

Apostillas sobre la carga probatoria y su recepción en el Derecho Civil venezolano

Serviliano ABACHE CARVAJAL*

Sumario

1. Generalidades sobre la carga de afirmar y de probar los hechos jurídicos controvertidos **2. Justificación de la carga probatoria** **3. Fundamento (positivo) de la carga probatoria** **4. Aproximación doctrinaria al concepto de carga probatoria** **5. El principio general de la carga probatoria** **6. La carga probatoria de los hechos constitutivos, extintivos e impositivos** **7. El principio *favor probationis* en la carga probatoria y el principio de proximidad, cercanía o facilidad a la obtención de la prueba** **8. Los artículos 506 del Código de Procedimiento Civil y 1354 del Código Civil**

1. Generalidades sobre la carga de afirmar y de probar los hechos jurídicos controvertidos

Algunos autores han equiparado el concepto de «carga» con los de «deber» y «obligación», mientras que los más los han escindido a tal punto que estos

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado mención *Magna Cum Laude*; Especialista en Derecho Tributario mención Honorífica; Profesor de pregrado (Introducción al Derecho) y postgrado (Tributación Municipal). **Universidad Católica Andrés Bello**, Profesor de pregrado (Argumentación Jurídica) y postgrado (Teoría General del Tributo). **Universidad de Alicante**, Máster en Argumentación Jurídica mención Sobresaliente. Coordinador de la sección venezolana del observatorio *Doxa* de Argumentación Jurídica.

Agradezco al prof. Edison VARELA CÁCERES, director de la *Revista Venezolana de Legilación y Jurisprudencia*, su amable invitación para participar en este merecido homenaje a la labor académica de nuestra querida amiga profa. Dra. María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN, a quien dedico este trabajo.

institutos no ofrezcan confusión o impliquen sinonimia alguna. En este último sentido se ha pronunciado la más calificada doctrina, en la cual se ubica MUÑOZ SABATÉ¹, quien, sobre las enseñanzas del maestro GOLDSCHMIDT, distingue las cargas procesales de los deberes y obligaciones, sobre la base de que aquéllas pueden empeorar la situación procesal de las partes, esto es, su no cumplimiento incrementa las probabilidades en contra de recibir una sentencia desfavorable; mientras que estos representan un derecho de la otra parte o del Estado. Ello así, «no existe ningún deber de probar, pero el no probar significa en la mayoría de los casos la derrota. O *provare* o *soccombere*»².

Ubicándonos en las «cargas» de afirmar y de probar, enseña CHIOVENDA que estas van, por lo general, unidas, están relacionadas, aun cuando no concuerden en su totalidad. No todo lo que se tiene que afirmar se debe igualmente probar, ni la totalidad de las afirmaciones hechas durante el juicio deben ser probadas por el afirmante. Cuando se pretende hacer valer un derecho en el litigio, se está tácitamente afirmando su existencia, empero, no siempre se tiene la carga de probar su presencia actual. Así, bajo el supuesto que alguna de las partes tenga la carga de afirmar un hecho notorio que sea a su vez constitutivo de un derecho, no tendrá la carga de probarlo por su propia naturaleza «notoria»³.

Ello así, cobran meridiana importancia las afirmaciones que hagan las partes sobre los hechos «jurídicos», entendidos estos como aquellos hechos de los

¹ Cfr. MUÑOZ SABATÉ, Luis: *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*. Editorial Praxis. Barcelona, 1967, pp. 48 y 49.

² *Ibid.*, p. 49.

³ Cfr. CHIOVENDA, José: *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tomo II. Editorial Reus. Madrid, 1977, p. 258. También se ha planteado una distinción analítica entre la carga probatoria y la carga argumentativa, como lo ha propuesto PIACENZA, Eduardo: «La teoría de la argumentación de Perelman y los problemas de la carga de la prueba». En: *Interpretación jurídica y argumentación (y otros ensayos jurídicos)*. UCAB-Universidad Metropolitana. Corina YORIS y Arturo SERRANO, comps. Caracas, 2015, p. 292, para quien: «queda claro que carga de la prueba no es lo mismo que carga de la argumentación. En un juicio puede hablarse de la primera, pero no de la segunda. Ahora bien, cuando se usa la expresión carga de la prueba fuera del ámbito del proceso, a lo que en realidad se está aludiendo es a carga de la argumentación».

cuales se produce el nacimiento, modificación o extinción de un mandato específico de la ley –hechos constitutivos, impeditivos, modificativos y extintivos–, que se diferencian de los hechos «simples» o «no jurídicos», por cuanto estos últimos solo resultan relevantes para el Derecho, en tanto en cuanto sirvan para demostrar la existencia de un hecho jurídico⁴.

En principio, la afirmación del hecho «constitutivo» del mandato concreto de la ley debe hacerla el demandante, así como la afirmación de su excepción deberá hacerla el demandado. Y así, la regla general en torno a los hechos «extintivos» e «impeditivos» consiste en que no tiene la carga de la afirmación de su inexistencia el demandante, sino que, por el contrario, el demandado deberá, en caso de estar presentes, afirmar su existencia. Si el demandado no llegare a afirmar y probar la existencia de los hechos extintivos e impeditivos, se tendrán como ciertos, lógicamente, los hechos constitutivos afirmados y probados por el demandante, siendo palpable entonces su estrecha vinculación con la carga probatoria⁵.

En lo que respecta a los indicados hechos simples o no jurídicos, las reglas de los mismos deben entenderse netamente casuísticas. Al no ser hechos jurídicos, aquellos carecen entonces de reglas jurídicas puntuales que delimiten su tratamiento y operatividad dentro del proceso. El demandante no tiene la carga de afirmar y probar hechos simples. Empero, si algún hecho simple es afirmado y probado por el demandado, que a su vez demuestre algún hecho jurídico constitutivo, impeditivo o extintivo, entonces el demandante se verá «obligado», para desvirtuar dicha prueba, a afirmar y probar otros hechos simples que demuestren el hecho jurídico contrario al probado por el demandado⁶.

No obstante lo anterior, y en rigor de las enseñanzas de MICHELI, por lo general las normas no regulan qué temas deben ser obligatoriamente probados, hecha excepción, cuando plantean de una particular manera el supuesto de hecho normativo –hipótesis–, facilitando o dificultando la actividad probatoria.

⁴ Cfr. CHIOVENDA: ob. cit., t. I, p. 335.

⁵ Cfr. ibíd., t. II, p. 259.

⁶ Cfr. ibíd., t. II, p. 260.

En este sentido, es necesario fijar, en cada caso concreto, cuáles son los hechos jurídicos –constitutivos, impeditivos, modificativos y extintivos– que deberán ser objeto de actividad probatoria por cada una de las partes del proceso, y a quién corresponderá la prueba de uno u otro hecho⁷. Hechos estos que, por comprender una multiplicidad de ambientes, realidades o circunstancias de distintas índoles y naturalezas, han sido denominados «atómicos»⁸.

Se ha dicho ampliamente que la carga de la prueba se refiere a quién debe probar, qué debe probar y cuánto debe probar. Así, la carga de la prueba debe entenderse como la regla dirigida, en primer lugar, a las «partes procesales» –carga subjetiva–, para fijar «quién debe probar qué cosa»⁹, esto es, para delimitar qué parte debe aportar las pruebas de ciertos hechos jurídicos, a la extensión de su actividad probatoria y, así, quién debe soportar los efectos negativos de la no realización de su actividad probatoria; y en segundo lugar, al juez –carga objetiva–, para informarle cómo debe decidir en caso de que la parte llamada a probar algún elemento fáctico controvertido no lo haya hecho, por lo que, en palabras de PIACENZA, «estas reglas le permiten al juez decidir, aun cuando ninguna de las partes haya aportado lo necesario para justificar positivamente sus pretensiones»¹⁰.

El actor del proceso deberá, en principio, probar sus afirmaciones sobre los hechos constitutivos que fundamentan su pretensión; por su parte, el demandado deberá, como regla, demostrar sus afirmaciones que constituyen la excepción en sí misma del hecho constitutivo; y sobre la actividad probatoria –o falta de– desarrollada por las partes durante el litigio, el juez deberá condenar o absolver al demandado de la pretensión del demandante. Estas normas generales encuentran ciertos matices, excepciones y efectos variados dependiendo de la actitud asumida por los sujetos del proceso y de la forma

⁷ Cfr. MICHELI, Gian Antonio: *Curso de Derecho Procesal Civil*. Vol. II. EJE. Buenos Aires, 1970, p. 97.

⁸ Cfr. MUÑOZ SABATÉ: ob. cit., p. 38.

⁹ TARUFFO, Michele: *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Marcial Pons. Madrid, 2010, p. 257.

¹⁰ PIACENZA: ob. cit., p. 292.

en que plantean sus razones y defensas, como se evidencia, por ejemplo, del conocido *argumentum ad ignorantiam*¹¹.

Si el demandante pretende la condenatoria del demandado al cumplimiento de una obligación que este asumió convencionalmente, bastará que el demandante pruebe la existencia de dicha obligación, mientras que, por su parte, le tocará al demandado probar la extinción de la obligación o que la misma era, por ejemplo, ilegal. Si por el contrario, el demandante pretende la declaración de condena del demandado con base en que este incumplió una obligación de no hacer, entonces le corresponderá probar el hecho positivo que configura el incumplimiento y, por tanto, justifica su pretensión de resarcimiento¹².

Como vemos, entonces, la carga de la prueba está enmarcada en el sistema contradictorio, en términos generales, sobre las afirmaciones de uno de los litigantes y en su aceptación o rechazo por parte del otro, indicándole así a las partes, subsecuentemente, las pruebas que les corresponde aportar en el debate procesal para formar la convicción del juez.

En definitiva, debe tenerse presente con TARUFFO que «la regla general sobre la carga de la prueba tiene una evidente función epistémica: apunta ante todo a imponer a quien haya alegado un hecho la carga de demostrar con pruebas que ese hecho ocurrió verdaderamente. Esta regla está dirigida, entonces, a favorecer la determinación de la verdad y a lograr que la decisión final se

¹¹ «Esta falacia, en consecuencia, consiste en afirmar –erróneamente– que la ausencia de pruebas, evidencias o argumentos sólidos en contra de algo –una afirmación, punto de vista, etc.– es por sí sola suficiente para acreditar la verdad de la afirmación no negada o no refutada. Es por ello que el razonamiento recibe el nombre de *argumento ad ignorantiam*, o ‘argumento a partir de la ignorancia’ –de los elementos o pruebas en contra–. Toda afirmación, punto de vista, teoría, etc., precisa para su fundamentación o justificación de elementos que apoyen dicha teoría, afirmación o punto de vista, sin que la ausencia de elementos en contra implique, sin más, que ésta es cierta. Como suele decirse de forma bastante gráfica, ‘la ausencia de prueba no es prueba de ausencia’», MARTÍNEZ ZORRILLA, David: *Metodología jurídica y argumentación*. Marcial Pons. Madrid, 2010, p. 253.

¹² Cfr. MUÑOZ SABATÉ: ob. cit., pp. 97 y 98.

funde en esa determinación», «Quien no demuestre la verdad de los hechos que tiene la carga de probar es derrotado, pues el juez debe establecer las consecuencias de la falta de prueba de los hechos que una parte ha alegado, decidiendo en su contra»¹³.

2. Justificación de la carga probatoria

Ya hemos dicho que la regla procesal de la carga de la prueba y su distribución, determina cuál de las partes debe probar ciertos hechos jurídicos controvertidos en el proceso, en principio, sobre la base de las afirmaciones que cada una haga, esto es, dependerá de cómo cada una de las partes plantea su pretensión, para establecer cuál deberá probar los hechos afirmados o contrarios en el litigio. Sobre esta premisa, el juez podrá, con base en las reglas legales sobre la carga probatoria, determinar quién debe probar qué cosa y deberá, en principio, atribuirle los efectos negativos –condena– a aquella que no haya cumplido con su labor probatoria.

En este sentido, y en los términos que ya se introdujo anteriormente, la carga de la prueba encuentra su justificación en dos aspectos: i. El subjetivo, concreto o de la fase instructoria: establecer cuál de las partes del juicio deberá probar unos hechos discutidos y cuál deberá probar los otros, y ii. el objetivo, abstracto o de la fase decisoria: indicarle al juez cómo decidirá la controversia en caso de que no hayan sido probados los mismos o lo hayan sido de manera insuficiente, es decir, cuál de las partes experimentará las consecuencias negativas de su conducta probatoria pasiva.

En efecto, la conducta procesal impuesta a las partes para el desarrollo de su actividad probatoria, en cada litigio «particularmente» considerado, con fines de lograr que el órgano jurisdiccional acoja sus pretensiones o excepciones sobre los hechos jurídicos controvertidos en el litigio, es el denominado «aspecto subjetivo y concreto» de la carga de la prueba, que opera como su justificación durante la fase de instrucción de la causa.

¹³ TARUFFO: ob. cit., pp. 255 y 256.

En palabras de MICHELI, la regla de la carga de la prueba debe «indicar, en el curso del proceso –y al juez que debe decidir acerca de la concreta admisión del medio de prueba ofrecida– cuál de las partes está legitimada para ejercitar el poder procesal de aducir las pruebas»¹⁴. En efecto, «en la fase de la instrucción probatoria, ante el juez instructor, la regla de la carga de la prueba viene, pues, en consideración por la determinación de quién debe probar, de qué debe probarse y de cuánto debe ser probado por cada una de las partes»¹⁵.

Por su parte, el «aspecto objetivo y abstracto» de la carga probatoria, delimitador de la justificación de la institución en la fase decisoria, se refiere a la regla de juicio que le indica al juez, en cualquier caso en «general», contra quién deberá fallar cuando no hayan sido acreditadas las afirmaciones o excepciones sobre los hechos controvertidos con las probanzas de ley a que estaba obligada alguna o ambas partes del proceso, evitando de esta manera, en los casos que no se haya producido prueba alguna o se haya producido de manera insuficiente o insatisfactoria para crear la convicción del juez, la absolucón de la instancia, por demás violatoria del principio de la tutela judicial efectiva.

En este sentido, es sabido que el juez debe, sin excepción, decidir todas las causas que se someten a su conocimiento, con la expresa prohibición apuntada de absolver la instancia. Es por esto que «la ley se preocupa de dar al juez, en todo caso, la posibilidad de pronunciarse en cuanto al fondo de la demanda o, cuando menos, sobre la existencia de los presupuestos para que tal pronunciamiento sea posible»¹⁶, inclusive cuando no esté seguro a cuál parte favorecer y a cuál condenar, esto es, «cuando dicho juez no se haya encontrado en situación de formarse una convicción segura acerca de la existencia o el modo de ser de los hechos relevantes para la decisión»¹⁷.

Es precisamente el deber de decidir del juez, lo que justifica el desarrollo de las reglas sobre cómo este debe sentenciar en caso de enfrentarse a hechos

¹⁴ MICHELI: ob. cit., p. 91.

¹⁵ *Ibid.*, p. 95.

¹⁶ *Ibid.*, p. 200.

¹⁷ *Ídem.*

inciertos, probados insuficientemente o no habiendo sido probados en lo absoluto por las partes o, inclusive, obtenidos de oficio directamente por el juez de la causa¹⁸. De esta manera se pone de relieve la innegable importancia que detentan las reglas sobre la distribución de la carga probatoria, que, como se observa, no solo operan o se activan durante la fase instructoria de la causa –aspecto concreto–, sino que además tienen plena cabida en la determinación objetiva de la manera cómo ha de fallar el director del litigio –aspecto abstracto–.

3. Fundamento (positivo) de la carga probatoria

El *onus probandi*, como regla dirigida a regular la conducta probatoria de las partes del litigio y, sobre todo, en su carácter de regla de juicio encaminada a determinar cómo debe decidir el juez la controversia planteada, debe, forzosamente, estar consagrada de manera expresa en el Derecho positivo.

En este orden de ideas, explica MICHELI que la carga de la prueba es una «norma» procesal, es Derecho positivo y, en tal sentido, los criterios generales adoptados y dirigidos a predeterminar temas probatorios no son admisibles, al menos que estén expresamente reguladas por el legislador, o lo que es lo mismo, que también sean norma legal, razón por la cual si la misma no está regulada en el ordenamiento jurídico, no tendrá, entonces, fundamento en la indicada regla del *onus probandi*¹⁹.

En efecto, siendo la regla de la carga probatoria un aspecto determinante de la forma y alcance de la actividad procesal que deben desplegar las partes del litigio, específicamente en materia de pruebas, así como regla de juicio que representa para el juez al momento de impartir justicia al dictar sentencia, es imprescindible que todas las circunstancias, factores, elementos y, en definitiva, todo aquello de relevancia jurídica susceptible de afectar la correcta distribución de las cargas probatorias, debe estar «expresamente» consagrado en la ley, entre otras razones, para evitar posibles discrecionalidades, arbitrariedades o hasta infundados favoritismos judiciales que violarían abiertamente

¹⁸ Cfr. Ídem.

¹⁹ Cfr. Ibid., pp. 99, 100, 200 y 201.

los derechos fundamentales de las partes procesales, con especial atención en los derechos a la defensa y al debido proceso.

4. Aproximación doctrinaria al concepto de carga probatoria

Veamos, entonces, algunos de los conceptos de la doctrina sobre la institución de la carga de la prueba, centrándonos exclusivamente en las posturas asumidas en el ámbito del Derecho Procesal Civil, doméstico y comparado, a fines de intentar trazar una idea medianamente precisa sobre la noción de esta categoría, así como los espacios o denominadores comunes que se encuentran y las ligeras diferencias que pueden apreciarse de las opiniones de algunas autoridades en la materia.

Enseña MICHELI que «la regla de la carga de la prueba grava a quien quiere hacer valer un derecho en juicio con la prueba de los hechos que constituyen su fundamento; mientras quien excepciona la ineficacia de tales hechos o bien excepciona que el derecho se ha modificado o extinguido debe probar los hechos sobre los cuales la excepción se funda»²⁰.

De otro lado, COUTURE explica la carga de la prueba como la «conducta impuesta a uno o a ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos». Ahondando en su explicación, señala que «la carga de la prueba no supone, pues, ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante; es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar, pierde el pleito. Puede quitarse esa carga de encima, probando, es decir, acreditando la verdad de los hechos que la ley le señala. Y esto no crea, evidentemente, un derecho del adversario, sino una situación jurídica personal atinente a cada parte; el gravamen de no prestar creencia a las afirmaciones que era menester probar y no se probaron. Como en el antiguo dístico, es lo mismo no probar que no existir»²¹.

²⁰ *Ibíd.*, p. 93.

²¹ COUTURE, Eduardo: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª, Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1977, pp. 241 y 242.

Por su parte, DEVIS ECHANDÍA, luego de un extenso y profundo análisis crítico de las variadas posiciones y criterios sobre las reglas de la distribución de la carga de la prueba, concluye como regla general que «corresponde la carga de probar un hecho a la parte cuya petición –pretensión o excepción– lo tiene como presupuesto necesario, de acuerdo con la norma jurídica aplicable; o, expresada de otra manera, a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal»²².

En Venezuela, RENGEL-ROMBERG, después de hacer un análisis pormenorizado de la institución desde los orígenes de la palabra latina *onus*, que se entendía como «obligación» de probar, pasando por las influencias históricas germánicas que concebían que la prueba le correspondía al reo y no al actor, y después de comentar el Derecho moderno, concluye que «tanto en el Derecho romano, como en el medioeval y en el moderno, ambas partes pueden probar: a. El actor, aquellos hechos que fundamentan su pretensión; b. El demandado, aquellos hechos que fundamentan su excepción o defensa; que es lo mismo que decir: las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho»²³.

Finalizando con este breve esbozo, DUQUE CORREDOR explica que la más moderna doctrina procesalista considera que «a cada parte le corresponde probar los hechos en los que funde el supuesto del cual pretenda derivar en su favor la aplicación de una norma jurídica»²⁴.

Como se observa, las citadas posturas comparten un común denominador, cual es la necesaria intervención de «ambas» partes del proceso en la actividad probatoria, en el entendido de que el actor y el demandado deberán traer

²² DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I. Ediciones Zavalía. Buenos Aires, 1981, p. 490.

²³ RENGEL-ROMBERG, Aristides: *Tratado de Derecho Procesal Civil venezolano*. Tomo III (El procedimiento ordinario). Editorial Ex Libris. Caracas, 1991, p. 279.

²⁴ DUQUE CORREDOR, Román J.: *Apuntaciones sobre el procedimiento civil ordinario*. Editorial Jurídica Alva. Caracas, 1990, p. 194.

al juicio los elementos probatorios que soporten los hechos que cada uno afirma y sus pretensiones, para formar la convicción del juez sobre la controversia planteada y así lograr el fallo que persiguen. De lo contrario, y como explica COUTURE, quien no demuestre los hechos que afirma, sucumbirá en el litigio.

También notamos una ligera distinción entre una y otra opinión, que se podría decir abarcan las corrientes mayoritarias de la doctrina. Por un lado, tenemos la postura clásica, seguida muy de cerca por RENGEL-ROMBERG, según la cual corresponde a las partes del litigio probar sus respectivas «afirmaciones» sobre los hechos. Y por el otro, se ha desarrollado la idea, compartida por DEVIS ECHANDÍA y comentada por DUQUE CORREDOR, que la carga probatoria no implica, exactamente, que las partes tengan que probar sus afirmaciones, sino que deben demostrar las circunstancias de hecho que constituyen el «presupuesto fáctico» –supuesto de hecho o antecedente– de la norma tipo regla cuyo efecto jurídico es perseguido por la parte que invoca su aplicación.

Como puede apreciarse, las comentadas posturas se erigen alrededor de la noción tradicional y rígida sobre la carga de la prueba que, en no pocos casos, lejos de distribuir en su correcta medida y alcance la actividad probatoria y, con ello, sentar las bases para la igualdad de las partes en el proceso, pueden generar serias desigualdades en la producción de la prueba, en virtud de la posición desventajosa en que puede encontrarse para su obtención la parte que afirma el hecho controvertido o invoca la aplicación de la norma cuyo efecto jurídico persigue, obligada, conforme a esas nociones, a demostrarlo. Sobre esta cuestión, se volverá más adelante.

5. El principio general de la carga probatoria

Tradicionalmente se ha dicho que el interesado y llamado a probar las afirmaciones sobre los hechos constitutivos que fundamentan su pretensión, es el mismo sujeto que las ha hecho: el actor, como iniciador de la acción que da lugar al litigio. Mientras que, por su parte, el demandado no deberá probar hecho alguno, impeditivo o extintivo, si se limita a negar las afirmaciones

hechas por el demandante. Esto recoge la máxima romana según la cual *incumbit probatio qui dicit, no qui negat*.

No obstante lo anterior, la doctrina enseña que no todas las pruebas que buscan demostrar las afirmaciones dirigidas a formar la convicción del juez de la causa deben ser producidas por el demandante. Por el contrario, cuando el demandado no niega pura y simplemente las afirmaciones del actor, sino que, por ejemplo, afirma que el derecho invocado por aquel ha desaparecido, corresponderá a él, en consecuencia, demostrar la extinción del hecho²⁵.

También debe tenerse en cuenta que, en razón de que la «afirmación» o «negación» que hagan las partes sobre los hechos jurídicos controvertidos en el proceso puede resultar una cuestión de «técnica argumentativa», algo más de forma que de fondo, lo importante para garantizar la correcta distribución de la carga probatoria es analizar el «discurso argumentativo» –afirmativo o negativo– que hagan los sujetos procesales a la luz de la normativa cuyo cumplimiento invocan y efectos persiguen. Como bien enseña TARUFFO, «se deriva también la necesidad de recurrir al supuesto de hecho sustantivo para determinar de caso en caso qué cargas probatorias le corresponden a cada parte, como ocurre con la llamada *Normentheorie*, según la cual cada parte tiene la carga de proveer la prueba de los hechos en los que se funda la norma que la misma parte invoca como criterio para la determinación de consecuencias jurídicas a su favor»²⁶.

Por lo anterior, la postura asumida por el demandado –negativa pura y simple o afirmación de un hecho–, en relación con la pretensión del demandante, podrá modificar la carga probatoria de las partes, dependiendo de la extensión y manera en que aquél plantee su posición en el litigio. Las distintas posturas que pudiera asumir el demandado frente a la pretensión del demandante, serían, a grandes rasgos: i. convenir en la pretensión del demandante; ii. reconocer los hechos pero no el derecho invocado por el demandante; iii. reconocer

²⁵ Cfr. CHIOVENDA: ob. cit., t. II, p. 264.

²⁶ TARUFFO: ob. cit., p. 257.

parcialmente los hechos, y iv. desconocer los hechos. Cada una de estas posibles posturas del demandado, distribuirá diferenciadamente la carga probatoria.

Además, en el marco de este principio, también debe tenerse en cuenta que si el actor no prueba sus afirmaciones, esto es, el o los hechos constitutivos en que sustenta su pretensión procesal, bajo este supuesto el demandado tampoco tendrá nada que demostrar o contra demostrar, precisamente por la falta de prueba del afirmante.

Ahora, si el demandante efectivamente prueba en toda su extensión sus afirmaciones sobre los hechos constitutivos que dieron origen a su demanda, entonces el demandado tendrá la carga de demostrar aquello que lo libere de lo probado por el actor, lo cual puede hacer de dos formas distintas: i. o bien demuestra la inexistencia del hecho constitutivo en principio probado por el actor, ii. o bien encamina su actividad probatoria a demostrar otro u otros hechos que, sin desvirtuar el hecho constitutivo probado por el demandante, eliminen el efecto jurídico de este, probando así lo que se ha denominado la excepción²⁷.

6. La carga probatoria de los hechos constitutivos, extintivos e impeditivos

Enseña CHIOVENDA que los hechos constitutivos son los «que dan vida a una voluntad concreta de la ley y a la expectación de un bien por parte de alguien». En efecto, estos hechos jurídicos activan el sistema legal y encuadran en el supuesto de hecho –antecedente– de alguna norma tipo regla en particular, generando, en consecuencia, un derecho para alguien. Por su parte, los hechos extintivos, como su denominación los deja entender, «hacen cesar una voluntad concreta de ley y la consiguiente expectación de un bien»²⁸. Así, estos hechos tienen el efecto opuesto a los anteriormente indicados, ocasionando la desactivación del sistema positivo por la extinción del derecho que tenía alguna persona.

²⁷ Cfr. CHIOVENDA: ob. cit., t. II, p. 268.

²⁸ *Ibid.*, t. I, p. 335.

Y en tercer lugar, tenemos los denominados hechos impeditivos, que en palabras de CHIOVENDA son «una categoría intermedia de hechos jurídicos fundada en la relación en que se encuentran entre sí las diversas circunstancias que se requieren para que nazca un derecho»²⁹. En efecto, y como también se desprende de su denominación jurídica, estos hechos «impiden» el nacimiento del derecho, hasta tanto no estén presentes de manera concurrente los múltiples eventos o circunstancias exigidas por la ley.

Ahora bien, la carga de la prueba de los hechos jurídicos se distribuirá de acuerdo a qué tipo de hecho deba ser probado: constitutivo, extintivo o impeditivo. Así, tenemos que los hechos «constitutivos» deberán ser, en principio, probados por su afirmante, esto es, el actor del litigio. Y decimos en principio porque, tal y como hemos apuntado con anterioridad, puede darse el caso en que, por ejemplo, el demandado se allane en la pretensión del actor, esto es, convenga en la demanda, en cuyo caso el demandante se verá relevado de toda actividad probatoria sobre los hechos constitutivos que afirmó para fundamentar su pretensión. Vemos entonces, una vez más, cómo es determinante la actitud «activa» o «pasiva» que puede asumir el demandado, a los efectos de la fijación en cada caso concreto de las reglas de distribución de la carga de la prueba.

Por su parte, los hechos «extintivos» deberán ser probados por quien los alega, esto es, el demandado, lo cual podrá realizar de las dos maneras antes indicadas: bien probando la extinción misma del hecho constitutivo afirmado por el demandante, o bien probando la extinción del hecho constitutivo a través de la demostración de otro u otros hechos jurídicos distintos a este, que surtan efectos sobre él.

En este mismo sentido, los hechos «impeditivos» que alega el demandado, para pretender el no nacimiento del derecho del demandante, por la falta concurrente de una serie de elementos jurídicos, deben ser, como resulta lógico, probados por aquel. El demandado deberá probar la inexistencia del elemento

²⁹ *Ibid.*, t. I, p. 336.

o elementos que a su decir no están presentes en el caso concreto para dar nacimiento a su obligación y correspondiente derecho del demandante.

7. El principio *favor probationis* en la carga probatoria y el principio de proximidad, cercanía o facilidad a la obtención de la prueba

Resulta de recibo que las reglas procesales para distribuir en su correcta medida las cargas probatorias sobre los hechos jurídicos controvertidos en el litigio, afirmados y excepcionados por los sujetos del proceso, deben fijarse en cada caso específico, de acuerdo con las peculiaridades y situaciones propias del juicio individualmente considerado, aun cuando existan reglas generales sobre la institución, que en lugar de tenerse como imperativos incontrovertibles, inflexibles y carentes de excepciones, deben, por el contrario, tenerse como guías formales e indicadoras de las actividades probatorias de las partes.

Aunado a lo expuesto, es importante tener en cuenta que, por lo general, las cargas de afirmar –alegar– y probar van unidas, aun cuando también es cierto que no siempre la totalidad de las afirmaciones deben ser probadas por quien las efectúa. En no pocas ocasiones, por razones de «facilidad», las afirmaciones que hace una parte deberán ser demostradas por la otra, debido a que se encuentra en mejor posición –en ese caso en particular– para ejecutar dicha actividad probatoria³⁰.

Y es, precisamente, en rigor de la adecuación de las reglas probatorias a cada proceso particularmente considerado y con miras de atenuar las estrictas reglas sobre la distribución de la carga de la prueba, especialmente en aquellos casos de «dificultad probatoria», que la doctrina ha desarrollado el principio *favor probationis*, el cual está dirigido a «atenuar» o «flexibilizar» las

³⁰ Así ocurre, por ejemplo, en los Estados Unidos de América, por razón de la inexistencia de reglas sobre la carga probatoria, siendo el juez quien debe determinar «caso a caso» qué parte tiene que probar qué hecho, con base en varios criterios, siendo el principalmente empleado el correspondiente a la «facilidad» de acceder a los conocimientos necesarios o a disponer de la prueba. *Cfr.* TARUFFO: ob. cit., p. 258.

reglas tradicionales de distribución de la carga probatoria que, en algunos casos, en lugar de preservar el equilibrio e igualdad de los sujetos procesales en la ejecución de sus actividades probatorias, la dificultan, colocando sobre la parte menos indicada la carga de producir la prueba esclarecedora de las circunstancias de hecho controvertidas en el debate judicial³¹, situación que puede tener relevancia constitucional –como enseña TARUFFO– si se facilita el logro o consecución de la tutela judicial efectiva³².

Este principio influye de forma determinante en el *onus probandi*, dirigiéndolo a lo que se ha venido denominando como «cargas dinámicas». Estas cargas dinámicas consisten en ampliar el concepto clásico del *onus probandi*, según el cual, y como ya lo hemos expuesto, la carga, en principio, recae sobre la parte que afirma el hecho jurídico, hasta el punto de situarla sobre aquella que esté en mejores condiciones para demostrar los indicados hechos controvertidos en el juicio. En este sentido, se ha considerado, con razón, que uno de los beneficios más inmediatos y palpables que ha resultado de la aplicación del principio *favor probationis*, ha sido la creación de presunciones *hominis* de culpa³³ en contra de la parte que teniendo que producir la prueba,

³¹ Así lo ha entendido ZAMBRANO FRANCO, Flor Karina: «La carga dinámica de la prueba y la búsqueda de la verdad». En: *Ámbito Jurídico*. Año XV, N° 185. Legislación Económica. Caracas, 2014, p. 10, quien enfocando la cuestión a partir de la apreciación de los hechos por el juez, precisa: «Hay casos en los cuales las reglas rígidas probatorias no permiten que el juez conozca la verdad de los hechos afirmados por las partes, como por ejemplo podría ocurrir en el caso de una demanda por daños y perjuicios interpuesta por mala praxis médica; en este caso nos preguntamos: ¿quién está en mejor posición de demostrar si una operación médica se realizó de manera correcta? ¿El paciente afectado o el médico? Sin lugar a dudas en este caso sería el médico, ya que es quien tiene el conocimiento científico y la pericia para demostrar –en este caso, el hecho opuesto– que el procedimiento quirúrgico siguió los pasos idóneos. Es pues, un caso demostrativo para aplicación del dinamismo en materia de pruebas».

³² Cfr. TARUFFO: ob. cit., p. 259.

³³ Positivizadas en el ordenamiento jurídico venezolano en los artículos 1394 y 1399 del Código Civil. Sobre estas presunciones, PEYRANO, Jorge W.: «Carga de la prueba. Conceptos clásicos y actuales». En: *Revista de Derecho Privado y Comparado*. N° 13 (Prueba-I). Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 1997, ha señalado lo siguiente: «este amplio criterio de razonabilidad de que dispone el juez en orden al deber de

no lo hace, con lo cual experimentará las consecuencias negativas de su falta de actividad probatoria³⁴.

Así, MUÑOZ SABATÉ explica que este principio no puede verse ni analizarse bajo una óptica tan precisa como la que emplea el legislador para crear, regular y dictar el Derecho positivo, a lo que se le suma el hecho que el mismo posee una motivación más psicológica que jurídica, razón por la cual fracasaría sin más todo intento de consagración normativa general y abstracta. Así, considera que el *favor probationis* es «una necesidad que siente el juzgador, a veces intuitivamente, de salirse de su estática y fría posición de espectador para coadyuvar en pro de la parte que más dificultades objetivas encuentre en la producción y estimación de su prueba»³⁵.

El estudio del principio *favor probationis* en el marco de las reglas sobre la carga de la prueba ha dado nacimiento a lo que la doctrina ha denominado el «principio de proximidad», «cercanía» o «facilidad a la obtención de la prueba» para distribuir en su correcta medida las cargas probatorias entre las partes procesales, según el cual la parte más cercana a la obtención y producción de una prueba, esto es, con mayor facilidad o proximidad a la misma, deberá aportarla en cada caso concreto³⁶.

La aplicación de este principio se ha convertido en una herramienta para los jueces interesados en descubrir la verdad real –también llamada verdad

buena fe con el que deben actuar las partes en el proceso y en relación al mérito probatorio de los elementos arrimados, al juicio, permitirán a aquél en el momento de dictar el fallo, determinar presunciones *hominis* de culpa contra la parte que observó una conducta pasiva para demostrar su no culpa cuando se hallaba en condiciones más favorables de hacerlo –*favor probationis*– que el accionante a su vez, para probar la culpa de aquél».

³⁴ Cfr. QUINTERO TIRADO, Mariolga: «Algunas consideraciones sobre la prueba en el ámbito civil con algunas menciones en el área mercantil». En: *Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal*. N° 2. Livrosca. Caracas, 2000, pp. 136 y ss.

³⁵ Cfr. MUÑOZ SABATÉ: ob. cit., p. 146.

³⁶ Cfr. ABACHE CARVAJAL, Serviliano: «Repensando el proceso tributario y la carga probatoria en el Derecho venezolano». En: *Revista de Derecho Tributario*. N° 148. Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas, 2015, p. 41.

material, histórica o empírica³⁷, en los casos de «dificultad probatoria», que si bien no sería extraño su cuestionamiento en los procesos regidos por el principio dispositivo, por aquello de que el juez deberá decidir «exclusivamente» con base en lo alegado y probado por las partes, encontramos que su utilización en los procesos inquisitivos pudiera responder e integrarse con la finalidad perseguida en los mismos y, en tal sentido, erigirse como una significativa «regla de juicio» basada en la experiencia. Así lo ha entendido MICHELI, para quien «el juez administrativo distribuirá, por tanto, la eventual falta de certeza, en que él se encuentre después de cerrada la instrucción, fijando en cada caso la regla de juicio con base de la cual emitir la decisión. Regla que le es dictada en general por criterios de la experiencia, el primero entre los cuales es la mayor proximidad de una parte a la prueba»³⁸.

El principio de la facilidad a la prueba, como norte de la distribución de la carga probatoria, está estrechamente vinculado con el principio y derecho constitucional de la igualdad de las partes en el proceso. En efecto, es tan discriminatorio tratar desigualmente a los iguales, que tratar como iguales a los sujetos que se encuentran en situaciones desiguales, razón por la cual, imponer

³⁷ Teniendo en cuenta que, como lo ha explicado la doctrina, se ha considerado que «habría, por un lado, una verdad «formal» –o «judicial» o «procesal»– que sería establecida en el proceso por medio de las pruebas y de los procedimientos probatorios; y, por otro lado, habría una verdad «material» –o «empírica» o, simplemente, «verdad»– referida al mundo de los fenómenos reales o, en todo caso, a sectores de experiencia distintos del proceso y que se obtendría mediante instrumentos cognoscitivos distintos de las pruebas judiciales. Es habitual también distinguir entre una verdad «relativa», que es típica del proceso, y una verdad «absoluta», que existiría en algún lugar fuera del proceso», TARUFFO, Michele: *La prueba de los hechos*. 4ª, Editorial Trotta. Madrid, 2011, p. 24. Para un análisis pormenorizado sobre esta cuestión, entre otros, vid. GASCÓN ABELLÁN, Marina: *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. 3ª, Marcial Pons. Madrid, 2010, pp. 45 y ss.; TARUFFO, Michele: *Teoría de la prueba*. ARA Editores. Lima, 2012, pp. 18-30; y BONORINO RAMÍREZ, Pablo Raúl y GIMENO PRESA, María Concepción: «Fenomenología y prueba judicial. Una crítica a la concepción heredada en la teoría de la prueba». En: *Pensar el Derecho. Ensayos de teoría jurídica contemporánea*. N° 7. ARA Editores. P. R. BONORINO RAMÍREZ, editor. Lima, 2010, pp. 335-365.

³⁸ MICHELI, Gian Antonio: *La carga de la prueba*. Editorial Temis. Bogotá, 2004, p. 250.

la carga probatoria de un hecho controvertido a la parte que le es en extremo difícil obtener dicha prueba, al punto de que tenga que realizar gestiones casi imposibles para conseguirla, podría caracterizarse como una forma de desigualdad en el proceso, a la postre, como una prueba casi «diabólica». Por ello, se ha considerado que lo formalmente igualitario en la carga probatoria, es su atribución a la parte que tenga a su alcance demostrar el determinado hecho en cuestión, esto es, se encuentre más cercana a la producción de la prueba³⁹.

Por otro lado, también debe tener en cuenta, como enseña TARUFFO, que la justificación sobre la mayor «proximidad» de una de las partes a un determinado medio probatorio puede, también, considerarse «débil», habida cuenta que, aun cuando luce epistemológicamente válido, también pudiera resultar excesivo y hasta peligroso por la eventual manipulación por parte del juez de las cargas probatorias de las partes. Así, explica que el fin último de decidir el caso con fundamento en la prueba –en lugar de hacerlo con base en la falta de prueba– puede perfectamente lograrse regulando una obligación de divulgación o revelación –*duty of disclosure*–, como ocurre en el proceso civil estadounidense, en cuya Regla 26 (a) de las *Federal Rules of Civil Procedure* se establece la obligación de las partes de comunicarse mutuamente todas las informaciones relativas a las pruebas que disponen⁴⁰.

Así las cosas, el principio *favor probationis* pudiera representar, según el caso, una confrontación con los postulados probatorios tradicionales, alterando,

³⁹ Cfr. PARRA QUIJANO, Jairo: «La crisis de la noción clásica de la carga de la prueba». En: *Revista de Derecho Probatorio*. N° 8. Editorial Jurídica Alva. Caracas, 1997, p. 133.

⁴⁰ Cfr. TARUFFO: ob. cit. (*Simplemente la verdad...*), p. 263. No obstante lo anterior, el eventual peligro que pone sobre la palestra TARUFFO, pudiera ser eliminado o, por lo menos, mitigado, si se toma en cuenta que la aplicación de las «cargas dinámicas probatorias» deben cumplir ciertos presupuestos básicos para su aplicación, como lo explica ZAMBRANO FRANCO: ob. cit., p. 10, «Sin embargo, la carga dinámica de la prueba tiene sus presupuestos: i. Debe estar presente la prueba de que la contraparte se encuentra en una mejor posición para demostrar un hecho particular; y ii. la prueba de la parte que quiere beneficiarse por la flexibilización en materia de carga de la prueba, quien debe demostrar que desde su perímetro es muy difícil o casi imposible la demostración de un hecho u obtención de una prueba».

por ejemplo, las reglas sobre la distribución de la carga probatoria, la aplicación del principio de inmediación cuando el juez así lo considere, así como la consideración de las reglas sobre admisibilidad de las pruebas de una manera más elástica, por un lado, así como una facilitación considerable en la búsqueda de la verdad material y la concreción de la tutela judicial efectiva, por el otro. Sin duda, es un tema complejo.

8. Los artículos 506 del Código de Procedimiento Civil y 1354 del Código Civil

El Derecho positivo civil adjetivo venezolano, regido por el principio dispositivo, contiene apenas un solo artículo que consagra, en nuestra opinión de manera limitada, las reglas sobre la distribución, atribución o asignación de las cargas probatorias a los sujetos procesales. En efecto, el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil, establece lo siguiente:

Artículo 506.- Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación. Los hechos notorios no son objeto de prueba.

Como se observa, la disposición del Código de Procedimiento Civil recoge la anteriormente referida máxima romana, según la cual *incumbit probatio qui dicit, no qui negat*, que textualmente significa: le incumbe la prueba a quien dice –alega o afirma–, no a quien niega⁴¹.

La señalada máxima fue a su vez consagrada en el artículo 133 del denominado Proyecto COUTURE, según el cual: «Quien pretende algo ha de probar los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradice la pretensión del adversario, ha de probar los hechos extintivos o las circunstancias impeditivas

⁴¹ Cfr. HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo: *Código de Procedimiento Civil*. Tomo III. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. Caracas, 1996, p. 556.

de esa pretensión»; que por su parte fue la fuente de inspiración directa del Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica, en cuyo artículo 129 la reguló en los términos siguientes: «Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión...»⁴².

En este sentido, se ha apuntado que la norma del Código de Procedimiento Civil es tan amplia que no permite la diferenciación entre las pruebas de los hechos jurídicos que regula, de las pruebas de las obligaciones⁴³ a que hace referencia expresa su par sustantivo en el artículo 1354 del Código Civil, consagrado en el marco de la prueba de la obligación que se pretende ejecutar, de la manera que sigue: «Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación».

A nuestro parecer, las normas del Código de Procedimiento Civil y del Código Civil regulan –en esencia– lo mismo, enfocándose específicamente la segunda de las transcritas, en la prueba necesaria de la obligación a los efectos de lograr su «ejecución» por parte del demandante, o a la prueba de su pago para demostrar su «extinción» por parte del demandado.

En este sentido, la regla general consagrada en los indicados enunciados normativos se refiere a los comentados hechos jurídicos constitutivos: «quien pida la ejecución de una obligación debe probarla»; y extintivos: «quien pretenda que ha sido libertado de ella debe por su parte probar el pago o hecho que ha producido la extinción de la obligación», y silencio de manera total y absoluta sobre los hechos «impeditivos» y «modificativos».

Además, y como fue anteriormente precisado, la formulación tradicional sobre las reglas del *onus probandi* que consagra el Código de Procedimiento

⁴² Ídem.

⁴³ Cfr. *Ibíd.*, p. 557.

Civil venezolano, de acuerdo con la cual se debe realizar la distribución de las pruebas –exclusivamente– sobre la base de las respectivas «afirmaciones» de hecho de cada uno de los sujetos procesales, ha sido criticada por la más autorizada doctrina.

En efecto, HENRÍQUEZ LA ROCHE ha observado que la afirmación o negación que se realice sobre un determinado hecho controvertido en el litigio, puede resultar de una mera cuestión de redacción o, más ampliamente, de argumentación. Resulta equivalente «negar» un hecho, que «afirmar» su inexistencia, lo cual no afectaría en medida alguna la posibilidad real de su prueba. Un hecho negativo determinado es demostrable, mientras que una afirmación indeterminada resultaría indemostrable. En este sentido, precisa que la forma más conveniente de plantear la distribución de la carga de la prueba sería que a cada parte le corresponda probar las circunstancias de hecho que sirven de presupuesto –supuesto de hecho o antecedente– de las normas cuya aplicación invocan⁴⁴.

Por su parte, los tribunales han entendido que el artículo 1354 del Código Civil, regulador de la norma romana según la cual *actori incumbit onus probandi sed reus in exceptione fit actor*, no significa que la asignación de la carga probatoria siempre recae en cabeza del actor, puesto que al reo también le incumbirá en diversas ocasiones probar o justificar los hechos controvertidos. Lo que ocurre es que al actor le corresponde, probar, en primer lugar, la presencia de los hechos que afirma y justifican su demanda; mientras que al reo, dependiendo de la actitud que asuma frente a las pretensiones del actor –convenir, reconocer, desconocer o contradecir–, le corresponderá o no, en segundo lugar, probar los hechos que afirme.

En este sentido, las reglas tradicionales de la carga probatoria consagradas en el comentado artículo 1354 del Código Civil, según las cuales: i. quien alega un hecho, un derecho o pida la ejecución de una obligación, deberá probarlo; ii. el actor debe, en principio, probar las afirmaciones sobre los hechos jurídicos controvertidos que fundamentan su pretensión; iii. la negación pura

⁴⁴ Cfr. *Ibid.*, pp. 556 y 557.

y simple de los hechos por parte del demandado no traslada a este la carga probatoria, y iv. si el demandado, en lugar de negar, opone una excepción afirmando el pago u otro hecho jurídico dirigido a extinguir su obligación, deberá probarlo; han sido recogidas y ampliamente desarrolladas por la jurisprudencia en numerosos litigios civiles⁴⁵.

Así las cosas, tenemos que las normas del Derecho positivo venezolano consagran los postulados tradicionales que anteriormente revisamos sobre las reglas de distribución del *onus probandi*, no siempre, como se ha podido apreciar, aseguradoras de atribuir en su correcta medida, alcance y extensión esta trascendental carga procesal, por lo que, como en tantas otras materias y disciplinas del saber jurídico, en esta falta mucho camino todavía por recorrer.

Caracas, diciembre de 2017

* * *

Resumen: En este trabajo se estudia la carga probatoria, iniciando la revisión del tema a partir de las generalidades sobre la carga de afirmar –y probar– hechos jurídicos controvertidos, para luego abordar los aspectos de mayor relevancia de esta categoría: justificación, fundamento positivo, aproximación doctrinaria a su concepto, el principio general que la rige, entre otros particulares. Posteriormente, se analiza el principio *favor probationis* y el principio de proximidad a la prueba. Finalmente, se realiza un breve repaso de su regulación en el ordenamiento jurídico venezolano. **Palabras clave:** Carga probatoria, carga de afirmar, *favor probationis*, proximidad a la prueba. Recibido: 29-12-17. Aprobado: 02-01-18.

⁴⁵ Una interesante recopilación jurisprudencial sobre la concepción y alcance de esta norma, puede consultarse en: PERERA PLANAS, Nerio: *Código Civil de la República de Venezuela*. Ediciones Magón. Caracas, 1978, pp. 812-821; y LAZO, Óscar: *Código Civil de la República de Venezuela*. 5ª, Offset. Caracas, 1973, pp. 673-679.