

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRUEBA

PROF. ALEJANDRO GONZÁLEZ VALENZUELA*

SUMARIO

Introducción. 1). ¿Existe un derecho fundamental a la prueba?; 2). ¿Qué implicaciones tiene la existencia de un derecho fundamental a la prueba?; 2.1. Intangibilidad del contenido esencial del derecho fundamental a la prueba; 2.2. El derecho fundamental a la prueba da lugar a una tutela constitucional; 2.3. El ejercicio abusivo del derecho fundamental a la prueba deviene en ilegitimidad; 2.4. Tutela convencional del derecho fundamental a la prueba y cosa juzgada fraudulenta; 2.5. El derecho fundamental a la prueba y su violación mediante la asignación arbitraria de la obligación de probar: derecho a la alteridad probatoria; 2.6. Derecho fundamental a la prueba en los casos difíciles; 3). ¿Cuál es el contenido del derecho fundamental a la prueba?; 3.1. La garantía de la comunidad de la prueba; 3.2. Derecho a la valoración integral de la prueba. 3.3. La prueba de oficio como garantía del derecho a probar; 3.4. El derecho al aseguramiento de la prueba; 3.5. El derecho a la legalidad y a la licitud probatoria; 3.6. El derecho a la petición o presentación de la prueba.

PALABRAS CLAVE

Derecho Fundamental, prueba, contenido esencial del derecho a la prueba, tutela constitucional, cosa juzgada fraudulenta, casos difíciles, comunidad de prueba.

KEYWORDS

Fundamental Law, evidence, essential content of the right to evidence, constitutional protection, fraudulent res judicata, difficult cases, community evidence.

* Abogado constitucionalista, miembro del Bloque Constitucional, profesor de Derecho Procesal Constitucional (postgrado, UMA).

*“La prueba es libertad, y en el momento en que el
Derecho intenta someterla a normas rígidas, deja de
ser prueba, para convertirse, si no en una caricatura,
en algo que ya no es prueba”
(Jeremy Bentham)*

INTRODUCCIÓN

La Constitución de 1999, con el foco puesto, exclusivamente, en el debido proceso en materia penal, consagró la garantía constitucional de acceso a las pruebas durante la investigación, y la nulidad de las pruebas obtenidas con violación al debido proceso (art. 49.1), dispositivos éstos que dejan planteadas ciertas dudas sobre el carácter autónomo, y fundamental o no, de este derecho; y sus implicaciones y contenido, en caso de tratarse de un derecho subjetivo de los de mayor rango jerárquico.

Muchas investigaciones se han hecho al respecto, dentro y fuera de Venezuela, sin embargo, los resultados no han sido del todo concluyentes, dado que siempre relevantes aristas (sustantivas, adjetivas, ius-filosóficas, etc.) quedan fuera del análisis; por ello, he creído necesario hacer un nuevo intento, un análisis más sistémico que aborde ópticas, a veces, ignoradas, desdeñadas, o desconocidas.

En esta perspectiva, a los fines de despejar las dudas sobre el carácter autónomo, y fundamental, o no, del derecho a la prueba, sus implicaciones y contenido; se hará un análisis sobre la verdadera naturaleza de esta situación jurídica, estableciendo, en primer lugar, si se trata de un derecho constitucional, de un derecho humano o un derecho fundamental (Capítulo I); seguidamente, se analizarán sus implicaciones jurídicas e institucionales (Capítulo II), y, finalmente, se analizará su

contenido (Capítulo III), en caso de tratarse de un derecho de los de mayor jerarquía jurídica.

Un aspecto relevante en este análisis (Capítulo I), será la estrecha relación existente entre el derecho a la prueba y la verdad, en tanto derecho inherente al ser humano desde que abandona los mitos y adquiere interés por el *logos*. La verdad es un bien jurídico de mayor importancia, pues, es un elemento esencial de la Justicia, en la medida en que sólo una vez que se establece la verdad puede producirse el pronunciamiento jurisdiccional; además, hoy por hoy, la verdad ha devenido en fundamento de la justicia transicional, instancia en la que juegan un rol determinante las Comisiones de la Verdad. En el desarrollo de este ensayo, se examinará, igualmente, si el derecho a la prueba es un derecho formal o expreso, o material o implícito, y, de manera especial, se analizará su reconocimiento y tratamiento por las jurisdicciones constitucionales. De otra parte, también, será objeto de análisis el carácter polidimensional de este derecho, en la medida en que no se concreta únicamente a la promoción de medios probatorios; o a la impugnación de medios ilegales o impertinentes; a su control legal; a la evacuación de medios probatorios; a la comunidad de prueba; sino, a otras tantas manifestaciones que hasta ahora no han sido advertidas, como, por ejemplo, el derecho a alteridad probatoria.

En esta perspectiva, determinar la verdadera naturaleza del derecho a la prueba, tendrá pleno impacto en su interpretación, contenido y alcance en el ámbito convencional, constitucional, legal y jurisprudencial. En el ámbito convencional al reconocérsele como derecho humano, queda abierto el acceso a una tutela (internacional) reforzada; en el ámbito constitucional o fundamental, al precisarse su relación con el derecho marco a la verdad y la garantía constitucional del debido proceso, queda garantizada su tutela mediante amparo constitucional; en el ámbito legal, al establecerse el deber del legislador de respetar el contenido esencial del derecho, quedará garantizada su correcta inserción en los distintos códigos, leyes y normas procesales; y; en el ámbito jurisprudencial, la jurisdicción judicial será la encargada de establecer el real alcance de este derecho, a través de los precedentes.

Solo de la manera precitada, es posible hacer un análisis certero que contribuya a desarrollar y consolidar una verdadera y sólida teoría

constitucional en torno al derecho a la prueba, en relación a la cual, conocemos algunas implicaciones constitucionales como la declaratoria de nulidad de pleno derecho de “las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso” (art. 49.1 Constitución de 1999), y; la declaratoria de nulidad de pleno derecho de cualquier acto dictado en ejercicio del Poder Público, que “viole o menoscabe los derechos garantizados” en la Constitución (art. 25 Constitución de 1999); sin embargo, falta precisar otras implicaciones de primera importancia, como la tutela reforzada; la intangibilidad del contenido esencial del derecho a la prueba; el derecho a la alteridad probatoria (Capítulo II).

De otra parte, de tratarse de un derecho fundamental, su contenido debe ser definido con precisión, con especial referencia a la (i) garantía de la comunidad de la prueba, y sus diversas dimensiones; (ii) el derecho a la valoración integral de la prueba, y sus componentes esenciales, como: la libertad, la necesidad, la unidad de la prueba, los razonamientos basados en la experiencia y la motivación de la decisión; (iii) la prueba de oficio como garantía del derecho a probar, en tanto, garantía del derecho a la prueba, en la medida en que se trata de un mecanismo de dirección del juez que garantiza, en lo posible, la integración o completitud de la prueba en el proceso; (iv) el derecho al aseguramiento de la prueba, especialmente del capricho o de las vicisitudes de las partes; (v) el derecho a la licitud probatoria, que, en tanto derecho subjetivo, garantiza a todo litigante que la prueba establecida en la premisa menor de la sentencia, sea debida, regular, legal o lícita, y; (vi) el derecho a la petición o presentación de la prueba, del que deriva el deber judicial de las partes de aportarlas, pues, son los justiciables los que viven el conflicto que subyace al proceso, por lo que sobre ellos recae el deber de acreditación de los hechos (Capítulo III).

Con fundamento en lo expuesto, a efectos de un análisis sistémico del derecho a la prueba, en este ensayo, se procurará dar respuesta a tres interrogantes, a saber: ¿Existe un derecho fundamental a la prueba? ¿Qué implicaciones tiene la existencia de un derecho fundamental a la prueba? Y ¿Cuál sería el contenido del derecho fundamental a la prueba?

1. ¿EXISTE UN DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRUEBA?

En relación a la primera interrogante, y antes de abordar la fundamentalidad, o no, del derecho a la prueba, quisiera hacer una necesaria distinción entre derecho constitucional, derecho fundamental y, derecho humano.

Entiendo por derecho constitucional, la situación jurídica reconocida en instrumentos normativos (Constitución, Actas Constitucionales, leyes sobre DDHH) ubicados en la cúspide del ordenamiento jurídico de cada Estado, por lo cual, prevalecen sobre las demás normas jurídicas. En tal perspectiva, derechos constitucionales serían aquellas situaciones jurídicas positivizadas en una norma considerada la fuente jurídica primaria (se trata de algo más que derechos morales o naturales), las cuales, gozan de un *status* cualificado y de tutela reforzada e inmediata. Un buen ejemplo de un derecho constitucional, es el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 26 de la Constitución de 1999.

Al lado de los derechos constitucionales deben distinguirse los derechos fundamentales, esto es, aquellos derechos inherentes a las personas, cuya tutela trasciende el ámbito estrictamente positivo, para adquirir proyección en un ámbito jurídico-moral y territorial más amplio; aquí, deben incluirse: (i) los derechos enraizados en valores y principios universales, por ejemplo, el derecho a la verdad; (ii) los derechos que derivan de otros derechos (derechos-marco), por ejemplo, el derecho a la defensa como una de las manifestaciones del debido proceso, y; (iii) los derechos no positivizados, pero, inherentes a la dignidad humana por más de una sociedad democrática, por ejemplo, el derecho a migrar.

Finalmente, imbricados a los derechos precitados se encuentran los derechos humanos, esto es, aquellos que han sido reconocidos y positivizados por el Derecho Convencional (Pactos, Tratados y Convenciones internacionales) en materia de derechos humanos; los cuales, forman diversos *corpus iuris* de estos derechos (internacionales o regionales). Un buen ejemplo, serían aquellos derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José y, en otros tratados del Sistema Interamericana de Derechos Humanos.

Precisado lo anterior, sostengo que el derecho a la prueba es un derecho fundamental, en tanto expresión del derecho al debido proceso, pero, esencialmente del derecho a la verdad, en este punto, ambos estrechamente imbricados. Si bien, el artículo 49.1 de la Constitución de 1999, hace referencia al derecho a acceder a las pruebas (en el proceso penal), y a la nulidad de las pruebas obtenidas con violación al debido proceso, se trata de una referencia muy parcial, acotada, que no incluye todas las dimensiones ni las aristas principales de este derecho. Resulta indiscutible que el derecho a la prueba es una de las manifestaciones adjetivas del derecho-marco al debido proceso; sin embargo, desde una dimensión sustantiva, el derecho fundamental a la prueba está más asociado a la verdad, en tanto derecho inherente al ser humano desde que abandona los mitos y adquiere interés por el *logos*¹. En la actualidad, la verdad es un bien jurídico de mayor importancia, pues, es un elemento de la Justicia, en la medida en que sólo una vez que se establece la verdad deviene el pronunciamiento judicial, o como sostiene Ferrer, “la prueba como actividad tendría la función de comprobar la producción de los hechos condicionantes a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas o, lo que es lo mismo, determinar el valor de verdad de las proposiciones que describen la ocurrencia de esos hechos condicionantes”²; incluso, cabe precisar, que, hoy por hoy, la verdad ni siquiera es uno de los elementos, sino, el fundamento de la justicia transicional (justicia restaurativa)³,

¹ Sócrates sostenía que la verdad se identifica con el bien moral, en virtud de lo cual quien conozca la verdad no podrá menos que practicar el bien.

² Jordi Ferrer, *Valoración racional de la prueba*. Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 29 y 30.

³ La categoría jurídica derecho a la verdad ha sido acuñada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde la sentencia Bamaca Velásquez (25 de noviembre 2000), como un derecho de las víctimas y de la sociedad frente a las graves violaciones al DIH o al DIDH. Los aspectos que se quieren resaltar del derecho a la verdad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos se toman a partir de sentencias de la CCC C-715/12 y C-099/13:1).- El derecho a la verdad busca luchar contra la impunidad, se fundamenta en la dignidad humana, en el deber de memoria histórica y de recordar, así como en el derecho al buen nombre y a la imagen. 2).- Se trata de un derecho con una dimensión individual y otra colectiva; la individual la tienen las víctimas o sus familiares, y la colectiva le pertenece a la sociedad. La individual implica el conocimiento de “la autoría del crimen, los motivos y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos delictivos, y finalmente, el patrón criminal que marca la comisión de los hechos criminales”. 3).- La dimensión colectiva significa que la sociedad debe conocer la realidad de lo sucedido, su propia

la cual, es establecida por un órgano *sui generis*: la Comisión de la Verdad⁴.

El derecho fundamental a la prueba no es un derecho formal o expreso, sino, material o implícito, que ha venido siendo reconocido principalmente por las jurisdicciones constitucionales. En tanto derecho fundamental es un derecho subjetivo que corresponde a los seres humanos en cuanto dotados de *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica⁵; en el caso concreto, el derecho fundamental a la prueba surge de una relación en la que básicamente intervienen el destinatario de la justicia, y el Estado como rector de la función de la Justicia; en esta relación entre el órgano de justicia y el justiciable se encuentra el testigo, el documento y otros medios de prueba como supuesto, condición y límite de las decisiones judiciales. Este derecho fundamental es, además, polidimensional, por cuanto, no se concreta únicamente en el derecho a promover medios probatorios; a impugnar medios ilegales e impertinentes; a controlarlos; a evacuar pruebas; a la comunidad de prueba; a su valoración⁶; sino,

historia, la posibilidad de elaborar un relato colectivo a través de la divulgación pública de los resultados de las investigaciones, e implica la obligación de contar con una “memoria pública” sobre los resultados de estas investigaciones sobre graves violaciones de derechos humanos. 4).- El derecho a la verdad constituye un derecho imprescriptible que puede y debe ser garantizado en todo tiempo. 5).- Este derecho no solo implica la importancia y la obligación del Estado de adelantar investigaciones criminales sino también la de incluir mecanismos alternativos de reconstrucción “como comisiones de la verdad”. La verdad implica actividad probatoria cuando se refiere a que ésta exige actos de investigación de los hechos por el Estado, incluyendo mecanismos alternativos como las comisiones de verdad. Precisamente, la publicidad como principio de todas las actuaciones del Estado se manifiesta en el derecho a la prueba y en el derecho a la información, con las obligaciones del Estado de divulgación, de hacer los relatos, los informes o poner en conocimiento de la sociedad, entre otros.

⁴ Conocer la verdad en el marco de la Justicia Transicional, es fundamental para no dar espacio en el futuro, a teorías revisionistas o negacionistas sobre un período represivo.

⁵ Luigi Ferrajoli, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 19.

⁶ Taruffo, define el derecho a la prueba desde su finalidad: “El derecho a la prueba puede ser definido como el derecho de las partes de influir sobre la determinación judicial de los hechos, por medio de todas las pruebas relevantes, directas y contrarias de las que se dispone”. Por ello, reconocer el derecho de las partes a promover medios de prueba y a que se evacuen,

además, tiene otras dimensiones que usualmente no advertimos, según veremos más adelante.

Sí, podemos señalar que tiene ciertos atributos esenciales: (i) un núcleo axiológico sobre el que se fundamenta, esto es, el conjunto de valores o principios ético-políticos (verdad, justicia, igualdad) de los cuales el derecho a la prueba es concreción inmediata y necesaria; (ii) un *status* jurídico favorable para una persona, que se reduce a un conjunto de situaciones jurídicas o facultades (derecho a); (iii) un sujeto identificable como titular del *status* favorable, y un sujeto identificable como obligado (alteridad); (iv) un conjunto de situaciones jurídicas que refieren modalidades del deber ser: obligación y prohibición, y; (v) un conjunto de garantías institucionales reforzadas, diferentes y cualitativamente superiores a las acciones judiciales ordinarias (nulidades por violación del orden público constitucional, amparo constitucional, revisión constitucional, tutela del sistema interamericano de DDHH).

2. ¿QUÉ IMPLICACIONES TIENE LA EXISTENCIA DE UN DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRUEBA?

Si admitimos la existencia de un derecho fundamental a la prueba, cabe observar que de ello derivan importantes consecuencias jurídicas.

2.1. Intangibilidad del contenido esencial del derecho fundamental a la prueba.

La primera implicación de reconocer el derecho a la prueba como un derecho fundamental, es que el legislador no debe afectar con sus actos privativos el contenido esencial del derecho⁷, esto es, ninguna ley puede limitar más allá de lo necesariamente razonable este derecho,

se torna ilusoria y meramente ritualista, si no se garantizan todas las aristas de este derecho y el resultado probatorio, esto es, la valoración integral de la prueba como parte del juicio en la sede de las decisiones. Michele Taruffo, *Il Diritto a la prova. Rivista de Diritto Processuale*, XXXIX (II serie) (Suplemento al N. 4), 1984. p. 106.

⁷ Tanto en el caso alemán como en el nuestro, la garantía de un contenido esencial en determinados derechos constitucionales ofrece, como es claro, tanto un aspecto negativo de prohibición o limitación al legislador ordinario cuanto positivo de afirmación de una sustancia inmediatamente constitucional en dichos derechos; aspectos que se reconducen a la fijación en el máximo nivel normativo de un orden material de valores en el que se expresan los superiores que informan la totalidad del ordenamiento y que constituye el soporte mismo de

haciéndolo nugatorio; en tal perspectiva, la interdicción de afectar el contenido esencial de derecho, contiene una dimensión negativa de prohibición o limitación al legislador ordinario, y; una positiva de afirmación de una sustancia inmediatamente constitucional e irreductible en dichos derechos. En consecuencia, las limitaciones o restricciones que se puedan establecer, deben cuidarse de no incidir en el contenido esencial del derecho a la prueba, pues, en este escenario la legítima función de regulación del Poder legislativo mutaría en una actividad ilegítima de supresión de un derecho fundamental.

En este contexto, el señalamiento que hace el artículo 133.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en el sentido de que se declarará la inadmisión de la demanda, cuando no se acompañen los *documentos indispensables* para verificar si la demanda es admisible, afecta, en mi opinión, el contenido esencial del derecho fundamental a la prueba, por cuanto, los mal llamados *documentos indispensables* pudieran estar no disponibles al momento de presentarse la demanda, pero, sí los datos de su localización en alguna oficina pública o privada⁸; de otra parte, la noción “indispensable” que alude a lo que no puede ser dispensado o perdonado, luce indeterminada, pues, no queda claro si se alude a una indispensabilidad formal o material, con lo que pudieran resultar inadmisibles las copias simples de un documento fundamental, en caso de que (por razones justificadas o, al menos, explicables) no pudiera acompañarse una copia certificada, o en el mejor de los casos quedaría al arbitrio de la Sala Constitucional el juzgamiento de la idoneidad y suficiencia de las copias simples, afectándose con ello el derecho fundamental a la prueba.

2.2. El derecho fundamental a la prueba da lugar a una tutela constitucional.

Al ser el derecho a la prueba un derecho fundamental, y estar asociado al derecho a la verdad y al debido proceso, inmediatamente queda

la decisión constituyente entendida como un todo. Luciano Parejo, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 3, 1981. pp. 169-190.

⁸ Debe tenerse presente que en la jurisdicción constitucional rige el principio de orden público constitucional.

imbricado a este derecho a la garantía de tutela constitucional⁹ a través de la más relevante de las garantías adjetivas, la jurisdicción constitucional, en su modalidad de amparo y revisión constitucional de sentencias definitivamente firmes.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N.º 100/2008, ratificando lo establecido en las sentencias N.º 831/02 y N.º 1489/02, estableció que cuando no se aprecia una prueba fundamental que es determinante para el fondo de la decisión, procede el amparo y la revisión constitucional.

De manera concreta la Sala Constitucional, precisó:

Respecto a las pruebas, debe señalarse que los jueces que las inadmitan injustificadamente o no se pronuncien de las mismas incurren en el silencio de pruebas establecido en el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, el cual, puede ser objeto de protección constitucional. Esto implica, negar las pruebas sin motivación alguna o bajo argumentos contrarios a los principios del proceso. En estos supuestos, la parte, además de enterar al juez constitucional sobre la negativa de la tramitación de la prueba, debe demostrar que dicha prueba es esencial para sostener su pretensión y fundamental para modificar la decisión de la causa. (...) el juez constitucional puede conocer excepcionalmente del análisis probatorio, siempre que la valoración efectuada sobre la prueba contrarie principios elementales en materia probatoria que generen una auténtica indefensión a la parte. Al igual que ocurre en la inadmisión injustificada de pruebas, el accionante en amparo o solicitante de la revisión debe demostrar que dicha probanza es fundamental para prevalecer su pretensión y que su análisis tiene el valor suficiente para cambiar el sentido de la decisión definitiva.” (Resaltado de la Sala).

⁹ Taruffo usa la expresión *diritto alla prova* para referirse a la prueba desde lo constitucional como algo digno de tutela de las garantías de las partes; y explica que lo tradicional ha sido hablar *diritto delle prove* para indicar las normas que regulan la admisibilidad de los medios de prueba, los procedimientos para su asunción en el juicio y su eficacia, y las consideraciones sobre las partes, han sido sobre todo para hablar de la satisfacción de las cargas probatorias por las mismas. Michele Taruffo, ob. cit., pp. 74-75.

2.3. El ejercicio abusivo del derecho fundamental a la prueba deviene en ilegitimidad

Si bien el derecho a la prueba tiene carácter fundamental, no es menos cierto que su ejercicio dentro de un proceso judicial debe ser mesurado, atemperado, y proporcionado, de manera tal, que no afecte el correlativo derecho fundamental a la prueba de la contraparte, impidiendo, por ejemplo, la posibilidad de control de la prueba.

Al efecto, es preciso referir la sentencia N.º 236/2003, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que decidió un amparo en un notorio litigio entre dos empresas cerveceras venezolanas, en el que participé, precisamente, ante la jurisdicción constitucional de amparo. En este fallo, la Sala Constitucional, tutelando el derecho a la prueba de nuestra representada, ante la admisión, por parte de un tribunal de instancia, de 235 testigos y de más de ocho mil folios de documentos públicos y privados, estableció lo siguiente:

Es la evacuación la que viene a afectar el derecho de defensa de una de las partes -quien así lo reclama- y no es la apelación declarada con lugar del auto de admisión de pruebas, quien puede resolver la conculcación del derecho de defensa del apelante, ya que la proposición de un excesivo número de testigos que van a deponer sobre los hechos, siempre será una prueba legal y pertinente, que mal puede considerarse prueba entorpecedora o dilatoria, inadmisibles (artículo 868 del Código de Procedimiento Civil). (...)

Por ello, la Sala considera que a pesar de la apelación interpuesta, amparos por estas causas siempre serán admisibles, si es que la forma de evacuación -que es por demás legal y desarrollada en el Código de Procedimiento Civil- deviene en una disminución o cerceamiento del derecho de defensa del no promovente.

A juicio de la Sala, la garantía del derecho de defensa está por encima del formalismo no esencial, tal como lo previenen los artículos 26 y 257 constitucionales, y que en casos como éste en que el derecho de defensa de una parte puede quedar conculcado, el juez de instancia, en base al artículo 11 del Código de Procedimiento Civil, debe tomar providencias para escalonar en lo posible, las pruebas, a fin que no coincidan los diversos actos en una misma fecha y hora, por lo que debe desaplicar la fórmula del artículo 400 del Código de Procedimiento Civil y tutelar el derecho de defensa del perjudicado.

En síntesis, en esta sentencia la Sala Constitucional estableció con gran fuerza que el derecho fundamental a la prueba, tampoco puede resultar menoscabado por una de las partes que, a su vez, abusando de su respectivo derecho fundamental a la prueba, promueve un número exorbitante de medios probatorios a conciencia de que el juez no podía inadmitirlas por razones de ilegalidad o impertinencia.

2.4. Tutela convencional del derecho fundamental a la prueba y cosa juzgada fraudulenta

¿Qué ocurre cuando en un litigio contra el Estado no se tiene acceso a las pruebas, o cuando se profiere un fallo que omita la evacuación o valoración de todas las pruebas, y no se obtienen remedios en el ámbito interno?

Queda abierta la vía convencional ante el Sistema Americano de Derechos Humanos, que, como sabemos, brinda una tutela reforzada ante violaciones de derechos fundamentales, que no han podido ser tuteladas en el orden interno. La Corte IDH se ha referido en diversas sentencias al tema probatorio, ha establecido, por ejemplo, que “la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de alegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado”, especialmente cuando éste es “quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio”. De esta forma, la Corte ha aplicado la doctrina de la carga dinámica de la prueba¹⁰, conocida como la posibilidad de trasladar la carga de probar los hechos a la parte que está en mejores condiciones para hacerlo.

En el caso *Almonacid*¹¹, la Corte señaló que el principio *ne bis in idem* no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando aparecen nuevas pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en

¹⁰ Sentencia caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* de 26 de junio de 1987, párr. 29.

¹¹ Sentencia caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, de 26 de septiembre de 2006.

calidad de cosa juzgada (fraudulenta), puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*.

La Corte IDH ha venido desarrollando, desde el año 2.004, la doctrina de la cosa juzgada fraudulenta, cuando en un proceso judicial resulta vulnerado el derecho al debido proceso; así, en el caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala¹², adujo que este tipo de fraude resulta de un juicio “en el que no se han respetado las reglas del debido proceso”, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad, supuestos estos plenamente imbricados con la actividad probatoria judicial.

2.5. El derecho fundamental a la prueba y su violación mediante la asignación arbitraria de la obligación de probar: derecho a la alteridad probatoria

El derecho subjetivo y fundamental a la prueba, tiene, basándonos en la noción de Ferrajoli, varias expectativas positivas de prestaciones y negativas de no lesiones, pero, también, tiene una carga procesal, la de probar lo afirmado y probar el hecho extintivo de obligaciones, lo cual, es una de las expresiones garantistas asociadas a este derecho.

Ciertamente, de conformidad con lo previsto en el art. 1354 del Código Civil:

Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido liberto de ella debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación.

Por su parte, el art. 506 del Código de Procedimiento Civil, dispone:

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

¹² Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala, Sentencia de 22 de noviembre de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas).

En este contexto, podemos señalar que el derecho fundamental a la prueba tiene una expresión especial, que podríamos denominar como el *derecho a la alteridad probatoria*, la cual, se reduce a los supuestos previstos en las normas precitadas, concretamente, al supuesto procesal de que la parte que demanda el cumplimiento de una obligación tiene derecho a que se pruebe inequívoca y correlativamente el pago o el hecho extintivo de la obligación que haya sido alegado o invocado por la contraparte.

Sin embargo, este derecho ha recibido un mazazo por parte de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, que ha establecido de manera equívoca la doctrina de la carga dinámica de la prueba, en precedente persuasivo N.º RC.000137, de fecha 25 de mayo de 2021, caso: Senzani Internacional, C.A., contra la sociedad de comercio Centro Auto, C.A., y la sociedad de comercio Chrysler de Venezuela L.L.C., hoy FCA Venezuela L.L.C., en el cual, fueron desaplicadas las normas que establecen la carga de la prueba, esto es, los artículos 1.354 del Código Civil y 506 del Código de Procedimiento Civil.

En la *ratio decidendi* del fallo referido, se estableció expresamente que:

El ad quem debió asumir, que las codemandadas tienen la mejor posibilidad de acreditar la verdad de los hechos, lo que, a pesar de la existencia de las normas de carga probatoria, que deben desaplicarse al caso en concreto, obligan a estos a desplegar la actividad procesal necesaria para probar que el vehículo nuevo vendido no presenta las limitantes que lo convierten en una indebida prestación contractual y, por ende en un incumplimiento capaz de resolver el contrato, pues tal situación de la mecánica de un vehículo nuevo, se trata de una hecho de extrema o muy difícil comprobación (prueba diabólica), pues es el fabricante y el vendedor, - que a su vez tiene talleres de mantenimiento -, son quienes por tener conocimiento técnico - mecánico y haber intervenido en la elaboración y comercialización de la cosa, los que deben asumir la carga de la prueba y, no la Actora compradora, por lo que cobra importancia el principio del equilibrio procesal de las partes (artículo 15 del código adjetivo civil) que involucra el deber de probar a quien mejor puede hacerlo, “favor probationis” o Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas,

que hace recaer la carga de la prueba en quien se halla en mejor condición de aportarla, a los fines de obtener la verdad objetiva, doctrina asumida por ésta Sala de forma pacífica y reiterada mediante diferentes decisiones.

Es evidente pues, que el sentenciador superior infringió el artículo 1.354 del Código Civil por errónea interpretación y el 506 del mismo Código por falsa aplicación, tal como se indicó supra, asimismo, dio un sentido distinto al significado propio de las palabras contenidas en las normas jurídicas antes señaladas como infringidas, sin tomar en cuenta la conexión de ellas entre sí, quebrantando por falta de aplicación el artículo 4 del Código Civil, al interpretarlas y aplicarlas de una manera incorrecta, sin tener presente la verdadera intención del legislador, lo cual determina la nulidad del fallo recurrido. Así se establece.

Como puede apreciarse, se trata de un criterio aberrante que ha vulnerado de manera grosera el derecho fundamental a la prueba, pues, la Sala de Casación Civil, invocando el Control Difuso de la Constitucionalidad, desaplicó dos normas legales (art. 1.354 del Código Civil y art. 506 del Código de Procedimiento Civil) por supuesta inconstitucionalidad, pero, sin señalar con qué norma constitucional son supuestamente incompatibles las normas legales precitadas. De lo anterior deriva que, en realidad, la Sala de Casación Civil creó un nuevo procedimiento probatorio; invadió competencias legislativas (exclusivas y excluyentes) del Poder Legislativo; omitiendo, además, que sus decisiones constituyen *precedentes persuasivos* que, a tenor de lo previsto en el art. 321 del Código de Procedimiento Civil, deben ser observados por los demás tribunales en aras de mantener la uniformidad de la jurisprudencia.

No tengo objeción, en lo sustantivo, con la Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas, creo que se trata de una herramienta procesal poderosa que permite corregir (en ciertos procesos) las desigualdades procesales materiales que derivan de la visión meramente formalista de la igualdad procesal. Mi problema es cómo se pretende instituir esta categoría jurídica, mediante la subversión judicial de las reglas probatorias establecidas en el Código Civil y Código de Procedimiento Civil, so pretexto del ejercicio del Control Difuso de la Constitucionalidad, cuando en el Sistema Interamericano de DDHH la aplicación de esta

novedosa doctrina probatoria ha sido acotada a ciertas circunstancias, y; en el derecho comparado, su institucionalización y desarrollo ha sido impulsado por la vía legislativa, y limitada a ciertos procesos.

2.6. Derecho fundamental a la prueba y casos difíciles

De acuerdo con MacCormick¹³ uno de los problemas planteados en la teoría de la argumentación, es el de los casos difíciles, y entre ellos, el problema relacionado con la premisa menor.

El problema en la prueba se origina cuando no hay acuerdo entre las partes sobre los supuestos de hecho, bien porque no saben qué pasó, o porque el acusado niega los hechos, o porque no hay suficientes pruebas, o cuando es ardua la recolección de evidencias, o las mismas no son claras o terminantes, o no pueden ser debidamente integradas con los discursos de las partes, lo cual, se agrava cuando, tampoco, quedan claros los estándares probatorios (es decir, aquellas exigencias mínimas para dar por acreditada, o para desechar, cierta versión de los hechos) por indefinidos, por imposibles de satisfacer, o por no ser pertinentes.

En estos casos, la visión del derecho a la prueba como derecho fundamental, va a incidir notablemente en la resolución de los casos difíciles, en la medida en que una nueva concepción probatoria, más garantista, prolija y acuciosa, va a permitir articular de mejor manera el debate probatorio, velando, por ejemplo, por la plena realización del derecho a la alteridad de la prueba; impidiendo el ejercicio abusivo del derecho a probar; limitando la capacidad de disposición sobre pruebas relevantes (y su derecho a renunciar a ellas); aplicando adecuadamente la doctrina de la carga dinámica de la prueba; entre otras aristas probatorias.

¹³ Neil MacCormick ha reflexionado con mayor precisión sobre los casos difíciles, en *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978), para quién los casos difíciles encuentran su razón de ser en distintos tipos de problemas: (...) **c) De prueba, o de reconstrucción de los hechos relevantes del caso; cuando es ardua la recolección de evidencias, o las mismas no son claras o terminantes, o no pueden ser debidamente integradas con los discursos de las partes. Esto se agrava cuando tampoco quedan claros los estándares probatorios (es decir, aquellas exigencias mínimas para dar por acreditada, o para desechar, cierta versión de los hechos) por indefinidos, por imposibles de satisfacer, o por no ser pertinentes.**

3. ¿CUÁL ES EL CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRUEBA?

En el contexto actual (cuarta revolución industrial: la revolución tecnológica) asistimos a una modalidad de mayor subjetividad sociojurídica en el ámbito procesal, que impacta profundamente en el derecho fundamental a la prueba.

Los cambios culturales y políticos en las sociedades actuales (cambio de era), han propiciado que a los derechos humanos modernos se unan otras demandas identitarias, como la identidad de género (algo predominantemente subjetivo), diversidad sexual, aborto, eutanasia (muerte asistida), entre otros.

En tal perspectiva, resulta obligante determinar el contenido esencial del derecho fundamental a la prueba, a saber:

3.1. Garantía de la comunidad de la prueba

La garantía de la comunidad de la prueba, es uno de los contenidos fundamentales del derecho a la prueba, y comprende tres aspectos: (i) el juez, rector de la actividad probatoria y del proceso; (ii) la indisponibilidad de la prueba, y; (iii) la prestación institucional.

En la actualidad esta garantía es un asunto de dominio común, en el sentido de que pertenece a la esfera de lo público; con mayor razón, cuando la prueba es un derecho fundamental, lo que le imprime una caracterización que impide que sea abandonada a la discrecionalidad de las partes.

En tal sentido, en principio, es posible desistir de las pruebas solicitadas por las partes, e incluso de las admitidas, pero, no de las que han superado la fase procesal de la evacuación de medios probatorios. Ahora bien, desde la perspectiva del derecho fundamental a la prueba, aunque la iniciativa para el desistimiento de un aprueba pueda ser unilateral, la voluntad de las partes no vincula al juez, ya que éste, oficiosamente con miras a la preservación del orden público, o a petición de la contraparte, puede rechazarla si juzga la importancia o relevancia de la misma.

Finalmente, de acuerdo con Jaramillo¹⁴, este carácter público de la prueba alcanza una nueva dimensión en el Estado social de derecho, en la medida en que genera una prestación a cargo del Estado en favor del justiciable. Si el Estado monopoliza el ejercicio de la justicia, la consecuencia, en interés de protección de los derechos fundamentales, es que debe prestarle asistencia jurídica al litigante y facilitarle los recursos necesarios para acceder a las pruebas periciales y demás medios de prueba en condiciones de igualdad. De esta manera, el carácter público del derecho a la prueba implica que existe un derecho, formal y material, a que la prueba judicial sea un asunto de interés para el proceso y no un dominio o propiedad de las partes; asimismo, supone el deber del Estado de poner los recursos económicos e institucionales para hacer efectiva la conformación de la prueba.

3.2. Derecho a la valoración integral de la prueba

El derecho a la promoción, admisión y evacuación probatoria es expresión del derecho fundamental a la prueba, pero, el mismo sería ilusorio si la prueba solicitada, admitida y evacuada no tiene vocación de constituirse en verdad procesal y en fundamento de la decisión judicial, razón por la cual, el derecho a la prueba, también, incluye el derecho a la valoración integral del medio probatorio.

El derecho a la valoración integral del medio probatorio tiene entre sus componentes esenciales: la libertad, la necesidad, la unidad de la prueba, los razonamientos basados en la experiencia y la motivación de la decisión; en tal sentido, resulta obligante no depender absolutamente del esquema de valoración tasada, privilegiándose, la libre valoración; asimismo, debe prescindirse de la concepción utilitarista, conforme a la cual, el interés general prevalece sobre el interés individual, por cuanto, si en este último caso, está involucrado un derecho fundamental, como el derecho a la prueba, este siempre debe prevalecer sobre el simple interés procesal de la contraparte.

¹⁴ Luis Ruiz Jaramillo, “El Derecho Constitucional a la Prueba y su Configuración en el Código General del Proceso Colombiano”, disponible en: https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/461598/TESI_.pdf; consultado en fecha 14 de noviembre de 2022, p. 111.

3.3. La prueba de oficio como garantía del derecho a probar

La prueba de oficio es un deber del juez que tiene como función procurar la plena realización del derecho fundamental a la prueba. El carácter comunitario de la prueba judicial, implica que la producción de la misma no pueda ser concebida como un mero acto potestativo de las partes ni mucho menos del juez. Por el contrario, la prueba de oficio debe ser concebida como una expresión de la garantía del derecho a la prueba, en la medida en que se trata de una potestad jurisdiccional que se ejerce a través de un mecanismo excepcional de rectoría procedimental, con el que se garantiza, en lo posible, la integración o completitud de la prueba en el proceso, especialmente, en los procesos ante la jurisdicción constitucional.

Para Picó los mecanismos oficiosos se constituyen en un verdadero deber para el juez, que si este no cumple “estará vulnerando el derecho a la prueba”¹⁵. Para Taruffo, el derecho a la prueba no significa exclusividad de las partes sobre la prueba y, por ende, tampoco implica la exclusión del poder oficioso del juez sobre la misma. Ahora bien, en caso de que la defensa probatoria de las partes pueda considerarse como “completa”, el ejercicio de los poderes oficiosos del juez devienen simplemente superfluos¹⁶.

3.4. El derecho al aseguramiento de la prueba

El carácter público del conocimiento judicial protege la prueba del capricho, la discrecionalidad o de las vicisitudes de las partes, por tanto, la relación jurídico probatoria obliga al juez a utilizar todos los mecanismos disponibles a su alcance, para asegurar y producir todas las fuentes de prueba disponibles para que conformen el acervo probatorio de la decisión.

El derecho al aseguramiento de la prueba está conformado por los siguientes mecanismos: la preconstitución de la prueba, la prueba anticipada o extraprocesal, los mecanismos de cadena de custodia, las reglas imperativas de eficacia probatoria, y, en la jurisdicción constitucional, por el principio de orden público constitucional.

15 Joan Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1996. p. 25.

16 Michele Taruffo, ob. cit., p. 90.

3.5. El derecho a la legalidad y a la licitud probatoria

El derecho a la prueba, como derecho subjetivo, tiene entre sus contenidos la garantía para todo justiciable o litigante, a que la prueba que establezca la premisa menor de la sentencia, sea debida, regular, legal o lícita. Aspectos todos estos referidos al debido proceso; el cual tiene como función configurar la validez de los actos procesales o probatorios. La violación o la infracción a tal configuración es la condición para aplicar la exclusión probatoria o la nulidad procesal.

El debido proceso probatorio persigue evitar que los litigantes sean objeto de trato arbitrario por otras personas o por autoridades judiciales o administrativas en el aseguramiento o producción de la prueba. El debido proceso formal, en el campo del derecho probatorio, implica la sujeción del juez y de los actos procesales al imperio de la Constitución y de la ley, como garantía a las partes sobre la pulcritud del trámite de la actividad probatoria; asimismo, implica el derecho a no ser victimizado en la actividad procesal-probatoria. Este componente formal (del debido proceso) está constituido por derechos fundamentales procesales, como el juez natural, la publicidad del expediente, la defensa o la contradicción, que tienen como función regir la configuración legal de la actividad probatoria en el proceso; por tanto, gobierna las fases de promoción, admisión, evacuación, y valoración de la prueba.

La legalidad de la prueba se relaciona con el cumplimiento de la actividad probatoria, tal cual se encuentra configurada en los códigos procesales y su consonancia con derechos convencionales y fundamentales procesales; precisamente, la actividad probatoria tiene unos sujetos legitimados para actuar, unas fases y unas formalidades para su realización.

Por su parte, la licitud de la prueba pone como exigencia para su conformación, el respeto de los derechos fundamentales sustantivos, concretamente, evitar que en la producción del conocimiento judicial se incurra en ilícitos o infracciones constitucionales, típicos (ilícitos penales o disciplinarios) o atípicos, so pena de consecuencias procesales como las nulidades o la exclusión, de lo que deriva el derecho a que la prueba judicial no sea producto de un ilícito o infracción iusfundamental.

3.6. El derecho a la petición o presentación de la prueba

Conforme a la regla de incorporación de la prueba judicial, las partes tienen el deber de aportarlas, pues, son éstas las que viven el conflicto que subyace al proceso, por lo que sobre ellas recae el deber de acreditación de los hechos. La producción del conocimiento común, técnico, científico o judicial, es un ámbito en el que concurren personas con sus diversos intereses; en el caso judicial, actúan las partes, el juez y los órganos de prueba (testigos u otras fuentes).

Por su relación con los hechos, los justiciables se constituyen, con algunas excepciones, en las fuentes de prueba. El juez *per se*, en virtud de la prohibición de su conocimiento privado y de las garantías procesales, no puede ser fuente de prueba, ni constituirse en investigador de otras fuentes, razón por la cual, las facultades probatorias *ex officio* del juez son limitadas y residuales.

CONCLUSIONES

1. El derecho a la prueba es un derecho fundamental, no formal o expreso, sino, material o implícito, que ha venido siendo reconocido principalmente por las jurisdicciones constitucionales. Este derecho fundamental es un derecho polidimensional, por cuanto, no se concreta únicamente en el derecho a promover medios probatorios; a impugnar los medios ilegales e imperitinentes; a controlarlos; a evacuar pruebas; a la comunidad de prueba, sino, además, tiene otras dimensiones que usualmente no advertimos, como la protección ante el ejercicio abusivo de derecho a la prueba; el derecho a la alteridad probatoria; el carácter de cosa juzgada fraudulenta de las sentencias en las que se vulnera el derecho fundamental a la prueba.
2. Reconocer el derecho a la prueba como derecho fundamental, tiene diversas implicaciones, entre ellas, el reconocimiento de la intangibilidad de su contenido esencial, tutela reforzada a través del amparo, revisión constitucional y el sistema convencional de DDHH.

3. El derecho fundamental a la prueba no puede resultar menoscabado por una parte que, a su vez, abusando de su propio derecho fundamental a la prueba, promueve un número exorbitante de medios probatorios a conciencia de que el juez no podía admitirlas por razones de ilegalidad o impertinencia.
4. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas, ha sido aplicada con gran prudencia por la Corte Interamericana de DDHH. En nuestro sistema jurídico, esta doctrina no ha debido ser implementada mediante la desaplicación (Control Difuso de la Constitucionalidad) de los artículos 1.354 del Código Civil, y 506 del Código de Procedimiento Civil, pues, tal doctrina de aplicación excepcional, no es incompatible con el principio universal de la carga de la prueba, conforme al cual, debe probarse lo afirmado y probarse el hecho extintivo de las obligaciones; por tanto, lo procedente y lo razonable ha debido ser la regulación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, mediante ley formal.
5. La jurisdicción constitucional tiene varias particularidades en materia probatoria, en atención a que, por lo general, en los procesos constitucionales está involucrado o interesado el orden público constitucional, el cual, permite o posibilita la adopción de medidas *sui generis* para asegurar la hegemonía e intangibilidad del principio de supremacía de la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

- FERRAJOLI, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- FERRER, Jordi, *Valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- PAREJO, Luciano, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 3, 1981.
- PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1996.

- RUIZ JARAMILLO, Luis, “El Derecho Constitucional a la Prueba y su Configuración en el Código General del Proceso Colombiano”, disponible en: https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/461598/TESI_.pdf.; consultado en fecha 14 de noviembre de 2022.
- TARUFFO, Michele, Il Diritto a la prova. Rivista de Diritto Processuale, XXXIX (II serie) (Supplemento al N. 4). 1984.