

**UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO  
DIRECCION DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
AREA DE DERECHO  
PARA ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

**PRUEBAS ADMISIBLES EN SEGUNDA INSTANCIA  
SEGUN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL VENEZOLANO**

**Trabajo Especial de Grado, presentado  
como requisito parcial para optar al  
Grado de Especialista en Derecho  
Procesal**

**Autor: Abg. Cira Elena Ocando Araujo  
Asesor: Esp. Paolo Longo**

**Maracaibo, Abril de 2006**

**UNIVERSIDAD CATOLICA “ANDRES BELLO”  
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO  
AREA DERECHO  
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

**APROBACION DEL ASESOR**

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana Abogada **Cira Elena Ocando Araujo**, para optar al grado de Especialista en Derecho Procesal cuyo título es: **Pruebas admisibles en Segunda Instancia según el Código de Procedimiento Civil Venezolano**; considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la ciudad de Maracaibo, a los 4 días del mes de Abril de 2.006

Esp. Paolo Longo  
C.I. 7.666.665

**UNIVERSIDAD CATOLICA “ANDRES BELLO”  
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO  
AREA DERECHO  
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

**PRUEBAS ADMISIBLES EN SEGUNDA INSTANCIA SEGÚN EL  
CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL VENEZOLANO**

Por: Cira Elena Ocando

Trabajo Especial de Grado de Especialización en Derecho Procesal,  
aprobado en nombre de la Universidad Católica “Andrés Bello”, por el Jurado  
abajo firmante, en la ciudad de \_\_\_\_\_, a los \_\_\_\_ días del mes  
de \_\_\_\_\_.

\_\_\_\_\_

C.I.

\_\_\_\_\_

C.I.

Con todo respeto a mis padres, Delia y Rafael, pero con mayor intensidad a Delia, por estar siempre presente, en todo momento sentí su apoyo, fruto de su paciencia. De igual modo, a todos aquellos que aun sin saberlo fortalecieron el ímpetu de las ganas para la realización del mismo.

## INDICE GENERAL

	Pág.
<b>APROBACION DEL ASESOR</b>	ii
<b>APROBACIÓN DEL JURADO EXAMINADOR</b>	iii
<b>DEDICATORIA</b>	iv
<b>INDICE GENERAL</b>	v
<b>RESUMEN</b>	vii
<b>INTRODUCCION</b>	1
<b>CAPITULOS</b>	
<b>I. PRUEBAS ADMISIBLES EN SEGUNDA INSTANCIA SEGÚN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL VIGENTE</b>	
- Concepto de Instrumento Público, Posiciones Juradas y Jura mento decisorio	9
- Naturaleza Jurídica del Instrumento Público, Posiciones Jura das y Juramento Decisorio	20
<b>II. CARACTERES Y EFECTOS DE LAS PRUEBAS ADMISIBLES EN EL PROCEDIMIENTO DE SEGUNDA INSTANCIA</b>	
- Instrumento Público, Posiciones Juradas y Juramento Deciso rio.	29
<b>III. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LAS PRUEBAS ADMITIDAS EN SEGUNDA INSTANCIA</b>	
- Admisibilidad	41
- Pertinencia de la Prueba	43

- Legalidad y Licitud de la Prueba	46
- Oportunidad de la Prueba	52
<b>IV. EL PROCEDIMIENTO DE SEGUNDA INSTANCIA. DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES</b>	
- Finalidad	60
- Debido Proceso	65
- Tutela Judicial Efectiva	69
- El Proceso	71
<b>V. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE ALGUNAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA</b>	
- Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia	76
<b>CONCLUSIONES</b>	86
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS</b>	93

**UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO**  
**DIRECCION ESTUDIOS DE POSTGRADO**  
**AREA DERECHO**  
**PARA ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

**PRUEBAS ADMISIBLES EN SEGUNDA INSTANCIA**  
**SEGUN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL VENEZOLANO**

**Autor: Abg. Cira Elena Ocando Araujo**  
**Asesor: Esp. Paolo Longo**

**Año: 2006**

**RESUMEN**

En el presente trabajo se analizó las pruebas admisibles en segunda instancia según el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil vigente, el cual establece que “En segunda instancia no se admitirán otras pruebas sino la de instrumentos públicos la de posiciones juradas y el juramento decisorio”, así mismo, se examinó la finalidad del procedimiento de segunda instancia y su limitación de admitir otros medios de pruebas, analizando lo preceptuado en los artículos 26, 49 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, relativos a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y al Proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia, tomando como base para dicho análisis, la opinión de la doctrina, lo establecido en el Código de Procedimiento Civil y en la jurisprudencia. Para lo cual se hizo uso de métodos cualitativos, como el documental, por lo que el tipo de investigación fue descriptiva con apoyo de una amplia revisión bibliográfica y el uso de técnicas de análisis de contenido que permitió el logro de los objetivos establecidos en el presente trabajo. Con los resultados obtenidos se llegó a la conclusión que el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, limita el derecho a la prueba y por ende el derecho a defenderse en cualquier estado y grado de la causa, siendo éstas garantías procesales de carácter constitucional que forman parte del debido proceso. Por lo que se recomienda en una futura reforma del Código de Procedimiento Civil, permitir la admisión de todos aquellos medios de pruebas legales en Segunda Instancia, considerados por las partes conducentes a la demostración de sus pretensiones, para así evitar el desbalance del proceso y la no correspondencia del mismo con los principios y garantías de la Constitución Nacional Vigente.

Descriptores: Admisibilidad, Procedimiento de Segunda Instancia, Juramento Decisorio, Instrumento Publico, Posiciones Juradas, inconstitucionalidad.

## INTRODUCCION

Por el efecto natural y esencial de la apelación como lo es el llamado efecto devolutivo, el poder de juzgar pasa a un Tribunal Superior, llamado por esta razón la alzada. Surge así una nueva etapa en el proceso denominado “Procedimiento en Segunda Instancia”, que al igual que el de Primera Instancia esta compuesto de diversos actos procesales. No obstante, ese procedimiento de Segunda Instancia no es un nuevo juicio, sino una etapa mas del mismo, cuyo objeto es el de revisar la sentencia del Tribunal Inferior, así como su actuación procesal.

Ese objeto, por tanto es similar al de la primera instancia, determinado por el demandante en su demanda y por el demandado en su contestación o reconvencción. En consecuencia, el material probatorio al que ha de atender el Tribunal Superior es principalmente el que tuvo en cuenta el Tribunal Inferior, salvo las pruebas que por excepción pueden ser promovidas ante aquel Tribunal.

En este orden de ideas, el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil vigente establece que: “En segunda instancia no se admitirán otras pruebas sino la de instrumentos públicos, la de posiciones y el juramento decisorio”.

En efecto, tres son los medios de pruebas admisibles en el procedimiento de Segunda Instancia. Los instrumentos Públicos, cuya producción podrá hacerse hasta la oportunidad en que la parte que los promueva presente sus informes, las posiciones juradas y el Juramento Decisorio, las que deberán promoverse dentro de los cinco días siguientes a la fecha del recibo del expediente por el Tribunal de Alzada, estando limitada su evacuación hasta los informes.

En este sentido, el Código de Procedimiento Civil no contempla un nuevo juicio en la alzada, sino un recurso contra la sentencia que pone fin al juicio en la primera Instancia o la que resuelve una cuestión interlocutoria.

Por otra parte, algunos de los argumentos sustentadores de esta tendencia a no admitir otros medios de pruebas en segunda instancia, son en primer lugar, que el admitir nuevas pruebas en segunda instancia sería tutelar la negligencia o impericia del litigante, y además, porque la admisión de nuevas pruebas favorecería la mala fe de éste, que ocultaría sus defensas para inducir al adversario a descubrir las suyas y vencerle en segunda instancia, alargando de esta manera el Juicio.

En segundo lugar, porque el fin de la segunda instancia se concede por la falibilidad de los jueces, razón por la cual sus fallos deben ser revisados, además de que el juez debe defender tanto el material de conocimiento con que debe fallar en segunda instancia, como el principio de que el debate y la prueba se deben agotar en primera instancia, a fin de fortalecer ésta.

Sin embargo, es importante considerar que existe un amplio margen de discrecionalidad del juez en primera instancia, en materia de prueba debido a la divergencia o incertidumbre de los hechos, discrecionalidad ésta que no es fácilmente limitable a través de las reglas jurídicas, además de ser incontrolable por los tribunales de Segunda Instancia, ya que estos se ocupan de revisar la sentencia del tribunal de primera instancia y no los hechos que quedaron establecidos en ella.

En consecuencia, la limitación de promover en segunda instancia solo los medios de pruebas establecidos en el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, pudiera traer como consecuencia la inconstitucionalidad del mismo, ya que el proceso existe justamente para que el Estado pueda hacer la declaración del derecho y atribuir el mismo a quien haya probado mejor y para ello está conformado de una serie de garantías y de formas

que resguardan la igualdad de las partes, el derecho a ser oído y a defenderse en cualquier estado y grado de la causa.

En este sentido, el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, pudiera considerarse inconstitucional, tomando en cuenta lo preceptuado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en cuanto al debido proceso que debe ser aplicado a todas las actuaciones judiciales y administrativas, ahora bien, en las actuaciones judiciales se cumple cuando el Poder Judicial conoce, decide y ejecuta las causas de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, puesto que un procedimiento establecido al margen de la ley, no puede considerarse que sea un debido proceso.

En efecto, la necesidad de la prueba en el procedimiento, responde a la fundamental garantía del derecho a la defensa, esta garantía se vería menoscabada, si no se pudiese llevar al procedimiento las demostraciones de las afirmaciones o defensas realizadas por las partes. El Derecho a la defensa en relación con la prueba, se evidencia en el procedimiento con las actuaciones de las partes cuando promueven pruebas, se oponen a las de la parte contraria, las contradicen o impugnan, es decir, cuando realizan actividades de control y de contradicción de la prueba.

El hecho que se viole el debido proceso, implica la vulneración a la Tutela Judicial Efectiva, esta no significa en modo alguno, darle la razón a quien carece de ella o darle respuesta favorable a todas las peticiones que se realicen ante un órgano jurisdiccional, debido a que su aplicación está delimitada por el ordenamiento jurídico adjetivo y sustantivo. Es así, como todos los derechos procesales constitucionales conforman el derecho a la tutela judicial efectiva, en otras palabras, toda violación a algunos de los derechos procesales constitucionales constituyen una vulneración de la efectividad de la tutela jurisdiccional.

Por otra parte, la aportación de las pruebas tiene como finalidad esencial convencer al Juez de la veracidad de la afirmación de un hecho, y al mismo tiempo tener la cualidad de acto de las partes, porque su ofrecimiento no es otra cosa que la gestión de una de ellas, para lograr la certeza de un hecho concreto, mediante determinado medio de prueba. Las partes tienen el derecho de probar, usando para tal fin todos aquellos medios concedidos por la ley, pero es preciso mencionar que esta no se produce para satisfacer al adversario, sino para convencer al juzgador de la razón que le acompaña en sus alegatos.

En consecuencia, en el presente trabajo de investigación se pretende analizar en que consiste cada una de las pruebas admisibles en segunda

instancia, su naturaleza jurídica, caracteres y efectos, así mismo será necesario precisar los requisitos de admisibilidad de estas pruebas.

Igualmente, se analizara en que consiste el procedimiento de segunda instancia y su limitación de admitir todo medio de pruebas conforme a lo establecido en algunas disposiciones de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, relativas al Debido Proceso, a la Tutela Judicial Efectiva y al Proceso como instrumento fundamental para la realización de justicia, examinando por último algunos criterios jurisprudenciales de algunas disposiciones de la Constitución Nacional Vigente, que contienen derechos fundamentales y garantías procesales.

Para el desarrollo de esta investigación se tomo como base la opinión de la doctrina, lo establecido en el Código de Procedimiento Civil y en la jurisprudencia. Por lo cual se hizo uso de métodos cualitativos como el documental, por lo que el tipo de investigación fue descriptiva con apoyo de una amplia revisión bibliográfica y el uso de técnica de análisis de contenido para el logro de los objetivos establecidos.

En el estudio de lo establecido en la ley, la doctrina y la jurisprudencia se evidencia la necesidad de que la ley respete las garantías que forman parte del debido proceso, porque de no ser así, quedaría viciada de

inconstitucionalidad, ya que al violarse alguna de estas garantías que afecte la posibilidad de la persona de defender sus derechos, bien sea por violación del derecho a ser oído o por violación del derecho de contradicción o el derecho a aportar pruebas, traería como consecuencia la nulidad constitucional, en razón de que el debido proceso es un derecho fundamental que cumple una función garantista de otros derechos fundamentales.

El presente trabajo está estructurado en cinco capítulos, en el capítulo I se analizará que medio de pruebas son admisibles en el procedimiento de segunda instancia según el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, concepto y naturaleza jurídica.

El capítulo II, hace referencia a los caracteres y efectos del Instrumento Público, las posiciones juradas y el juramento decisorio. En el capítulo III se indican los requisitos de admisibilidad de las pruebas admitidas en el procedimiento de segunda instancia, es decir, la pertinencia de la prueba, legalidad y licitud de la prueba y oportunidad de la prueba.

El capítulo IV, precisará en que consiste el procedimiento de segunda instancia y su limitación de admitir todo medio de pruebas tomando en cuenta algunas disposiciones constitucionales, relativas al debido proceso, a

la tutela judicial efectiva y al proceso como instrumento fundamental para la realización de justicia.

Por último, en el capítulo V se examinarán criterios jurisprudenciales, de algunos derechos fundamentales y garantías procesales.

## **CAPITULO I**

### **PRUEBAS ADMISIBLES EN EL PROCEDIMIENTO DE SEGUNDA INSTANCIA SEGÚN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL VIGENTE**

#### **Concepto de Instrumento Público, Posiciones Juradas y Juramento Decisorio**

En cuanto al instrumento público, es un error identificar los instrumentos con los documentos como lo hacen muchos autores, debido a que los códigos de sus países solo contemplan los documentos, tal es el caso del Código Civil de Napoleón y aquellos que tienen influencia de éste, como el colombiano, el chileno, el español, los anteriores italianos y el venezolano, sin embargo, como documento es todo objeto producto de un acto humano, que represente a otro hecho o a un objeto, una persona o una escena natural o humana; los instrumentos son una de las varias especies de documentos, que consisten en escritos, públicos o privados, auténticos o sin autenticidad (Devis. H. 1993,542).

El Código de Procedimiento Civil establece el documento público como medio de prueba, en tal sentido Carnelutti (1959), citado por Bello (1966, 388) afirma que el documento público es:

“...como una cosa que sirve para representar a otra; y en un sentido legal, vendría a ser esa cosa material determinante de

la vida de un hecho jurídico en el espacio y en el tiempo, dando fe pública de su existencia, con valor o eficacia de prueba real pública; pero siempre que en su formación, se hayan cumplido los requisitos indicados en la ley e intervenido una autoridad pública con facultades suficientes para hacerlo”.

En otras palabras, los hechos jurídicos se pueden expresar en muchas formas, siempre y cuando esas formas sean reconocidas y admitidas en el derecho, pero en el caso del instrumento público se requiere de formas obligatorias para su existencia jurídica.

Por su parte, Rengel (1997, 111) indica que:

“Etimológicamente –enseña Couture- la palabra documento viene del latín documentum-i: “enseñanza”, “lección”, derivado del verbo doceo, -ere, “enseñar; y la palabra instrumento, también del latín instrumentum, -i, “instrumento”, que proviene del verbo instruo, -ere, levantar paredes, en el sentido de “herramienta o instrumento para levantar una pared”. Luego en el latín clásico llegó a designar instrumentos en general, en el sentido material o abstracto.”

Es decir, prueba escrita y prueba instrumental, en la legislación venezolana, tienen el mismo significado, igualmente los términos documento e instrumento.

Al respecto Dominicci (1904) citado por Bello (1966, 389), opina que no es lo mismo escritura pública, instrumento o documento público, que documento auténtico, ya que instrumento o documento público, es el que se

otorga ante el Registrador, o en su defecto ante quien autorice en la forma establecida en la ley, mientras que los documentos auténticos son los verificados ante un funcionario actuando en el ejercicio de sus atribuciones legales. Así una copia certificada de una sentencia definitiva, de un convenio o una transacción, es un documento auténtico.

En este mismo orden Rengel (1997, 134) afirma que en Venezuela el instrumento publico y el instrumento auténtico son sinónimos, porque el Artículo 1.357 del Código Civil Vigente, lo establece así, y además porque ello resulta claramente del sistema registral y de autenticación adoptado por nuestra legislación.

Para que el instrumento tenga el carácter que le atribuye tal definición, es necesario la intervención del Registrador, del juez o de otro funcionario o empleado que este autorizado para intervenir y darle fe pública, con arreglo a las atribuciones que le estén señaladas legalmente; desde luego que todo lo que extralimite tales atribuciones constituye una usurpación de autoridad y éste sería ineficaz, además de que el acto debe cumplir las solemnidades legales.

En relación a lo anteriormente señalado Rengel (1997, 135) señala que:

“En nuestro derecho positivo, la autenticidad de los documentos se obtiene, no solo cuando es autorizado por un juez o Notario (llamado documento autenticado), sino también cuando el documento es autorizado por un Registrador (llamado documento registrado), puesto que en ambos casos, las solemnidades establecidas por la Ley de Registro Público y por el Reglamento de Notarías Públicas para establecer la autenticidad o correspondencia entre el autor aparente y el autor real del documento, son esencialmente las mismas, y tanto el Registrador como el Notario, son funcionarios públicos que dan fe de la autoría del documento (autenticidad) y aseguran mediante las solemnidades requeridas por dichas leyes, la publicidad del documento. De allí que tanto el documento registrado como el autenticado, hacen por si mismos prueba de su autenticidad, salvo que se declare su falsedad”.

Tanto los documentos autorizados por el Registrador, como los autorizados por el notario son públicos, porque el funcionario que los realiza da fe de su autenticidad y al mismo tiempo asegura mediante las formas requeridas para su otorgamiento la publicidad de los actos, hechos o negocios representados en el documento, no teniendo importancia el hecho de que sean presentados originalmente al Registrador o con posterioridad a su autenticación ante Notario.

Para Brewer (1989, 265) las condiciones necesarias para la existencia del documento público, se pueden dividir en condiciones que son presupuestos de la autorización del documento público y condiciones que

afectan directamente al documento público, con relación a las condiciones que son presupuestos de la autorización del documento público por el funcionario público señala:

- “a.- Que el acto sea autorizado por un Registrador, por un Juez u otro funcionario o empleado público.
  - b.- Que un funcionario de los anteriormente señalados este facultado para autorizar semejante clase de documentos, *ratione materiae*, de forma que haga fe pública.
  - c.- Que el documento sea autorizado en el lugar en que el funcionario o empleado público ejerza sus funciones.
- Estas condiciones son requisitos de existencia de todos los documentos públicos, sean estos autorizados por un funcionario sin intervención directa de los particulares, como es el caso de la sentencia judicial; o sean dichos documentos autorizados por un funcionario público a instancia y con intervención de partes, como es el caso de los documentos autorizados por un Registrador.”

En cuanto a las condiciones que suponen la autorización del funcionario público, estas consisten en una manera de actuar de éste, mediante el cumplimiento de ciertas solemnidades legales que deben cumplirse en la formación de un documento público que otorga un Registrador y las que debe observar un Juez en la formación de un documento público, al respecto Brewer (1989, 267) afirma las siguientes:

- “a.- Presencia del funcionario público que autoriza el acto.
- b.- Presencia de los otorgantes del documento y, en su caso de los testigos.
- c.- Fe de conocimiento de los otorgantes por parte del funcionario público.
- d.- Juicio sobre la capacidad de los que intervienen en la formación del documento.
- e.- Calificación del acto.
- f.- Lectura del documento.

- g.- Consentimiento de los otorgantes.
- h.- Dación de fe por parte del funcionario público.
- i.- Firma de los que intervienen en la formación del documento público.
- j.- Existencia de un protocolo.”

Es decir, el documento es público desde su formación, sin embargo, esas condiciones o solemnidades legales varían según sea el tipo de documento que se forme, y el cumplimiento de éstas condiciones son indispensable para su existencia.

En cuanto a las posiciones juradas Pierre (1980, 330) se refiere a la confesión judicial provocada o posiciones juradas como una “prueba por excelencia, consiste en el testimonio que sobre hechos rinde una de las partes contra sí misma.”

Esta declaración de la persona contra sí misma, pudiera llevar en ciertas ocasiones a una contradicción con el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que establece: “El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y en consecuencia...”. Estableciendo en su ordinal 5, que: “Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad...”

Pero alegada tal situación, si se ordena al absolvente contestar sobre algo que él considere pudiera culparlo, pudiere abstenerse de contestar, invocando dicha norma constitucional, ya que la confesión solo será valida, si fuere hecha sin coacción.

Para Rengel (1997,45), las posiciones juradas son aquellas que:

“... pueden definirse como el medio de prueba del genero de la confesión, mediante el cual, una de las partes en el juicio, requiere de su adversario, bajo juramento, respuesta afirmativa, a las posiciones que le formule, sobre hechos de que tenga conocimiento personal, que sean pertinentes a la causa.”

Es decir, es una clase de confesión, la provocada, que se produce por petición de la otra parte y bajo juramento, a diferencia de la confesión espontánea que procede del confesante por su propia iniciativa.

Por otra parte, el juramento de decir verdad, no son medios de pruebas, sino una garantía de mayor o menor valor, según la religiosidad de las personas.

En relación a lo anteriormente señalado, Rengel (1997, 47) señala que “En nuestro derecho no se exige el juramento al ponente, sino solamente al interrogado o absolvente, y la jurisprudencia tiene establecido,

que no puede atribuírsele merito a las posiciones juradas cuando falta el requisito previo de la juramentación del absolvente”.

Sin embargo, el requisito del juramento solo tiene justificación cuando el absolvente es un sujeto con sentido de las altas responsabilidades religiosas, éticas o sociales; pero si el sujeto absolvente es capaz de despojar el juramento de su valor, entonces carece de sentido.

Otras de las pruebas admisibles en el procedimiento de segunda instancia es el juramento decisorio, en relación a este Pierre (1980,385) opina que “es el que difiere una parte a la otra para que de el dependa la sentencia del litigio.”

En este sentido, Pierre (1980,385) afirma que la intención de quien lo defiere es la de hacer depender de dicho juramento la terminación del litigio.

Igualmente indica que:

“El juramento viene a ser una afirmación judicial de la verdad o de la falsedad de un hecho. Su objeto y su efecto son erigir en árbitro absoluto de la disputa a la parte a la que se defiere. Es pues, de la esencia del juramento decisorio que decida la divergencia, como lo haría un fallo. La prueba que resulta del juramento prestado o rehusado, excluye toda prueba en contrario.”

Así el juramento es un medio de prueba que consiste en la confesión de una de las partes a petición de la otra, para que según el resultado se resuelva la controversia, por lo que tiene fuerza decisiva para el litigio y el Juez debe sentenciar según el mérito que arroja el juramento decisorio.

Para Feo (1906) citado por Bello (1966, 329), el juramento “Es el acto por donde el hombre trae a Dios por testigo de ser verdad lo que dice, o de que cumplirá lo que promete, y por tanto es a la vez un acto civil y religioso.”

Es decir, el juramento sirve para invocar a Dios en testimonios de acontecimientos pasados y para expresar garantías sobre conductas futuras.

Mas tarde Rengel (1997, 83) expresa que:

“Puede definirse el Juramento, como el medio de prueba legal, por el cual, una de las partes, a pedido de su adversario o del Juez, afirma o niega la verdad de los hechos contenidos en la formula, observando el rito de la religión que profesa, o jura por su honor o conciencia.”

Es decir, mediante la declaración jurada, la parte afirma o niega la verdad de los hechos objeto de la declaración, se trata pues de una declaración semejante al del confesante pero con la diferencia de que la declaración se refiere a un hecho propio, favorable al jurante, y no perjudicial como es el caso de la confesión.

Por su parte, Rivera (2004, 329), señala que existen varios tipos de Juramento, al respecto indica que:

“En la Doctrina se han distinguido, según la finalidad u objeto del juramento, los siguientes tipos: Asertorio, cuando se afirma la existencia de un hecho; Promisorio, cuando se afirma o ratifica la existencia de una promesa; Confirmatorio, cuando se ratifica un acto jurídico; Voluntario, se da en el proceso cuando una parte difiere a la otra para dar por terminado el litigio; Necesario, cuando es ordenado por el Juez. En nuestra legislación en el artículo 1.407 del Código Civil, se estipulan dos tipos de juramento. El Juramento es de dos especies: 1 El que una parte difiere a la otra para hacer depender de él la decisión del Juicio y se llama decisorio. 2 El que difiere el juez de oficio, a una u otra parte.”

Es decir, se puede definir como la afirmación o negación de uno o varios hechos de una parte, bajo juramento, a pedido de la otra, pero si hiciéramos aun lado el requisito del juramento, que no es prueba, nos que da la definición de confesión, pues seria la afirmación o negación de unos hechos de una parte a pedido de la otra.

Sin embargo, Rivera (2004, 329), indica que:

“A pesar de las notables semejanzas que tiene la confesión y el juramento, como: que son ambas medios de pruebas, versa sobre hechos y no sobre derecho, que provienen de parte, fijan los hechos; no obstante presentan diferencias, como: el juramento solo es posible en juicio, la parte que exige el juramento debe tener el animo especifico que el hecho quede probado así, puede recaer sobre hechos solamente favorables al

declarante, el juramento siempre es provocado, mientras la confesión puede ser espontánea”

Este medio de prueba, puede ser cuestionado por razones humanas ya que se oponen al valor que quiera dársele a esta prueba, debido a que es difícil que el juramentante, afirme sobre hechos que van a perjudicarlo, es por ello que se desconfía de este medio de prueba que apenas se usa, por otra parte, se considera como la mas riesgosa de las pruebas, y es por ello que muy raras veces se promueven en juicio.

Al respecto Dominici (1904) citado por Bello (1966, 334) señala “que es un remedio tan desesperado y tan peligroso, que nadie acude a el en Venezuela, y no existe memoria de que se haya practicado en ocasión alguna, ya que ninguno tiene confianza en él.”

Por lo tanto, una solución recomendable, si se quiere conservar el juramento decisorio, en su actual naturaleza jurídica, es transformar la prueba, haciéndola objeto de la libre apreciación del juez.

## **Naturaleza Jurídica del Instrumento Público, Posiciones Juradas y Juramento Decisorio**

En cuanto a la naturaleza jurídica del documento, Devis (1993, 501), opina que:

“El documento es un medio de prueba indirecto, real, objetivo, histórico y representativo, en ocasiones declarativo (pero otras veces sólo representativo, como las fotografías, los cuadros y los planos) y que puede contener una simple declaración de ciencia o un acto de voluntad dispositivo o constitutivo; igualmente, unas veces puede contener una confesión extrajudicial y otras una especie de declaración testifical de terceros, pero es siempre un acto extra procesal, en sentido estricto (las actas de diligencias procesales y los folios que contienen providencias del juez o memoriales de las partes, no son documentos probatorios; pero si las copias que se pidan para hacerlas valer en otro proceso o extrajudicialmente y los certificados que dé el juez acerca de hechos que ocurran en su presencia). Cuando la ley exige el documento como formalidad *ad substantiam actus*, además de ser un medio de prueba, es también un requisito material para la existencia o validez del respectivo acto jurídico”.

En consecuencia, el documento es un medio probatorio autónomo, y es considerado una prueba real, en razón de que contempla no el acto humano que lo crea, sino el objeto creado en si mismo a diferencia de la confesión y el testimonio que es una prueba personal, donde se contempla no el objeto o la cosa, sino la actividad humana que lo crea.

Al respecto Rivera (2004, 477) igualmente opina en cuanto a la naturaleza jurídica del documento que es: “un medio de prueba indirecto extraprocesal, pues, refleja una situación que sucedió en el pasado fuera del proceso...”

Por su parte, Brice (1965, 260), indica que:

“La prueba escrita es antiquísima: la usaban los egipcios; los griegos también se valieron de ella para probar sus obligaciones; los romanos la usaron después de las Doce Tablas. Pero dada la circunstancia de que la escritura era privilegio de muy pocos en los primeros tiempos, la prueba oral era la que tenía preferencia entonces. Sin embargo, los inconvenientes de la prueba testifical y la seguridad que presta la instrumental, han influido para que en los tiempos modernos, la preferencia corresponda a ésta última, hasta el punto de que para ciertos actos, esta clase de prueba es esencial a la validez del acto.

Ahora bien, el documento no es independiente de la declaración de voluntad que crea el acto jurídico, cuando es requisito formal para su validez o existencia jurídica, no obstante solo se contempla la función extraprocesal y sustancial del documento, no la probatoria y procesal, que es la importante cuando se determina su naturaleza jurídica como medio de prueba.

Por otra parte, Señala Rivera, (2004, 477) que:

“Debe advertirse que en el lenguaje cotidiano forense se habla indistintamente de documento e instrumento, incluso se les toma como sinónimos. Son conceptos distintos. El documento tiene una connotación mas amplia, pues, es todo aquello que puede expresar el pensamiento del hombre; mientras que instrumento es una especie de documento en la cual la representación de la idea se hace en forma escrita y se hace en forma preconstituida,

por lo que se dice que acredita los hechos controvertidos. De esta distinción puede indicarse que el documento no constituye únicamente un medio probatorio, sino una noción de significación jurídica mas amplia que desborda la esfera estrictamente procesal.”

En otras palabras, documento es todo objeto, producto de un acto humano que representa a un hecho u objeto, y los instrumento son una de las varias especies de documentos, que pueden ser escritos, públicos o privados, auténticos o sin autenticidad.

En relación a la Naturaleza Jurídica de Las Posiciones juradas, es importante tomar en cuenta que son un medio de prueba del género de la confesión, donde una de las partes en el juicio, pide a su adversario, bajo juramento, respuesta afirmativa, a las posiciones que le formule, sobre hechos de que tenga conocimiento personal. (Rengel. H. 1997, 45).

En otras palabras, es una clase de confesión, la provocada, que se produce por petición de la otra parte y bajo juramento, a diferencia de la confesión espontánea que procede del confesante por su propia iniciativa.

En consecuencia, la naturaleza jurídica de las posiciones juradas como género de la confesión, conlleva al análisis de la misma, al respecto

Brice (1965, 239) afirma que:

“Con respecto a la naturaleza jurídica de la confesión se ha discutido si ella es una prueba o únicamente una presunción. El Código Civil francés, así como otros Códigos, colocan la confesión entre las presunciones. Sin embargo, el mismo Código Civil de Francia, al enumerar las diversas pruebas la incluye entre ellas. Este confuso sistema ha sido criticado por los grandes comentaristas franceses, entre los cuales deben contarse a Laurent y Macardé. Otros como Mattiolo, la consideran como prueba y presunción a la vez. Para Giorgi, es una presunción solamente, y esta es la doctrina dominante en Alemania. Para nuestro legislador, la confesión no es una presunción sino una prueba y así, la incluye entre ellas.”

Ahora bien, la confesión es un medio de prueba, que se obtiene mediante las declaraciones de las partes que tienden a formar la convicción del Juez y no una presunción, ya que no se trata de un hecho del cual se deduce otro desconocido, sino del reconocimiento de su existencia y su demostración en el juicio.

Por otra parte, indica Bello (1971, 146) en cuanto a la naturaleza jurídica de las posiciones que revisten dos aspectos:

a) El formulante afirma la verdad de un hecho; y b) conmina al confesante para que reconozca la verdad de lo preguntado. De aquí la afirmación de que las posiciones son formulas autorizadas por la Ley, mediante las cuales el formulante afirma la existencia de un hecho que le interesa en el litigio y constriñe al preguntado para que le reconozca su existencia y verdad como tal.”

Con respecto a la forma ésta debe ser voluntaria, es decir, libre de coacción. Así mismo, el confesante debe tener conciencia de que su palabra le va a obligar y en razón de ello debe existir la libre voluntad

Igualmente, señala Bello (1971,145) que:

“En el derecho antiguo, cuando el preguntado se negaba a contestar, se hacía uso de medios coercitivos para obligar su respuesta, lo que fue sustituido paulatinamente por la llamada prueba cofessi, o sea que, en caso de negativa, se consideran como admitidos los hechos a que se refiere el interrogatorio. Esta idea fue acogida en el Derecho moderno, que parte de la tesis de que no siendo negadas expresamente las preguntas formuladas en las posiciones, éstas se han de tener como admitidas”

Las respuestas deben ser afirmativas o negativas, aunque el confesante pudiera dar las explicaciones que estimare conveniente o las que el Juez considere necesarias.

En cuanto, al origen de las posiciones Rengel (1997, 43,44) indica que:

“Las posiciones fueron introducidas por el Derecho Canónico y confirmadas por el Derecho Imperial. Como enseña Glûck, las posiciones se diferencian de las interrogaciones romanas, las cuales servían solamente para facilitar e instituir una acción, al efecto de no errar sobre la persona del demandado, su carácter o personalidad, o de evitar la proposición de una acción inútil o de una demanda excesiva. Por ello las interrogaciones se hacían antes de la contestación de la demanda (ante litem contestatam), cuando el actor se encontraba frente a la proposición de su acción, en un estado de incertidumbre, que

debía ser eliminada por la respuesta del demandado. En cambio, las posiciones se hacían después de la contestación de la demanda (post litem contestatam) y eran breves proposiciones, redactadas en forma de artículos, que la parte a la cual correspondía producir la prueba, formulaba a la otra parte respecto de ciertas circunstancias de hecho, para obtener de ella una respuesta precisa ”.

Es decir, las posiciones constituyen prueba en la demanda principal, y tienen como finalidad agilizar de algún modo mediante la confesión del hecho objeto de la posición, a demás de la búsqueda de la verdad, promoviendo un voluntario reconocimiento de la misma por las partes.

En cuanto a la naturaleza jurídica del juramento decisorio, Andrioli (1959) citado por Rengel, (1997, 83), reconoce a esta prueba la naturaleza de prueba legal, indicando que:

“a) El juramento se basa sobre un incontestable estado de hecho, que especialmente por el reforzarse del espíritu religioso, no todos están dispuestos a dañar la propia alma para vencer una litis sobre esta tierra. b) De este estado de hecho debe aprovecharse el legislador para construir una prueba supletoria, de la cual las partes pueden servirse sólo cuando sea imposible o sumamente difícil producir otras pruebas. c) A una prueba así construida debe ser reconocida la eficacia de prueba legal, para evitar que, con la producción de nuevas pruebas, sea frustrado el propósito de poner fin a la controversia”

Sin embargo, la naturaleza jurídica de prueba legal que se le ha dado al juramento, era negado por algunos juristas del derecho alemán, quienes

influidos por la teoría contractual del juramento opinaban que la naturaleza jurídica del Juramento es el de una transacción.

Al respecto, Kleinfeller (1907) citado por Rengel (1997, 84), opina que el juramento no constituía una prueba legal, indicando que:

“... el juramento en si, conceptualmente considerado, no es un verdadero y propio medio de prueba, porque por una parte, la declaración de certeza del hecho deducido, se consigue aquí, sin consideración a la convicción del Juez, y por otra parte, no es aquí tan decisiva la carga de la prueba del jurante, sino mas bien, la carga de la prueba del deferente; y con el juramento no se confiere valor de verdad al tema probatorio o asumido por quien está obligado a probar, sino al contrario, al aserto del jurante.”

En efecto, tratadistas como Kleinfeller y Engelman opinan que la declaración de certeza, positiva o negativa de los hechos objeto del juramento, tiene lugar en base a los actos de voluntad de las partes, y no en la convicción sacada de la declaración jurada, excluyendo así todo examen de mérito.

Actualmente el juramento es considerado un medio de prueba, de naturaleza testimonial, es decir, como una declaración de ciencia similar a la confesión al respecto Devis (1994, 269), opina que:

“Adoptamos sin vacilación esta última tesis, porque la circunstancia de que un acto jurídico tenga valor formal de prueba tasada, esto es que produzca la fijación formal de hechos, no excluye su naturaleza de medio de prueba, como

sucede con la confesión en los sistemas procesales que le asignan el valor tasado de plena prueba. Una cosa es la libertad o vinculación para valorar los medios de prueba, y otra muy diferente la naturaleza probatoria de un medio. Para nosotros el juramento, decisorio o supletorio o estimatorio, es un medio de prueba de igual naturaleza a la confesión, es decir, es una declaración de ciencia de la parte que lo presta; por esto, lo declarado puede corresponder o no a la realidad de los hechos.”

En relación a lo anteriormente señalado y realizando un análisis se puede concluir que ciertamente el juramento decisorio no tiene muchas diferencias con las posiciones juradas, tomando en cuenta ésta como una clase de confesión la provocada, en razón de que hay la promesa de decir la verdad al igual que aquellas, sin embargo aquí debe haber una formula concreta, y en virtud de esa similitud por su naturaleza es un medio probatorio, pero que en nuestra época ha caído en desuso debido a su poca utilidad procesal.

No obstante, Según Brice (1965, 251) Para algunos autores, el juramento es:

“una especie de transacción, y por lo tanto su naturaleza jurídica es de carácter contractual. Pero en nuestro concepto no tiene tal carácter, desde luego que no media la libre voluntad de obligarse, ya que la prestación del juramento no puede rehusarse sin exponerse a sucumbir en la demanda, por lo que, la prestación viene a ser obligatoria. Tampoco puede asimilarse al juramento decisorio con la transacción, porque ésta implica además de un acto voluntario, la promesa, dádiva, retención de alguna cosa o recíprocas concesiones para terminar un litigio pendiente a precaver uno eventual, en tanto que el juramento decisorio, contiene el reconocimiento del objeto de la demanda,

tal cual ha sido presentado. Sin embargo, la doctrina ve en el juramento decisorio un acto jurídico semejante a la transacción.”

Para este autor, el juramento decisorio equivale a un fallo dictado por una de las partes con el consentimiento de la otra, por lo que la parte que presta el juramento se sustituye en el Juez de la causa para decidirla. De aquí que el juramento no es propiamente una prueba, sino una verdadera decisión de la controversia.

No obstante, Rivera (2004, 328), en cuanto a la naturaleza jurídica del juramento indica:

“...Algunos tratadistas han dicho que el juramento decisorio es una verdadera transacción judicial, no espontánea, sino impuesta forzosamente a una de las partes, dicha posición ha sido combatida, pues, no tiene los elementos propios de una transacción.

Al respecto, conforme a nuestra legislación procesal el tratamiento que se le da es de medio probatorio, con carácter autónomo de la confesión, pero es indudable una declaración de parte, impuesta por la otra parte, pero que no responde a preguntas de aquella.

## **CAPITULO II**

### **CARACTERES Y EFECTOS DE LAS PRUEBAS ADMISIBLES EN EL PROCEDIMIENTO DE SEGUNDA INSTANCIA**

#### **Instrumento Público, Posiciones Juradas y Juramento Decisorio**

En cuanto a los caracteres del Instrumento Público se ha dicho:

En la elaboración del instrumento público actúa un sujeto preexistente y facultado por la organización estatal, que ejecuta formas de elaboración y que otorga a lo expresado o narrado en el documento fuerza de verdad, ya recogiendo un suceso que hace constar, ya tomando una manifestación de voluntad, ya reproduciendo una situación que interesa dejar constante. (Santana 1983, 82)

En nuestra legislación se habla de documento público registrado o autenticado, según sea el caso, no obstante los instrumentos que emanan de las autoridades públicas, siempre y cuando estén en el ejercicio de sus funciones, de igual modo tienen las características de un documento público.

En cuanto a su importancia, las escrituras suministran una representación permanente de los hechos que puedan interesar más tarde a un proceso o que suelen hacer valer en las relaciones de sociedad extraprocesalmente, por lo cual es enorme su relevancia como medio de

prueba y como instrumento de certeza jurídica, por ello se exige como prueba de ciertos actos jurídicos y como condición para su validez.

En relación a lo anteriormente señalado existen documentos necesarios para la validez de los actos, pero que al mismo tiempo es medio de prueba y requisito del respectivo acto jurídico, que son documentos Ad solemnitatem, mientras que los documentos Ad probationem, tienen un valor jurídico, independientemente de que las partes hayan tenido o no, al formarlos la intención de preconstituir una prueba.

Por otra parte, Para Santana (1983, 91) en el instrumento o documento siempre están presentes los siguientes elementos:

- a) La identificación de las partes o interesados y de los funcionarios actuantes. Estos datos apuntan a establecer el elemento de presencia o ausencia, la identidad de quienes participan o son capaces en el documento, el carácter o cualidad con la cual actúan.
- b) El hecho a constatar, lo que se quiere dejar constancia que ocurrió o sucedió, ya porque haya sucedido o suceda a los interesados, o porque el funcionario lo constate.
- c) Las manifestaciones de los interesados, lo que dicen haber o estar ocurriendo, o lo que sea su voluntad o quiere manifestar.
- d) Los datos de hora, día, mes y año, lugar y demás referencias al tiempo y lugar.
- e) Las causas o motivos por las cuales se origina el acto.
- f) La suscripción del documento.
- g) Otras menciones variables que dependen de cada operación.”

En base a estos elementos, se forma la existencia de un instrumento o documento público, estos a su vez, inciden en la fuerza probatoria del mismo, en razón de que si falta uno de ellos puede alegarse su anulabilidad o inexistencia, según la circunstancia o porque se trate de un documento simulado, doloso o fraudulento.

Por su parte, Bello (1966, 396), en relación a los efectos del instrumento público afirma que:

“El **instrumento público** tiene fuerza **erga-omnes**, sus efectos son contra todo el mundo; y esto se basa en el principio de que los terceros no contraen obligaciones, ni adquieren derechos, en virtud del negocio jurídico contenido en un documento público. Pero como dice Ruggiero: no podrán desconocer la realidad histórica del negocio celebrado, contenido en el documento público, y por lo mismo, tampoco podrán exigir una nueva diversa prueba, cuando tengan interés en él”.

Es decir, el documento público hace plena fe, tanto en lo que se refiere a las partes como a los terceros, por lo que constituye una prueba legal de valor absoluto, haciendo plena fe de su contenido, en lo que respecta a las afirmaciones hechas por el funcionario, así como lo dicho y hecho en su presencia.

En cuanto al valor probatorio del documento público, Devis (1994, 467), indica que:

“Estos documentos, sean escrituras públicas u otros instrumentos provenientes de funcionarios públicos en ejercicio

de sus funciones (como certificaciones, actuaciones judiciales y administrativas, actas de estado civil, etc.), gozan de un valor probatorio pleno y erga omnes, como consecuencia de la fe pública que el legislador les reconoce y mientras no se demuestre lo contrario o sean impugnadas en forma legal (véase Nums. 191-192, y más adelante en este número), en cuanto al hecho de haber sido otorgado, a su fecha, al lugar donde se otorgaron o elaboraron, a quienes intervinieron en el acto, a cual es su contenido o simple materialidad de las declaraciones de las partes y a la verdad de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autorice; es decir, forma plena prueba frente a todo el mundo (mientras no se demuestre su falsedad) en lo referente a donde, cuando, como, por quienes se otorgaron, que declaraciones hicieron estos y a lo que haga constar el funcionario”.

Es decir, que el valor probatorio del documento, es el argumento que encuentra el Juez, para formar su convicción, que varía según se trate de un documento público o privado.

Sin embargo, Bello (1966, 395) señala:

“Hay que hacer una distinción, esta fe no se extiende a lo relativo a sus apreciaciones ni a lo referente a la capacidad de las partes y libertad de contratar por no tener noticias de estos hechos por sus propios sentidos, sino informado por los intervinientes en el documento; ni tampoco la sinceridad que han tenido las partes al declarar; y de aquí la diferencia establecida por el legislador de la forma en que puede ser atacado el contenido de un documento público. Así, para impugnar la verdad de las afirmaciones de los dichos del funcionario sobre lo que se ha hecho o ejecutado en su presencia, hay que recurrir a la acción de tacha de falsedad. Pero si lo que se enerva no es el documento mismo, sino la obligación que el contiene, no se está desconociendo su fuerza probatoria, sino el concurso de voluntades y el negocio en ella

establecido, y, por tanto, la acción que ha de promoverse no será de falsedad, sino de simulación.”

Es decir, el documento público hace plena fe, entre las partes y los terceros, sin embargo, su fe puede ser impugnada de manera excepcional, pudiéndose ejercer la tacha de falsedad cuando se quiera impugnar las afirmaciones del funcionario respecto de lo que se ha realizado en su presencia y de lo cual se deja constancia.

En relación a los Caracteres de Las Posiciones Juradas, uno de ellos es que debe versar sobre hechos pertinentes de que tenga conocimiento personal, al respecto Guerrero (2002, 61,62), indica que:

“Las posiciones juradas deben tender necesariamente a calificar en forma directa la acción del demandante o la excepción del demandado, porque de no ser pertinente a la controversia carecerán de objeto. Las posiciones hechas en el juicio deben, pues, calificar el derecho que se ventila y de esa pertinencia o eficacia es de donde deriva la fuerza que la Ley otorga, a tal prueba (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 29-04-70, Gaceta Forense nº.68, pp. 257-258).”

Por lo que las posiciones juradas no pueden versar sobre hechos ajenos a la controversia o que no tenga vinculación con los hechos litigiosos, ya que debe aportar elementos que conlleven a la verdad de los hechos, ya sea para confirmarlos o desvirtuarlos.

Respecto al Juramento en las Posiciones Juradas, Guerrero (2002, 51), indica que:

“9) El juramento –en nuestro derecho procesal- es un requisito de forma esencial para la validez de las posiciones. Si falta ese requisito, no hay posiciones juradas. Sin embargo, el numeral 4 del art. 60 de la Constitución Nacional de 1961 establecía: “Nadie podrá ser obligado a prestar juramento ni constreñido a rendir declaración...”; mientras que la de 1999 contempla: “Ninguna persona puede ser obligada a confesarse culpable... La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza”. Luego, entonces, ¿qué ocurre si la persona se niega a prestar el juramento, a que alude el art. 403, como no puede ser compelida la parte por presión, en razón de que “está obligado a contestar bajo juramento”, su negativa acarrea indefectiblemente la sanción de ser declarado confeso, siempre que el interrogatorio cumpla con los requisitos exigidos por la ley.”

En efecto, nadie podrá ejercer violencia, coacción física o moral de ninguna clase para obligar a alguien a prestar juramento o reconocer culpabilidad contra sí mismo.

En cuanto a sus requisitos, para la validez del mismo se requiere Capacidad, consentimiento, cumplimiento de las formalidades y objeto, en tal sentido Rivera (2004, 330), afirma que:

“La persona que presta el juramento debe tener capacidad para estar en juicio y de obligarse. Significa que debe tener capacidad general para disponer del derecho o para contraer obligaciones. Esto no excluye que pueda hacerse por mandatario, pero debe estar debidamente autorizado para prestarlo. Se aplican, en el juramento decisorio, todas las normas relativas a la capacidad. En las partes, es obvio, que debe haber legitimación, sino la hay, el acto derivaría en nulo; en caso de prestarlo un representante,

debe versar, ineludiblemente, sobre hechos que conozca personalmente y, además, debe tener facultades expresas para diferir el juramento, en caso contrario no tendrá validez. El consentimiento debe ser libre, no puede ser producto de coacción física o moral, porque vicia la voluntad y anula la manifestación y el acto jurídico que de él deviene. Deben cumplirse todas las formalidades procesales de ley de tiempo, modo y lugar, en cuanto sean esenciales a la finalidad de la prueba y de la garantía del debido proceso. El objeto del juramento debe versar sobre hechos de los cuales tenga conocimiento la persona a quien se difiere o de un hecho personal y determinado. Debe ser un objeto pertinente y conducente al litigio (Por ejemplo: No podría sustituirse un documento por el juramento); además el hecho tiene que haberse alegado en el proceso como fundamento de las pretensiones y debe ser controvertido, pues, no tendría sentido prestar juramento sobre hechos que ya han sido admitidos. En ningún caso podrán ventilarse sobre un objeto o causa ilícita, pues, rigen los mismos principios generales del proceso y en lo específico de la prueba de la confesión ni sobre hechos que carezcan de eficacia jurídica (juegos de azar).”

Es decir, debe darse cumplimiento a las formalidades establecidas en la ley, en cuanto sean necesarias a la finalidad de la prueba, y a la validez del juramento, como medio de prueba.

En cuanto a los sujetos que absuelven las posiciones juradas, Santana, (1983, 38), indica que son los siguientes:

“a) Las partes en el proceso; b) el apoderado de las partes que tenga poder especial para ello sobre hechos que le conste y que estén relacionados con el pleito, salvo aquellos amparados en el secreto profesional (Art.297 C.P.C.); c) los litis consortes entre sí, lo cual es muy discutido en nuestro medio; d) los factores o representantes legítimos de Compañías (Código de Comercio) sobre hechos de los cuales tenga conocimiento personal; e) cuando se éste en una incidencia de recusación o inhibición, el

juez está eximido de someterse a posiciones juradas en razón de su investidura, a tenor del Art. 123 C.P.C, pero puede ser sometido a la prueba de informes. La parte recusante promueve, sin adoptar la formula asertiva, ni someterlo a juramento, un escrito donde pregunta sobre los hechos de la recusación pidiendo al juez informe sobre los hechos.”

Respecto al apoderado, si éste no acude al acto, teniendo poder especial para absolver las mismas y a su vez subsista el mandato en el momento de la promoción de las posiciones, incurriría en responsabilidad civil, estando obligado a indemnizar a su representado por los daños y perjuicios causados por su conducta omisa.

En cuanto a sus efectos Rengel (1997, 56), indica que: “El principal efecto de las posiciones es que tiene valor de confesión judicial, tanto la aserción del ponente, como la admisión del interrogado...”

Es decir, en las posiciones juradas el ponente no debe afirmar sino la verdad, en consecuencia cuando el ponente introduce al juicio el tenor de la posición afirmando ser verdadero, se le tiene por confeso, sin poder retractarse de ella luego que ha sido contestada y formulada por la otra parte, solo se admite que el ponente pueda retractarse antes que la otra parte haya aceptado la posición.

Sobre la confesión se ha dicho lo siguiente:

“La confesión en cuanto a sus efectos tiene la fuerza de prueba plena. Lo dicho demuestra la importancia de la confesión; ella ha sido considerada la prueba por excelencia, en razón de que en sí constituye una probanza suficiente para fundamentar el fallo, sin necesidad de recurrir a otros elementos probatorios. Los autores antiguos la denominaron como consecuencia de su eficacia probatoria: *probatio probatissima*; también la han denominado reina de las pruebas (*regina probationum*). Pero estos efectos de la confesión sólo son aplicables a las partes del juicio en el cual ha tenido lugar, pues, contra los terceros no surte ninguno, como lo ha aceptado generalmente la doctrina, en razón de que a esta confesión le falta *animus confidente*.” (Brice, 1965, 242)

Sin embargo, ésta puede ser objeto de revocabilidad, debido a que uno de los elementos que la caracteriza es la libre voluntad, por lo que no debe existir ningún vicio en el consentimiento, para que produzca sus efectos.

Por otra parte, en relación al Juramento Decisorio uno de sus caracteres Según Brice (1965, 253), es que:

El juramento, por otra parte, es un acto personalísimo, y por ello no puede prestarse por medio de apoderado. Tampoco puede deferirse el juramento sobre un hecho delictuoso, porque nadie está obligado a declarar contra sí mismo en causa criminal. Igualmente, no es permitido el juramento para demostrar una convención, para cuya validez exige la ley un acto escrito, ni para contradecir un hecho constante de instrumento público, el cual asevere haberse realizado en el acto del otorgamiento en presencia del funcionario que lo autoriza.

En caso de deferirse el juramento, la parte a quien se defiera, puede aceptar la formula del juramento, o bien objetarla, pidiendo que se modifique; en todo caso, el Juez estudiara si la formula está de acuerdo con los requisitos legales de unidad, brevedad, claridad y precisión, también estudiara si versa sobre los hechos de que las partes hagan depender la decisión del juicio o sobre el conocimiento que el que presta el juramento tenga de ellos.

Al respecto, Devis (1994,269) indica que:

“El fin del juramento decisorio es probar plenamente o fijar obligatoriamente hechos controvertidos; no define la controversia, sino que determina el contenido de la sentencia que la resuelve. Este es su efecto y aquél es su fin. Debe versar sobre hechos objetivos y concretos, no sobre opiniones o apreciaciones subjetivas de las partes, ni sobre cuestiones de derecho. Y deben ser hechos decisivos para la cuestión sustancial debatida.”

Es decir, debe versar sobre un hecho del que se tenga conocimiento, no sobre cuestiones de derecho, tampoco puede versar sobre opiniones personales, sino sobre las características de aquel hecho conocido siempre y cuando este hecho sea pertinente a la causa.

Uno de los efectos, del juramento decisorio en nuestra legislación, según Rivera (2004, 337), es que: “... el juramento es manifiestamente decisorio y no se admite prueba en contrario de los hechos presumidos

como ciertos e inconcusos por efecto de la inasistencia al acto o por haberlos rehusado...”

Al respecto, opina Rivera (2004, 337) que como su nombre lo indica y como se ha analizado, tiene un efecto decisorio en la causa. Debido a sus efectos se dice que tiene una gran similitud con los diversos modos de auto composición procesal. Es por ello, comenta Enrique La Roche, que si el litigante responde afirmativamente a la formula o rehúsa contestarla o no asiste al acto sin causa justificada, concluye la fase instructoría del proceso y el juez entra en termino para sentenciar sin oír informe de las partes.

Por otra parte, Liebman (1980, 354) indica que:

La eficacia del juramento está rigurosamente fijada por la ley, en el sentido de que en caso de prestación el hecho declarado queda plenamente probado y ninguna prueba contraria puede admitirse: eficacia de prueba legal, pues, plena e incontrovertible. En cambio, si aquel a quien el juramento es deferido no comparece en la audiencia establecida o, compareciendo, se niega a prestarlo, el hecho queda definitivamente probado, en sentido desfavorable para él. Por eso, tanto la declaración como el eventual comportamiento negativo de la parte llamada a jurar son preventiva y abstractamente valorados por la ley en su eficacia probatoria, sin que quede ningún margen para una apreciación concreta del caso singular...”

No obstante, Liebman (1980, 355), opina que el efecto del juramento prestado queda a tal punto sustraído a cualquier discusión, que aun si en

sede penal se declara su falsedad, ello no tiene ninguna consecuencia en el proceso civil y, si fue pronunciada la sentencia, no permite proponer contra ella impugnación por revocación. Por eso, lógicamente, la pendencia del juicio penal por falso juramento no puede ser motivo para suspender el proceso civil en que se prestó.

Por otra parte, el artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, establece lo relativo a la inasistencia de la parte que deba prestar el juramento, al respecto preceptúa:

“Si la parte citada no se presentare en el día y hora fijados, se entenderá que rehúsa prestar el juramento, salvo que justifique impedimento legítimo, caso en el cual se aplazará el acto para cuando haya cesado el impedimento, fijando siempre el Juez otro día y hora, sin necesidad de nueva citación”

Es decir, si en el día y hora fijada para la realización del acto no comparece quien deba prestar el juramento, equivale a una negativa a prestar el juramento, por lo que debe atenderse a las consecuencias previstas en el artículo 1.412 del Código Civil Venezolano vigente, que establece que debe sucumbir en la demanda o la excepción, de igual modo ocurre cuando aquel a quien se le ha referido, rehúsa a prestarlo.

## **CAPITULO III**

### **REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LAS PRUEBAS ADMITIDAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

#### **Admisibilidad**

En cuanto a la admisibilidad de todas las pruebas e incluso las de segunda instancia, Muñoz (1983, 75) indica que:

“La admisibilidad se refiere al resultado de un juicio hecho por el Juez sobre determinadas condiciones que ha de reunir la prueba, cuales son la licitud o legalidad (...) y la pertinencia. La admisibilidad no es, pues un adjetivo de la prueba, sino un predicado. Decimos que la prueba pertinente es admisible; que la prueba ilícita es inadmisibile, etc. Con ello naturalmente nos oponemos a aquellas doctrinas que colocando a la admisibilidad en un plano paralelo a la pertinencia, hablan de ella como un requisito de legalidad de la prueba.”

Es decir, la admisibilidad supone un estudio in limine de los hechos controvertidos, por lo que el Juez debe conocer el desenvolvimiento del debate, para poder examinar la relación que existe entre los hechos y los medios de pruebas promovidos.

Sin embargo, Calamandrei (1997, 276) opina que el Juez no puede negarse a admitir pruebas a causa de la inverosimilitud de los hechos alegados, al respecto indica que:

“Distinto razonamiento debe hacerse a propósito de la inverosimilitud: pues si el juez, en el momento de decidir acerca de la admisión de una prueba que se le propone, considera que los hechos deducidos en prueba son inverosímiles (aunque no imposibles o notoriamente no verdaderos), quiere ello decir que él no se ha formado todavía una opinión tan segura acerca de la verdad o no de aquellos hechos, que pueda estar cierto de la inutilidad de cualquier prueba ulterior. El juicio de verosimilitud o de inverosimilitud deja lógicamente un margen ulterior a la indagación: lo que aparece verosímil, puede ser solo ilusión; y en cambio lo inverosímil puede ser verdadero.”

Para este autor, la inverosimilitud de los hechos deducidos en prueba no constituye razón legítima para rechazar la prueba promovida dirigida a demostrar algún hecho.

El hecho de admitir las prueba, no obliga al juez a su apreciación en la sentencia definitiva, pues el auto de admisión no constituye en ningún caso cosa juzgada. Es decir, la legalidad y pertinencia de una prueba no la hace de obligatoria apreciación para el juez quien puede desecharla de acuerdo a las reglas de la sana critica ( Parrilli. O. 1996, 27).

En consecuencia, la negativa a admitir determinado medio de prueba impediría su apreciación por el Juez durante el proceso, sin poder ser repara

do en la sentencia definitiva el perjuicio causado, debido a que puede dictar sentencia sin una prueba que pudo resultar fundamental en su decisión.

Nuestra doctrina y jurisprudencia han sostenido que la regla es la admisión y la negativa a admitir la prueba debe ser excepcional, en casos de ilegalidad e impertinencia, debido a que admitiéndola no se causa ningún perjuicio, en razón de que en la sentencia habrá oportunidad de desecharlas, ya que hay la posibilidad de analizar la prueba nuevamente antes de dictarla, pudiendo llegar a una conclusión acorde con los elementales principios de justicia y equidad, mas aun cuando la negativa de admitir determinado medio de prueba puede causar un estado de indefensión (Bello. H. 1971, 60).

### **Pertinencia de la Prueba**

Por otra parte, uno de los requisitos de admisibilidad de las pruebas, es su Pertinencia, al respecto Parrilli (1996, 25) opina que:

“La prueba impertinente es aquella ajena a la controversia o que no mantiene vinculación con los hechos litigiosos en el proceso; no es adaptable o adecuada a la discusión planteada y por ello resulta ineficaz. Para ser pertinente debe aportar elementos capaces de conducir a la verdad, mediante persuasiones firmes aptas para apoyar o desvirtuar los hechos alegados por el promovente; debe mantener conexidad con los hechos discutidos y planteados en el juicio. Con estos fundamentos el Juez deberá determinar la pertinencia de la prueba, mediante el

análisis de los hechos alegados por el actor y la contestación de la demanda por el demandado.”

Es decir, la pertinencia, implica un juicio de relación entre dos hechos, uno de los cuales sirve de base para deducir la existencia del otro, por lo que implica una estimación sobre su necesidad y utilidad, de acuerdo a las alegaciones o al tema probandum del proceso.

En efecto, Muñoz (1983, 80) señala que:

“A un estudio sobre la pertinencia de la prueba debe preceder pues, otro estudio sobre las alegaciones de las partes, evitando siempre con sumo cuidado el riesgo de prejuzgar. No creo que deba admitirse, sin embargo, un poder de censura del juez sobre la verosimilitud de la alegación, salvo los casos de que está fuere ostensiblemente irreal.”

En consecuencia, las partes deben realizar un razonamiento minucioso de la conveniencia de cada prueba y su importancia, lo que sería una ayuda para el Juez, quien debe evitar dejarse llevar por impresiones superficiales sin tener un conocimiento real de los hechos.

Pero según, Borjas (1947) citado por Parrilli (1996, 25) el Juez debe admitir todas las pruebas promovidas, desechando solo aquellas que aparezcan manifiestamente impertinentes y en caso de que el Juez no pueda determinar el propósito del promovente y tampoco pueda tener la certeza de la impertinencia del medio probatorio, debe obrar prudentemente

admitiéndola para evitar perjuicios al promovente con la negativa, tomando en consideración que puede desestimarla en la sentencia definitiva.

En otras palabras, si la prueba no es manifiestamente impertinente, no puede ser inadmisibile, ya que el derecho a la prueba constituye un derecho fundamental que conforme a su vez el derecho al debido proceso, pudiéndose causar un grave perjuicio a la parte promovente como consecuencia de su no admisión.

Para Muñoz (1983, 76) es necesario a falta de una normativa legal sintetizar en base a los elementos que proporciona Schonke (1950) todos aquellos criterios de impertinencia que faciliten en la praxis a la no admisión de la prueba, indicando los siguientes:

“1. Inaccesibilidad o inadecuación. Carece de objeto solicitar una prueba sobre hechos imposibles de suceder o valiéndose de instrumentos totalmente desproporcionados para conseguir el resultado que se apetece (así la prueba sobre la existencia del hombre invisible o una prueba testifical allí donde son necesarios especiales conocimientos técnicos). (...) 2. Superfluidad. (Hechos notorios, hechos intrascendentes, hechos ya comprobados o no controvertidos). (...) 3. Falta de Seriedad. Se entiende que carecen de seriedad las peticiones de prueba cuando de sus circunstancias surgen indicios de que se persigue con ellos un objetivo en cualquier modo extraño al procedimiento. Tal es el caso cuando se ve claramente que la petición no va a proporcionar ninguna aclaración sobre cuestiones de importancia para la resolución. Algunos ordenamientos positivos suelen incluso autorizar al juez para rechazar la prueba si está convencido de que la misma persigue el propósito de retrasar el proceso. 4. Pruebas pesquisitorias.

Es inadmisibile una petición de prueba cuando faltan bases fácticas para la afirmación y lo que se trata de conseguir mediante su práctica es el fundamento de nuevas afirmaciones.”

Es decir, el elemento de la superfluidad se refiere a querer demostrar hechos no controvertidos o ya demostrados por otro medio de prueba, o bien para demostrar aquellos carentes de importancia, a diferencia de la falta de seriedad que persigue retardar el proceso, mientras que las pruebas pesquisitorias tienen como fin fundamentar hechos no alegados en la demanda, es decir, nuevas afirmaciones.

### **Legalidad y Licitud de la Prueba**

Otro de los requisitos de admisibilidad de las pruebas, es su legalidad, al respecto Pierre (1980, 77) indica que:

“Una prueba es legal cuando el medio propuesto este permitido en general por la ley, o cuando dicho medio esté autorizado en particular por la ley para demostrar determinado hecho. Solicitar posiciones juradas a una persona que no es parte en el juicio es manifiestamente ilegal.”

En efecto, el artículo 403 del Código de Procedimiento Civil Vigente, preceptúa que esta obligado a contestar bajo juramento, las posiciones que le haga la parte contraria, referente a hechos pertinentes de que tenga conocimiento personal, todo aquel que sea parte en el juicio, sin embargo, también establece el artículo 407 que además de las partes pueden ser

llamados a absolver posiciones en juicio el apoderado por los hechos realizados en nombre de su mandante, siempre y cuando subsista el mandato al momento de la promoción de las posiciones y los representantes de los incapaces sobre hechos en los que hayan actuado personalmente con ese carácter.

Por su parte Parrilli (1996,26) indica que:

“Prueba ilegal es aquella cuya admisión está prohibida por la ley en virtud de no lograr con su aporte la verdad procesal o que por la naturaleza del juicio no sea posible su admisión por contravenir sea el orden público o norma expresa, como en el caso de la confesión en materia de divorcio. En igualdad de condiciones estaría la llamada ilícita, referida principalmente a los procesos penales. La ilegalidad de la prueba se patentiza cuando su inadmisibilidad es el producto de una prohibición de la Ley que de modo expreso ha manifestado su inaplicabilidad al caso concreto disentido en el juicio. El grado de ineficacia de la prueba ilegal es total, aún en el caso en que erróneamente fuera admitida por el Juez; todo ello en contraposición a la legalidad de la prueba, en la que se determina previamente en la ley su eficacia.”

Es relevante destacar que la ilegalidad no sólo se refiere a violación de garantías constitucionales, sino que también esta referida a la prohibición de la ley, por ser contraria al orden público, la moral y las buenas costumbres, al respecto Cabrera Romero, opina que la ausencia de datos que permitan conocer la autenticidad de la prueba, impide a la parte contraria impugnarla o desconocer la prueba y alegar la falsedad de la misma, lo que vulnera el derecho a la defensa (Parrilli. O. 1996, 29).

En efecto, la parte no podrá oponerse al medio de prueba promovido ausente de datos, ya que debe exponer las causas por las que pretende dejarla sin efecto, debido a que el Juez puede considerar que los motivos de la oposición no son suficientes para desestimar el medio de prueba.

En cuanto a la licitud de las pruebas, Cordero (1961) citado por Silva (1963, 67) opina que:

“Una cuestión importante es la de la licitud o ilicitud de determinados medios de pruebas, en relación a la cual se suscitan diferentes problemas, que no solamente afectan al Derecho procesal, sino también al Derecho sustantivo o material, ya que la ilicitud puede haberse producido fuera de la órbita procesal, como por ejemplo, cuando se trata de documentos que se han obtenido delictivamente, o informaciones que han sido conocidas en virtud de una acción criminosa, y que después aparecen en el proceso en virtud o a través de una deposición testifical. “

En efecto, en los medios de pruebas ilícitos no debe tomarse como conducta contraria a derecho, la adquisición del medio de prueba, sino el como se obtiene la misma, debido a que esa ilicitud puede fundamentarse en conductas lesivas a derechos garantizados por la Constitución Nacional Vigente.

Sin embargo, Bello (1971,61), en relación a lo anteriormente señalado indica que si bien existe un sector de la doctrina que mantienen la tesis de que el juez no puede valorar una prueba de origen ilícito; también por otro

lado la tesis opuesta considera que en el proceso, (Schonke) debe privar el interés en el descubrimiento de la verdad; ya que el interés de la sociedad en asegurarse entre la obtención ilegal de pruebas se preserva haciendo permanecer responsable penal y civilmente al que obró ilícitamente en la obtención de la misma.

Esta última tesis no es aceptable, debido a que lo ilícito no puede ser valorado por el Juez, además en el sistema de valoración de las pruebas, no podría configurarse un fundamento legal de valoración.

En relación a lo anteriormente señalado Sendler (1956) citado por Silva (1963, 69), opina que:

“Desde el punto de vista de los medios de prueba ilícitos, la doctrina alemana ha formulado la hipótesis que determinadas prohibiciones en orden a la prueba pueden aparecer fundadas en preceptos de rango constitucional, y su inadmisibilidad aparecería fundada jurídicamente, por tratarse de conductas lesivas a derechos garantizados por leyes fundamentales.”

En consecuencia, la libertad de probar se encuentra limitada, tanto por la licitud como por la legalidad y la pertinencia de la prueba, debido a que la ley impone limitaciones con el fin de evitar la violación de disposiciones legales.

Por otra parte, Silva (1963,68) indica que:

“Otras veces la ilicitud aludida aparece en relación a un acto procesal; así, por ejemplo, la obtención de documentos de un modo arbitrario, o emplear en los interrogatorios medios coactivos, o bien una información en flagrante transgresión del deber de guardar secreto; y la cuestión planteada en este aspecto puede concretarse en la pregunta de si el Juez puede formar su convencimiento como consecuencia inmediata o remota de actuaciones contrarias a derecho.”

En todo caso, se trata mas de un problema de admisión que de valoración, pero cabe preguntarse si esta logra ser admitida el juez debe valorarla como una prueba cualquiera o desestimarla en la sentencia definitiva, pues no debe ser valorada, lo cual es bastante difícil, porque, independientemente de su origen puede influir en la valoración de las pruebas en conjunto, ya que puede haber influencias de tipo psicológico en el juez al formar el convencimiento.

Al respecto, el numeral 1 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela preceptúa: “(...) Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso (...)”

Por su parte, Parra (2003, 651) en cuanto a la licitud de la prueba considera los siguientes aspectos:

“1. El equilibrio entre la verdad y la seguridad jurídica se rompe, precisamente cuando admitimos, por decirlo en alguna forma,

que una parte o sujeto procesal, utilice procedimientos ilícitos para procurarse una ventaja. 2. Ya lo hemos indicado, el Estado pierde legitimidad frente a la colectividad cuando utiliza los productos ilícitos para descubrir la verdad y a la mayoría de ella, le quedará muy difícil captar la diferencia entre la delincuencia que se vanagloria de administrar justicia y la que administra el órgano jurisdiccional y si llega a existir diferencia, ella será muy sutil y solo pocos la captarán, perdiéndose la función pedagógica que debe cumplir el órgano judicial. 3. No podemos aceptar que, como la prueba ilícita logró pasar la etapa de la admisión, ya ha sido adquirida para el proceso. La adquisición debe ser de productos lícitos, de tal manera que al momento de ir a interpretar la prueba, es decir, contemplarla, es como si no estuviera y por consiguiente no se valorará. 4. Las pruebas desde tiempos inmemoriales están enmarcadas y limitadas por valores espirituales de los pueblos y son expresiones de sus ideologías, por ejemplo en nuestra constitución se expresó: “es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación al debido proceso”, ésa es la concreción de una ideología de los constituyentes, es decir del pueblo, de tal manera que la prueba, primero que todo, hay que mirarla en términos de moralidad o más exactamente la legalidad y después de verosimilitud.”

Es decir, la prueba no debe afectar garantías esenciales ni derechos fundamentales, y deben ser obtenidas mediante exigencias éticas, siendo incorporadas al proceso conforme a las disposiciones establecidas para ello, por lo que el fin no debe justificar los medios.

Sin embargo, Rivera citado por Parra (2003, 653) considera que la prueba ilícita debe ser inadmisibles especialmente cuando se irrespetan la dignidad de la persona, como es el caso de coacción física, moral o psíquica, pero con una excepción, cuando hay un derecho superior en juego

que amerite valorarla, es decir cuando hay dos derechos constitucionales en juego, evaluándose las consecuencias generadas de la decisión.

En otras palabras, para este autor sería posible la utilización de la prueba ilícita cuando se confrontan dos derechos y se está en la búsqueda de un equilibrio, siendo esta posición llamada criterio de proporcionalidad.

### **Oportunidad de la Prueba**

En cuanto a la oportunidad de la Prueba (Pierre, 78) afirma que:

Para ejercer su derecho de probar, las partes deben utilizar las oportunidades que la ley procesal les señala, pues de lo contrario las pruebas serán ineficaces. Este requisito indispensable para establecer el orden en el proceso y la lealtad entre los litigantes, conduce a la contradicción de las pruebas, que garantiza una cabal defensa a cada una de las partes, porque les permite no ser sorprendidas con la práctica a sus espaldas de determinada probatura. Se trata, entonces, de que las partes, y en algunas ocasiones el juez, deben promover y evacuar las pruebas en las oportunidades que les fije el legislador, quien ha regulado el tiempo probatorio en etapas, a objeto de que el juicio, y dentro de él las pruebas, no se disperse, disgregue, retroceda e interrumpa impunemente. Si las partes no diligencian sus pruebas oportunamente, éstas serán ineficaces y no tendrán ningún valor probatorio.”

Es decir, los lapsos son perentorios y la falta de actividad oportuna o extemporánea, produce la pérdida de las facultades probatorias no pudiendo pedirse reposición de la causa por una supuesta indefensión dado que sin

las pruebas es difícil convencer al juez de los alegatos que le asisten a cualquiera de las partes, ya sea como actor o demandado.

Al respecto, Parrilli (1996, 26) indica que: “Por otra parte, los medios utilizados para proponer o evacuar la prueba también podrían ser calificados como ilegales, ya que estos medios están sujetos al cumplimiento de requisitos previamente establecidos en la ley, que de no observarse se incurriría en ilegalidad”.

En consecuencia, el cumplimiento de las formalidades legales, constituye una garantía del derecho a la defensa, garantía ésta que a su vez conforma el debido proceso.

En cuanto a la promoción de la prueba, Bello (1999, 81), opina que:

“Promover pruebas significa la actividad que realizan las partes en el proceso en virtud de la cual se elevan al órgano jurisdiccional el conocimiento del medio probatorio con el cual ellos aspiran demostrar sus pretensiones de hecho, a los fines de que éste lo analice y si es apta y pertinente la admita en consecuencia.”

Es decir, las partes pueden demostrar las diversas afirmaciones de hechos que fundamentaron sus pretensiones y excepciones, a través de los distintos medios probatorios establecidos en el Código de Procedimiento Civil Vigente.

Al respecto, Bello (1999,82) indica en cuanto a la promoción de las pruebas admisibles en segunda instancia lo siguiente:

“Así tenemos, que el Documento Público cuando no es fundamental, al igual que el Juramento Decisorio, puede ser promovido en cualquier estado y grado de la causa; siendo de advertir, que si el Documento Público es de carácter fundamental de ser producido junto con el Libelo de la Demanda, a menos que se alegue la excepción consagrada en el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil. Asimismo, otro de los medios de prueba que puede ser aportado en una oportunidad distinta al término de la Promoción de las Pruebas, es la de la Confesión Provocada o Posiciones Juradas, toda vez que la misma puede ser solicitada en el propio lapso de promoción, teniendo la parte actora la oportunidad de solicitarla en el libelo de Demanda.”

En efecto el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil establece:

“En segunda instancia no se admitirán otras pruebas sino la de instrumentos públicos, la de posiciones y el juramento decisorio”.

Los instrumentos públicos, podrán producirse hasta los informes, siempre y cuando no fueren de los que deben ser acompañados a la demanda, mientras que las posiciones juradas y el juramento decisorio pueden evacuarse hasta los informes, siempre que se soliciten dentro de los cinco días siguientes a la llegada de los autos al Tribunal.

En consecuencia, Sánchez (1992, 42) afirma lo siguiente:

“Condición necesaria para la admisión de las pruebas de posiciones y juramento decisorio es que la promoción sea hecha dentro de los cinco días siguientes al recibo de los autos por el Tribunal de alzada, los que deberán contarse a partir del día siguiente a aquel en que se estampe la nota de secretaría que dé cuenta de tal recibo a que se refiere el artículo 156, por lo que una promoción posterior haría extemporánea tanto la propia promoción como la providenciación y evacuación que de las misma se hagan”.

Respecto a la promoción de las posiciones juradas Santana, (1983, 38), afirma que se realiza con un simple pedimento en el juicio, identificando la parte y el lugar donde reside, no siendo necesario presentar las preguntas a formularse, aunque cabe la posibilidad de que se presenten dichas preguntas.

En cuanto a la promoción de las pruebas, la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Civil, de fecha 31 de Octubre del 2000, señala lo siguiente:

“Ahora bien, según la Doctrina -Con Cabrera Romero al Frente- el nuevo Código de Procedimiento Civil, ha establecido una conducta en relación con los alegatos de las partes. Dentro de ese mismo orden de ideas, a cada medio de prueba que se promueve, le exige el citado instrumento que se le señale cual hecho se desea probar con él, cual es su objeto, porque solo así puede allanarse la parte contraria al promoverte de la prueba. Por consiguiente, solo expresando con precisión lo que se quiere probar con el medio que se ofrece, puede el juez decidir si dicho objeto es o no manifiestamente impertinente y, por ello, el Código de Procedimiento Civil, de manera puntual, requirió la mención del objeto, en varias normas particulares sobre

pruebas, con la sola excepción de las posiciones juradas y de los testigos, donde el objeto se señalará en el momento de su evacuación. Todas estas normas tienden a evitar que los juzgadores se conviertan en intérpretes de la intención y el propósito de las partes. Así lo estableció también la sala plena en fecha 4 de Julio de 2000.” (p.8)

Es decir, debe exponerse la relación conceptual que pueda existir entre las pruebas y los alegatos, en caso de no hacerlo, se trasladaría esta obligación al Juez que conozca de la causa, quien tendría que suplir éstas deficiencias, infiriendo de que manera y en qué forma se relacionan las pruebas promovidas con los hechos alegados, labor ésta que según la sala no puede cumplirse sin infringir el principio dispositivo vigente, dada la naturaleza del proceso civil.

Sin embargo, Guerrero (2002, 53) indica que:

“...Puede ocurrir que el promover de la prueba no indique el objeto de la misma y el tribunal la admita, y luego de absueltas las posiciones por el absolvente, bajo el principio de la reciprocidad, éste indique ese objeto en el momento de formularlas a la otra parte. En tal caso, ¿Qué valor tiene las posiciones juradas absueltas por las partes? ¿Cómo queda el principio de la reciprocidad? ¿Qué ocurre si el promover de la prueba no indicó el objeto de la misma, en el momento de absolver las suyas queda confeso al admitir los hechos controvertidos? ¿Es inexistente de todos modos la prueba? Si nos atenemos a la doctrina admitida por el Máximo Tribunal de la República, allí no existe ninguna confesión del absolvente que admitió los hechos controvertidos, dado que las posiciones del promover (que no indicó el objeto de la prueba) deben tenerse como inexistentes, es decir, como no promovida esa prueba; y si así debe tenerse (como no promovida) entonces no existe

confesión alguna en el caso propuesto con la interrogante, pues no habrá prueba evacuada al no existir tampoco posiciones recíprocas.”

En todo caso, al declararse la prueba como no promovida, tal situación, podría considerarse un formalismo contrario no solo al derecho a la tutela judicial efectiva, sino al debido proceso, integrado por una serie de garantías procesales, entre las cuales se encuentra el derecho a la defensa. Igualmente, sería contrario al artículo 257 de la Constitución Nacional Vigente, que establece al proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia, al ser considerada la prueba como inexistente en el proceso, por no indicar el objeto, para la cual fue promovida.

Así mismo, es importante señalar que el artículo 197 del Código de Procedimiento Civil establece la forma como han de computarse los lapsos procesales, estableciendo al efecto que los términos y lapsos procesales se computaran por días calendarios consecutivos, excepto los lapsos de pruebas, en los cuales no se computarán los sábados, los domingos, el jueves y el viernes santos, los declarados no laborables por otras leyes, ni aquellos en los que el tribunal no disponga despachar.

Al respecto, Sánchez (1.992, 43) señala:

“...Ahora bien, ¿deberá entenderse incluido dentro de la excepción el cómputo del término que señala el artículo 520, para la evacuación de las posiciones y del juramento decisorio? No puede ser esa ni la interpretación lógica del artículo 197, ni el alcance del artículo 520, pues el lapso que establece este artículo no es propiamente un lapso probatorio para la segunda instancia, sino el lapso procesal que debe transcurrir entre el recibo de los autos por el Tribunal de Alzada y el día correspondiente a la presentación de los informes de las partes en tal instancia, dentro del cual se hace posible la promoción y la evacuación de ciertas pruebas; de lo contrario sería prorrogar sin justificación legal los lapsos que se establecen para la segunda instancia...” .

Es decir, los cinco días para la promoción de las pruebas se extenderían realizando el cómputo por días de despacho, al igual que los informes, razón por la cual opina el referido autor, es improcedente aplicar la excepción al cómputo de los lapsos establecidos para la promoción y evacuación de las pruebas en segunda instancia.

Por otra parte Pierre (1980, 169) señala cuales son los argumentos sustentadores de esta tendencia a no admitir nuevas pruebas en segunda instancia indicando lo siguiente:

“a) porque el fin de la segunda instancia se concede por temor a la falibilidad de los jueces, razón por la cual sus fallos deben ser revisados; b) porque admitir nuevas pruebas en segunda instancia sería tutelar la negligencia o impericia del litigante; c) porque la admisión de nuevas pruebas favorece la mala fe del litigante, que ocultaría sus fuerzas para inducir al adversario a descubrir las suyas y vencerle en la segunda instancia, y ello alargaría los juicios; d) porque la segunda instancia tiene como finalidad la revisión del fallo de primera instancia y no del proceso de primera

instancia; e) porque los jueces deben defender tanto el material de conocimiento con que deben fallar en segunda instancia, como el principio de que el debate y la pruebas se deben agotar en primera instancia a fin de fortalecer ésta...”

Sin embargo, tales argumentos se sustentan principalmente en el abogado litigante y en los errores que éste pudiera cometer en el ejercicio de su mandato, dejando aun lado el interés de las partes, el derecho a la prueba y el derecho defenderse en cualquier estado y grado de la causa.

Por otra parte, Bello (1971, 69) afirma que:

“Cuando la Ley dice que en segunda instancia no se admitirán otras pruebas que no sean las de instrumentos públicos, posiciones y juramento decisorio, se refiere a pruebas directamente relacionadas con el fondo del asunto y no en cuanto a las incidencias que allí surjan y en donde puedan tener cabida toda clase de pruebas”.

Es decir, en el caso de las incidencias surgidas en el curso de la instancia, para ellas es primera la segunda instancia del proceso, por lo que deben ser tramitadas de la misma forma que lo hubiesen sido si se hubiesen suscitado en primera instancia.

## **CAPITULO IV**

### **PROCEDIMIENTO DE SEGUNDA INSTANCIA Y DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES**

#### **Finalidad**

De toda sentencia definitiva dictada en primera instancia, se concede apelación, a menos, que la ley disponga lo contrario. Respecto a las sentencias interlocutorias, se admite apelación solamente cuando se produzca un gravamen irreparable y se interpone ante el mismo tribunal que la dictó; esta regla es aplicable a las sentencias definitivas procedentes de la primera Instancia, que comprenden las que ponen fin al juicio y las interlocutorias con fuerza definitiva, es decir, el procedimiento de Segunda Instancia se inicia por intermedio del recurso de apelación.

En efecto, desde el Derecho Romano existe la posibilidad de realizar un nuevo examen de la controversia mediante una revisión de la sentencia e incluso en algunos ordenamientos jurídicos se ha concebido el reexamen gradual, que es aquel que se realiza por el juez superior a medida que se van realizando las actuaciones, por lo que el reexamen se realiza en forma fragmentada y progresiva (Rojas, 1997, 108-109).

Por otra parte, en cuanto al procedimiento en segunda instancia y el Principio de Doble grado de Jurisdicción (Liebman 1973/1980), afirma que:

“Es un principio universalmente aceptado quiere que todas las controversias puedan pasar, después del primer juicio, al examen de otro órgano (de ordinario superior), para ser juzgadas una segunda vez en una fase procesal que es la prosecución del mismo proceso. Este segundo juicio es el juicio de apelación: la impugnación mas amplia, y también la mas frecuente, aquella a la cual, más que a ninguna otra está confiada la función propia de las impugnaciones, de representar un medio de control de las sentencias y una garantía de mejor justicia. Objeto de la cognición del juez de segundo grado es directamente la controversia ya decidida por el primer juez, no ya solamente la sentencia por éste pronunciada y las censuras hechas valer contra ella; o dicho en otros términos, el control de la decisión apelada es solamente un modo de proceder al nuevo examen de la controversia, se entiende en el ámbito de la apelación que se ha propuesto. En todo caso la sentencia en apelación será la nueva decisión de la causa, que absorberá y sustituirá en todo caso a la de primer grado”.

Es decir, en segunda instancia se provoca un nuevo juicio, sobre las pretensiones alegadas en la demanda, por lo que la causa decidida por el Juez de Primera Instancia, pasa al conocimiento del Juez Superior, con el poder de decidir sin limitaciones y con la posibilidad de dictar una sentencia tanto a favor del apelante como a favor del apelado.

No obstante, sobre el Procedimiento de segunda instancia se ha dicho lo siguiente:

“La segunda instancia de acuerdo a nuestro sistema procesal, constituye solamente una revisión de la sentencia apelada, y no un segundo debate en el que pueden ser contradichas,

desvirtuadas, ampliadas o completadas las probanzas promovidas y evacuadas en primera instancia, aportando o promoviendo nuevos medios probatorios. (Balzán, 1986, 450).

En relación a lo anteriormente señalado, sería importante preguntarse si la apelación es un medio de reparación de los errores cometidos en la sentencia de primera instancia o de los errores cometidos en la instancia anterior; la respuesta que se dé a esta pregunta es de suma importancia práctica, porque si se trata de reparar los errores cometidos en la sentencia apelada, la segunda instancia no puede consistir en una revisión de todo el material de hecho, ni de las cuestiones de derecho contenidas en la primera instancia, por lo que no permitirá deducir nuevas pretensiones, ni excepciones, ni aportar nuevas pruebas. Ahora bien, si se trata de una revisión a la instancia anterior, se admitirían nuevas pruebas que por error, negligencia o ignorancia, no fueron aportadas en la instancia anterior (Couture. E. 1981, 355).

Sin embargo, es importante considerar la relación que existe entre proceso y Constitución, debido a que la constitución tiene diversos modos de actuar directamente sobre el proceso, cuando algunos de sus principios no haya sido desarrollado por la ley, ya que debe mediar un proceso de desenvolvimiento sistemático.

Por otra parte, el recurso de apelación es de gran utilidad, para las partes, toda vez que por medio de él las instancias superiores pueden enmendar los agravios cometidos por los inferiores, debido a ignorancia o mala fe. Así mismo, constituye una satisfacción para el perdidoso en la litis, acudir a otro tribunal en busca de una reparación, por cuanto de ese modo adquiere el litigante una sensación de mayor seguridad jurídica.

En relación al artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, establece que sólo son pruebas admisibles en Segunda Instancia, el instrumento público, las posiciones juradas y el juramento decisorio, la única excepción que existe en relación al instrumento público es que no se admiten en segunda instancia aquellos que deban acompañarse al libelo de la demanda, en razón de que la ley prohíbe sean admitidos posteriormente.

No obstante, el Juez que conoce en segunda Instancia, se encuentra en desventaja por estar menos cerca de la realidad debatida que quien conoció en primera instancia, por cuanto no participó en la valoración de las pruebas, circunstancia que le impide conocer hechos importantes, de cuya ocurrencia difícilmente queden evidencias.

Al respecto, es importante tomar en cuenta que el proceso debe ser un proceso idóneo para el ejercicio de los derechos y lo suficientemente seguro para las partes, ya que es en sí mismo un medio de realización de justicia, que viene así a constituirse en un derecho.

Sin embargo, autores como Rojas (1.997), no están de acuerdo con la pluralidad de instancias, debido a que en defensa de la doble instancia se ha dicho: en primer lugar, que uno de las razones de su existencia es la supuesta necesidad de dar oportunidad a la corrección de errores judiciales, olvidando que cada situación problemática no tiene solo una solución jurídica y no existe un criterio fijo que permita definir cual de las soluciones es la mas acertada, además de la creencia de que el Juez Superior no comete errores, en segundo lugar, que el Juez de superior categoría supone mayor experiencia, argumento que según el referido autor supone desconfianza en la idoneidad de los jueces designados para desempeñar los cargos de jueces de inferior categoría, y la sociedad no puede auspiciar la existencia de juzgadores imperitos en ninguna de las instancias. Así mismo, refiere que la doble o triple instancia trae como consecuencia una mayor duración del proceso, lo cual genera incertidumbre en el debate judicial.

## **Debido Proceso**

En cuanto al Debido Proceso, el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que:

“El Debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y en consecuencia: 1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del Debido Proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley... 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad....”

Es decir, la garantía de la defensa comprende el derecho a ser notificado de los planteamientos que hayan sido formulados en su contra y de pronunciarse sobre éstos, de disponer del tiempo y los medios adecuados para su defensa, de cuestionar los medios demostrativos aducidos en su contra y de aportar elementos de juicio en su favor.

Al respecto, Rojas (1997, 180) opina que:

“No basta con que se tenga la posibilidad de conocer los elementos de juicio que aduce el adversario. A más de eso es menester que el sujeto cuente con la oportunidad de pronunciarse sobre ellos y, de ser el caso, cuestionarlos. Dicha

oportunidad debe ser lo suficientemente amplia como para garantizar que el justiciable pueda analizar las armas de su adversario y ejercitar efectivamente la contradicción de las mismas, por cuanto si aquélla resulta asfixiante termina haciendo nugatoria la defensa.”

Es a esto a lo que se le conoce como derecho de contradicción, que tiene la finalidad de asegurar la defensa del demandado y que se le ha enunciado como el derecho a no ser juzgado sin haber sido oído, preceptuado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su ordinal 3.

En consecuencia, para que las normas procesales sean constitucionalmente aplicables, deben establecer términos y condiciones para el ejercicio del derecho de defensa que efectivamente permitan que el derecho del cual nos decimos titulares sea ejercible mediante la aplicación de normas que regulen el procedimiento, ya que éstas deben garantizar el derecho a la defensa y no pueden contener preceptos que hagan ilusorio el ejercicio del derecho.

En relación a la violación del Debido Proceso, Hoyos (1996,89) expresa que:

“... la ley debe respetar los diversos elementos de la garantía del debido proceso y, de no hacerlo, quedará viciada de inconstitucionalidad. En la tramitación de los diversos procesos

deben también respetarse los elementos integrantes del debido proceso legal ya estudiados, y como regla general, si se viola alguno de dichos elementos de tal manera que se afecte la posibilidad de las personas de defender efectivamente sus derechos (ya sea por violación del derecho a ser oído; por falta de la debida notificación, ausencia de bilateralidad, o contradicción del derecho a aportar pruebas; de la posibilidad de hacer uso de medio de impugnación contra resoluciones judiciales; falta total de motivación de estas; tramitación de procesos no regulados mediante ley; pretermisión de una instancia; seguirse un trámite distinto al previsto en la ley - proceso monitorio en vez de uno ordinario; ejecución de sentencias en vez de proceso ejecutivo; notificación por edicto cuando debe ser personal; sentencia arbitraria que, por ejemplo, desconozca la cosa juzgada material-) ante tribunal competente, la sanción correspondiente será la nulidad constitucional. No obstante, las meras irregularidades en la conducción o desarrollo del proceso o en la sentencia que no afecten los aspectos fundamentales del debido proceso analizados en este ensayo no generarán la nulidad del trámite respectivo.”

En efecto, el Debido Proceso, es un derecho fundamental, que cumple una función garantista de otros derechos fundamentales, por lo que ha adquirido el rango de derecho fundamental.

Por su parte, Esparza (1995) citado por Ortiz (2001,136), señala que la noción del Debido Proceso, es aquella que:

“...implica dos perspectivas necesarias: la consagración, en la ley, de relaciones procesales preordenadas (debido proceso legal) y, por otro lado, el debido proceso como cuerpo axiológico fundamental *aun por encima de consagraciones legales*. Quizás por esta dualidad, el debido proceso no encuentra uniformidad en cuanto a su concepto y categoría jurídica, sea como derecho fundamental reconocido y positivado en la Constitución de la República Bolivariana, o también como uno de aquellos

derechos desarrollados a través del ordenamiento, e incluso, como principio general constitucional o procesal...”

En este sentido, Ortiz (2001, 138) indica que el debido proceso y tutela judicial efectiva se implican mutuamente, como lo ha señalado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 25 de febrero de 2000, caso Enrique Méndez Labrador, en el cual se señaló que el debido proceso es aquel proceso que reúna las garantías indispensable para que exista una tutela judicial efectiva.

Una de estas garantías es el derecho a la defensa, en relación a ésta Rojas (1997, 123) opina:

“Esta garantía alude a la necesidad de ofrecer, al individuo comprometido en la situación problemática, oportunidades y condiciones razonables para pronunciarse acerca de los elementos de juicio y argumentaciones esgrimidos en su contra. Hacemos mención de las condiciones por cuanto estimamos que la garantía de la defensa no debe ser formal sino material y solo puede ser material en la medida en que las condiciones en que ella se permita aseguren su eficacia.”

En otras palabras, se hace efectivo el derecho a la defensa asegurando a las partes en juicio la utilización de todos los medios que la ley establece, para ejercer tal derecho durante el proceso, en todo estado y grado de la causa, tal como lo preceptúa el artículo 49 de la Constitución Nacional Vigente, entendiendo tal derecho como el que tienen todos los

venezolanos de solicitar a los órganos jurisdiccionales, mediante una declaración de certeza, la titularidad de los derechos afirmados, quiere decir esto, que si el legislador crea normas procesales que hacen imposible o dificultan la defensa de los derechos, ellas serían inconstitucionales y por lo tanto inaplicables, aun cuando constituyan términos y condiciones establecidas por la ley .

### **Tutela Judicial Efectiva**

En nuestro ordenamiento jurídico se encuentra preceptuada en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que establece que:

“Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos y difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.”

Al respecto, se distinguen los siguientes aspectos:

- Es un derecho de acceso a la jurisdicción.
- Esta vinculada con el Debido proceso.

- Implica alegar las pretensiones necesarias en defensa de derechos e intereses.

- El órgano jurisdiccional debe velar por el cumplimiento de las garantías procesales, evitando dilaciones indebidas, a fin de obtener una oportuna decisión.

En otras palabras, La protección jurisdiccional o tutela judicial efectiva, es una de las funciones del Estado, a través de la cual se debe garantizar la primacía del ordenamiento jurídico y la seguridad jurídica, ya que tiene por objeto el derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales la tutela de los derechos e intereses mediante la resolución de los conflictos.

Al respecto, Useche (2001, 34), opina que:

“Es el derecho fundamental de todas las personas a recibir justicia, esto es, que sea atendida su pretensión independientemente del resultado de la misma, por el órgano jurisdiccional competente, mediante el cumplimiento de las garantías procesales, en una labor de protección de los derechos e intereses violados, restaurando el orden jurídico conculcado en tiempo útil.”

Este derecho supone el derecho de acceder a la jurisdicción cada vez, que se encuentren comprometidos sus intereses en situaciones cuya solución corresponda al Estado. Esta garantía no solo se vincula con el derecho de acción, sino también con el derecho de contradicción.

En efecto, el derecho de contradicción tiene la naturaleza, la causa y el objeto del derecho de acción, pues se trata también de un derecho subjetivo y abstracto a la jurisdicción, mediante el cual se cumple la finalidad de satisfacer el interés público, que no es más que la justicia y la paz social.

Sin embargo, no basta con el reconocimiento de los derechos ya que si estos no se materializan serían ilusorios, carecerían de validez y de toda eficacia, por lo que deben existir los medios para hacerlos efectivos contra todo exceso o abuso de poder, para que realmente estemos en presencia de una tutela judicial efectiva.

### **El Proceso**

En cuanto al proceso, el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que:

“El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.”

Se habla del carácter instrumental del proceso en forma distinta a la doctrina tradicional, quien lo considera cumpliendo la doble función de tutelar

los derechos subjetivos de las partes y la realización del derecho objetivo del Estado, en cambio este otro carácter instrumental es utilizado para mencionar que está al servicio de la función jurisdiccional.

Es importante destacar el carácter instrumental del proceso, al respecto se ha dicho: "...Su existencia sólo se justifica en cuanto constituye la herramienta legítima por excelencia para procurar las soluciones que en derecho merecen las situaciones problemáticas que involucran los intereses de los asociados. De no ser por esta finalidad el proceso carecería de razón de ser." Rojas (1997, 99).

En efecto, una de las finalidades del proceso es darle solución a una situación que rompa la armonía social, a través de la jurisdicción, pero este fin no solo puede reducirse a mantener la paz entre las partes, sino que también tiene un alto y superior interés público, que es la tranquilidad social, función ésta que tiene preeminencia sobre la solución de un conflicto de intereses entre particulares.

En cuanto a la función del proceso, Rojas (1997, 100) afirma que son las siguientes:

"Pueden identificarse dos funciones del proceso judicial: una privada y una pública. La primera está constituida por la satisfacción del interés individual comprometido en la situación

problemática concreta; la segunda alude a la tutela del orden jurídico. Gracias al proceso judicial el sujeto cuyos derechos subjetivos han sido conculcados o amenazados puede obtener la protección del Estado con miras a garantizarse efectiva realización; y, de contera, la existencia del proceso asegura la continuidad del sistema normativo en cuanto permite individualizar soluciones estatuidas en abstracto, ofreciéndole al orden jurídico la apariencia de seriedad que necesita para reproducirse.”

Es decir, para Rojas (1997), el proceso tiene un fin objetivo que es la actuación del derecho objetivo en el caso concreto, y uno subjetivo que tutela los derechos subjetivos y de la libertad y dignidad humana, no obstante la actuación de la ley no puede ser el fin, sino el medio que utiliza el Estado en el proceso para la tutela de los derechos y para resolver el problema que presenta violación o insatisfacción de los derechos subjetivos, por otra parte, si se concibe el fin del proceso como la simple tutela de los derechos subjetivos, tendría un contenido de interés particular y sería un instrumento de protección a los fines que las partes persigan.

En cuanto al proceso como instrumento fundamental para la realización de justicia, se ha indicado que:

“El proceso es la vía para dilucidar las controversias, ofreciendo a las partes igualdad de oportunidades para la defensa de sus posiciones; pero el proceso había sido abultado en tal forma que llegó a constituir un valor por sí mismo, independiente de la justicia. En la Constitución del 99 se produce su reformulamiento, al señalar ésta en su artículo 257, que el mismo constituye un instrumento para la realización de la justicia, y es por tal circunstancia que se exhorta su

simplificación, uniformidad y eficacia mediante la adopción de la brevedad, oralidad y publicidad. Es allí donde surge el precepto fundamental de la norma constitucional, en virtud de la cual “no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales” (Rondón, 2004, 228)

Es decir, la realización del derecho mediante la actuación de la ley en los casos concretos, para satisfacer el interés público, es el fin principal de todo proceso y su fin secundario es lograr la composición justa del litigio, cuando existen intereses contrapuestos, y cuando no estamos en presencia de éstos, la declaración del interés tutelado por la norma, en los procesos donde no hay contención.

Por otra parte, respecto al proceso debe haber además de un control constitucional un control axiológico que conlleve a la justicia, al respecto Blanco (1999) explicó que siguiendo el pensamiento de Luís Recaséns Fiches, la axiología jurídica consiste en aquellas reflexiones donde llevamos el derecho positivo a una instancia ético filosófica, que busca examinar cuáles serán idealmente sus títulos de justificación, respetando siempre los principios que sustentan la seguridad jurídica y la obediencia a la ley, que son valores que debe considerar todo sistema jurídico, no obstante el control axiológico en el proceso no estaría reñido en forma alguna con la voluntad inicial creadora de la norma, sino que por el contrario constituye un elemento regulador de la misma, debido a que la norma tiene una razón de ser, ya que

es producto de una elección sobre una conducta, escogiendo la mas adecuada, siendo producto esta elección de una valoración, por lo que no hay inconveniente en que el jurista se remonte al juicio de valor que la sustenta, ya que lo que se busca es que mediante esta actividad se le de cumplimiento a aquella voluntad que consideró una forma de comportamiento con preferencia a otra.

Es decir, el control axiológico consiste en un medio o instrumento que se encarga de que la norma se adapte a la realidad social, ya que la valoración que realizó el legislador en algún momento puede mantenerse o cambiar, y en este último caso debe adaptarse a la realidad social, en consecuencia, existe la necesidad de realizar juicios de valor en la aplicación de la norma, para excepcionalmente ejercer un control axiológico.

## **CAPITULO V**

### **CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE ALGUNAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA**

En relación al Derecho a la prueba, como parte del derecho a la defensa, la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, de fecha 26 de Febrero de 2002, indica que:

“En efecto, el numeral 1 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela expresa lo siguiente: Artículo 49-. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia: 1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley. La necesidad de la prueba en el procedimiento, responde a esta fundamental garantía del derecho a la defensa. Esta garantía se vería menoscabada, si no se pudiese llevar al procedimiento las demostraciones de las afirmaciones, alegatos o defensas realizadas por las partes. El derecho a la defensa en relación con la prueba, se patentiza en el procedimiento con las actuaciones de las partes cuando promueven pruebas, se oponen a las de la parte contraria, las impugnan contradicen, cuestionan, es decir, cuando realizan actividades de control y de contradicción de la prueba.” (p.11)

Por lo tanto, el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, al establecer que sólo son admisibles en Segunda Instancia, el instrumento público, las posiciones juradas y el juramento decisorio, limita el derecho a defenderse en cualquier estado y grado de la causa, debido a que no pueden promoverse en segunda instancia otros medios de pruebas que conlleven a las demostraciones de los alegatos o defensas realizadas por las partes.

Igualmente indica la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 24 de Enero de 2001, los supuestos que constituyen violación del derecho a la defensa señalando que:

“Al respecto observa la Sala que la violación al derecho a la defensa existe cuando los interesados no conocen el procedimiento que pueda afectarlos, se les impide su participación en él o el ejercicio de sus derechos, se les prohíbe realizar actividades probatorias o no se les notifican los actos que los afecten...” (p. 5).

En consecuencia, la defensa aparece vinculada a la posibilidad de acción, de actuación en pro de un interés propio que el sujeto considera debe ser protegido y lo que caracteriza un proceso es la posibilidad de participación efectiva de las partes que pueden verse afectadas por la decisión, por tal razón, la defensa no puede estar ausente para la válida constitución de un proceso.

Ahora bien, la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, de fecha 31 de Mayo de 2.000, hace referencia a lo indicado por la jurisprudencia española, en relación a la garantía constitucional de la defensa opinando lo siguiente:

“...la prohibición de la indefensión (...) implica el respeto del esencial principio de contradicción” (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 48/86, de 26 de abril).

“... el derecho de defensa implica, pues, la posibilidad de un juicio contradictorio en que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos” (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 123/189, de 6 de julio).

“... debe respetarse el derecho de defensa de las partes contendientes o que legalmente debieran serlo, mediante la oportunidad dialéctica de alegar y justificar procesalmente el reconocimiento judicial de sus derechos e intereses. Este derecho de defensa y bilateralidad, por otra parte ya reconocido legalmente antes de la Constitución, y expresado bajo el clásico principio procesal *nemine damnatur sine auditur*, se conculca, como ha señalado este Tribunal, cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa –S de 23 de noviembre de 1981, R 189/1981-, proscribiendo la desigualdad de las partes –S de 23 de abril de 1981, R 202/1981-, por contener tal norma un mandato dirigido al legislador y al intérprete en el sentido de promover la contradicción –S de 31 de Marzo de 1981, R 197/1981-“ (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 4/1982, de 8 febrero).

En otras palabras, cada una de las partes debe contar con oportunidad para controvertir las alegaciones y con los medios para cuestionar los elementos de juicios aducidos por el adversario, para asegurar su defensa y no ser juzgado sin haber sido oído, ya que se es titular del derecho de contradicción, mientras se tiene la capacidad para ser

sujeto de relaciones jurídicas, sin embargo, solo puede ejercerse en presencia de una pretensión adversa. Ejercitando el derecho de contradicción el sujeto exterioriza su resistencia a la pretensión, negando los hechos esgrimidos por el actor, para lo que es fundamental acompañar los medios de demostración, que no son más que las pruebas que acompañan sus alegatos.

Por otra parte, en relación a la Naturaleza jurídica de la Tutela Judicial efectiva, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 10 de Mayo de 2001, indicó que:

“El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de justicia (artículo 257)... la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaura”. (p.7)

En relación a lo anteriormente señalado, puede observarse que para la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la tutela judicial efectiva es un derecho de amplísimo contenido, que involucra algo más que

el acceso a la justicia y al derecho a obtener una decisión razonada y justa, como lo es un proceso con las mínimas garantías constitucionales procesales, que se encuentran preceptuadas en el artículo 49 de la Constitución Nacional Vigente, por lo que debe existir la suma de los elementos o garantías mínimas en el proceso, para que estemos en presencia de una tutela judicial efectiva.

En consecuencia, la tutela judicial efectiva, debe estar presente desde el momento en que se accede al órgano jurisdiccional hasta que se ejecuta en forma definitiva la sentencia dictada en el caso concreto, es decir, que una vez garantizado el acceso a la justicia, cada una de las garantías constitucionales que conforman el proceso, deben ser protegidos en el entendido de que el menoscabo de cualquiera de esas garantías, estaría al mismo tiempo vulnerando la tutela judicial efectiva.

Por otra parte, la tutela judicial efectiva al igual que la defensa, debe verse desde dos vertientes, como garantía y como derecho, en otras palabras, distinta naturaleza, para un mismo fin, la protección de los derechos e intereses.

En cuanto al Debido Proceso, la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de justicia, de fecha 11 de Septiembre de 2.002 afirma que:

“El derecho al debido proceso se consagra como un derecho fundamental, tendente a resguardar todas las garantías indispensables que deben existir en todo proceso para lograr una tutela judicial efectiva. En este sentido, la Sala, mediante decisión del 15 de marzo de 2000, (caso: Enrique Méndez Labrador), señaló la necesidad de que cualquiera sea la vía procesal escogida para la defensa de los derechos o intereses legítimos, las leyes procesales deben garantizar la existencia de un procedimiento que asegure el derecho de defensa de la parte y la posibilidad de una tutela judicial efectiva. En consecuencia, teniendo presente que las normas de procedimiento son una expresión de los valores constitucionales, la acción de amparo contra resoluciones, sentencias, actos u omisiones de los Tribunales de la República, está dirigida a proteger el derecho a un debido proceso que garantice una tutela judicial efectiva...”

Ahora bien, la defensa es uno de los aspectos contenidos en el Debido Proceso, preceptuado en el ordenamiento jurídico venezolano como derecho, sin embargo la defensa también viene a ser una garantía y ésta connotación deviene de la calificación de éste derecho en la categoría de derecho humano, en tal sentido puede afirmarse que la acepción defensa debe entenderse como derecho y garantía.

En relación al debido proceso, éste se encuentra preceptuado en la Constitución Nacional vigente, como un derecho individual de carácter fundamental, integrado por un conjunto de garantías constitucionales de

naturaleza procesal, que permiten su efectividad, en razón de ello el Estado debe garantizar un procedimiento justo y confiable en el momento que se imponga su actuación ante los órganos jurisdiccionales.

Así mismo, es importante indicar que el debido proceso como derecho fundamental, contiene los siguientes derechos y garantías:

- El Derecho a la Defensa.
- El Derecho a ser notificado.
- La Controversia de la prueba.
- El derecho a ser oído.
- El derecho a recurrir del fallo.
- El derecho al Juez Natural.
- Prohibición de la reformatio in pejus
- La presunción de inocencia.
- Responsabilidad personal del Juez y de los poderes públicos.

Cada uno representa un conjunto de garantías procesales, en la medida en que siendo el debido proceso, un derecho de naturaleza procesal exige la existencia de garantías que deben cumplirse a lo largo de todo el proceso, independientemente de su naturaleza y de la pretensión del particular.

En cuanto a la Constitucionalización sobre derechos y garantías procesales, la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, de fecha 08 de Febrero de 2001, realiza un análisis de la interpretación de las normas y los principios constitucionales, al respecto indica que:

“La Constitucionalización de las garantías esenciales del proceso en la novísima Constitución de 1999, entendida en sentido general, como su inserción en la Constitución, ha llevado a que las mismas adquieren la fuerza que le es propia de las normas y principios constitucionales, esto es, su superioridad normativa, extensible a todos, órganos de Estado y ciudadanos, (CRBV: 7 y 19). La naturaleza de la ley suprema de la Constitución se refleja en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución y en la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma que la contradiga o viole mediante los medios procesales previstos en ella, incluido en ello, la inconstitucionalidad sobrevenida de aquellas normas dictadas bajo el ordenamiento constitucional derogado, incompatibles con la novísima Constitución; así como, la aplicación preferente de la Constitución por los jueces (CRBV: 334) respecto a las interpretaciones de normas subconstitucionales que la contradigan (desaplicación singular: *control difuso de la constitucionalidad*), lo cual si bien mantiene su validez, ocasiona la pérdida de la eficacia de la norma cuestionada para el caso concreto, cuando ello fuera necesario para su solución en el mismo, conforme a la Constitución y dictando las medidas conducentes a tales fines (CRBV: 334) La constitucionalización de las normas sobre derechos y garantías procesales en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 (CRBV), no es una simple “formalización de reglas, conceptos y principios elaborados dogmáticamente por el Derecho Procesal, sino la consagración de normas que han adquirido un significado distinto, desde el momento de su incorporación en el Texto Constitucional, por ser “normas de garantía” que configuran la tutela del ciudadano frente a los poderes públicos y de los particulares entre sí. De tal carácter deviene que debe ser interpretada teniendo en consideración a todas las demás reglas constitucionales con los que guarda relación e inevitablemente, tal

interpretación estará influenciada por los valores, normas y principios que inspiran el orden constitucional en el cual se consagra y por el necesario balance del contenido esencial de los derechos presentes en el proceso.” (p. 5)

En otras palabras, las garantías constitucionales procesales son medios procesales a través de los cuales se hace posible la realización y eficacia de los derechos constitucionales, es decir, las garantías hacen posibles los derechos constitucionales, por lo que el fin de la constitucionalización de las garantías procesales no es otro que la realización de la justicia, como valor superior del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, es importante como lo indica la referida sentencia de fecha 08 de Febrero de 2001, tomar en cuenta que planteada la inconstitucionalidad de una norma, basada en una determinada interpretación de inconstitucionalidad, no debe plantearse solo la confirmación de la interpretación de inconstitucionalidad que se ha propuesto, al respecto indica que:

“...También la indeterminación de la inexistencia de una cualquiera otra interpretación que la haga compatible con la Constitución, porque de existir ésta, la norma conservará su vigencia, salvo en lo que se refiere a la interpretación inconstitucional confirmada. De allí que no puede declararse la inconstitucionalidad de una norma en forma global, sino cuando todas las interpretaciones posibles de la misma se encuentran en contradicción con el texto constitucional, y es por ello que el llamado “control difuso” de la constitucionalidad, solo produce la pérdida de la eficacia pero no la validez de la norma, ya que esta la conserva, salvo en lo que respecta a la interpretación de inconstitucionalidad confirmada en el caso concreto.” (p. 6)

Por lo tanto, no puede interpretarse una norma constitucional a partir de la norma legal misma, ya que es ésta, la que debe estar conforme a las normas y principios de carácter constitucional, es por ello que todas las normas del ordenamiento jurídico venezolano, deben interpretarse conforme a la Constitución Nacional Vigente.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Balzán, J. (1986). **Lecciones de Derecho Procesal Civil**. (2ª ed.) Caracas: Sulibro C.A.
- Blanco, J. (1999). Control Axiológico en el Proceso. **Derecho Procesal Civil Nuevo Enfoque del Proceso Civil: V Jornadas del Colegio de Abogados del Estado Carabobo**. Valencia: Badell Hermanos.
- Bello, H. (1966). **Pruebas**. (Tomo I). Caracas: Estrados.
- Bello, H. (1971). **La Prueba y su técnica**. Caracas: Estrados.
- Bello, H., y Bello. H. (1999). **El Derecho Procesal Civil en la Práctica**. Caracas: Mobil Libros.
- Brewer, A. (1989). **El Documento Público y Privado**. Caracas: Fabreton.
- Brewer, A. (2000). **La Constitución de 1999**. Caracas: Arte.
- Brice, A. (1965). **Lecciones de Procedimiento Civil**. (Tomo II). Caracas: Briscott C.A.
- Calamandrei, P. (1997). **Derecho Procesal Civil**. (Trad. E. Figueroa, Vol. 2). México: Mexicana. (Original Italiano, 1908)
- Código Civil de Venezuela. (1982). **Gaceta oficial de la República de Venezuela**. No. 2990 (Extraordinario), Julio 26 de 1982.
- Devis, E. (1993). **Teoría General de la Prueba Judicial**. (Tomo II. 4ª ed.). Medellín: Jurídica Dike
- Devis, E. (1994). **Compendio de Derecho Procesal: Pruebas Judiciales** (10ª ed.). Medellín: Jurídica Dike.
- Duque, R. (1990). **Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario**. Caracas: Jurídica Alva S.R.L.
- Garrido, A. (2001). El Debido Proceso como Derecho Fundamental en la Constitución de 1999 y sus Medios de Protección. **Bases y principios del Sistema Constitucional Venezolano**. (Tomo I, 1ª ed.). San Cristóbal

- Guerrero, G. (2002). **Posiciones Juradas**. Caracas: UCAB.
- Hoyos, A. (1996). **El Debido Proceso**. Bogota: Temis S.A.
- Liebman, E. (1980). **Manual de Derecho Procesal Civil**. (Trad. S. Sentis). Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, (Original Italiano, 1973).
- Muñoz, L. (1983). **Técnica Probatoria**. (2ª ed.). Barcelona: Praxis, S.A.
- Ortiz, R. (2001). **Tutela Constitucional Preventiva y Anticipativa**. Caracas: Fronesis.
- Parra, J. Ideas sobre la Prueba Ilícita (2003). **IV Congreso Venezolano de Derecho Procesal**. San Cristóbal.
- Parrilli, O. (1996). **La Prueba y sus Medios Escritos**. Caracas: Mobil.
- Pierre, O. (1980). **La Prueba en el Proceso Venezolano**. (Tomo I y II. 4ª ed.). Caracas: Paz Pérez, C.A.
- Rengel, A. (1997). **Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano según el nuevo Código de 1987: El Procedimiento Ordinario Las Pruebas en Particular**. (Tomo IV). Caracas: Arte.
- Rivera, R. (2004). **Las Pruebas en el Derecho Venezolano** (3ª ed.). San Cristóbal: Jurídica Santana.
- Rojas, M. (1997,99). **Introducción a la Teoría del Proceso**. (1ª ed.). Colombia: Cargraphics S.A.
- Rondón, H. (2004). **Análisis de la Constitución Venezolana de 1999**. Caracas: Ex Libris.
- Sánchez, A. (1992). **Comentarios y anotaciones al Código de Procedimiento Civil**. (2ª ed.). Caracas: Paredes Editores
- Santana, M. (1983). **Pruebas**. Caracas: Paredes Editores Caracas.
- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia**. (2001). 001023 del 24/01/01.

**Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.** (2001). 001683 del 10/05/01.

**Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.** (2002). 02263 del 24/01/01.

**Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.** (2002). 02263 del 11/09/02.

**Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia.** (2000). 340 del 31/10/00.

**Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.** (2001). 00 124 del 13/02/01.

**Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.** (2002). 00 325 del 26/02/02.

Silva, V. (1963). **La Prueba Procesal.** (Tomo I). Madrid: Revista de Derecho Privado.

Verde, D. (1989). **El Documento Público.** Caracas: Fabreton.