el Derecho. Impresores Garza S.R.L. Caracas, 1966.

BELLO LOZANO, Humberto. *Derecho Probatorio*. Tomos I y II. Editorial Estrados. Caracas, 1979.

BELLO LOZANO, Humberto. *El Procedimiento Ordinario*. Mobilibros. Caracas, 1989.

BELLO LOZANO, Humberto. *La Prueba y Su Técnica*. Mobilibros. Caracas, 1991.

BELLO LOZANO, Humberto y BELLO LOZANO MARQUEZ, Humberto. *Tratamientos de los Medios de Prueba en el Nuevo Código de Procedimiento Civil*. Mobilibros. Caracas 1987,

BELLO LOZANO-MÁRQUEZ, Humberto. *Las Fases del Procedimiento Ordinario*. Editorial Mobilibros. Caracas, 1996.

BELLO TABARES, Humberto Enrique Tercero. *La Carga de la Prueba. Nuevas Tendencias*. Tribunal Supremo de Justicia. Nuevos Estudios de Derecho Procesal. Caracas, 2002.

BELLO TABARES, Humberto Enrique Tercero. *Análisis de las Pruebas en los Procedimientos Orales Contenidos en las Diversas Leyes de la República*. Livrosca. Caracas, 2.003.

BELLO TABARES, Humberto Enrique. *Teoría General del Proceso*. Livrosca. Caracas, 2004.

BELLO TABARES, Humberto Enrique Tercero. *Análisis Crítico del Régimen Probatorio en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo*. Tribunal Supremo de Justicia. Libro Homenaje a José Andrés FUENMAYOR. Caracas, 2004.

BELLO TABARES, Humberto Enrique Tercero. *Análisis Crítico del Régimen Probatorio Previsto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo: Un Enfoque Procesal*. Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Ensayos. Volumen II. Tribunal Supremo de Justicia. Serie Normativa N° 4. Caracas, 2004.

BELLO TABARES, Humberto Enrique Tercero. *Tratado de Derecho Probatorio. Tomo I. De la Prueba en General*. Segunda edición. Livrosca. Caracas, 2005.

BELLO TABARES, Humberto Enrique Tercero. *Tratado de Derecho Probatorio. Tomo II. De la Prueba en Particular*. Livrosca. Caracas, 2006.

BELLO TABARES, Humberto Enrique Tercero. *Tratado de Derecho Probatorio. Tomo III. De la Prueba en los Procedimientos Orales*. Livrosca. Caracas, 2006.

BELLO TABARES, Humberto Enrique Tercero y JIMÉNEZ RAMOS, Dorgi. *Tutela Judicial Efectiva y Otras Garantías Constitucionales Procesales*. 2da Edición. Ediciones Paredes. Caracas, 2006.

BELLO TABARES, Humberto Enrique Tercero. *Las Pruebas en el Proceso Laboral*. Ediciones Paredes. Caracas, 2006.

BELLO TABARES, Humberto Enrique Tercero. *La Casación en el Proceso Laboral*. Ediciones Paredes. Caracas, 2009.

BELLO TABARES, Humberto Enrique Tercero. *La Casación Civil. Propuesta para un recurso eficaz y constitucional*. Ediciones Paredes. Caracas, 2010.

BELLO TABARES, Humberto Enrique Tercero. *Sistema de Amparo. Derecho Procesal Constitucional. Un enfoque crítico y procesal del instituto*. Ediciones Paredes. Caracas, 2012.

BETANCURT JARAMILLO, Carlos y GARCIA SIERRA, Alfonso. *De la Prueba Judicial*. Editorial Señal. Medellín, 1998.

BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Tomos I y II. Ediciones nueva jurídica. Bogotá, 2000.

BENTATA, Bernardo. *Avances Jurisprudenciales sobre el Procedimiento Marítimo. En libro Conmemorativo X años de Legislación Acuática Venezolana*. Primera Edición. Editorial Legis. Caracas, 2011.

BERNARD MAINAR, Rafael. *Curso de Derecho Privado Romano*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2009.

BONNIER, Eduardo. *De las Oruebas en Derecho Civil y Derecho Penal*. Editorial Revista Madrid. Madrid, 1928.

BORJAS, Arminio. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*. Tomos I, II, III, IV, V y VI. Colección Clásicos del Derecho. Atenea. Caracas, 2007.

BREWER CARÍAS, Allan R. Consideraciones acerca de la Distinción entre Documento Público o Auténtico, Documento Privado Reconocido y Autenticado y Documento Registrado. En *El Documento Público y Privado*. Ediciones Fabretón. Caracas, sin fecha.

BREWER CARÍAS, Allan R. *Golpe de Estado y Proceso Constituyente*. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2002.

BREWER CARÍAS, Allan R. *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2004.

BREWER CARÍAS, Allan R y HERNANDEZ MENDIBLE, Víctor. *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2010.

BREWER CARÍAS, Allan R y HERNANDEZ MENDIBLE, Víctor. *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2010.

BRICE Ángel Francisco. *Lecciones de Procedimiento Civil*. Corporación Marca, S.A. Venezuela, 1964.

BRICE, Ángel Francisco. *El Juicio de Amparo y el Ante-Proyecto de Constitución*. Discurso de incorporación como individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 1-2-3-4. Caracas, 1946.

BRICEÑO SIERRA, Humberto. *Derecho Procesal*. Vol. I y IV. Primera edición. Editorial Cárdenas. México, 1969.

BONET NAVARRO, Ángel. *Los Recursos en el Proceso Civil*. Editorial La Ley. Madrid, 2000.

BUNGE, Mario, *La Investigación Científica*. 3era edición. Editorial Ariel. Barcelona, 1973.

CABRERA IBARRA, Gabriel Alfredo. *La Entrega Material de Bienes Vendidos. Un Procedimiento no Contencioso*. Editorial Vadell Hermanos, Caracas 2006.

CABRERA IBARRA, Gabriel Alfredo. *Derecho Probatorio. Compendio*. Editorial Vadell Hermanos. Caracas, 2012.

CAFFERATA NORES, José. *La Prueba en el Proceso Penal*. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1986.

CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil*. Tomo I. Volúmenes I y II. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1945.

CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1959.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesa Civil Según el Nuevo Código. Volumen I*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1973.

CALAMANDREI, Piero. *Derecho Procesal Civil*. Ediciones Jurídicas Europa. Buenos Aires, 1973.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge. *Derecho Procesal. Tomos I y II*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1982.

CAMARGO, Pedro Pablo. *El debido Proceso*. Editorial Leyer. Bogotá, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. *El Testimonio de la Parte en el Sistema de la Oralidad. Contribución a la Teoría de la Utilización probatoria del saber de las partes en el Proceso Civil*. Editorial Plata. Buenos Aires. 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomo III. Actos del Proceso. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Adiciones de derecho español de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Uteha Argentina. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana. Buenos Aires, 1944.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal. Derecho y Proceso*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1971.

CARNELUTTI, Francesco. *La Prueba Civil*. 2da edición. Ediciones Desalma. Buenos Aires, 1982.

CARRILLO ARTILES, Carlos Luís. *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2004.

CAROCCA PÉREZ, Alex. *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*. Ediciones J.M. Bosch. Barcelona, 1998.

CARRILLO BATALLA, Tomás Enrique. *Historia de la Legislación Venezolana. Tomo I*. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1984.

CARRILLO BATALLA, Tomás Enrique. *Historia de la Legislación Venezolana. Tomos II y III*. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1985.

CHIOVENDA, Guiseppe. *Ensayos de Derecho Procesal Civil. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Vol. I. Ediciones Jurídicas Europa-América., Buenos Aires, 1949.*

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil. Tomo I y II*. Editorial Reus S.A. Madrid, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Condena en Costas*. Valletta Ediciones. Buenos Aires, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil. Tomo I, II y III*. Valletta Ediciones. Buenos Aires, 2005.

CHOZAS ALONSO, José Manuel. *La Prueba de Interrogatorio de Testigos en el Proceso Civil*. Editorial La Ley. Madrid, 2001.

COUTURE, Eduardo. *Vocabulario Jurídico*. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1976.

COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Pruebas en Materia Civil*. Depalma. Buenos Aires, 1978.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Depalma. Buenos Aires, 1997.

COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri. *Curso Elemental de Derecho Civil*. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1951.

CONDOMINES VALLS, Francisco De A. *El Recurso de Casación en Materia Civil*. Bosch, Casa Editorial, S.A.Barcelona 1978.

COVA ARRIA, Luís. *La Responsabilidad Civil Derivada de Derrames de Hidrocarburos*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Discurso de incorporación. Caracas, 2000.

COVA ARRIA, Luís. *La Unificación del Derecho de la Navegación en Iberoamérica y los Contratos COA en el Convenio UNCITRAL. Luis Cova Arria & Asociados. Abogados. Caracas, 2008.*

COVA ARRIA, Luís. *Comercio Internacional Incluyendo el Comercio Electrónico*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 92. Caracas, 2010.

COVA ARRIA, Luís. *Génesis y Desarrollo del Derecho de la Navegación en Venezuela. En libro Conmemorativo X años de Legislación Acuática Venezolana*. Primera Edición. Editorial Legis. Caracas, 2011.

CUENCA, Humberto. *Proceso Civil Romano*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1957.

CUENCA, Humberto. *Curso de Casación Civil*. Universidad Central de Venezuela. Ediciones de la Biblioteca. Caracas, 1974.

DE MALATESTA, Nicolás Framarino. *Lógica de las Pruebas en Materia Penal*. Librería Editorial General Lavalle, Buenos Aires, 1945.

DE MIDÓN, Gladis E. *Derecho Procesal Constitucional: especialidad SI, autonomía NO*. Primeras Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional. Buenos Aires, 1987.

DE LA PLAZA, Manuel. *La Casación Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1944.

DE LA RÚA, Fernando. *La Casación Penal. El Recurso de Casación Penal en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*. Buenos Aires, 1968.

DE LA RÚA, Fernando. *Teoría General del Proceso*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1991.

DE LA RÚA, Fernando. *El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino*. Victor Zabalía Editor. Desalma. Buenos Aires, 2000.

DELGADO SALAZAR, Roberto. *La Prueba Penal Anticipada*. Editorial Vadell Hermanos. Caracas, 2005.

DELGADO SALAZAR, Roberto. *La Prueba en el Proceso Penal Venezolano*. Editorial Vadell Hermanos. Caracas, 2011.

DELLAPIANE, Antonio. *Nueva Teoría General de la Prueba*. Editorial Temis. 1997.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Compendio de Pruebas Judiciales*. Editorial Temis. Bogotá, 1969.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal*. Tomo I. Teoría General del Proceso. Octava edición. Editorial ABC. Bogotá, 1981.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I y II. Victor D. De Zabalía Editor. Buenos Aires, 1981.

DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Instituto Editorial Reus. Madrid. Sin fecha.

DI IORIO, Alfredo J. *Temas de Derecho Procesal*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1985.

DÖHRING, Erich. *La Prueba*. Editorial Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1978.

DOMINGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *El Secreto Profesional y el Deber de Testimoniar*. En Estudios de Derecho Procesal Civil. Libro homenaje a Humberto Cuenca. Fernando Parra Aranguren. Editor. Tribunal Supremo de Justicia. Colección libros homenaje. N° 6. Caracas, 2002.

DUQUE SÁNCHEZ, José Román. *Centenario del Recurso de Casación*. Discurso de orden pronunciado en el Salón de Audiencia de la Corte Suprema de Justicia. Caracas 1976.

DUQUE SÁNCHEZ, José Román. *Manuel de Casación Civil*. Universidad católica Andrés Bello. Manuales de Derecho. Caracas, 1977.

DUQUE SÁNCHEZ, José Román. *Antecedentes Históricos del Recurso de Casación*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Discurso de incorporación. Caracas 1978.

DUQUE SÁNCHEZ, José Román. *Comentarios Jurídicos*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 3. Caracas 1982.

DUQUE CORREDOR Román José. *Apuntaciones Sobre el Procedimiento Ordinario*. Tomos I y II. 2era Edición. Ediciones Fundación Projusticia. Colección Manuales de Derecho. Caracas, 2000.

DUQUE CORREDOR, Román José. *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público*. 1era Edición. Legis. Bogotá, 2008.

EIRANOVA ENCINAS, Emilio y LOURIDO MÍNGUEZ, Miguel. *Código Procesal Alemán*. Editorial Marcial Pons. Madrid, 2001.

ELLERO, Prieto. *Juicio Criminales*. Editorial Reus. Madrid, 1953.

ESCOVAR FORNOS, Iván. *Introducción al Proceso*. Editorial Temis. Bogotá, 1990.

ESPARZA LEIBAR, Iñaki. *El Principio del Proceso Debido*. J.M. Bosch. Barcelona, 1995.

FÁBREGA, Jorge. *Teoría General de la Prueba*. Segunda Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 2000.

FEO, Ramón. *Estudios Sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano*. Tomos I y II. Editorial Rea. Caracas, 1962.

FERNANDEZ-CONCHIESO, Aurelio E. *El Procedimiento Marítimo Venezolano*. Caracas, 2006. Versión digital en: <http://edicionesmaritimas.com/>.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría Garantista penal*. Editorial Trotta. Madrid, 2009.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y Verdad en el Derecho*. Editorial Marcial Pons. Madrid, 2005.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La Valoración Racional de la Prueba*. Editorial Marcial Pons. Madrid, 2007.

FIANDACA, Giovanni y MUSCO Enzo. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Temis. Bogotá, 2006.

FIERRO-MENDEZ, Heliodoro. *La Prueba en el Derecho Penal. Sistema Acusatorio*. Editorial Leyer. Bogotá, 2006.

FIERRO-MENDEZ, Heliodoro. *Los Recursos en el Proceso Penal*. Editorial Leyer. Bogotá, 2008.

FIERRO-MENDEZ, Heliodoro. *La Prueba Ilícita e Ilegal. Efectos Jurídicos en el Proceso Penal*. Editorial Leyer. Bogotá, 2010.

FONT SERRA, Eduardo. *El dictamen de Peritos y el Reconocimiento Judicial en el Proceso Civil*. Editorial La Ley. Madrid, 2000.

FUENMAYOR G. José Andrés. *Opúsculos Jurídicos. Evolución y perspectiva del Derecho Procesal en el país*. Editorial Texto C.A. Caracas, 2001.

FURNO, CARLO. *Teoría de la Prueba Legal*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1954.

GOLDSCHIMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Labor S.A. Barcelona, 1936.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los Hechos en el Derecho. Bases Argumentales de la Prueba*. Marcial Pons. Madrid, 1999.

GARRIGES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Editorial Porrúa S.A. México, 1981.

GONZALEZ MANZUR, Hildemaro. *La Prueba Ilícita en el Proceso Penal*. Editorial Vadell Hermanos. Caracas, 2004.

GONZALEZ MANZUR, Hildemaro. *Primera Audiencia Oral en el Sistema Acusatorio Venezolano*. Editorial Vadell Hermanos. Caracas, 2008.

GONZALEZ MANZUR, Hildemaro. *La Imputación Objetiva o Instrutiva de Cargos*. Editorial Vadell Hermanos. Caracas, 2009.

GONZALEZ LEBRERO, Rodolfo A. *Manuel de Derecho de la Navegación*. Tercera Edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires 1979.

GONZALEZ PÉREZ, Antonio Luís. *Los Actos de Investigación en el Proceso Penal Acusatorio*. Editorial Leyer. Bogotá, 2009.

GONZALEZ PÉREZ, Antonio Luís. *La Prueba en el Sistema Penal Acusatorio*. Editorial Leyer. Bogotá, 2011.

GONZALEZ PÉREZ, Jesús. *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. Tercera edición. Editorial Civitas. Madrid, 2001.

GORPHE, Francois. *Apreciación Judicial de las Pruebas*. Editorial Temis. Bogotá, 1998.

GOZAINI, Osvaldo Alfredo. *La conducta en el Proceso*. Editorial Librería Platense S.R.L. La Plata. Buenos Aires, 1988.

GOZAINI, Osvaldo Alfredo. *Teoría General del Derecho Procesal. Jurisdicción, Acción y Proceso*. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 1996.

GOZAINI, Osvaldo Alfredo. *Habeas Data. Derecho Procesal Constitucional*. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2001.

GOZAINI, Osvaldo Alfredo. *Amparo. Derecho Procesal Constitucional*. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2002.

GOZAINI, Osvaldo Alfredo. *Temeridad y Malicia en el Proceso*. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2002.

GOZAINI, Osvaldo Alfredo. *El Debido Proceso. Derecho Procesal Constitucional*. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2004.

GRANADILLO COLMENARES, Nancy Carolina. *Sentencias Vinculantes de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. 2000-2007*. Ediciones Paredes. Caracas, 2010.

GRANADILLO COLMENARES, Nancy Carolina. *Sentencias Vinculantes de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. 2008-2009*. Ediciones Paredes. Caracas, 2010.

GUASP DELGADO, Jaime. *Derecho Procesal Civil. Tomo I y II*. Editorial Civitas. Madrid. 1998.

GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. *El Hecho y el Derecho en la Casación Civil*. J.M. Bosch. Barcelona, 1998.

GUZMÁN FLUJA, Vicente C. *El Recurso de Casación Civil*. Editorial Tirant lo Blanch. Monografías. Nº 44. Valencia, 1996.

HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Instituciones de Derecho Procesal*. Ediciones Liber. Caracas, 2005.

HIRSCH BATIST, Moisés. *Tribunal Supremo de Justicia. Memoria Histórico-Normativa 1881-1999*. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2000.

HITTEES, Juan Carlos. *Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación*. 2da Edición. Editora Platense. La Plata, 1998.

HITTEES, Juan Carlos. *Revisión de la Cosa Juzgada*. 2da Edición. Editora Platense. La Plata, 2001.

HITTEES, Juan Carlos. *Técnica de los Recursos Ordinarios*. 2da Edición. Editora Platense. La Plata, 2004.

IBAÑEZ FROCHAN, Manuel. *Los Recursos en el Proceso Civil. (Provincia de Buenos Aires)*. Editores Sociedad Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1943.

JAUCHEN. Eduardo J. *Tratado de la Prueba en Materia Penal*. Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2006.

JAUCHEN. Eduardo J. *Derechos del Imputado*. Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2007.

JANSEN RAMÍREZ, Víctor Genaro. *La República Romana y su Resonancia Política en la República de Venezuela Independentista (1810-1814)*. Ediciones Asociación de Profesores de la Universidad de Carabobo. Valencia, 2010.

JÖRS, Paul. *Derecho Privado Romano*. Edición refundida por Wolfgang Kunkel. Traducción de la segunda edición alemana por Leonardo Prieto Castro. Editorial Labor S.A. Barcelona-Madrid, 1937.

KIELMANOVICH, Jorge L. *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1996.

KISCH, Wilhem. *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1940.

LARES MARTÍNEZ, Eloy. *Significado del Recurso de Casación su Establecimiento en Venezuela*. En www.msinfo.info/.../bolACPS_1993_75_127_185_105-pdf.

LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo III. Impugnaciones. Proceso de prevención criminal. Ejecución*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1990.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil. Tomo III. Pruebas*. Editorial Dupre. Bogotá, 2001.

LORENZO DE MENBIADA, Juan B. *Modificaciones de la Prueba Laboral Operados por la L.E.C. de 2000. El Interrogatorio de Parte*.

LOREDO COLUNGA, Marcos. *La Casación Civil. Doctrina y Jurisprudencia*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.

LORETO, LUIS. Adhesión a la apelación. En *Ensayos Jurídicos*. Editorial Fabretón-Esca. Caracas, 1970.

LOPEZ BARJA DE QUIROJA, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. 4ta Edición. Editorial Aranzi. Thomson Reuters. España, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1980.

MAIER, Julio, BOVIO, Alberto y DIAZ CANTÓN, Fernando. *Los Recursos en el Proceso Penal*. Editores del Puerto S.R.L. Argentina. 2004.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1951.

MÁRQUEZ ÁÑEZ, Leopoldo. *Estudios de Procedimiento Civil*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1985.

MÁRQUEZ ÁÑEZ, Leopoldo. *El Recurso de Casación. La Cuestión de Hecho y el Artículo 320 del Código de Procedimiento Civil*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1998.

MARTINEZ RIVIELLO, Fernando. *La Sentencia Judicial en la Teoría General del Proceso. Con especial referencia al proceso civil venezolano*. Ediciones Paredes. Caracas, 2010.

MAZEUD, Henri y León y TUNC, André. *Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1961.

MAZEUD, Henri y León y MAZEUD, Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1976.

MELICH-ORSINI, José. *Doctrina General del Contrato*. 4ta Edición corregida y ampliada. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 61. Caracas, 2006.

MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1952.

MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1954.

MICHELLI, Jean Antonio. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Volumen II. El proceso contencioso de cognición. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1970.

MICHELLI, Jean Antonio. *La Carga de la Prueba*. Editorial Temis. Bogotá. 1989.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal*. Editorial José María Bosch. Barcelona, 1997.

MONTERO AROCA, Juan. *Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 1997.

MONTERO AROCA, Juan. *La Prueba en el Proceso Civil*. Editorial Civitas. Madrid, 1998.

MONTERO AROCA, Juan y CALDERON CUADRADO, María Pía. *Ley 1/2000 Enjuiciamiento Civil*. Editorial Tirant lo Blanch. Textos Legales. Valencia, 2001.

MONTERO AROCA, Juan y LORS MATÍES, José. *El Recurso de Casación Civil. Casación e Infracción Procesal*. Editorial Tirant lo Blanch. Tratados. Valencia, 2009.

MONTERO AROCA, Juan, GOMEZ COLOMER, Juan Luís, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional I y II*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2009.

MORA CAPITÁN, Belén. *El Embargo Preventivo de Buques*. Editorial J.M. Bosch. Barcelona, 2000.

Ricardo MORA IZQUIERDO y MARÍA DOLORES SÁNCHEZ. *La Evidencia Física y la Cadena de Custodia en el Procedimiento Acusatorio*. Editorial Fráncos Colombia. Bogotá, 2007.

MORALES MOLINA, Hernando. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Parte General. 7ma Edición. Editorial ABC. Bogota, 1978.

MORLES HERNANDEZ, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*. Cuarta edición. Tomos I, II y III. Editorial UCAB. Caracas, 1999

MORENO BRANT, Carlos E. *El Proceso Penal Venezolano*. 4eta Edición. Vadell Hermanos editores. Caracas, 2011.

MORELLO, Augusto Mario. *La Casación. Un Modelo Intermedio Eficiente*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2000.

MORON PALOMINO, Manuel. *La Nueva Casación Civil*. Editorial Colex. Madrid, 2001.

MUÑOZ SABATE, Lluís. *Técnica Probatoria. Estudios sobre las Dificultades de la Prueba en el Proceso*. Editorial Praxis S.A. Barcelona, 1983.

MUÑOZ SABATE, Lluís. *Fundamentos de la Prueba Judicial Civil L.E.C. 1/2000*. J.M Bosch Editor. Madrid, 2001.

MUÑOZ SABATE, Lluís. *Introducción a la Probática*. Serie Manuales y Monografías. Editorial José María Bosch. Barcelona, 2007.

MUÑOZ SABATE, Lluís. *Curso de Probática Judicial*. Editorial La Ley. Madrid, 2010.

MULINO RÍOS, María Conchita. *Conversaciones*. Valencia. Venezuela, 2007.

MURCIA BALLÉN, Humberto. *Recurso de Casación Civil*. Sexta Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2005.

MURCIA BALLÉN, Humberto. *Recurso de Revisión Civil*. Tercera Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2006.

NIEVA FENOLL, Jorge. *El Recurso de Casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. J.M. Bosch. Barcelona, 1998.

NIEVA FENOLL, Jorge. *El Hecho y el Derecho en la Casación Penal*. J.M Bosch. Barcelona, 2000.

NIEVA FENOLL, Jordi. *El Recurso de Casación Civil*. Ariel Derecho. Barcelona, 2003.

NIEVA FENOLL, Jorge. *La Enunciación de los Motivos de Casación en las Leyes Procesales. Con especial atención al Art. 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo*. III Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social 2006. Tribunal Supremo de Justicia. Serie Eventos N° 22. Caracas, 2006.

NIEVA FENOLL, Jordi. *La Cosa Juzgada*. Editorial Atelies. Barcelona, 2006.

NIEVA FENOLL, Jordi. *Enjuiciamiento Prima Facie*. Ariel Derecho. Barcelona, 2007.

- NIEVA FENOLL, Jordi. *La Valoración de la Prueba*. Editorial Marcial Pons. Barcelona, 2010.
- NIEVA FENOLL, Jordi. *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Editorial edisofer S.I. libros jurídicos. Madrid, 2012.
- NIKKEN, Pedro. *La Garantía Internacionales de los Derechos Humanos*. Colección Estudios Jurídicos N° 78. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2006,
- OLASO S. J., Luís María. *Introducción al Derecho. Introducción a la Teoría General del Derecho. Tomo I y II*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas 1997.
- OMANA PARÉS, Gustavo Adolfo. *Legislación Acuática de Venezuela*. Primera Edición. Editorial Legis. Caracas, 2008.
- OMANA PARÉS, Gustavo Adolfo. *Libro Conmemorativo X años de Legislación Acuática Venezolana*. Primera Edición. Editorial Legis. Caracas, 2011.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo. *La Prueba Documental y los Medios e Instrumentos Idóneos para Reproducir Imágenes o Sonidos o Archivar y Conocer Datos*. La Ley. Madrid. 2000.
- ORTIZ ORTIZ, Rafael. *Teoría General del Proceso*. Editorial Frónesis S.A. Caracas, 2003.
- OSSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1978.
- PABÓN GÓMEZ, Germán. *Lógica del Indicio en Materia Criminal*. Editorial Temis. Bogotá, 1995.
- PABÓN GÓMEZ, Germán. *De la Casación y la Revisión Penal*. Ediciones Doctrinas y Ley Ltda.. Boogotá, D.C. 2003.
- PADRINO, Luís. *El Recurso de Casación Civil en la Casación Venezolana*. 1964.

PAILLAS, Enrique. El Recurso de Casación en materia Civil. Derecho Chileno y Comparado. Editorial Jurídica de Chile. , Santiago de Chile, 2008.

PALACIO, Lino Enrique. *Derecho Procesal Civil. Tomo I y V.* Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1979.

PARILLI ARAUJO, Oswaldo. La Prueba y sus Medios Escritos. Editorial Mobilibros. Caracas, 1997.

PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio.* Décima Primera Edición. Ediciones Librería Profesional. Bogotá, 2000.

PARRA QUIJANO, Jairo. *Tratado de la Prueba Judicial. La Confesión.* Tomo II. Cuarta Edición. Ediciones Librería Profesional. Bogotá, 2000.

PARRA QUIJANO, Jairo. *Tratado de la Prueba Judicial. Los Documentos.* Tomo III. Tercera Edición. Ediciones Librería Profesional. Bogotá, 2003.

PARRA QUIJANO, Jairo. *Tratado de la Prueba Judicial. Indicios y Presunciones.* Tomo IV. Cuarta Edición. Ediciones Librería Profesional. Bogotá, 2001.

PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio.* Décima Quinta Edición. Ediciones Librería Profesional. Bogotá, 2006.

PEÑA ACEVEDO, Julio Alberto. *A 10 años de la promulgación de las leyes del sector acuático. Reflexiones Sobre el Proceso de Consolidación del Sector Acuático. En libro Conmemorativo X años de Legislación Acuática Venezolana.* Primera Edición. Editorial Legis. Caracas, 2011.

PEÑA SOLÍS, José. *Lecciones de Derecho Constitucional General.* Volumen I. Tomos I y II. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 2008.

PEÑA SOLÍS, José. *Lecciones de Derecho Constitucional Venezolano.* Tomo I. Los Derechos Civiles. Ediciones Paredes. Caracas, 2012.

PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los Derechos Fundamentales.* Séptima edición. Editorial Tecnos. Madrid, 1998.

PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 2da edición. Editorial Vadell Hermanos. Caracas, 2004.

PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo. *La Prueba en el Proceso Penal Acusatorio*. 3ra edición. Editorial Vadell Hermanos. Caracas, 2011.

PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo. *La Dicotomía de la Prueba en el Proceso Penal*. Editorial Vadell Hermanos. Caracas, 2011.

PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo. *Control y Contradicción de la Prueba Criminalística en el Proceso Penal*. Editorial Vadell Hermanos. Caracas, 2011.

PÉTTI, Eugéne. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Valletta Ediciones. Buenos Aires, 2006.

PÉTTI GUERRA, Luis Alberto. *Estudios sobre el Debido Proceso. Una visión global: Argumentaciones como derecho fundamental y humano*. Ediciones Paredes. Caracas, 2011.

PICO I JUNOY, Joan. *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil*. J.M Bosch Editor. Barcelona, 1996.

PICO I JUNOY, Joan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. J.M Bosch Editor. Barcelona, 1997.

PICO I JUNOY, Joan. *La Imparcialidad Judicial y sus Garantías: La abstención y la recusación*. J.M Bosch Editor. Barcelona, 1998.

PICO I JUNOY, Joan. *La Prueba Pericial en el Proceso Civil Español*. J.M Bosch Editor. Barcelona, 2001.

PICO I JUNOY, Joan. *El Principio de la Buena Fe Procesal*. J.M Bosch Editor. Barcelona, 2003.

PICO I JUNOY, Joan y ABEL LLUNCH Xavier. *Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria*. J.M Bosch Editor. Barcelona, 2003.

PICO I JUNOY, Joan. *El Juez y la Prueba*. Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez. Editores. Colección Internacional N° 32. Bogotá, 2011.

PIERRE TAPIA, Oscar. *Repertorio Mensual de Jurisprudencia*. 1996-2007.

PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Editorial Cultura S.A. La Habana, 1945.

PODETTI, Ramito. *Tratado de los Actos Procesales (Principios y normas generales)*. Ediar Sociedad Anónima Editores. 1955.

PODETTI, Ramito. *Teoría y Técnica del Proceso Civil y Trilogía Estructural de la Ciencias Procesal Civil*. Ediar Sociedad Anónima Editores. 1963.

PODETTI, Ramito. *Tratado de los Recursos. Segunda edición. Ampliada y actualizada por Escar Eduardo Vazquez*. Ediar Sociedad Anónima Editores. Buenos Aires, 2009.

POMARE, Jiménez Walters. *Pruebas Judiciales*. Segunda edición. Editorial Gustavo Ibáñez. Medellín, 2003.

QUINTERO, Beatriz y PRIETO Eugenio. *Teoría General del Proceso*. Tercera edición. Editorial Temis. Bogotá, 2000.

RAMIREZ CARVAJAL, Diana María, BUSTAMENTE RÚA, Mónica María, PABÓN GIRALDO, Liliana Damaris, ROJAS LÓPEZ, Juan Gabriel, VELAZQUEZ RESTREPO, Lina María y SOTO SOTO, Oscar. *Derecho Procesal Contemporáneo*. Sello Editorial de la Universidad de Medellín. Medellín, 2010.

REDENTI, Enrico. *Derecho Procesal Civil. Tomo I y III*. Ediciones Europa-América. Buenos Aires, 1957.

RENGEL ROMBERG, Arístides. *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano Según el Código de Procedimiento Civil de 1987. Teoría General del Proceso*. Tomo I. Editorial Arte. Caracas, 1992.

RENGEL ROMBERG, Aristides. *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano Según el Código de Procedimiento Civil de 1987. Teoría General del Proceso*. Tomo II. Editorial Arte. Caracas, 1992.

RENGEL ROMBERG, Aristides. *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano Según el Código de Procedimiento Civil de 1987. El Procedimiento Ordinario*. Tomo III. Editorial Arte. Caracas, 1992.

RENGEL ROMBERG, Aristides. *El Testigo Técnico o Calificado en el Derecho Venezolano*. Editorial Jurídica Alva S.R.L. Caracas, 1996.

RENGEL ROMBERG, Aristides. *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano Según el Código de Procedimiento Civil de 1987. El Procedimiento Ordinario. Las Pruebas en Particular*. Tomo IV. Editorial Arte. Caracas, 1997.

ROMERO-MUCI, Humberto. *El Derecho y El Revés de la Contabilidad*. Academia de Ciencias Polóticas y Sociales. Serie Estudios. N° 94. Caracas, 2011.

RICCI, Francisco. *Tratado de las Pruebas. Tomos I y II*. Editorial La España Moderna. S/F

RIPERT, Geordes. *Tratado Elemental de Derecho Comercial*. Tipográfica Editora Argentina TEA. Buenos Aires, 1954.

RIPERT, Geordes. *Compendio de Derecho Marítimo*. Tipográfica Editora Argentina TEA. Buenos Aires, 1954.

RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*. Editorial La Ley. Buenos Aires, 1988.

RIOS MOLINA, Consuelo. *La Prueba de Confesión en el Proceso Laboral*. Editorial J.M Bosch. Barcelona, 1998.

RIPERT, Georges. *Compendio de Derecho Marítimo*. Ediciones Tipografía Argentina. Buenos Aires, 1954.

ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil. Vol. I, II, III y IV*. Editorial Temis-Depalma. Buenos Aires, 1969.

- ROCHA ALVIRA, Antonio. *De la Prueba en Derecho*. Biblioteca Jurídica DIKE. Medellín, 1990.
- RODRIGUEZ MORALES, Alejandro J. *Síntesis de Derecho Penal. Parte General*. 3era Edición. Editorial Paredes. Caracas, 2014.
- RONDON GARCÍA, Andrea. *La Prueba de Testigos. Análisis jurídico, psicológico e histórico*. Ediciones Paredes. Caracas, 2008.
- ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Editorial Jurídica Europa-América. Buenos Aires, 1956.
- ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. Editorial Jurídica Europa-América. Buenos Aires, 1956.
- ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2000.
- RUEDA, Aníbal José y PERETTI DE PARADA, Magaly. *La Indefensión*. Vadell Hermanos. Caracas, 1999.
- SACHIS CRESPO, Carolina. *La Prueba por Soportes Informáticos*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1999.
- SALCEDO CÁRDENAS, Juvenal. *Los Indicios son Prueba*. Universidad Central de Venezuela. Serie trabajos de ascenso. N° 1. Caracas, 2004.
- SANTANA OSUNA, José Vicente. *La Tacha y la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Temas de Derecho Procesal*. Colección Estudios Jurídicos N° 15. Tribunal Supremo de Justicia. Volumen II. 2005.
- SANTANA ROMERO, José Vicente. *La Confesión y las Posiciones Juradas en materia Laboral. Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Ensayos*. Volumen II. Tribunal Supremo de Justicia. Serie Normativa N° 4. Caracas, 2004.

SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento Civil Romano. Ejercicio y defensa de los derechos*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Ediciones Jurídica Europa-América. Buenos Aires, 1954.

SERRA DOMINGUEZ, Manuel. *Jurisdicción, Acción y Proceso*. Editorial Atelier Libros Jurídicos. Barcelona, 2008.

SHÖNKE, Adolf. *Derecho Procesal Civil*. Traducción de la quinta edición alemana. Editorial Bosch. Barcelona, 1950.

SCHULZ, Fritz. *Derecho Romano Clásico*. Editorial Bosch. Barcelona, 1960.

SENTIS MELENDO, Santiago. *El Proceso Civil. Estudios de la Reforma Procesal Argentina*. Ediciones Europa-América. Buenos Aires, 1957.

SENTIS MELENDO, Santiago. *Teoría y Práctica del Proceso. Ensayos de Derecho Procesal*. Ediciones Europa-América. Buenos Aires, 1958.

SERRA DOMINGUEZ, Manuel. *Jurisdicción, Acción y Proceso*. Editorial Atelier. 2008.

SILVA BOCANEY, José Gregorio. *Anotaciones sobre las Pruebas en el Proceso Administrativo*. En *El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales*. Colección Estudios Jurídicos N° 92. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011.

SILVA MELERO, Valentín. *La Prueba Procesal*. Tomos I y II. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1963.

SOLIS SALDIVIA, Marcos J. *Consideraciones acerca de la Naturaleza Jurídica de la Jurisdicción Voluntaria*. Editorial Vadell Hermanos, Caracas, 2005.

SOLÍS SALDIVIA, Marcos J. *La Potestad Jurisdiccional: Una Aproximación a la Teoría General de la Jurisdicción*. Editorial Vadell Hermanos. Caracas, 2010.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Coordinador. *Garantismo y Derecho Penal*. Editorial Temis. Bogotá, 2006.

STEIN, Friedrich. *Conocimiento Privado del Juez*. Editorial Temis, Bogotá, 1999.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Coordinador. *Garantismo y Derecho Penal*. Editorial Temis. Bogotá, 2006.

TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. Editorial Trotta. 2002.

TARUFFO, Michele. *Sobre Las Fronteras. Escritos sobre la Justicia Civil*. Editorial Temis. Bogotá, 2006.

TARUFFO, Michele. *La Prueba*. Editorial Marcial Pons. Barcelona, 2008.

TARUFFO, Michele. *La Motivación de la Sentencia*. Editorial Trotta y Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. 2010.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. *Doctrina de la Sala de Casación Civil*. Colección Doctrina Judicial N° 1. Caracas, 2002.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. *Doctrina de la Sala de Casación Civil*. Colección Doctrina Judicial N° 4. Caracas, 2002

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. *Doctrina de la Sala de Casación Civil*. Colección Doctrina Judicial N° 8. Caracas, 2004.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. *Doctrina de la Sala de Casación Civil*. Colección Doctrina Judicial N° 9. Caracas, 2004.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. *Repertorio de Jurisprudencia*. Colección Doctrina Judicial N° 11. Caracas, 2005.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. *Doctrina de la Sala de Casación Social*. Colección Doctrina Judicial N° 20. Caracas, 2006.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. *Doctrina de la Sala de Casación Civil*. Colección Doctrina Judicial N° 23. Caracas, 2007

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. *Doctrina de la Sala de Casación Social*. Colección Doctrina Judicial N° 24. Caracas, 2007.

URBINA MENDOZA, Emilio J. *La Teoría de la Interpretación de los Contratos y la Jurisprudencia Venezolana*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 84. Caracas 2010.

VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Magaly. *Nuevo Derecho Procesal Penal Venezolano. Las instituciones básicas del Código Orgánico Procesal Penal*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2001.

VESCOVI, Enrique. *Los Recursos Judiciales y Demás Medios de Impugnación en Iberoamérica*. Depalma. Buenos Aires, 1988.

VESCOVI, Enrique. *El Recurso de Casación*. Ediciones Idea. Montevideo, 1996.

VESCOVI, Enrique. *Teoría General del Proceso*. Ediciones Temis. Bogotá, 1999.

VISHINSKI, Andrés. *La Teoría de la Prueba en el Derecho Soviético*. Ediciones Pueblos Unidos. Uruguay, 1950.

VON BÜLOW, Oskar. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Ediciones Jurídicas Europa América. 1964.

WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Vol. I y II. Traducción del alemán de Tomás A. Banzhaf. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1977.

PÁGINAS WEB CONSULTADAS

.....

Tribunal Supremo de Justicia. En: <http://ww.tsj.gov.ve>

Academia de Ciencias Políticas y Sociales. En: [http:// www.acienpol.com](http://www.acienpol.com)

Biblioteca Andrés Aguilar Mawdsley. En: [http:// www.scjuridica.org.ve](http://www.scjuridica.org.ve)

TEXTOS LEGALES CONSULTADOS

-
- Código Procesal Civil Alemán. De 30 de enero de 1877 (hoja de la ley imperial 1 83) en la versión de la publicación del 12 de septiembre de 1950 (hoja del Código Civil 1 533), modificada finalmente con la ley para la reforma del derecho matrimonial del 4 de mayo de 1998 (hoja del Código Civil I 833).
 - Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Argentina. Editorial La Ley. Buenos Aires, 2007.
 - Código de Processo Civil Português. Editora Porto. Portugal, 2008.
 - Código de Procedimiento Judicial de 12 de mayo de 1836. (Código de Aranda).
 - Código de Procedimiento Judicial de 3 de mayo de 1838.
 - Código de Procedimiento Civil de 1863. (Código de Páez).
 - Código de Procedimiento Civil de 20 de febrero de 1873.
 - Código de Procedimiento Civil de 10 de diciembre de 1880.
 - Código de Procedimiento Civil de 14 de mayo de 1897.
 - Código de Procedimiento Civil de 18 de abril de 1904.
 - Código de Procedimiento Civil de 4 de julio de 1916.
 - Código de Procedimiento Civil de 13 de marzo 1986.
 - Código Civil de 1867.
 - Código Civil de 1873.

- Código Civil de 1880.
- Código Civil de 1896.
- Código Civiles de 1904.
- Código Civil de 1916.
- Código Civil de 1942.
- Código Civil de 1982.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.
- Constitución Política de Colombia de 1991.
- Constitución Española de 27 de diciembre de 1978. Editorial La Ley
- Código Orgánico Tributario.
- Convención Sobre Derecho Internacional Privado. Código de Bustamante. 1928.
- Instrumentos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José de Costa Rica. 1999.
- Ley de Enjuiciamiento Civil Española 1/2000.
- Leyes y Decretos de Venezuela. Serie República de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 1. 1830- 1840. Caracas. 1982.
- Leyes y Decretos de Venezuela. Serie República de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 2. 1811-1850. Caracas. 1982.

- Leyes y Decretos de Venezuela. Serie República de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 3. 1851-1860. Caracas. 1982.

- Leyes y Decretos de Venezuela. Serie República de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 4. 1861-1870. Caracas. 1982.

- Leyes y Decretos de Venezuela. Serie República de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 5. 1870-1873. Caracas. 1982.

- Leyes y Decretos de Venezuela. Serie República de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 6. 1821-1828. Caracas. 1984.

- Leyes y Decretos de Venezuela. Serie República de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 8. 1878-1880. Caracas. 1984.

- Leyes y Decretos de Venezuela. Serie República de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 9. 1880-1882. Caracas. 1989.

- Leyes y Decretos de Venezuela. Serie República de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 10. 1882-1883. Caracas. 1989.

- Leyes y Decretos de Venezuela. Serie República de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 12. 1884-1886. Caracas. 1989.

- Leyes y Decretos de Venezuela. Serie República de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 13. 1886-1887. Caracas. 1989.

- Leyes y Decretos de Venezuela. Serie República de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 14. 1887-1890. Caracas. 1989.

- Leyes y Decretos de Venezuela. Serie República de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 15. 1890-1891. Caracas. 1980.

- Leyes y Decretos de Venezuela. Serie República de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 16. 1891-1893. Caracas. 1990.

- Leyes y Decretos de Venezuela. Serie República de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 17. 1893-1894. Caracas. 1990.

- Leyes y Decretos de Venezuela. Serie República de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 18. 1894-1896. Caracas. 1990.

- Leyes y Decretos de Venezuela. Serie República de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 20. 1897. Caracas. 1990.

- Leyes y Decretos de Venezuela. Serie República de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 23. 1900. Caracas. 1992.

- Leyes y Decretos de Venezuela. Serie República de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 24. 1901. Caracas. 1992.

- Leyes y Decretos de Venezuela. Serie República de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 25. 1902. Caracas. 1992.

- Leyes y Decretos de Venezuela. Serie República de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 27. 1904. Caracas. 1992.

- Leyes y Decretos de Venezuela. Serie República de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 35. 1912. Caracas. 1993.

- Leyes y Decretos de Venezuela. Serie República de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 36. 1913. Caracas. 1993.

- Leyes y Decretos de Venezuela. Serie República de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 37. 1914. Caracas. 1994.

- Leyes y Decretos de Venezuela. Serie República de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 38. 1915. Caracas. 1994.
- Leyes y Decretos de Venezuela. Serie República de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 39. 1916. Caracas. 1994
- Leyes y Decretos de Venezuela. Serie República de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 40. 1917. Caracas. 1993.
- Leyes y Decretos de Venezuela. Serie República de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 41. 1918. Caracas. 1994.
- Leyes y Decretos de Venezuela. Serie República de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 42. 1919. Caracas. 1994
- Leyes y Decretos de Venezuela. Serie República de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 43. 1920. Caracas. 1994.
- Leyes y Decretos de Venezuela. Serie República de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 44. 1921. Caracas. 1994
- Leyes y Decretos de Venezuela. Serie República de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 45. 1922. Caracas. 1994.
- Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.
- Ley Orgánica de Drogas.
- Ley Orgánica Procesal del Trabajo.
- Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo.
- Ley Orgánica de Registro Civil.
- Ley Especial Contra los Delitos Informáticos.
- Ley de Protección de Víctimas, Testigos y demás Sujetos Procesales.

- Ley de Tierras y Desarrollo Agrario.
- Ley de Comercio Marítimo.
- Ley de Procedimiento Marítimo.
- Ley de Instituciones Financieras del Sector Bancario.

- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -Declaración Americana- (1948).

- Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (1969).

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).