

LA PRUEBA EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES.

DR. RAFAEL BADELL MADRID.*

SUMARIO

1. Introducción.
2. La prueba como derecho constitucional.
3. Principios probatorios.
4. Procedimiento probatorio según la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.
5. Objeto de la Prueba.
6. Carga de la prueba.
7. Valoración de la prueba.
8. Bibliografía.

* Doctor en Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor titular de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Socio fundador del Despacho de Abogados Badell & Grau.

1. INTRODUCCIÓN

Me da mucho gusto participar en estas IX Jornadas Aníbal Dominici en homenaje y reconocimiento al Profesor Salvador Yannuzzi Rodríguez. Como he dicho en otras ocasiones, para dar cuenta de la calidad del profesor Yannuzzi no me hacen falta referencias de terceros. Hace casi 40 años fue nuestro profesor en la Universidad Católica Andrés Bello. Me consta que Salvador Yannuzzi es un profesor serio, responsable, riguroso, formal, puntual, de conocimiento profundo y palabra fácil de entender. Como persona, gracias a la amistad que hemos cultivado desde aquel momento, sé también que Yannuzzi actúa con nobleza, mesura, moderación y sabiduría.

De manera que el profesor Salvador Yannuzzi es muy digno de ser reconocido en estas Jornadas de enorme calidad académica que tienen como epónimo al Dr. Aníbal Dominici, un venezolano excepcional, un jurisconsulto de dimensión extraordinaria, hombre de letras, político y periodista.

Dentro de este evento el tema que se ha seleccionado, que cuadra perfectamente con el homenajeado, es el de la prueba. Me corresponde a mi desarrollar el tema en el Derecho Procesal Constitucional. Empiezo por decir que la noción de prueba dentro de la jurisdicción constitucional comprende todos aquellos principios, normas, formalidades, argumentos, motivos, medios o instrumentos que están dirigidos a verificar, dentro de los distintos medios de impugnación constitucional, el cumplimiento o no de la Constitución, con el fin último de garantizar su vigencia.

Tradicionalmente se consideraba que los procesos constitucionales podían ser decididos a través del simple cotejo o comparación formal y abstracto de una norma legal con la Constitución. Incluso se pensaba

que la inconstitucionalidad y la prueba eran asuntos antagónicos. Mientras la inconstitucionalidad alude a asuntos de derecho (*quaestio iuris*) la prueba atañe a asuntos de hecho (*quaestio facti*). Se consideraban que los procesos de examen de la constitucionalidad eran de mero derecho y, por tanto, se prescindía de la actividad probatoria. Eso trajo como consecuencia que el juez constitucional no se sintiera vinculado con el tema de las pruebas.

Hoy en día el Derecho Procesal Constitucional ha producido un cambio fundamental en este tema relativo a la prueba. El derecho a alegar y probar; el acceso al expediente; el respeto a los principios que rigen la actividad probatoria; la regulación sobre los medios de prueba, su promoción y control por el adversario a través de la oposición, contradicción e impugnación; la licitud y pertinencia de la prueba; la oportunidad para probar; los poderes del juez durante todo el proceso, y en especial, en el lapso de prueba, las reglas de valoración de las pruebas por parte del juez y el deber del juez de pronunciarse sobre las pruebas que se hayan producido mediante una decisión motivada, forman parte del derecho constitucional a la defensa, al debido proceso y se haya estrechamente vinculado a la tutela judicial efectiva.

Para que la decisión del juez constitucional sea válida, es necesario que esté fundamentada en alegaciones y pruebas, de lo contrario sería pura arbitrariedad judicial. La decisión debe estar basada en la convicción que produzcan los medios de prueba sobre los trámites que antecedieron al acto sometido al juicio constitucional, así como los hechos necesarios para adoptar la decisión. Es por ello que la solución de los asuntos atribuidos al control de la constitucionalidad se encuentra precedida de una fase probatoria.

Ante la variedad de medios de impugnación que se han desarrollado –control concentrado, control difuso, amparo constitucional, control de convencionalidad, omisión legislativa, interpretación, revisión de sentencia– la necesidad de la prueba es evidente. La solución de estos juicios de control de la constitucionalidad tiene que estar precedida de una fase probatoria, que será de mayor o menor intensidad, según el medio de impugnación constitucional y de que se trate y el vicio que se denuncia.

Para comprobar si determinadas normas, actos, actuaciones, omisiones y sentencias son o no constitucionales, se requiere de elementos que trascienden de lo jurídico y que solo pueden constatarse en el proceso a través de la actividad probatoria.

En respeto del debido proceso, es imprescindible que la decisión del juez constitucional esté fundamentada en las alegaciones y pruebas aportadas al proceso; luego la sentencia solo puede ser el producto de la convicción que produzcan esas pruebas en el razonamiento del juez.

Existe un derecho probatorio constitucional. Las normas y principios que rigen la actividad probatoria en los procesos constitucionales están contenidos en la Constitución¹, en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia² (LOTSJ) y, de forma supletoria, en el Código de Procedimiento Civil³ (CPC). Comoquiera que la prueba forma parte del debido proceso las disposiciones constitucionales sobre pruebas se encuentran, precisamente, dentro del derecho al debido proceso, regulado en el artículo 49 constitucional, cuyo encabezado dispone “*El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas...*”. Se establece la prueba como un derecho constitucional.

El debido proceso establecido en el artículo 49 de la Constitución comprende la garantía de protección y seguridad jurídica en todas las actuaciones judiciales y administrativas, así como el derecho a la defensa y la asistencia jurídica. En el debido proceso están dispuestos una serie de principios, incluyendo todo lo referido a la prueba. El cumplimiento de todos esos principios garantiza que la actuación judicial no es arbitraria. De forma que el control de constitucionalidad no escapa del necesario cumplimiento de esta garantía.

Todas las decisiones que sean producto de un proceso judicial, incluyendo los procesos constitucionales, deben estar fundamentadas en la aportación oportuna, y con el cumplimiento de las formalidades necesarias y preestablecidas, de los medios que conduzcan a la convicción

¹ Gaceta Oficial número 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.

² Publicada en la Gaceta Oficial número 5.991 del 29 de julio de 2010, y reimpresa en la Gaceta Oficial número 39.483 del 09 de agosto de 2010 y posteriormente en la Gaceta Oficial número 39.522 del 1 de octubre de 2010.

³ Gaceta Oficial número 4.209 Extraordinario del 18 de septiembre de 1990.

de certeza de los hechos que dan nacimiento, extinción o modificación al derecho reclamado o a la imposición de la pena⁴.

De otra parte, a falta de una ley especial que regule la jurisdicción constitucional, el Capítulo II del título XI sobre las Disposiciones Transitorias de la LOTSJ, en los artículos 128 al 145, regula los procesos ante la Sala Constitucional (SC). Algunas de esas normas, como es el caso de los artículos 130 y 131 de la LOTSJ, se refieren a la actividad probatoria que puede ocurrir en el trámite de las medidas cautelares.

Como sabemos el juez constitucional cuenta con facultades probatorias que le permiten tener una actuación activa en el proceso. Por ello puede ordenar y practicar pruebas de oficio, no solo para producir la sentencia definitiva, sino también para dictar las medidas cautelares que fuere menester. Obviamente en esta fase las partes pueden oponerse y controlar las pruebas.

Otros supuestos son los regulados en los artículos 139 y 140 de la LOTSJ que establecen los lapsos para promover y evacuar pruebas u oponerse a ellas y el del artículo 142 que se refiere al control de la prueba por parte del juez. Sin embargo, estas regulaciones de la LOTSJ sobre el tema probatorio son insuficientes, por lo que conforme al artículo 98 de la LOTSJ, hay necesidad de aplicar de forma supletoria las regulaciones del CPC sobre medios de pruebas y su valoración.

Entendemos que en los procesos constitucionales no se resuelven únicamente cuestiones de derecho a través de la confrontación de normas, ni problemas estrictamente teóricos. En muchos casos la inconstitucionalidad depende de asuntos de hecho que comprobar o verificar. De modo que en los procesos constitucionales es esencial y determinante la actividad probatoria⁵. El juez constitucional requiere valorar los hechos alegados y probados en el proceso constitucional, con el objeto de dotar de legitimidad la decisión que dicte, a modo de hacer efectiva la protección de la supremacía constitucional⁶.

⁴ Ana Giacomette Ferrer, *La Prueba en los procesos constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2014. p.142

⁵ José G. Hernández Galindo, "Importancia de la prueba en los procesos constitucionales", presentación del libro de Ana Giacomette Ferrer, *Las pruebas en el proceso de control constitucional*, primera edición, Señal Editora, Bogotá D.C., 2007.

⁶ Diego López Medina, "Presentación a la Edición Colombiana", en Ana Giacomette Ferrer, Ob. cit.

El juez constitucional tiene atribuidas facultades probatorias que le permiten actuar de forma activa en el proceso, eso le permite ordenar y practicar pruebas de oficio, tanto para dictar la sentencia definitiva, como para pronunciarse sobre las medidas cautelares que fueren solicitadas o aun de oficio.

De otra parte, para comprobar si determinadas normas o actos son o no constitucionales, se requiere comprobar aspectos de hecho que trascienden de lo jurídico y que solo pueden comprobarse a través de la actividad probatoria. De modo que lo que debe contrastarse con la Constitución son las consecuencias que produce la aplicación de la norma y para ello es necesario valerse de la prueba.

Ahora bien, también hemos señalado que los procesos constitucionales son muy especiales, tanto que parte de la doctrina los denomina “proceso atípico”⁷. En esos procesos atípicos la prueba tiene particularidades también. De allí que las consideraciones respecto del tema de la prueba son distintas según el medio de impugnación de que se trate.

2. LA PRUEBA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL

Dentro del Derecho Procesal Constitucional la prueba, en su acepción amplia y todo lo que la expresión abarca, tiene una relevancia especial. Es manifestación del derecho a la defensa y del debido proceso y se haya estrechamente vinculado a la tutela judicial efectiva. De allí que haya sido reconocido como derecho constitucional en convenciones y tratados internacionales sobre derechos humanos, normas supranacionales y con jerarquía normativa mayor a la constitucional (tal es el caso de Argentina, Costa Rica, México, Perú, República Dominicana y Venezuela).

Estas normas supranacionales han reconocido a toda persona el derecho constitucional a promover libremente todos los medios probatorios necesarios para esclarecer la verdad, siempre y cuando estos no sean ni manifiestamente ilegales, ni impertinentes, es decir, los que sin estar prohibidos por el ordenamiento jurídico, no demuestren los hechos que realmente están controvertidos en el proceso.

⁷ Según Peyrano, citado por Ana Giacomette Ferrer, Ob. Cit. p.160.

Con respecto a este derecho a probar, el Profesor Gozáini señala *“Acompañando la prueba en su misión de verificar y esclarecer para llegar a la verdad, existe un derecho constitucional de la prueba. por su carácter esencial, fundante del derecho al debido proceso (toda vez que es parte vital del derecho de defensa), eleva sus premisas sobre las solemnidades del procedimiento para consagrar un “derecho a la prueba (...)”, “El derecho a probar es una parte del debido proceso, tal como lo ha subrayado la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ello importa abandonar la idea probatoria como un acto del proceso, para encolumnarlo tras las garantías del derecho de defensa, y, como tal, un “resguardo del debido proceso adjetivo (...) Si la prueba sigue vista como un proceso de acreditación de afirmaciones a cargo exclusivamente de las partes, es posible que el acierto logrado en los hechos personifique un absurdo, porque el juez estará ausente en la aclaración”*⁸.

Este derecho constitucional a la prueba tiene que ser interpretado de forma extensiva y abarca en primer lugar el derecho a alegar y luego el derecho a probar lo alegado; el derecho a tener acceso al expediente; el derecho a promover los medio de prueba legamente admitidos y que sean pertinente a lo que se precisa demostrar; el derecho a controlar la prueba a través de la oposición, contradicción e impugnación; la exigencia de que la prueba debe ser legal; el derecho a que haya oportunidad para probar, el respeto a todos los principios que informan las pruebas y el derecho a que el juez esté vinculado a decidir según lo alegado y probado atendiendo y respetando las reglas de valoración de las pruebas.

El derecho constitucional a la prueba reúne no solo el interés del Estado para lograr la certeza suficiente y sentenciar sin dudas razonables, sino que además involucra especialmente el interés de las partes *“para que la actividad probatoria responda a consignas invariables: libertad de la prueba; control de las partes; producción específica; y apreciación oportuna y fundamentada”*⁹.

⁸ Osvaldo Gozáini, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial de Belgrano Tomo I, Buenos Aires, 1999, p.171. cit. en Ana Giacomette Ferrer, Ob. Cit. pp.177-178

⁹ Osvaldo Gozáini A., *La prueba en los procesos constitucionales, en Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010.

Las disposiciones constitucionales sobre pruebas se encuentran dentro del derecho al debido proceso. En concreto, el artículo 49 de la Constitución dispone que “*El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas...*”.

De esta forma, el principio de libertad de medios probatorios ha obtenido el reconocimiento constitucional de forma expresa a partir de la Constitución de 1999, donde, mediante el numeral primero del artículo 49, se dispone que toda persona tiene derecho de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. El mismo artículo exceptúa todas aquellas pruebas obtenidas inconstitucional o ilegalmente, vale decir, aquellas obtenidas en contravención al derecho, en virtud de lo cual no deben producir ningún efecto, y por lo que deberá pronunciarse expresamente al respecto el órgano jurisdiccional en las fases de proposición, de producción o en la oportunidad de resolver sobre el mérito de la controversia, al analizar lo relacionado con la valoración de la prueba¹⁰.

Tales preceptos contenidos en la Constitución estructuran lo que se ha denominado “*un verdadero derecho probatorio constitucional, cuyas prescripciones conforman los fundamentos constitucionales de la prueba, imponiéndose al legislador y por supuesto al intérprete*”¹¹. De forma que el derecho a la prueba ya no es un mero acto del proceso sino que es parte fundamental del derecho a la defensa, lo cual a su vez es un derecho constitucional.

El profesor Yannuzzi explica la amplitud del derecho a la prueba desde las siguientes perspectivas:

- El derecho a que se admita toda prueba regularmente promovida por alguna de las partes, el juez o por iniciativa de terceros, cuando sea permitido por el ordenamiento.
- El derecho a que el medio probatorio sea practicado (so pena de denegación tácita del derecho).

¹⁰ Ibidem, p. 2.

¹¹ Ana Giacomette Ferrer, *La prueba en los procesos de control constitucional, La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, (Coords. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea), Temis, Bogotá, 2009, p. 176.

- El derecho a que el medio probatorio admitido y practicado sea valorado por el juez en el momento en el que tenga lugar la sentencia¹².

Son esas las mínimas garantías que deben gozar tanto el litigante como los terceros que ejerzan su derecho a la prueba para que este sea eficaz y, además, para que cumpla con el derecho a la defensa, con el cual está estrecha e indisolublemente conectado.

3. PRINCIPIOS PROBATORIOS

Existen un conjunto de principios fundamentales que orientan la actividad probatoria en los procesos ordinarios. Esos principios probatorios son también aplicables, con algunas adaptaciones y precisiones, a los procesos constitucionales. Vamos a referirnos a esos principios en este orden: principio de la legalidad de la formas procesales, principio inquisitivo, principio de la libertad probatoria, principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez, principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba, principio de la comunidad de la prueba, principio de lealtad probatoria, principio de contradicción de la prueba, principio de igualdad de oportunidades para la prueba, principio de pertinencia de la prueba, principio de la facilidad de la prueba, el principio de relevo de prueba de hechos negativos y principio de alteridad de la prueba.

3.1. Principio de la legalidad de las formas procesales

Este principio de la legalidad de las formas procesales se aplica no solo al aspecto probatorio del proceso constitucional, sino a todo el proceso y de acuerdo con él, los actos procesales se realizarán de conformidad con la forma prevista en la ley. La expresión ley alude a las normas constitucionales referidas a las pruebas y a la ley especial que regule la materia, en este caso la LOTSJ y a las normas supletorias como son las

¹² Salvador Yannuzzi Rodríguez, *El principio de incorporación de la prueba en el procedimiento civil venezolano*. Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2018.

del CPC. Conforme al principio de la legalidad de las formas procesales las partes no pueden convenir libremente en los requisitos de forma, tiempo, rituales y formalidades a los que se hayan vinculados los actos del proceso, desde que estos se encuentran predeterminados por la ley y así han de cumplirse.

Así también, de acuerdo con este principio, debe el juez constitucional apearse a las normas procesales y probatorias establecidas en la ley, lo que implica no desviar o prescindir de ninguna actuación previamente ordenada para los procesos constitucionales, incluyendo las fases probatorias.

Un ejemplo de la violación a este principio probatorio es la sentencia número 907 de fecha 28 de octubre de 2016, por medio de la SC, decidió sobre una “acción innominada de constitucionalidad” (no prevista entre las atribuciones de la SC ni en la Constitución ni en la LOTSJ) “*de las normas previstas en los artículos 41 y 227 del Texto Fundamental, con ocasión de las actuaciones desplegadas por algunos ciudadanos, dirigidas a señalar falazmente el supuesto incumplimiento, por parte del Presidente de la República, del requisito constitucional referido a ser venezolano por nacimiento, sin otra nacionalidad; sobre la base de tergiversaciones hermenéuticas de las referidas normas de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como también de los artículos 17, 18 y 19 de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía; todo ello en perjuicio de la estabilidad democrática de la República, de la paz de la Nación y de los valores que, en general, sustentan el orden público constitucional*”, interpuesta por el entonces Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Nicolás Maduro Moros.

En efecto, en esta ocasión la SC dispuso que “la esencia de lo planteado” constituía una “*cuestión de mero derecho que atañe al orden constitucional*” y que, “*en acatamiento de los principios de economía procesal y tutela judicial efectiva, la presente causa no requiere sustanciación*”. De esta forma, la SC declaró:

“QUE EL PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, NICOLÁS MADURO MOROS, ES, EN EFECTO, CIUDADANO VENEZOLANO POR NACIMIENTO QUE NO POSEE OTRA NACIONALIDAD, tal como

ha sido ampliamente acreditado a través de documentos oficiales e incontrovertibles expedidos por las máximas autoridades del registro civil venezolano (Consejo Nacional Electoral y Servicio Administrativo de Identificación), en los cuales se acredita con absoluta certeza que el prenombrado Jefe del Estado Venezolano, nació en la Ciudad de Caracas, para entonces, Departamento Libertador del Distrito Federal, Parroquia la Candelaria, el 23 de noviembre de 1962; y que, en fin, ha cumplido y cumple con los requisitos señalados en los artículos 41 y 227 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para ejercer el cargo de Presidente Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela; quedando a salvo las acciones que correspondan en ejercicio de los derechos, deberes, principios y normas previstas en el ordenamiento jurídico, para hacer valer la responsabilidad constitucional, penal, civil y administrativa por los temerarios hechos señalados en la presente sentencia, junto a las declaratorias correspondientes”.

La SC al declarar la causa de “mero derecho”, prescindir de cualquier íter procesal, y decidir únicamente respecto de las meras copias certificadas del acta de nacimiento del ciudadano Nicolás Maduro Moros, remitida por el Consejo Nacional Electoral (CNE) y de la “tarjeta alfabética” que reposa en el Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME), documentos públicos a los cuales denominó como “incontrovertibles”, sin ningún tipo de procedimiento probatorio ni contradictorio, violó el principio de la legalidad de las formas procesales.

3.2. Principio Inquisitivo

El principio inquisitivo convierte al juez en director del proceso judicial, para dejar de ser un simple operador jurídico. Este principio inquisitivo tiene gran importancia por cuanto permite al juez desplegar “*sus conocimientos y experiencias jurídicas, sus capacidades, su cultura general, en otras palabras, es aquí donde trasciende la “silueta” del juez director del proceso como operador decisivo del mismo*”¹³.

¹³ Salvador Yannuzzi Rodríguez, *El principio de incorporación de la prueba en el procedimiento civil venezolano*, ob. cit. p. 190

En el proceso constitucional el principio inquisitivo está representado en el hecho de que el juez desempeña un papel activo y fundamental en la búsqueda de la prueba, convirtiéndose en investigador de la verdad y conductor del proceso. Tales facultades se encontraban establecidas en el artículo 21, párrafo décimo tercero, de la LOTSJ del año 2004 que preveía:

“El Tribunal Supremo de Justicia, en cualquier estado de la causa, podrá solicitar información o hacer evacuar de oficio las pruebas que considere pertinentes. Sólo serán admisibles las pruebas contempladas en el artículo 19 de la presente Ley”.

El artículo 32 de la LOTSJ establece que para el caso del control concentrado de la constitucionalidad no privará el principio dispositivo pudiendo el juez suplir, de oficio, las deficiencias o técnicas del demandante por tratarse de un asunto de orden público. Luego el artículo 34 de la LOTSJ establece que cuando se declare de conformidad a derecho la desaplicación por control difuso previamente decidido por cualquier tribunal de la República, la SC puede ordenar el inicio del procedimiento de nulidad por inconstitucionalidad.

Además la misma LOTSJ en el artículo 142 atribuye al juez constitucional la facultad de ordenar la evacuación de las pruebas que juzgue necesarias para el esclarecimiento de los hechos que aparezcan dudosos u oscuros.

El principio inquisitivo en el ordenamiento jurídico venezolano implica que el juez no debe mantenerse inactivo ante sobre los hechos objeto del proceso y que, como director del proceso, de conformidad con el artículo 14 del CPC, está llamado a esclarecer las dudas en busca de la verdad, ello, claro está, en los límites de su oficio, según lo dispone el artículo 12 del CPC.

Especialmente, por tratarse de un conflicto de interés público, en los procesos constitucionales el juez no puede permanecer inactivo ni limitarse a juzgar con base en las pruebas que las partes le aportan, si hay su juicio hubiere todavía elementos o hechos dudosos u oscuros. Para garantizar la eficacia de la Constitución y de la administración de

justicia el juez debe estar dotado de poderes de investigación para llegar a la verdad de los hechos alegados.

El juez constitucional ejerce un papel decisivo en la actividad probatoria, correspondiéndole, por ejemplo decidir si debe obtener de las cámaras o asambleas, del gobierno o de los órganos ejecutivos, o de la administración, la remisión de los expedientes, informes y documentos referentes al acto o disposición, o “*Decidir si es necesario la práctica de pruebas, así como sobre la forma y tiempo de su realización (...)*”¹⁴.

Manifestación de este principio inquisitivo es la facultad del juez constitucional de, en cualquier estado y grado del proceso, acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estime pertinente. En ese sentido el artículo 130 de la LOTSJ establece: “*La Sala Constitucional contará con los más amplios poderes cautelares como garantía de la tutela judicial efectiva, para cuyo ejercicio tendrá en cuenta las circunstancias del caso y los intereses públicos en conflicto*”.

3.3. Principio de libertad probatoria

La aplicación del principio de libertad probatoria es consecuencia de lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución, en concordancia con el artículo 395 del CPC¹⁵. De acuerdo con el principio de libertad probatoria las partes y el juez deben gozar de libertad para obtener todas las pruebas que sean pertinentes, de forma que pueden hacer uso de todos los medios probatorios, no sólo de los previstos en el CPC y el Código Civil¹⁶ (CC), sino de todos aquellos regulados en otras leyes o que, aun sin estar regulados, no estén expresamente prohibidos por estas. Resulta entonces incompatible con la Constitución cualquier intención o tendencia restrictiva de admisibilidad del medio probatorio seleccionado por las partes o el juez, con excepción de aquellos legalmente pro-

¹⁴ Jesús González Pérez, *Derecho Procesal Constitucional*, Edit. Civitas, Madrid, 1980. p.173.

¹⁵ Artículo 395. Son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República. Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el Juez.

¹⁶ Gaceta Oficial número 2.990 Extraordinario del 26 de julio de 1982.

hibidos, los obtenidos de forma ilegal o que resultan impertinentes para la demostración de sus pretensiones. Otras excepciones a este principio deben ser establecidas expresamente por la ley.¹⁷

Al no establecerse limitación alguna, el juez constitucional tiene la posibilidad de utilizar cualquier medio de prueba admitido en derecho, esto es, *“todo elemento que sirva, de una y otra manera, para convencer al juez de la existencia o inexistencia de un dato determinado”*¹⁸. En efecto, para que la prueba pueda cumplir el fin de lograr la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos que interesan al proceso, en forma que se ajuste a la realidad, es indispensable otorgar a las partes y al juez la libertad de obtener todas las pruebas que sean pertinentes.

En este sentido el artículo 398 del CPC, referido al principio de la libertad de admisión de las pruebas, señala que el juez providenciará los escritos de prueba, admitiendo las que sean legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales e impertinentes¹⁹. Con similar redacción, la LOTSJ en su artículo 140 dispone que en el lapso de pruebas, el Juzgado Sustanciador admitirá las pruebas que sean legales y procedentes y desechará las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes.

Al respecto, la Sala Políticoadministrativa (SPA) en sentencia número 1676 de fecha 6 de octubre de 2004, indicó que *“la regla general es que cualquier medio probatorio es válido y conducente al hacimiento de la prueba, salvo que esté expresamente prohibido por la ley, al resultar evidente que el derecho a probar lo pretendido en juicio, o a desechar lo señalado por la parte contraria, responde precisamente a la concepción general del derecho a la defensa, cuya consagración actualmente se encuentra contenida en el artículo 49 de la Constitución*

¹⁷ Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Caso Janeth Machado contra Alcaldía del Municipio Santa Bárbara del Estado Monagas, sentencia de fecha 20 de marzo de 2012, con ponencia del Magistrado Alejandro Soto Villasmil; Caso Ambiorix Polanco Pérez contra la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, sentencia de fecha 25 de marzo de 2008, con ponencia de la Magistrada Yolanda Jaimes Guerrero.

¹⁸ Jesús González Pérez, *Derecho Procesal Constitucional*, ob. cit. p.174.

¹⁹ Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Caso Juan Humberto Cemborain Blanco contra CADIVI, sentencia de fecha 06 de marzo de 2012.

de la República Bolivariana de Venezuela, y que en materia probatoria se concretiza en dos principios que le son inherentes: el de la contradicción y el de control de la prueba. (Ver; CABRERA ROMERO, JESÚS EDUARDO, Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre, Editorial Jurídica Alva, S.R.L., Caracas, p. 19) ”.

Con respecto a la finalidad del principio de libertad de los medios probatorios, la SC mediante sentencia número 3332 de fecha 4 de noviembre de 2005 señaló que:

“(...) el legislador procesal cuando estableció (véase el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil) que las partes pueden hacerse valer de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, que consideren conducente para la demostración de sus pretensiones, lo hizo con el propósito de que el debate probatorio fuese lo más amplio posible, haciendo permisible de este modo una mejor apreciación de los hechos por parte del juez y la consecución de una decisión basada en la verdad real y no sólo formal; procurándose, además, de este modo de una justicia más eficaz”.

En sentencia número 1879 de fecha 21 de noviembre de 2007, la misma SC analizó el tema de la admisibilidad de la prueba, estableciendo lo siguiente:

“... la Sala considera oportuno reiterar una vez más, su criterio en cuanto al régimen legal aplicable para la admisión de las pruebas en el ordenamiento jurídico venezolano, específicamente en lo relativo al principio de libertad de los medios probatorios, así como de su admisión, en el sentido de que resulta incompatible con cualquier intención o tendencia restrictiva de la admisibilidad del medio probatorio seleccionado por las partes, con excepción de aquellos legalmente prohibidos o que resulten inconducentes para la demostración de sus pretensiones”.

De la misma forma, de acuerdo a lo establecido por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en sentencia número 531 del 26 de abril de 2010 (caso Juan Vicente Rangel Henríquez), sobre la base del referido principio de libertad de los medios de prueba, se colige que una vez analizada la prueba promovida, el juez habrá de declarar

la legalidad y pertinencia de la misma y, en consecuencia, habrá de admitirla; pues: i) sólo cuando se trate de una prueba que aparezca manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, que no constituya el medio eficiente a los fines de la demostración que se pretende en el proceso –que devendría en todo caso en una forma de impertinencia de la prueba–; o, ii) cuando el hecho que se pretende probar con el medio respectivo no guarda relación alguna con el hecho debatido, podrá ser declarada como ilegal, no idónea o impertinente, y por tanto inadmisibile.

Es claro entonces que la regla es la admisión de las pruebas y que la negativa sólo puede acordarse en casos excepcionales y muy claros de manifiesta ilegalidad o manifiesta impertinencia. Por ello y para garantizar el derecho constitucional a la prueba, es indispensable que la inadmisión de la prueba deba estar lo suficientemente motivada y razonada, además de apoyada en premisas fácticas reales.

3.4. Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez

Conforme al principio de la necesidad de la prueba, los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial, deben estar demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de las partes o por el juez, sin que este último pueda remplazarlas con su conocimiento privado, de acuerdo a lo previsto en el artículo 12 del CPC, en concordancia con el numeral 5 del artículo 243 *eiusdem* que establece que toda sentencia debe contener la decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, sin que en ningún caso pueda absolverse de la instancia.

En efecto, este principio exige que los hechos sobre los cuales se fundamente la decisión judicial “*estén demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los interesados o por el juez, (...), sin que dicho funcionario pueda suplirlas con el conocimiento personal o privado que tenga sobre ellos, porque sería desconocer la publicidad y la contradicción indispensable para la validez de todo medio probatorio*”²⁰.

²⁰ Hernando Devis Echandia, *Teoría general de la prueba judicial*, Víctor P. De Zavalía – Editor, Buenos Aires, 1981. p. 115.

El principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez está cercanamente relacionado con el principio contradictorio de la prueba, según el cual se exige que la prueba se rinda con conocimiento de las partes a fin de que exista la oportunidad de hacer valer derechos en la ejecución de la probanza²¹.

El conocimiento privado del juez es aquello que él sabe y conoce pero que no está en el expediente. El principio es que al juez le está vedado usar su conocimiento privado para resolver el caso. Es verdad que el juez puede ordenar medidas para mejor proveer, inquisitorias o de oficio, para introducir al expediente su conocimiento privado. Este es el único modo de llevar al expediente lo que él sabe o conoce. El juez siempre deberá estar vinculado para decidir al principio fundamental del proceso establecido en el artículo 12 del CPC, conforme al cual *“debe atenderse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de estos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados”*.

Devis Echandía señala que el juez puede hacer uso del conocimiento privado que tenga sobre los hechos relacionados con el proceso que sustancia a fin de ordenar de oficio la producción de pruebas dirigidas a acreditarlos. *“Una cosa es que el juez llegue al conocimiento directo de los hechos por su iniciativa probatoria, y otra que sin necesidad de pruebas declare un hecho porque lo conoce privadamente”*.²²

Que el juez base su decisión en su conocimiento privado, prescindiendo de las pruebas aportadas en el proceso es sin duda una violación del principio fundamental del derecho probatorio, así como al principio de imparcialidad, la posibilidad de contradicción de la prueba y de la igualdad de oportunidades y el derecho de las partes en el debate probatorio²³.

De esta forma, *“El juez constitucional, cuando se trata de resolver fundado en situaciones de hecho, salvo que se trate de un “hecho notorio” que por ello no es objeto de prueba (artículo 506 del Código*

²¹ Oscar Pierre Tapia, *La prueba en el proceso venezolano*, 4ta edición, Barcelona, 1980. p.47.

²² Hernando Devis Echandía, Ob. cit.

²³ Anna Giacomette Ferrer, *La prueba en los procesos constitucionales*, ob. cit. p.211.

de Procedimiento Civil), no puede decidir sin pruebas. Actuar y decidir de manera diferente, no es otra cosa que una arbitrariedad judicial”²⁴.

3.5. Principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba

De acuerdo con el principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba, el juez, libre o vinculado por la norma, debe considerar la prueba como el medio aceptado por el legislador para llegar a una conclusión sobre la existencia de los hechos afirmados por las partes en juicio, tal como lo establece el artículo 395 CPC.

Lo anterior fue señalado por la SC en sentencia número 3332, de fecha 4 de noviembre de 2005, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera, al establecer que:

“Siendo que el fin principal del proceso es la realización de la justicia (artículo 257 de la Constitución, la función jurisdiccional del Estado en satisfacción del interés público) y la justa composición del litigio a petición del actor requieren para la consecución de tal fin, del contacto con la realidad del caso en concreto y eso se logra a través de las pruebas aportadas por los justiciables.

En tal sentido, el Juez para conocer las características y circunstancias del caso en concreto, así como de la correcta aplicación de la norma, requiere del contacto con la realidad, que sólo se obtiene mediante la prueba, siendo éste el único camino a recorrer para que el Juez pueda conocer los hechos que le permitirán adoptar la decisión legal justa aplicable al caso en concreto, para la resolución del mismo”.

El principio de legalidad de la prueba se caracteriza por ser el rector dado que de él se desprende la obligación de los jueces de admitir los medios de prueba establecidos en las leyes, y, además, todos aquellos medios probatorios no prohibidos expresamente por la ley y que las partes consideren conducentes para la demostración de sus pretensiones:

²⁴ Allan Brewer-Carías, “Prólogo a la Presente Edición 2013 (Edición Venezolana)”, en Ana Giacomette Ferrer, Ob. Cit. p. 49.

De esta forma, en el proceso constitucional, son numerosos los medios de prueba para llevar los hechos a los autos, haciendo la salvedad de que si se tratare de medios utilizados que tienen una regulación específica, tanto en lo que respecta a su producción como a su apreciación, dichas normas deben ser observadas para no afectar su validez, o de lo contrario devendría la prueba en ilegal (por ejemplo, por la omisión de formas legales de promoción). Si se tratare de medios no regulados de forma expresa en su utilización y apreciación no tendrían otros límites que la aplicación de las reglas de la sana crítica y el respeto a los derechos constitucionales²⁵.

Conviene hacer referencia a la forma como se obtiene la prueba, pues aun cuando se trate de pruebas reguladas por la ley, puede ocurrir que, en el caso concreto, sea contrario a derecho por la forma como el promovente la obtuvo. Para ejemplos de pruebas obtenidas ilícitamente, téngase en cuenta el caso de una confesión obtenida mediante torturas, coacción física, moral o psíquica (en violación del artículo 49, numeral 5 de la Constitución).

Con la anterior se quiere significar que el principio de legalidad de la prueba no se limita a comprobar la existencia, validez y eficacia legal probatoria, sino que se extiende hasta la exigencia de la licitud de la obtención o creación del medio de prueba. De esta forma se prohíbe, o, en palabras de Jesús Eduardo Cabrera, es ilícita y no puede ser premiada por el derecho una conducta indigna para la obtención de una prueba que desconozca o transgreda derechos de otras personas, en particular, de su contraparte²⁶.

En este sentido, *“quien para obtener un conocimiento o para lograr un medio de prueba, desconoce los derechos personales de su contraparte que la protegen en relación con la prueba que se promoverá en su contra, pierde el derecho de promover el medio, producto de su actitud ilícita, al menos en el proceso donde la víctima es parte, si ella reclama la ilicitud en su contra”*²⁷.

²⁵ Ibidem p. 341-342.

²⁶ Ibidem p.14-15.

²⁷ Ibidem p. 17.

Así pues, cuando se trate de una prueba manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, el juez puede declarar su ilegalidad.

3.6. Principio de la comunidad de la prueba

Conforme al principio de la comunidad de la prueba las pruebas pertenecen al proceso y no a las partes, es decir, que el acervo probatorio que alguna de las partes lleven al proceso no es para su beneficio exclusivo, por lo que el juez debe apreciarla por lo que de ella se deduce o demuestra y no por su origen.

Todas las pruebas aportadas por las partes al proceso dejan de estar bajo disposición de la parte que la haya producido y pasan a servir a todos los sujetos del proceso (la otra parte y el juez). Así pues, no se pretenderá que el medio probatorio beneficie solo a la parte que lo aporta, sino que *“una vez introducida legalmente al proceso, debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, sea que resulte en beneficio de quien la adujo o de la parte contraria, que bien puede invocarla”*²⁸.

En efecto, *“Según el principio de adquisición procesal, la actividad de las partes no determina la conducta del juez en la formación de su convicción acerca del mérito de las pruebas, las cuales se consideran adquiridas para el proceso y no para cada una de las partes individualmente consideradas”*²⁹.

El principio de comunidad de la prueba significa que el cúmulo de pruebas del proceso forma una unidad, independientemente de quien las haya aportado a juicio, y como tal debe ser examinada y apreciada por el juez quien deberá cotejarlas entre sí, determinando su concordancia o discordancia a fin de que su convencimiento surja de la verdad que se deriva de las pruebas en su conjunto, según lo disponen los artículos 508 y 509 del CPC.

²⁸ Salvador Yannuzzi Rodríguez, *El principio de incorporación de la prueba en el procedimiento civil venezolano*, ob. cit.

²⁹ Tribunal Supremo de Justicia. Doctrina de la Sala de Casación Civil 2000-2001. Colección Doctrina Judicial, número 1. Caracas, 2002. Compiladora: Adriana Padilla Alfonzo, p. 285, cit. en Salvador Yannuzzi Rodríguez, *El principio de incorporación de la prueba en el procedimiento civil venezolano*, ob. cit.

Este principio propugna que una vez aportado por las partes al proceso un medio probatorio, éste va a conformar un todo unívoco con las demás probanzas del expediente que constituye la materia probatoria sobre la que se basará la decisión final.

La prueba pasa entonces a pertenecer al proceso y el juez debe analizar y juzgar todas las pruebas producidas, sin importar para ello cuál fue la parte que la trajo al proceso.

Fraga Pittaluga explica que de este principio se desprenden tres consecuencias fundamentales, a saber:

- a. Aun cuando el promovente pretenda beneficiarse de la prueba llevada por éste al proceso, esta aspiración puede resultar frustrada cuando el medio producido lejos de favorecerlo lo perjudica fortaleciendo la posición de su contraparte.
- b. Una vez practicada la prueba, las partes quedan imposibilitadas de renunciar o desistir de la misma, desde que las pruebas incorporadas al proceso ya no les pertenecen.
- c. Cuando se acumulan varios procesos, la prueba practicada en cualquiera de ellos vale para todos –principio de la prueba trasladada–, porque si el juez adquiere convicción respecto de un hecho común a todas las causas, sería absurdo que los efectos de esa convicción dejaran de aplicarse a ellas, a pesar de que se resuelvan en una sola sentencia³⁰.

3.7. Principio de lealtad probatoria

El principio de lealtad probatoria conmina a las partes a no usar las pruebas para ocultar o deformar la realidad o para inducir al juez a engaño. Se relaciona con el principio de la buena fe, conforme al cual las partes están obligadas a actuar con probidad, ajustando sus actuaciones a dichas reglas. Se deduce de lo previsto en el artículo 170, numeral 3 del CPC, según el cual:

“Las partes, sus apoderados y abogados asistentes deben actuar en el proceso con lealtad y prioridad. En tal virtud, deberán: (...)

³⁰ Luis Fraga Pittaluga, “Algunas Notas sobre la Prueba en el Proceso Administrativo” en *Revista de Derecho Administrativo*, número 3, mayo-agosto 1998. Editorial Sherwood, Caracas, 1998. P. 79.

3º No promover pruebas, ni realizar, ni hacer realizar, actos inútiles o innecesarios a la defensa del derecho que sostengan”.

3.8. Principio de contradicción de la prueba

El principio de contradicción de la prueba rechaza la prueba secreta o ilícita practicada sin el control de las partes o de una de ellas, e implica el deber de colaboración de las partes con el juez en la etapa investigativa del proceso³¹. El principio de contradicción de la prueba está consagrado en el artículo 397 del CPC que establece que la parte contra quien se opone una prueba debe tener la oportunidad procesal de conocerla y controlar su evacuación. En efecto, conforme a este principio se le debe brindar a la parte contra la que se opone una prueba la oportunidad de controlar su evacuación y contradecirla con otro medio probatorio³².

De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), el principio de contradicción de la prueba es uno de “los más elementales principios probatorios”, que exige que *“las pruebas sean promovidas y practicadas dentro del juicio, ello con la finalidad de que la parte contraria a la promovente pueda ejercer su legítimo derecho a contradecir y controlar su promoción y evacuación”*³³.

3.9. Principio de igualdad de oportunidades para la prueba

El principio de igualdad de oportunidades para la prueba está previsto en los artículos 15, 388 y 401 del CPC, supone que las partes deben disponer de idénticas oportunidades para promover y hacer que se evacúen sus pruebas, así como para contradecir las promovidas por su contraparte.

³¹ Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit. p.123.

³² Artículo 397. Dentro de los tres días siguientes al término de la promoción, cada parte deberá expresar si conviene en alguno o algunos de los hechos que trata de probar la contraparte, determinándolos con claridad, a fin de que el Juez pueda fijar con precisión los hechos en que estén de acuerdo, los cuales no serán objeto de prueba. Si alguna de las partes no llenare dicha formalidad en el término fijado, se considerarán contradichos los hechos. Pueden también las partes, dentro del lapso mencionado, oponerse a la admisión de las pruebas de la contraparte que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes.

³³ Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia número 334 del 06 de abril del 2016, caso “CVG Venalum vs. Bertha Cansino”.

La doctrina afirma que el principio de la igualdad de las partes – morigerado en la justicia constitucional donde el legitimado pasivo, es decir el órgano que dictó la ley o acto recurrido, puede tener una fuerza distinta a la de los particulares y contar con privilegios y prerrogativas– busca evitar cualquier tipo de discriminación, por lo que se ha admitido que en aplicación de este principio de igualdad de trato en la aplicación de la ley, los pronunciamientos que se deriven de pleitos con semejantes o equivalentes situaciones, y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones esencialmente iguales, no puedan apartarse o ser distintos uno de los otros, salvo que, se vulnere el derecho a la igualdad de manera justificada.

3.10. Principio de pertinencia de la prueba

La pertinencia de la prueba exige que haya alguna relación lógica o jurídica entre el medio de prueba que se pretende usar y el hecho que se precisa demostrar. La *pertinencia*, en criterio de la doctrina –Cabrera– debe ser entendida como “*la congruencia que debe existir entre el objeto fáctico de la prueba promovida y los hechos alegados y controvertidos*”³⁴. De tal forma que una prueba será impertinente cuando no guarde relación con los hechos controvertidos.

En efecto, con fundamento en este principio son inadmisibles las pruebas que no sirvan para acreditar los hechos controvertidos en el proceso. Este principio está recogido en el artículo 398 del CPC que dispone “*el Juez providenciará los escritos de pruebas, admitiendo las que sean legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes*”.

Como señala el citado artículo 398 del CPC, es necesario que esa impertinencia sea manifiesta para poder acarrear la inadmisión de la prueba. Esto tiene por finalidad permitir la prueba de los hechos indiciarios los cuales, si bien no tienen una vinculación directa con los hechos litigiosos, una vez incorporados a los autos sí pueden mostrar dicha vinculación³⁵.

³⁴ Jesús E. Cabrera Romero, *Contradicción y control de la prueba legal y libre*, Tomo I, Editorial Jurídica Alva. Caracas 1989. P. 330.

³⁵ *Ibidem*.

La conducencia tiene que ver con la aptitud del medio para establecer el hecho que se trata de probar o, como indica Devis Echandía, “*la conducencia se refiere a la aptitud legal de la prueba respecto del medio mismo o en relación con el hecho por probar*”. De esta forma, la prueba será inconducente cuando el medio es ineficaz para demostrar el hecho que se desea probar, como por ejemplo utilizar el testimonio para demostrar la composición química de una sustancia cuando el medio adecuado para ello sería la experticia³⁶.

Tanto el principio de idoneidad como el de pertinencia de la prueba, son útiles limitaciones al principio de la libertad de medios probatorios, vinculada a principios procesales de economía y celeridad procesal³⁷. Esta limitación a la libertad de medios de prueba figura como una de las potestades inquisitivas del juez constitucional en el artículo 140 de la LOTSJ, por la que el tribunal deberá ordenar que se omita toda declaración o prueba sobre aquellos hechos que aparezcan claramente como no controvertidos entre las partes.

Al respecto, la SPA del TSJ, en sentencia número 1879 de fecha 21 de noviembre de 2007, señaló los criterios que debe tomar en cuenta el juzgador al momento de pronunciarse sobre la admisibilidad de las pruebas, que son la legalidad y la pertinencia, y en ese sentido estableció que:

“Así las cosas, una vez se analice la prueba promovida, sólo resta al juzgador declarar su legalidad y pertinencia y, en consecuencia, habrá de admitirla, salvo que se trate de una prueba que aparezca manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, o cuando el hecho que se pretende probar con el medio respectivo no guarde relación alguna con el hecho debatido, ante cuyos supuestos tendría que ser declarada como ilegal o impertinente y, por tanto, inadmitida. Luego entonces, es lógico concluir que la regla es la admisión y que la negativa sólo puede acordarse en casos excepcionales y muy claros de manifiesta ilegalidad e impertinencia...”

³⁶ Arístides Rengel Romberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Ediciones Paredes, Caracas, 2013.

³⁷ Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, caso “INVERSIONES HOTELERAS 7070, C.A”.

Ahora bien, consideramos que este principio de pertinencia de la prueba aplica no solo a la actividad probatoria llevada a cabo por las partes, sino que también informa a las actuaciones de evacuación de pruebas que ordene el juez constitucional en los procesos constitucionales.

En efecto, la potestad por medio de la cual el juez puede ordenar de oficio la evacuación de las pruebas que juzgue necesarias para el esclarecimiento de los hechos que aparezcan dudosos u oscuros, debe ser ejercida en conformidad con los principios que rigen el sistema probatorio, por lo cual si el juez ordenare alguna prueba esta debe ser pertinente, congruente y necesaria al proceso.

3.11. Principio de la facilidad de la prueba

Si bien conforme al principio de la carga de la prueba cada una de las partes está obligada a probar sus alegatos, de manera que “quien alega debe probar”, es lo cierto que esta regla puede verse relajada por el principio de la facilidad que comporta la carga para una de las partes de suministrar la prueba que está en su poder –aun cuando dicha prueba no la favoreciera– porque le resulta más fácil traerla al proceso que a su contraparte.

En el proceso de control constitucional se ha debatido la posibilidad de –dada las especiales condiciones de la materia controvertida– modificar o relajar dicha regla, puesto que el fin último del proceso es la protección de la Constitución.

Lo anterior supone admitir una mayor aceptación del principio antes enunciado sobre la facilidad de la prueba, también llamado principio de solidaridad, según el cual la carga de la prueba debe recaer sobre aquella parte que se encuentra en mejores condiciones de suministrar la prueba³⁸.

Inclusive, el propio juez constitucional tiene la potestad –y el deber– de decretar y practicar pruebas de oficio cuando falten elementos que lo lleven a la certeza, de modo que en la gestión probatoria puede hacer uso de la oficiosidad, puesto que como ya se indicó, *lo que se pretende es la guarda e integridad de la Constitución*³⁹.

³⁸ Ana Giacomette Ferrer, Ob. Cit. 186.

³⁹ Ibidem. Pp. 186 y ss.

3.12. Principio de relevo de prueba de hechos negativos

En épocas pasadas se afirmaba que la prueba de los hechos negativos no era procedente, desde que no puede probarse lo que se niega. De forma que se concluía que cuando se alegaban hechos negativos se invertía la carga de la prueba, debiendo probar quien quería desmentir el hecho negativo. Por la naturaleza de las cosas es nula la prueba del que niega un hecho (*Per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit*).

Sin embargo, los hechos negativos si pueden y deben probarse. El hecho negativo supone o implica siempre un hecho afirmativo que es su antítesis o que está implícito en la negación. Es cierto que los hechos negativos no son objeto de prueba directa, pero si pueden deducirse a través de la prueba de la afirmación que está implícita en la negación.

Cuando se alega que no se estuvo presente en la sesión de la Cámara Legislativa cuando se aprobó la ley, puede sin embargo demostrarse ese hecho negativo probando que se estuvo en la universidad dando una conferencia, el mismo día a la hora que se reunió la Cámara Legislativa para aprobar la ley. Como señala Fraga Pittaluga, citando a Devis Echandía *“es importante no confundir este principio con la circunstancia de que se niegue un hecho. (...) la negación o afirmación puede ser simple modalidad de redacción porque es lo mismo negar la existencia de un hecho que afirmar su inexistencia; en consecuencia, no es lógico distribuir la carga de la prueba atendiendo sólo a la formulación negativa o afirmativa de los hechos. Además, tan posible es probar que existe el hecho afirmado como el contrario que está implícito en su negación. De manera que sólo las negaciones indefinidas, como no haber nunca ejecutado un hecho, son las de imposible prueba. Así, será la naturaleza del hecho y no su negación o afirmación lo que determina si debe exigirse su prueba y en todo caso eso tampoco será determinante porque puede suceder que una de las partes esté en capacidad de probar los hechos afirmados o negados por ambas”*⁴⁰.

La dificultad que provoca la prueba de estos hechos negativos trae como consecuencia que se atenúe la rigurosidad de las reglas que gobiernan la carga de la prueba –*onus probandi*– pero de ningún modo po-

⁴⁰ Luis Fraga Pittaluga, Ob. Cit. P. 74.

demos decir de manera definitiva que invocar un hecho negativo releva de prueba a quien lo alega.

Podría ser aplicable en estos casos el principio antes enunciado sobre la facilidad de la prueba, según el cual la carga de la prueba debe recaer sobre aquella parte que se encuentra en mejores condiciones de suministrar la prueba.

3.13. Principio de alteridad de la prueba

Conforme al principio de alteridad de la prueba las partes no pueden crearse pruebas en su propio beneficio. Nadie puede producir una prueba limitando la posibilidad de que el adversario o contrincante ejerza el debido control y contradicción de la prueba, ni puede tampoco omitirse las formalidades y la oportunidad para la promoción y evacuación de las pruebas, ni obviarse el cumplimiento de todo el régimen jurídico que gobierna los distintos medios de pruebas.

4. PROCEDIMIENTO PROBATORIO SEGÚN LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Como hemos señalado previamente, lamentamos que las regulaciones de la LOTSJ sobre la prueba en los procesos constitucionales sean poco claras e insuficientes para regular correctamente todo el tema probatorio en esta jurisdicción constitucional.

4.1. Promoción de las pruebas (artículo 139)

En primer lugar vamos a referirnos a la promoción de las pruebas. La LOTSJ no regula un lapso de promoción de pruebas de manera clara y ordenada. El artículo 139 de la LOTSJ establece que después del pronunciamiento del tribunal sobre la admisión de la participación de los terceros en el proceso se abrirá el lapso de 10 días para consignar los escritos de promoción de pruebas, así como para evacuar las pruebas documentales. Dentro de los tres días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de promoción de pruebas, las partes podrán oponerse a la admisión de las pruebas de la contraparte que consideren manifiestamente ilegales o impertinentes.

4.2. Oposición a la admisión de las pruebas (artículo 139)

Culminado el lapso para la promoción de pruebas, comenzará a transcurrir otro de tres días de despacho en el cual las partes podrán oponerse a la admisión de las pruebas que consideren manifiestamente ilegales o impertinentes. Consideramos que la expresión pruebas manifiestamente ilegales que utiliza el legislador en el artículo 139 de la LOTSJ, alude a la prueba ilegal propiamente dicha y, también, incluye la prueba ilícita.

Para que las pruebas entren correctamente al proceso, es necesario que sean legítimas, legales, conducentes, definidas, y pertinentes. La prueba legal es la que se ha creado y propuesto de acuerdo a las formalidades exigidas por la ley. Las pruebas ilegales son las que no cumplen adecuadamente con los requisitos de existencia, validez y eficacia que se establece la ley. La prueba puede ser manifiestamente ilegal cuando el medio probatorio promovido está expresamente prohibido por la ley o hay expresa prohibición para su uso en un caso concreto. Otra cosa distinta a la ilegalidad de la prueba es la prueba ilícita que es la que viola derechos constitucionales o legales de alguna de las partes por haber sido construida o adquirida en contra de la ley.

El artículo 139 de la LOTSJ también establece que las partes podrán oponerse a la admisión de las pruebas de la contraparte que consideren impertinentes. La pertinencia de la prueba se refiere a su objeto, es decir a la necesidad de que lo que se busca probar guarde relación directa con la pretensión, con las argumentaciones de las partes y con el tema que se decide.

La pertinencia de la prueba es la congruencia que necesariamente debe existir entre el objeto fáctico de la prueba promovida y los hechos alegados y controvertidos. El promovente, cuando anuncia la prueba debe indicar los hechos que pretende probar, ello sirve para comparar lo que se pretende probar con los alegados y controvertidos y, en consecuencia, determinar la pertinencia de la prueba. La prueba sería entonces impertinente si el medio promovido no se corresponde con el hecho litigioso.

4.3. Admisión de pruebas (artículo 140)

Dentro de los cinco días de despacho luego del vencimiento del lapso antes mencionado, el Juzgado de Sustanciación providenciará los escritos de prueba de forma que admitirá aquellos que sean legales y procedentes, desechando entonces los que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes.

Asimismo, el Tribunal ordenará en el mismo auto, que se omita toda declaración o prueba sobre aquellos hechos que aparezcan claramente como no controvertidos entre las partes. En esa oportunidad se fijará la audiencia pública y se remitirá el expediente a la Sala.

Si llegare a suceder que ninguno de los intervinientes promoviere pruebas distintas a las documentales, la causa entrará en estado de sentencia y el Juzgado de Sustanciación remitirá el expediente a la Sala, para que decida en un plazo de veinte días de despacho, sin embargo, de acuerdo con el principio inquisitivo y el propio artículo 140, queda a salvo la facultad de la SC de fijar audiencia si lo estima pertinente.

4.4. Evacuación de pruebas (artículo 142)

En la oportunidad de la audiencia pública, la Sala debe exponer en qué términos quedó trabada la controversia, así como ordenar, si fuere el caso, la evacuación de las pruebas en la misma audiencia o en otra oportunidad, de la misma manera deberá resolver cualquier incidencia en relación con el control y contradicción de la prueba.

La audiencia fijada continuará en la oportunidad que determine el tribunal y así cuantas veces sea necesario para agotar completamente el debate.

Una vez que el tribunal oiga a los intervinientes, este podrá ordenar la evacuación de las pruebas que juzgue necesarias para el esclarecimiento de los hechos que aparezcan dudosos u oscuros, poniéndose de relieve nuevamente la facultad del juez constitucional de practicar pruebas de oficio, ejerciendo su condición de director del proceso, "*comportándose como actor social ayudando a esclarecer los hechos, y no cruzarse de brazos, cuando hagan falta elementos que lo lleven a la certeza*"⁴¹.

⁴¹ Ibidem.

5. OBJETO DE LA PRUEBA

El objeto de la prueba *–thema probandum–* es la respuesta a la pregunta qué se prueba en el proceso constitucional. Son los hechos que de manera concreta deben demostrarse, es decir, los hechos que generan los vicios de inconstitucionalidad. Es la determinación del hecho a probar. El hecho que justamente condiciona la procedencia de la inconstitucionalidad.

El objeto de la prueba será distinto dependiendo del medio de control constitucional de que se trate. Por lo que se refiere al control de constitucionalidad concentrado o abstracto, cuando la pretensión de nulidad se dirige contra un acto meramente normativo, el debate planteado será, en ocasiones, solo de mero derecho, razón por la cual se podría prescindir de la actividad probatoria, desde que el juez constitucional decidirá con el cotejo entre la norma demandada y la Constitución.

En efecto, en los procesos de control abstracto de constitucionalidad, es necesario distinguir entre los vicios materiales y los vicios formales o de procedimiento. La inconstitucionalidad material se refiere al contenido de la ley y su conformidad o no con el texto constitucional. En estos casos “... *se hace un juicio a un acto jurídico para la salvaguarda e integridad de la Constitución*”, lo que se busca es determinar si es o no constitucional la norma demandada, por lo tanto, el tema de la prueba está constituido por los hechos generadores de los vicios de inconstitucionalidad.

En estos casos el examen que realiza el juez constitucional, se dirige a cotejar el contenido a norma demandada y la Constitución con el fin de determinar si existe alguna contrariedad o conflicto de fondo, por lo que la doctrina mayoritaria admite que se trata de un examen de puro derecho que no precisa procedimiento probatorio alguno.

En este sentido González Pérez señala que la prueba en el proceso constitucional “*no tendrá sentido en aquellos procesos que tengan por objeto verificar la inconstitucionalidad de una norma –pues bastará la confrontación de dos disposiciones–; pero sí tendrá sentido cuando exista disconformidad acerca de los hechos en los procesos de amparo*”⁴².

⁴² Jesús González Pérez, *Derecho Procesal Constitucional*, ob. cit. p. 173.

Sin embargo, hay autores que opinan distinto. López Medina señala que “*la acción de inconstitucionalidad cada vez más se vuelve un proceso de control ‘concreto’ donde empiezan a volverse discernibles las partes, sus intereses y la reconstrucción probatoria de un mundo extrajurídico que pesa tanto como el derecho formal mismo en la determinación de la anulabilidad de la ley por razones constitucionales*”⁴³.

López Medina indica que las consecuencias que genera la norma son las que en realidad deben contrastarse con la Constitución para determinar si dichas normas son o no constitucionales, es decir, se requiere de “*elementos empíricos que trascienden de lo jurídico y que solo pueden hacerse visibles a través de la actividad probatoria*”⁴⁴. López Medina se refiere a las normas con impacto económico que, al no ser abstractamente inconstitucionales, dependerían en su nulidad o validez de la afectación de derechos constitucionales, “*ya no en su diseño normativo, sino en las consecuencias económicas, sociales y políticas concretas que de ellas se desprendan*”⁴⁵.

En efecto, para el caso de normas que no sean abstractamente inconstitucionales, su nulidad o validez dependerá de la comprobación de la afectación de normas constitucionales no en su diseño normativo, sino en las consecuencias económicas, sociales y políticas que su aplicación produce. En estos casos el objeto de la prueba será, precisamente, demostrar sin duda alguna la afectación.

De otra parte, puede ocurrir que se trate de un vicio de forma o de procedimiento, y no en el contenido de la norma. Se puede incurrir en este vicio de forma o de procedimiento durante el procedimiento de formación de la ley u otros actos dictados en ejecución directa de la Constitución. En estos casos el *thema probandum* es, precisamente, la determinación de los vicios del procedimiento.

En efecto, en los procesos de inconstitucionalidad por vicios formales, el fin es determinar el cumplimiento de cada una de las etapas que conforman el procedimiento, de rango constitucional, de formación

⁴³ Diego López Medina, “Presentación a la Edición Colombiana”, en Ana Giacomette Ferrer, *La Prueba en los procesos constitucionales*, Edición Jurídica Venezolana, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2014. P. 70.

⁴⁴ Diego López Medina, “Presentación a la Edición Colombiana”, en Ana Giacomette Ferrer, Ob. Cit. P. 70.

⁴⁵ Ibidem.

de la ley, puesto que “*las decisiones legislativas no pueden producirse de cualquier forma, sino que deben respetar unos procedimientos previamente establecidos*”⁴⁶. Estos vicios formales a su vez pueden constituirse en el trámite de formación de la ley o a través de hechos que fueron relevantes para tomar la decisión⁴⁷.

Como sabemos es solo a través de la ley, como expresión de la voluntad popular y como única fuente de derecho con virtualidad democrática, que pueden regularse los derechos civiles, sociales económicos y políticos, así como la organización y funcionamiento de los órganos del Estado. El cumplimiento del procedimiento para la elaboración de las leyes –garantía procedimental– asegura la validez democrática de la ley, permite el más amplio consenso y la participación, perfecciona el principio de representatividad, la publicidad y la transparencia. A la vez supone la prohibición o rechazo total de la imposición de procedimientos mediante disposiciones de carácter sub legal como lo sería un acto administrativo o una sentencia.

El procedimiento especial para la elaboración o formación de leyes está establecido en la Constitución en la Sección cuarta: De la formación de las Leyes, del Capítulo I del Poder Legislativo Nacional, Del Título V de la Organización del Poder Público Nacional, y comprende los artículos 202 al 218, que determinan las formalidades que debe

⁴⁶ Luis C. SÁCHICA, Cit. en Ana Giacomette Ferrer, Ob. Cit. p. 124.

⁴⁷ Al respecto de este particular, en el derecho colombiano: “En materia de trámites, el profesor Rey Cantor menciona a manera de hipótesis de vicios en el procedimiento de expedición de la ley; “(...) *que entre el primero y el segundo debate no transcurra un lapso mayor de ocho días; la introducción de nuevos artículos en los últimos debates; que la aprobación del texto no se adopte por la mayoría de los votos requeridos reglamentariamente. En tratándose de proyectos de actos legislativos, que no se presente informe de ponencia en la comisión encargada de tramitarlo en primer debate; debatir la segunda vuelta iniciativas no presentadas en la primera; que en la segunda vuelta no se apruebe el proyecto con el voto de la mayoría de los miembros de las comisiones o de las plenarias de las cámaras. En el caso de los decretos con fuerza de ley, que el Gobierno Nacional no esté conformado por el Presidente de la República y los correspondientes ministros y/o directores de departamentos administrativos*” (Rey Cantor Ernesto, Ob. Cit. p.78). En lo tocante a los hechos generadores, el constitucionalista Luis Carlos SÁCHICA, indica “La Corte puede ordenar que se demuestren o comprueben las situaciones de tensión o conflicto que dan lugar a implantar los estados de excepción, esto es, el estallido o la invasión que provocó la guerra, el desorden público o lo que generó la conmoción interior, la situación imprevista que suscitó una emergencia social o económica” (Cit. en Rey Cantor Ernesto, Ob. Cit. p.73)”, Ana Giacomette Ferrer, Ob. Cit. p. 184.

cumplir el órgano legislativo para que las regulaciones legales estén investidas de legitimidad constitucional y democrática, entre las cuales podemos mencionar: la iniciativa de ley (artículo 204); la discusión de los proyectos de ley, sus artículos, procedencia y conveniencia, a través de dos discusiones (artículos 207 al 211); el estudio e informe de la Comisión parlamentaria directamente relacionada con la materia objeto de la ley (artículo 208 y 209); las consultas de carácter público realizadas a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y a la sociedad organizada, así como las consultas a los estados, en las materias relativas a los mismos (artículo 211); la aprobación y sanción de la ley por la mayoría de votos en la plenaria de la Asamblea Nacional (artículo 209) y la posterior promulgación por el Presidente de la República (artículo 214).

De forma que la ley debe ser dictada por la Asamblea Nacional conforme con las garantías del procedimiento parlamentario antes establecidas. En caso de vicios de este procedimiento, el objeto de la prueba será el defecto en el cumplimiento del procedimiento legislativo de formación de leyes.

De otra parte, en los procesos de amparo o tutela constitucional, que tienen como finalidad la protección de los derechos fundamentales violados o amenazados de violación, el tema de la prueba debe constituirse en los *hechos que tengan relación con la acción u omisión que ponga en peligro el derecho fundamental del accionante* (ya sea porque se generó el daño o porque se produjo la amenaza)⁴⁸.

La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa por su parte es una modalidad del control de la constitucionalidad por medio de la cual se demanda la inconstitucionalidad de la omisión del órgano legislativo que, por un tiempo prolongado e indefinido o en violación al lapso establecido en la Constitución, ha permanecido inactivo, de forma total o parcial, en el cumplimiento de su obligación constitucional de dictar leyes que regulen preceptos constitucionales de obligatorio desarrollo de manera que dichos preceptos o uno de ellos, es ineficaz, en virtud de la omisión total o de la legislación incompleta o defectuosa, con lo cual se produce la violación de la Constitución.

En la omisión legislativa el objeto de la prueba sería entonces el incumplimiento por parte del órgano legislativo de la obligación

⁴⁸ Ana Giacomette Ferrer, Ob. Cit. p. 202.

constitucional concreta y específica de dictar determinada ley durante un tiempo razonable o exceso del tiempo que se haya fijado constitucionalmente, es decir la inacción legislativa lo que obviamente es un hecho. También hay omisión legislativa cuando se prueba que se ha dictado una regulación de forma incompleta o parcial, que produce consecuencias contrarias a la Constitución y violatorias de los derechos y garantías individuales. Pero además, en el recurso de omisión legislativa sería objeto de prueba, el incumplimiento por parte del órgano legislativo, de la obligación de dictar otros actos sin forma de ley, tales como la designación de los titulares de los órganos de rango constitucional como los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, los rectores del CNE, el Fiscal General de la República, entre otros.

6. CARGA DE LA PRUEBA

El tema de la carga de la prueba, *onus probandi*, se refiere a la determinación de la parte en el proceso que tiene la obligación concreta de probar el hecho dudoso o la parte sobre la cual recae las consecuencias negativas de la inactividad probatoria.

Sabemos que la falta de prueba perjudica a quien teniendo la carga de probar no lo hizo. Determinar quién tiene la carga de la prueba es fundamental dentro del proceso, pues por muchos motivos la falta de pruebas no perjudica de la misma manera a las partes. En relación a las pruebas, y esto no es violación al principio de igualdad dentro del proceso, las partes no tienen la misma posición en juicio y la falta de prueba no los perjudica en la misma medida. El principal afectado por la falta, deficiencia, impertinencia o ausencia de pruebas es aquel que teniendo la obligación de probar no lo hizo. “*Por todo esto, para el proceso resulta de suma importancia determinar sobre quien recaen los efectos negativos de la inactividad probatoria, y a esto atiende el llamado principio de la distribución de la carga de la prueba, calificado por un autor como ‘la espina dorsal del proceso’*”.⁴⁹

⁴⁹ R. Pina Vara, *Tratado de las Pruebas Civiles*. Ob. cit., p. 83. Citado por Román J. Duque Corredor, *Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario*. t. I, Colección Manuales de Derecho, Ediciones Fundación Projusticia, Caracas, 2000, p. 244.

El principio general y clásico es que la parte que alega debe demostrar sus afirmaciones. Quien afirma hechos que configure su pretensión debe demostrarlos, de allí que el actor debe demostrar sus afirmaciones (*onus probando incumbit actori*). Si el demandado los contradice alegando hechos nuevos debe entonces probarlos. (*Reus in excepciones fit actor*). El artículo 506 del CPC, que sabemos es de aplicación supletoria en los procesos constitucionales, establece este principio tradicional y clásico conforme al cual las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. También prevé la norma que los hechos notorios no se prueban.

Ahora bien, hemos dicho anteriormente que es muy lamentable la ausencia de una ley especial que regule la jurisdicción constitucional y que con la adecuada precisión normativa ajuste estos conceptos tradicionales, estáticos y clásicos a una jurisdicción que debe regirse por principios distintos y especiales. La regulación transitoria de la LOTSJ es insuficiente y la del CPC que se aplica supletoriamente en ocasiones, además de insuficiente, es inadecuada o de inconveniente aplicación a esta materia constitucional, de manera que el tema de la carga de la prueba pone de manifiesto la notoria precariedad de la regulación.

El asunto es importante no solo frente a la responsabilidad de las partes, sino también cuanto a la orientación que debe tener el juez respecto de cómo debe sentenciar. En efecto, la carga de la prueba impacta también a la forma cómo el juez debe sentenciar pues en principio, conforme a la noción clásica y tradicional, debería fallar en contra de la parte que ha incumplido con la carga de probar los hechos objeto de litigio, pues el juez debe basar su decisión en las pruebas aportadas. Pero también el juez debe respetar las presunciones y principios que se aplican en cada caso.

La mayor precisión normativa dentro de la justicia constitucional obliga a tener en cuenta no solo el sistema de distribución de la carga de la prueba tradicional y estático a que nos hemos referido, sino también otro principio: “*onus probandi dinámico*”, por oposición al “*onus probandi estático*”, conforme al cual el juez puede, atendiendo a las particularidades del caso, distribuir la carga de la prueba, teniendo en cuenta los desequilibrios entre las partes. “*Cuando hay un hecho que es necesario aclarar por resultar neurálgico para la resolución justa*

de la litis, pero la parte a la que tal hecho le incumbe su probanza, por ser el sustento de la norma cuya aplicación invoca, no se encuentra en condiciones para probarlo y por el contrario, la otra parte cuenta con mejores elementos para el efecto; el juez puede aislarse de las reglas del onus probandi estático, que indican que quien alega un hecho debe probarlo, para vincular la actividad probatoria a la noción de verdad y justificado en la buena fe procesal como deber de las partes, imponerle a la parte contraria la carga de probar tal hecho por estar en mejores condiciones para lograrlo, es decir, aplicar las reglas del onus probandi dinámico o de la carga dinámica de la prueba.”⁵⁰

Como indica Díaz-Restrepo, este principio “*onus probandi dinámico*”, significa una evolución enorme respecto de las normas inflexibles, con origen en el derecho romano, conforme a las cuales la carga de la prueba la tiene el demandante o el demandado si opone excepciones. El origen legal de este principio lo encontramos en el artículo 167.2 del Código General del Proceso de Colombia del año 2012:

“Artículo 167: Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por el estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para

⁵⁰ Juan Carlos Díaz-Restrepo, “La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad constitucional”. En *Entramado*, volumen 12, Número 1, 2016 (enero-junio), Universidad Libre, Cali, 2016. P. 210.

aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual someterá a las reglas de contradicción previstas en este código (...)”.

De otra parte, como lo hemos dicho ya varias veces, el tema de la decisión del juez en la justicia constitucional es muy delicado, pues su función es pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la ley que está investida de la misma dignidad democrática que tiene el Parlamento, máximo representante de la voluntad popular, de forma que contrariarla, sin más, sin pruebas determinantes y sin límites puede considerarse la fractura del principio democrático.

En la justicia constitucional lo primero que se espera del juez es su actitud de confianza hacia el legislador democrático. De allí el *indubio pro legislatore* y el principio de deferencia hacia el legislador. De forma que para anular la ley debe haber violación comprobada de la Constitución y, además, la imposibilidad de preservarla con una interpretación que se adecue a su texto. La interpretación de la ley conforme a la Constitución, como se le ha denominado por la doctrina, consiste efectivamente en que en caso de dudas respecto de las interpretaciones posibles de la ley, el juez constitucional debe escoger la interpretación que sea compatible con la Constitución y desechar las interpretaciones incompatibles con la misma.

En efecto, la ley está provista de una presunción de legitimidad constitucional desde que es producto de la voluntad popular, por lo que sólo es posible declarar su inconstitucionalidad si no hay una clara e inequívoca confrontación con la norma superior y si ello no ha quedado demostrado en el proceso. El juez constitucional debe partir de una actitud de confianza hacia el legislador democrático y, en consecuencia de ello, debe presumir que este actuó motivado por los valores constitucionales y respetar la presunción de legitimidad de la ley.

En caso de que la ley admita diversas interpretaciones, el juez debe escoger aquella que es acorde con la Constitución, pues hay que presumir que el legislador quiso respetar los límites constitucionales. Solo cuando ha quedado fehacientemente demostrado durante el proceso que el legislador dictó una ley incompatible con la Constitución, puede el juez constitucional anularla. De forma que es indispensable que la decisión del juez esté fundamentada en las pruebas que llevan a la

convicción de una violación clara, directa de la Constitución y además insalvable a través de la interpretación.

7. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Conforme a lo dispuesto en el artículo 507 del CPC a menos que exista una regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba, el Juez deberá apreciarla según las reglas de la sana crítica, es decir – como diría Couture– aplicando las reglas del correcto entendimiento humano. Es la apreciación razonada y lógica de la prueba sometida a debate. En efecto, como mecanismo de valoración de la prueba, la sana crítica permite al juzgador establecer su “*convencimiento a través de la certeza inferida de la masa de pruebas, de acuerdo a su libre criterio, regulado tan solo por la sana razón, las formas procesales, el objeto y tema de la prueba y exigiéndoles la motivación de sus providencias*”⁵¹.

En el ordenamiento jurídico venezolano, el principio de la valoración de la prueba según la sana crítica se aplica salvo que exista una regla legal expresa, como es el caso de las reglas de apreciación judicial establecidas en el CC, de los instrumentos públicos, que merecen fe pública y hacen plena prueba, 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 en los casos y con los medios permitidos por la ley se demuestre la simulación.

De otra parte, los instrumentos privados reconocidos 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 plena prueba, hasta prueba en contrario, de la verdad de esas declaraciones; así como de la confesión y de la prueba de juramento decisorio (artículos 1360, 1361, 1370, 1374, 1401 y 1418 del CC).

Por último, con respecto a la apreciación de la prueba de testigos, debe el juez adminicularlas a las otras pruebas, desechar las declaraciones contradictorias y las del testigo inhábil, también, analizar todas las

⁵¹ Ana Giacomette Ferrer, *La prueba en los procesos constitucionales*, ob. cit., p. 197.

pruebas que se hayan producido, aún aquellas que a su juicio no sean idóneas para ofrecer algún elemento de convicción, de conformidad con los artículos 508 y 510 CPC⁵².

En conclusión, el juez constitucional tiene un importante margen de libertad y discrecionalidad para atribuirle a una prueba un determinado valor probatorio, pero debe sin embargo valorar o apreciar los distintos medios de prueba conforme a reglas establecidas en la ley para no incurrir en arbitrariedades⁵³.

8. BIBLIOGRAFÍA

- BREWER-CARÍAS, Allan, “Prólogo a la Presente Edición 2013 (Edición Venezolana)”, en GIACOMETTE FERRER, Ana, *La Prueba en los procesos constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2014.
- CABRERA ROMERO, Jesús E., *Contradicción y control de la prueba legal y libre*, Tomo I, Editorial Jurídica Alva. Caracas 1989.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Víctor P. De Zavalía – Editor, Buenos Aires, 1981.
- DÍAZ-RESTREPO, Juan C., “La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad constitucional”. En *Entramado*, volumen 12, Número 1, 2016 (enero-junio), Universidad Libre, Cali, 2016.
- DUQUE CORREDOR, Román J., *Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario*. t. I, Colección Manuales de Derecho, Ediciones Fundación Projusticia, Caracas, 2000.

⁵² De allí la obligación del juez de pronunciarse sobre la valoración que ha dado a las pruebas promovidas por las partes en el curso de un juicio o un procedimiento, puesto que son determinantes para la decisión que haya de adoptarse en la resolución de una determinada controversia o impugnación. De lo contrario, la doctrina ha asentado que, se presenta el supuesto del silencio de pruebas que ocurre en dos casos, a saber: i) cuando el órgano competente omite en forma absoluta toda consideración sobre un elemento probatorio existente en los autos, es decir, cuando lo silencia totalmente; y, ii) cuando no obstante que la prueba es señalada, el órgano que le corresponde decidir deja constancia de que está en el expediente, sin embargo no la analiza. (V. sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia número 94 de fecha. 30 de junio de 2008, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/junio/94-30608-2008-07-000013.HTML>).

⁵³ Eduardo Jorge Prats, “Prólogo a la edición dominicana”, en Ana Giacomette Ferrer, *La prueba en los procesos constitucionales*, ob. cit., P. 80.

- FRAGA PITTALUGA, Luis, “Algunas Notas sobre la Prueba en el Proceso Administrativo” en *Revista de Derecho Administrativo*, número 3, mayo-agosto 1998. Editorial Sherwood, Caracas, 1998.
- GIACOMETTE FERRER, Ana, *La prueba en los procesos de control constitucional, La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, (Coords. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea), Temis, Bogotá, 2009.
- *La Prueba en los procesos constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2014.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho Procesal Constitucional*, Edit. Civitas, Madrid, 1980.
- GOZAÍNI, Osvaldo, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial de Belgrano Tomo I, Buenos Aires, 1999.
- *La prueba en los procesos constitucionales, en Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010.
- HERNÁNDEZ GALINDO, José G. “Importancia de la prueba en los procesos constitucionales”, en GIACOMETTE FERRER, Ana, *Las pruebas en el proceso de control constitucional*, primera edición, Señal Editora, Bogotá D.C., 2007.
- LÓPEZ MEDINA, Diego, “Presentación a la Edición Colombiana”, en GIACOMETTE FERRER, Ana, *Las pruebas en el proceso de control constitucional*, primera edición, Señal Editora, Bogotá D.C., 2007.
- PIERRE TAPIA, Oscar, *La prueba en el proceso venezolano*, 4ta edición, Barcelona, 1980.
- PRATS, Eduardo J., “Prólogo a la edición dominicana”, en GIACOMETTE FERRER, Ana, *La prueba en los procesos de control constitucional, La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, (Coords. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea), Temis, Bogotá, 2009.
- RENGEL ROMBERG, Aristides, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Ediciones Paredes, Caracas, 2013.
- YANNUZZI RODRÍGUEZ, Salvador, *El principio de incorporación de la prueba en el procedimiento civil venezolano*. Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2018.