



**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL**

LA PRUEBA JUDICIAL PARA LA REALIZACIÓN DEL VALOR JUSTICIA

Trabajo Especial de Grado, para optar al Título de
Especialista en Derecho Procesal

Autora: Abog. Angie A.
Sandoval R.
Asesor: Dr. Fabio Ochoa
Arroyave

San Cristóbal, abril de 2014

Índice de Contenido

Índice de Contenido.....	ii
Lista de siglas	iv
Resumen	v
Introducción	1
Capítulos	
I. El Problema	6
Planteamiento del Problema.....	6
Objetivos de la Investigación	11
Justificación e Importancia	12
Marco Metodológico	13
Nivel y Tipo de Investigación	13
Preguntas de la Investigación.....	14
Operacionalización de las preguntas.....	14
Técnica e Instrumento de Recolección de la información	15
Análisis e Interpretación de la Información	15
Consideraciones Éticas y Legales	16
 II. Posiciones doctrinarias que conciben la función del proceso.....	 17
Consideraciones Preliminares	17
Posiciones Doctrinarias.....	19
1.- Como un simple mecanismo de resolución de controversias (CPC).....	19
- Planteamiento	19
- Fundamentos.....	20
- Consecuencias.....	20
Críticas a esta Posición	21
2.- Como un instrumento para la obtención de decisiones justas (CRBV).....	22
- Planteamiento	22
- Fundamentos.....	22
- Consecuencias.....	23
Críticas a esta Posición	24

III.	Principio Dispositivo establecido en el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil	29
	Definición del Principio Dispositivo	30
	Consagración Legal y Jurisprudencial.....	31
	Características.....	36
	Crisis del Principio Dispositivo.....	38
IV.	Supuestos legales referidos a la actividad oficiosa probatoria por parte del juez en un proceso	41
	Las diligencias probatorias oficiosas: Autos para mejor proveer.....	41
	El deber de valorar las pruebas fundamento de las excepciones perentorias que no fueron alegadas	43
	-En el Derecho colombiano	43
	Respecto del Juez	43
	Respecto del demandado	45
	-En el Derecho venezolano.....	46
	Respecto del Juez y del demandado.....	46
	Del juicio en contumacia en admitir la prueba del demandado y su valoración.....	47
V.	Rol del juez en el manejo de la prueba en el estado social de derecho y de justicia.....	55
	Función del Juez en el Proceso	56
	En el ordenamiento civil venezolano	62
	Consagración Jurisprudencial	64
VI.	Conclusiones	67
	Referencias Bibliográficas	73

Lista de Siglas

CC:	Código Civil.
CPC:	Código de Procedimiento Civil.
CRBV:	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
TSJ:	Tribunal Supremo de Justicia.
LOPNNA:	Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente.
CGP:	Código General del Proceso Colombiano
DRAE:	Diccionario de la Real Academia Española
LEC:	Ley de Enjuiciamiento Civil Española



UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
POSTGRADO EN DERECHO PROCESAL

LA PRUEBA JUDICIAL PARA LA REALIZACIÓN DEL VALOR JUSTICIA

Autora: Abog. Angie Andrea Sandoval Ruiz

Asesor: Abog. Fabio Ochoa Arroyave

Fecha: abril de 2014

RESUMEN

En el problema de investigación se propuso analizar el contenido publicista establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) respecto del modelo actual existente en el Código de Procedimiento Civil (1986) en cuanto a la prueba en la función del proceso para obtener una sentencia justa, basado en la justicia y en el Estado democrático social y de derecho que allí se pregona, fundamentado en un par de posturas doctrinarias que se dejaron sentadas, expresando que la función de la prueba es establecer la verdad real en el proceso como un instrumento para producir sentencias justas, en contraposición a la otra tesis que entiende la función de la prueba como elemento para convencer más que para establecer la verdad dentro de la posición que establece el proceso como un instrumento para resolver controversias. También se planteó analizar el principio dispositivo establecido en el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil venezolano y la crisis que éste ha generado en el proceso con el papel del Juez; así como una serie de supuestos legales que tienen relevancia en la práctica forense. La investigación arrojó que el Juez, al conocer un proceso judicial como director, se encuentra atrapado por este principio dispositivo, por cuanto la Carta Magna ha sido diseñada para que la justicia sea un instrumento que esté implícito en cualquier proceso, no sólo que al producirse una sentencia sea para haber resuelto un mero conflicto sino que se produzca una sentencia justa en todo su contenido y que así sea en la práctica real en los tribunales de la República. Esta investigación es documental, analítica a nivel descriptivo, y consiste en un estudio monográfico, el cual se realizó utilizando la técnica del análisis de contenido.

Palabras clave: Prueba, sentencia, justicia, juez, proceso civil.

Introducción

A la muerte del General Juan Vicente Gómez en el año 1935, comienza una fuerte tendencia hacia la democracia con el Gobierno del General Eleazar López Contreras. Este movimiento político es más notable cuando en el mundo soplaban vientos a favor de dictaduras militares e imperialistas como las de Benito Mussolini y Adolf Hitler, quedando las democracias a la defensiva, permaneciendo los Estados Unidos de Norteamérica en un plano aislado a esa política mundial.

En el año 1936, se efectuó en Venezuela la enésima reforma de la Constitución siendo Jefe del Estado el General Eleazar López Contreras. Esta Constitución incluye en su articulado medidas a favor de los trabajadores y recoge la función social de la propiedad. La Constitución promulgada en el año 1947, es la que se conoce como el antecedente más próximo a la del año 1961, que rigió por décadas, estando ambas basadas en similares principios democráticos y sociales.

Así, en el año 1999 fue aprobada una nueva: la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual venía a reemplazar este marco constitucional de años y que para su final aprobación tuvo que atravesar un proceso de Referéndum consultivo hecho al pueblo venezolano para su promulgación, cuya primera publicación fue mediante Gaceta Oficial N° 36.860 del 30 de diciembre de 1999 y la segunda publicación en Gaceta Oficial N° 5.453, se produjo el 24 de marzo de 2000. Esta, entre muchas otras cosas, comparada con la extinta, venía a traer y a ser de contenido más social, colocando en hombros del Estado mayores responsabilidades y deberes, teniendo muy presente que todo ese anhelo social, democrático, de derecho y de justicia tendría que ser conforme a un proceso lento para ser digerido por el colectivo social y tan cambiante en este siglo XXI.

Cada ciudadano debe conocer lo que es la Constitución, y para muchos es bien sabido en la actualidad en qué consiste o qué es, ya que cada persona muestra un interés personal por hacer valer sus intereses, deberes, derechos y prerrogativas que en ella se contienen.

Así se encuentra que, la Constitución, es la Carta Magna de todo el ordenamiento jurídico de la nación, la cual reúne todos los derechos y deberes que tienen tanto el Estado venezolano como cada uno de los ciudadanos.

Dentro de los fines de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), conforme con lo preceptuado en todos sus Títulos, se encontró relevante para el caso señalar de alguna manera sistematizada: el Título I en sus artículos 1 al 9, dedicado a los principios fundamentales que la rigen, tales como la libertad, la justicia, la soberanía del pueblo; el Título V, en sus artículos 186 al 298, trata de la organización del Poder Público Nacional: el Poder Legislativo o Asamblea Nacional, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial incluyendo al Tribunal Supremo de Justicia, y dos Poderes más, el Poder Moral o Ciudadano personificado en la Defensoría del Pueblo y el Poder Electoral representado por el Consejo Nacional Electoral.

En este sentido, este cuerpo de normas acoge entre los valores supremos del Estado venezolano, que se constituya en un Estado democrático y social de derecho y de justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, vida, libertad, justicia, igualdad, solidaridad y democracia (artículo 2).

En cuanto al acceso a la justicia se encuentra que toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, garantizando así el Estado una justicia gratuita, imparcial, autónoma, (artículo 26).

Respecto a la eficacia procesal esta CRBV en el artículo 257 la enmarca como un instrumento fundamental para la realización de la justicia, estableciendo las leyes procesales la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites.

Y finalmente, el artículo 334 *eiusdem* prevé la aplicación de la Constitución por parte de los Jueces de la República, por lo cual cada uno de ellos está en la obligación de asegurar la integridad de este marco constitucional en el ámbito de sus competencias, y cuando existiere incompatibilidad entre ésta y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, cabe preguntarse: ¿por qué en ciertos casos la sentencia judicial no se dicta con arreglo a la verdad demostrada a través de los medios de prueba, sino con arreglo a ficciones jurídicas, lo cual al no ser dictada

con arreglo a la realidad dejaría de ser una decisión justa?; ¿Cómo es el modelo actual en cuanto a la prueba establecida en el Código de Procedimiento Civil (1986) y el modelo publicista referido al estado Social de Derecho y de Justicia establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999)?

Para tal fin se plantearon los siguientes objetivos específicos: en primer lugar, comparar las posiciones doctrinarias que conciben la función del proceso como un mecanismo de resolución de controversias o como un mecanismo de obtención de sentencias justas; en segundo lugar, analizar el Principio Dispositivo establecido en el Artículo 11 del Código de Procedimiento Civil; en tercer lugar, describir algunos supuestos legales referidos a la actividad oficiosa probatoria por parte del juez en un proceso, y por último, establecer el rol del juez en el manejo de la prueba en el estado social de derecho y de justicia.

Con fundamentos en tales objetivos específicos se pudo dar respuesta al objetivo general de comparar el modelo actual en cuanto a la prueba establecida en el Código de Procedimiento Civil (1986) y el modelo publicista referido al estado Social de Derecho y de Justicia establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999).

Esta investigación se justifica por ser la prueba judicial un componente esencial del proceso como instrumento para la realización de la justicia; por lo que se considera necesario tratarla en todos sus aspectos, de modo que sirva para encontrar la verdad, colocando de esta manera el proceso en sintonía con los principios constitucionales.

Igualmente la investigación contribuirá a favorecer a aquellas personas que al momento de necesitar de la intervención judicial para dirimir cualquier controversia que se suscite entre ellas, y que al iniciarse el proceso como tal ya dejan de ser sujetos particulares para convertirse en sujeto activo y pasivo (demandante y demandado), es decir que prevalezca la voluntad de la ley y se les respeten los derechos fundamentales establecidos en la norma adjetiva civil y la constitucional, de modo que el juez pueda llegar a establecer la valoración adecuada de cada una de las pruebas aportadas por cualquiera de ellos con la finalidad de dictar una sentencia justa, equitativa y ajustada a derecho.

A nivel metodológico, se desarrolló una investigación con propósito utilitario, descriptiva y documental, para ello fue necesario analizar textos legales, doctrina

nacional y extranjera escrita sobre el tema, y jurisprudencia nacional aplicable a los diversos supuestos explanados y ya decididos tanto por la Sala Constitucional como por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia. Se realizó un estudio sistemático de los diferentes textos, con lo cual, el presente trabajo se configura como una investigación analítica y de desarrollo conceptual.

El proyecto de la investigación, se encuentra estructurado en tres (3) partes. Las páginas preliminares, que comprenden: el título o portada, donde se identifica la universidad, el título tentativo del proyecto, el grado académico al cual se está optando, los nombres y apellidos de la autora y asesor y el lugar y fecha de la presentación; el resumen, donde se expone el tema seleccionado, el objetivo general de la investigación, los objetivos específicos, la justificación o importancia del trabajo, la metodología que se propone seguir, y las palabras clave que describen el contenido; y el índice general, que configura una relación de los títulos de las ideas de primer, segundo y tercer grado. El cuerpo del proyecto, conformado por: la introducción, a través de la cual se presenta de manera general el qué, el cómo, el dónde y el cuándo de la investigación, su origen, objetivos, importancia en función de los aportes esperados y sus alcances, asimismo, se realiza una estructura del proyecto; el problema, en el cual se plantea el problema, se señala el objetivo general y los objetivos específicos de la investigación y finalmente se indica cuál es su justificación e importancia; el marco teórico, a través del cual se indica, cuáles son los antecedentes del problema, los fundamentos teóricos, jurídicos y jurisprudenciales, y se realiza un esquema preliminar de la investigación; el marco metodológico, donde se señala el tipo y nivel de la investigación, las variables o preguntas y su operacionalización, las técnicas e instrumentos de recolección de información, el análisis e interpretación de la información, y las consideraciones éticas y legales; y los aspectos administrativos, donde se indican los recursos humanos, financieros y materiales con los que se dispone, el presupuesto de la inversión y el cronograma de trabajo, que se presenta como anexo. Las referencias, que incluyen: las referencias bibliográficas, conformadas por las fuentes que han sido materialmente citadas en el cuerpo del proyecto, presentadas en una lista por orden alfabético siguiendo el criterio de autoría; y los anexos al proyecto, donde se incluye la información adicional que sirve para ampliar o apoyar alguno de los puntos tratados en el texto.

De acuerdo con el objetivo general y específicos señalados, este trabajo contiene seis capítulos: en el primero, se desarrolló lo concerniente al planteamiento del problema, los objetivos, la justificación e importancia. El segundo capítulo contiene la comparación de las posiciones doctrinarias que conciben la función del proceso como un mecanismo de resolución de controversias o como un mecanismo de obtención de sentencias justas. En el tercero se encuentra el Análisis del Principio Dispositivo establecido en el Artículo 11 del Código de Procedimiento Civil. En el capítulo cuatro se describen algunos supuestos legales referidos a la actividad oficiosa probatoria por parte del juez en un proceso. En el capítulo cinco se establece el rol del juez en el manejo de la prueba en el estado social de derecho y de justicia y por último en el seis se encuentran las conclusiones del trabajo que permiten demostrar que se cumplieron los objetivos de la investigación.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

Planteamiento del Problema

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) (1999), en relación con la Constitución de la República de Venezuela (1961) ha significado en muchos aspectos, un cambio de valores, de principios y de paradigmas en general, y siendo esta Carta Magna la piedra miliar de todo el ordenamiento jurídico, propuso cambios en muchos sistemas, instituciones, figuras jurídicas y reglas, que se orientaban por los principios, valores y paradigmas superados.

La CRBV (1999) representa una fuerte reacción contra el liberalismo conservador y, propicia un Estado mucho más interventor en la actividad económica relacionada con las necesidades sociales, en el área de los servicios públicos, en la atención de la salud, la educación, el sistema judicial, evitando que sea la mano invisible del mercado o la mano misteriosa de la libre confrontación de las fuerzas en conflicto judicial quienes resuelvan estos asuntos.

Garay (2000) expone que el énfasis en lo social es quizá lo más novedoso en la actual Constitución, son numerosos los artículos que proclaman y exponen en detalle los derechos tanto familiares, laborales o de participación, entre otros, que son proclamados en diversos artículos a veces en forma reiterativa. La mayoría de estos derechos estaban contemplados en la Constitución anterior pero de una forma más general.

Así pues, destacando, entre los sistemas legales que han resultado impactados, se aprecia que el sistema procesal civil, ha pasado a un sistema procesal más publicista, que concibe al proceso judicial como un instrumento para resolver controversias, pero con arreglo a una sentencia justa, siendo una de las premisas de la sentencia justa el que se pueda establecer la verdad, por lo que en este orden, la prueba tiene una importancia mayor; de modo que, el juez adquiere también un gran protagonismo.

Existen algunas posiciones doctrinarias en el proceso civil que han desarrollado esto y que ha venido siendo expuesto por la Constitución respecto del llamado Estado democrático social de derecho y de justicia y del proceso como instrumento para la realización de la justicia, existiendo un debate ideológico de la función del proceso y lo que se deriva de ello, como la llamada ideología del “*adversary system*”. Así aparece una primera posición que señala la función del proceso como un mecanismo de

resolución de controversias y una segunda posición que concibe la función del proceso basándose en que éste es un instrumento para la obtención de sentencias justas.

Taruffo (2008) hace la siguiente exposición:

En síntesis, el “*adversary system*” es el modelo ideológico del proceso civil típico del liberalismo clásico no solo porque se consolida como “modelo” en el período histórico en que esta es la ideología dominante, sino también porque es absorbido por ésta y asume sus valores fundamentales. En realidad, precisamente esta identificación de valores procesales y valores económicos-políticos es posible y ocurre, sobre todo, porque el proceso *adversary* se percibe realmente como uno de los canales institucionales por medio de los cuales la dinámica fundamental del combate económico entre individuos desiguales obra como instrumento de resolución de conflictos.(pp. 129-130)

Según el autor, todo esto no demuestra que la reseñada identificación entre modelo *adversary* y *due process* es necesaria, ni que la conservación del *adversary system* sea suficiente para asegurar la realización concreta de la garantía.

Para Taruffo (2008)

Desde el primer punto de vista vale en efecto la consideración de que la garantía de la defensa y las otras garantías fundamentales pueden ser adecuadamente realizadas aun en tipos de proceso con estructura distinta de la del proceso *adversary*. La confirmación de esto se encuentra no solo en los numerosos ordenamientos del *civil law* en los cuales la realización de las garantías fundamentales se combina con la presencia de un juez activo en la dirección del proceso y en la búsqueda de la verdad. (p. 134)

Al tener esta concepción de la ideología del *adversary system* como un modelo donde el proceso obra para la resolución de conflictos, es preciso señalar que la sentencia es el producto final del proceso, el cual puede definirse como aquel pronunciamiento que dicta el Juez con ocasión de haber conocido un expediente; un proceso que instauran dos partes: demandante y demandado y que al vencer todos los lapsos procesales, culmina con su decisión, la cual se dicta con arreglo a lo aportado por ellas, favoreciendo a una de ellas. Y en un sentido más estricto y práctico, Naranjo (1986) expresa:

Constituye la opinión del Juez en su función de decidir una pretensión determinada, quien en nombre de la República de Venezuela, y por

autoridad de la ley pronunciará su voluntad de modo preciso al declarar con lugar la demanda cuando exista plena prueba de los hechos alegados en ella; y en caso contrario, la declarará sin lugar imponiendo las costas a la perdedora. (p.301).

Al establecerse lo que constituye una sentencia en un proceso judicial, se encuentran algunos elementos que la terminan de definir como una sentencia justa, los cuales se agrupan según Taruffo (2009) en:

- a) la imparcialidad del procedimiento (es decir, la justicia procesal);
- b) la interpretación correcta y precisa y la aplicación de las disposiciones jurídicas sustantivas que rigen el caso y;
- c) la reconstrucción precisa, completa y jurídica de los hechos del caso (nuestro caso).

Como señalara este autor entre otros, Jerome Frank, ninguna decisión judicial puede ser considerada justa si se basa en los hechos equivocados. (p.346)

Así, existen algunos aspectos puntuales de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) que son el punto de partida de esta investigación y que repercuten y están impactando el sistema civil probatorio, entre ellos: Artículo 2: “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia...”. Este artículo entre otras cosas propugna como valores superiores o supremos del estado venezolano y dentro de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la justicia.

Por su parte en el Artículo 7: “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”.

Los primeros nueve artículos de este cuerpo de normas constitucionales están dedicados a los Principios Fundamentales; resalta por sobre todo, que la Constitución es la norma suprema de todo el ordenamiento jurídico, debiendo ceñirse cada uno de los Órganos del Poder Público a lo que se pauta en ella.

Entre tanto, se señala que la justicia, al encontrarse en un Estado democrático, social y de derecho, debe ser el norte para todo proceso judicial que se instaure, no debiendo sacrificarse por la omisión de formalidades no esenciales para su tramitación; ello así lo estatuye el artículo 257 el cual expresa:

El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la 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.

Esta norma persigue la eliminación de las trabas procesales y formalismos de que están llenos los procesos judiciales; y que la justicia no sea fuerte con el débil y débil con el fuerte, sino que resplandezca como debe ser en un estado de derecho.

Artículo 334: Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta constitución.

En caso de incompatibilidad entre esta constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente.

Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella.

Esta regla, igual que en constituciones anteriores, dispone que los jueces queden obligados a cumplir la Constitución y cuando haya contradicción entre ésta y alguna ley u otra norma jurídica aplicará siempre la Constitución, y si algún tribunal recibiera un asunto en el cual se violara este principio, el juez está obligado a aplicarlo de oficio.

Todo esto se refuerza con el Artículo 20 del Código de Procedimiento Civil (CPC) que estatuye que: “Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia”.

La referencia a la que alude esta disposición adjetiva civil se encuentra comprendida dentro de las disposiciones fundamentales de todo el proceso civil y el llamado control incidental o difuso de la constitucionalidad, es decir, que el juez tiene la discreción de aplicar una norma en particular cuando la ley vigente que deba aplicarse colida con una constitucional, concatenándose éste también con la supremacía ya señalada en el artículo 334 constitucional.

Estos artículos ya señalados son los que establecen toda una filosofía nueva, distinta en materia judicial: En el Estado Social de derecho, éste interviene en una serie de actividades, una de ellas es la justicia/juez.

A consecuencia de todo ello, puede opinarse que debe cambiar el tratamiento judicial que se le da a la prueba aportada en un proceso, por ejemplo en los casos del demandado en el proceso en contumacia; deben flexibilizarse igualmente las restricciones a la eficacia probatoria de la prueba testimonial, así como también, debe recibirse la declaración al testigo incurso en causales de inhabilidad, en materias en las cuales escasea la prueba, y como también sucede en las relaciones de familia, tal y como lo establece el artículo 480 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. (LOPNNA)

En materia de poderes materiales, el juez tendrá que conocer de oficio la inmensa mayoría de excepciones que aparezcan acreditadas en autos, aún sin que medie alegato de la parte demandada.

Y para hacer alusión a este postulado se ve que también ha resultado impactado, agudizándose una crisis en el sistema civil probatorio por la Constitución del 99 como lo es el Principio Dispositivo establecido en el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil (1986).

Someramente, ya que más adelante se desarrollará a profundidad este principio, éste se manifiesta en materia de alegatos, las partes determinan con sus alegatos de hecho, el objeto de la controversia; en materia de recursos (sólo a instancia de parte proceden los recursos), en materia de pruebas las partes son las que aportan los medios de prueba de los hechos que han alegado. El proceso no se puede iniciar sino a instancia de parte (*nemo iudex sine actore*). Las partes son libres de disponer del objeto del proceso mediante transacción, convenio o desistimiento. El principio dispositivo en materia procesal civil, es un equivalente al principio de autonomía de la voluntad del derecho sustancial civil, el cual se fundamenta en la naturaleza privada patrimonial del objeto del proceso.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, cabe preguntarse: ¿por qué en ciertos casos la sentencia judicial no se dicta con arreglo a la verdad demostrada a través de los medios de prueba, sino con arreglo a ficciones jurídicas, lo cual al no ser dictada con arreglo a la realidad dejaría de ser una decisión justa? Ante esta interrogante surge la necesidad de analizar el modelo actual en cuanto a la prueba establecida en el Código de Procedimiento Civil (1986) al modelo publicista referido al estado Social de Derecho y de Justicia establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999).

Con la finalidad de lograr el objetivo planteado en la presente investigación se realizará un análisis de las diversas posturas doctrinarias respecto del articulado señalado ut supra, destacando el artículo 2 y 257 (entre otros) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), pilares del Estado de justicia y del proceso como instrumento para la realización de la justicia, concatenando esto con el debate ideológico sobre la función del proceso y todas las implicaciones que se deriva de ello, encontrando así una primera posición que concibe al proceso como un simple mecanismo de resolución de conflictos; y la segunda posición o doctrina que concibe el proceso como un instrumento para la obtención de decisiones justas.

De llegar a determinarse cual posición doctrinaria se ajusta a la realidad actual venezolana aplicada por los jueces en Venezuela, en donde tienen una participación discrecional, se estaría vulnerando lo que se conoce en doctrina como el llamado principio dispositivo establecido en el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil actual, puesto que este principio en materia procesal civil, es un equivalente al principio de autonomía de la voluntad del derecho sustancial civil, el cual se fundamenta en la naturaleza privada patrimonial del objeto del proceso, y al observarse esto se identificaría un problema que estaría afectando significativamente el poder oficioso de ordenar pruebas por parte del juez, puesto que se convirtió en un poder-deber de carácter general, que le permite ordenar pruebas, incluso no propuestas por las partes.

Objetivos de la Investigación

Objetivo general

Analizar el modelo actual en cuanto a la prueba establecida en el Código de Procedimiento Civil (1986) y el modelo publicista referido al estado Social de Derecho y de Justicia establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999).

Objetivos específicos

1. Comparar las posiciones doctrinarias que conciben la función del proceso como un mecanismo de resolución de controversias o como un mecanismo de obtención de sentencias justas.
2. Analizar el Principio Dispositivo establecido en el Artículo 11 del Código de Procedimiento Civil.
3. Describir algunos supuestos legales referidos a la actividad oficiosa probatoria por parte del juez en un proceso.

4. Establecer el rol del juez en el manejo de la prueba en el estado social de derecho y de justicia.

Justificación e Importancia

Al observarse que en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) se ha diseñado un sistema publicista del Estado social, democrático, de derecho y de justicia, en donde el proceso constituye un instrumento para la realización de la justicia, el Código de Procedimiento Civil (1986) en muchos aspectos, no trata la prueba judicial, que es un componente esencial del proceso como instrumento para la realización de la justicia; por lo que se considera necesario tratar la prueba en todos sus aspectos, de modo que sirva para encontrar la verdad, colocando de esta manera el proceso en sintonía con los principios constitucionales.

De esa manera este trabajo contribuiría a que se le de un papel más preponderante al juez en un proceso judicial, donde no quede atado solo a la discrecionalidad existente en ciertos casos en las que se encuentra atrapado, si se quiere, por el llamado principio dispositivo establecido en el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil; buscando entonces, que no solo se quede con lo aportado por las partes, que pueda llegar a conocer la verdad en el proceso, y así conlleve a que exista una sociedad que reciba una justicia equitativa, social, y que en el momento de acudir a una instancia jurisdiccional, se pueda poner en práctica lo que la Carta Magna ha establecido en su filosofía.

Igualmente el trabajo contribuirá a favorecer a aquellas personas que al momento de necesitar de la intervención judicial para dirimir cualquier controversia que se suscite entre ellas, y que al iniciarse el proceso como tal ya dejan de ser sujetos particulares para convertirse en sujeto activo y pasivo (demandante y demandado), es decir que prevalezca la voluntad de la ley y se les respeten los derechos fundamentales establecidos en la norma adjetiva civil y la constitucional, de modo que el juez pueda llegar a establecer la valoración adecuada de cada una de las pruebas aportadas por cualquiera de ellos con la finalidad de dictar una sentencia justa, equitativa y ajustada a derecho.

Marco Metodológico

Nivel y Tipo de Investigación

Metodológicamente el presente trabajo se ubica en una investigación teórica, que ofrece la ventaja de precisar elementos empíricos del tema, a través de investigar en los textos legales, jurisprudenciales, doctrinales y otros documentos, analizados fundamentalmente con sentido crítico y temático, esto es, a través de los variados aspectos como han sido considerados en su oportunidad por los estudiosos de la materia. Lo anterior configura una investigación analítica y de desarrollo conceptual, con apoyo de una amplia revisión bibliográfica. En tal sentido y de acuerdo a los objetivos establecidos, la investigación fue de tipo documental a un nivel descriptivo.

Documental, entendiéndola como la define la Universidad Pedagógica Experimental Libertador (UPEL, 2006) y esta es:

El estudio de problemas con el propósito de ampliar y profundizar el conocimiento de su naturaleza, con apoyo, principalmente, en trabajos previos, información y datos divulgados por medios impresos, audiovisuales o electrónicos. La originalidad del estudio se refleja en el enfoque, criterios, conceptualizaciones, reflexiones, conclusiones, recomendaciones y, en general, en el pensamiento del autor (p. 12).

Se ubicó en un nivel descriptivo tomando como base lo que dice Escorcía (2009) porque permite:

Analizar e inventariar características de fenómenos, objetos, problemas de estudio para definir su naturaleza. Se proponen conocer un grupo de fenómenos homogéneos u objetos, utilizando criterios sistemáticos que permitan poner de manifiesto su estructura lógica o comportamiento. No se ocupan de la verificación de hipótesis, sino de la descripción de hechos a partir de un modelo teórico definido previamente (p. 3).

Como complemento y por constituir una modalidad de la investigación documental, se empleó la investigación bibliográfica, de acuerdo a las consideraciones de Alfonso (1999), quien la define como:

El proceso de búsqueda que se realiza en las fuentes impresas con el objeto de recoger la información en ella contenida, organizarla sistemáticamente, describirla e interpretarla de acuerdo con procedimientos que garanticen la objetividad y la confiabilidad de sus resultados, con el fin de responder a

una determinada interrogante o llenar alguna laguna dentro de un campo de conocimiento (p. 30).

Lo anteriormente señalado fue reforzado con el uso del análisis de contenido de naturaleza cualitativa, análisis comparativo y la construcción de sistemas de categorías, clasificación de casos, inducción y síntesis. Ello permitió hacer un análisis deductivo-inductivo para así cumplir con los objetivos planteados.

Preguntas de la investigación

- ¿Cuáles son las posiciones doctrinarias que conciben la función del proceso como un mecanismo de resolución de controversias o como un mecanismo de obtención de sentencias justas?
- ¿Qué establece el Principio Dispositivo contemplado en el Artículo 11 del Código de Procedimiento Civil?
- ¿Cuáles son los supuestos legales referidos a la actividad oficiosa probatoria por parte del juez en un proceso?
- ¿Cuál es el rol del juez en el manejo de la prueba en el estado social de derecho y de justicia?

Operacionalización de las preguntas

Formulación	Sistematización
¿Qué importancia tiene la prueba judicial para la realización del valor justicia establecida en el Código de Procedimiento Civil de 1986 y el modelo publicista referido al estado social de derecho y de justicia que promueve la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999?	¿Cuáles son las posiciones doctrinarias que conciben la función del proceso como un mecanismo de resolución de controversias o como un mecanismo de obtención de sentencias justas?
	¿Qué establece el Principio Dispositivo contemplado en el Artículo 11 del Código de Procedimiento Civil?
	¿Cuáles son los supuestos legales están establecidos referidos a la actividad probatoria por parte del juez en el proceso?
	¿Cuál es el rol del juez en el manejo de la prueba en el estado social de derecho y de justicia?

Técnica e Instrumentos de recolección de información

Al tomar como base los objetivos del presente trabajo, el cual es documental de nivel descriptivo, donde se determinó la incorporación del modelo actual en cuanto a la prueba, establecido en el Código de Procedimiento Civil (1986) al modelo publicista referido al Estado Social de derecho y de justicia, establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) se utilizaron las técnicas propias de la investigación documental, de ellas se pueden mencionar: el análisis de contenido de naturaleza cualitativa, la observación documental, la lectura evaluativa y la técnica del resumen.

La información recolectada y su sistematización se hizo mediante el análisis de contenido de naturaleza cualitativa, para ello se siguió lo estipulado en Hernández, Fernández y Baptista, 2006, donde se afirma que el análisis de contenido es "... una técnica de investigación para hacer inferencias válidas y confiables de datos con respecto a su contexto" (p. 356).

En cuanto a la observación documental, para Balestrini (2006) ésta se utiliza "como punto de partida en el análisis de las fuentes documentales; mediante una lectura general de los textos, se iniciará la búsqueda y observación de los hechos presentes en los materiales escritos consultados que son de interés para esta investigación" (p. 152).

Por otro lado la lectura evaluativa según Alfonso (1999) se entendió como aquella lectura que "es esencialmente crítica, pues, no se trata sólo de comprender el pensamiento de un autor, sino de valorarlo. En ese sentido, se puede decir que la lectura que se realiza para la recolección de los datos tiene un carácter sumamente complejo, ya que la misma constituye el nivel mas difícil que puede alcanzarse en la actividad de leer" (p. 115) y la técnica del resumen, según esta autora se entendió como "la exposición condensada de un escrito en el cual se refleja fielmente las ideas expresadas en el texto original, su extensión es variable, pues puede referirse desde un párrafo hasta un libro" (p.117).

Como instrumento de refuerzo para facilitar la recopilación y clasificación de la información, se utilizaron fichas de trabajo, las cuales permitieron una mejor organización de la información extraída de las fuentes consultadas, pudiéndose utilizar adicionalmente entre otras, la técnica del subrayado y el registro de notas.

Análisis e Interpretación de la Información

Uno de los aspectos más resaltantes de esta investigación fue la clasificación de la información, ésta se realizó tomando en cuenta las preguntas de la investigación,

aspectos centrales de la demostración, para el logro de los objetivos. Como se dijo anteriormente se partió de la lectura evaluativa, del resumen lógico, el subrayado y el registro de notas. En cuanto al análisis en general, para Fernández (como se cita en Alfonso, 1999) fue entendido como:

Un proceso mediante el cual, usando un conjunto de informaciones pertinentes como elementos de juicio, raciocinamos con la finalidad de descubrir causas, efectos, cualidades, motivos, posibilidades, riesgos, etc., como base para la acción o para el conocimiento de una situación (p. 146).

En tal sentido la información se sometió a un análisis externo e interno.

Para Alfonso (1999) el análisis externo:

Estudia el contexto al cual pertenece el documento, a fin de precisar su autenticidad. Asimismo, busca determinar su resonancia.... La autenticidad se refiere a la precisión de que un documento es exactamente lo que se supone y que su autor es el que figura como tal. La resonancia está referida al análisis de la influencia del documento (p. 147)

Sobre la aplicación del análisis interno y de acuerdo a los autores citados, referido al contenido. Se trata de un análisis de carácter racional y subjetivo. Se dice que es racional porque resume los rasgos fundamentales del documento conectándolos con sus aspectos secundarios y estableciendo una relación lógica entre las ideas. Tiene carácter subjetivo porque el que estudia el documento lo interpreta y, aun cuando esa interpretación pueda hacerse con la máxima objetividad posible, está condicionada por una serie de factores como son ideología, talento, prejuicios, etc., del investigador

Del análisis progresivo de la información estudiada surgieron las conclusiones y recomendaciones, las cuales fueron evaluadas y perfeccionadas a través de un proceso de síntesis, lo cual se entendió como la recomposición de las partes o elementos de un todo que el análisis había separado, para integrarlas en una unidad coherente y con sentido pleno, que condujo a conclusiones finales, racionalmente fundamentadas.

Consideraciones Éticas y Legales

La investigadora manifiesta que conoce tanto el marco jurídico de la Universidad Católica “Andrés Bello” referido a la elaboración y presentación del Trabajo Especial de Grado como el del manejo de la información en general y en particular sobre aquella que va referenciar en la investigación, comprometiéndose a respetarlos conforme a los valores éticos de esta institución.

CAPÍTULO II

POSICIONES DOCTRINARIAS QUE CONCIBEN LA FUNCIÓN DEL PROCESO

Consideraciones Preliminares

La Constitución de 1999 representa una fuerte reacción contra el liberalismo conservador y propicia un Estado mucho más interventor en la actividad económica relacionada con las necesidades sociales, como por ejemplo, en el área de los servicios públicos, en la atención de la salud, la educación, el sistema judicial, evitando que sea la mano invisible del mercado o la mano misteriosa de la libre confrontación de las fuerzas en conflicto judicial quienes resuelvan estos asuntos.

Sin embargo, se debe señalar que la finalidad del proceso para la Constitución vigente es la búsqueda y la obtención de la justicia, mediante la aplicación del ordenamiento jurídico.

Así, es preciso hacer un acercamiento a ciertas normas que repercuten el sistema civil probatorio y que se encuentran primariamente en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) como son:

Artículo 2:

Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social: “y, en general”, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

De este artículo debe destacarse cuando señala que el Estado propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, entre otros, la justicia.

El Artículo 7 establece:

“La constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico: Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución.”

Dispone esta norma que aquellas personas que ejerzan funciones dentro de los Órganos del Poder Público se encuentran sujetos a lo enmarcado dentro de la Carta

Magna, por cuanto constituye ésta la norma primaria dentro del ordenamiento jurídico venezolano.

El artículo 257 señala:

El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la 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.

De esta norma es importante señalar que ha dejado claramente el legislador que: “El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia.”

Y finalmente, el Artículo 334 reza:

Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta constitución.

En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente.

Este articulado de carácter constitucional se refuerza entre tanto, con lo establecido en el Artículo 20 del Código de Procedimiento Civil (1986) que dispone:

“Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia.”

Así las cosas, encontramos que el sistema civil probatorio con la entrada en vigencia del nuevo texto constitucional en especial del artículo 2 y el 257, en relación a la función del proceso, existe un debate ideológico.

Entre los sistemas legales que han resultado impactados, se aprecia que el sistema procesal civil, ha pasado a un sistema procesal más publicista, que concibe al proceso judicial como un instrumento para resolver controversias, pero con arreglo a una sentencia justa, siendo una de las premisas de la sentencia justa el que se pueda establecer la verdad, por lo que en este orden, la prueba tiene una importancia mayor; de modo que, el juez adquiere también un gran protagonismo.

Existen algunas posiciones doctrinarias en el proceso civil que han desarrollado esto y que ha venido siendo expuesto por la Constitución respecto del llamado Estado democrático social de derecho y de justicia y del proceso como instrumento para la realización de la justicia, existiendo un debate ideológico de la función del proceso y lo

que se deriva de ello, como la llamada ideología del “*adversary system*”. Así aparece una primera posición que señala la función del proceso como un mecanismo de resolución de controversias y una segunda posición que concibe la función del proceso basándose en que éste es un instrumento para la obtención de sentencias justas.

Posiciones Doctrinarias

Existen posiciones en doctrina del articulado asumido por la CRBV (1999) con relación al debate ideológico sobre la función del proceso y todas sus implicaciones, estas dos posiciones son objeto de análisis en este trabajo:

La Primera posición concibe al proceso como un simple mecanismo de resolución de controversias: (Aproximación al Código de Procedimiento Civil) cada una de estas posiciones consta de tres partes o epígrafes: planteamiento, fundamento y consecuencias.

Planteamiento

La única función del proceso civil es la de resolver controversias, poniendo fin a los conflictos entre individuos privados. Esta posición sostiene que el proceso es justo esencialmente porque se basa en el libre juego de las partes en el ámbito de la contienda procesal. Es más, la justicia de la decisión se hace depender exclusivamente de la corrección del procedimiento que la precede. El proceso de resolución de los conflictos es indiferente a como hayan ocurrido realmente las cosas y, por tanto, no está interesado en conseguir una determinación verdadera de los hechos de la causa. Resulta evidente que quien asuma una posición de indiferencia absoluta respecto a la determinación de la verdad de los hechos tenderá a adoptar un sistema en el que las partes dispongan exclusivamente de todas las facultades de iniciativa instructora, sin que se atribuya al juez ningún poder.

Taruffo (2008) hace la siguiente exposición:

En síntesis, el “*adversary system*” es el modelo ideológico del proceso civil típico del liberalismo clásico no solo porque se consolida como “modelo” en el período histórico en que esta es la ideología dominante, sino también porque es absorbido por ésta y asume sus valores fundamentales. En realidad, precisamente esta identificación de valores procesales y valores económicos-políticos es posible y ocurre, sobre todo, porque el proceso *adversary* se percibe realmente como uno de los canales institucionales por medio de los cuales la dinámica fundamental del combate económico entre

individuos desiguales obra como instrumento de resolución de conflictos.(pp. 129-130)

Fundamento

Esta posición está basada en una visión individualista en el que importan únicamente los intereses y los objetivos privados. De ello se deriva que sólo los individuos privados pueden y deben desarrollar un papel activo en el proceso, y esto vale también para la iniciativa probatoria la cual acarrea consecuencias

Consecuencias

La primera consecuencia es en cuanto a la iniciativa probatoria la cual deja exclusivamente a las partes la tarea de gestionar a su voluntad la contienda procesal, y en particular, la proposición de pruebas; por tanto, el juez se encuentra en la condición de un árbitro pasivo que juzgará exclusivamente sobre la base de los elementos de juicio que las partes le hayan proporcionado.

En cuanto al contenido de la decisión final la disposición del proceso adversary se apuntala, además, en la igualdad formal de las partes, en el principio de que el juez solo puede ser un árbitro neutral y pasivo del encuentro judicial. Sosteniendo que una decisión tomada por un juez que ha permanecido pasivo en el curso del proceso está provista de una fuerza moral superior y por lo tanto de una mayor probabilidad de ser aceptada por las partes. Como segunda consecuencia, señala que no importa el contenido de la decisión final, sólo importa que sea el resultado directo del enfrentamiento individual de las partes.

La tercera consecuencia, referida al establecimiento y búsqueda de la verdad, postula que no interesa buscar la verdad en el proceso. El juez del proceso adversary debe intervenir solo para asegurar que el combate entre las partes individuales sea libre, o sea que suceda con observancia de las reglas fundamentales de autonomía e igualdad formal (Taruffo, 2008).

Expone también esta posición que en cuanto a la función de la prueba no tiene importancia, que la prueba es un mero formalismo (tan igual lanzar una moneda que defina si sale cara o cruz el sentido de la decisión).

Taruffo (2008) afirma que:

...si el juez es pasivo frente a las maniobras obstruccionistas y desviadoras de una parte, o de ambas, termina por permitir que el proceso se oriente hacia la victoria del abogado más hábil y sin prejuicios, en vez de lograr una decisión justa y verídica. Surge así un conflicto entre el valor de la

pasividad como requisito de imparcialidad, y el valor conformado particularmente por la búsqueda de la decisión, de la decisión más adecuada al caso concreto. (p. 116).

Criticas a esta posición

Taruffo (2008) expone que hay algunas críticas que rebaten esta doctrina como Owen Fiss, quien alega que esta teoría del proceso como resolución de conflictos se basa en un individualismo radical inaceptable en la sociedad moderna y en la privatización de los valores en juego en la administración de justicia.

Igualmente la determinación de la verdad no interesa, y, por tanto, el proceso no debe estar orientado hacia este objetivo, y si tampoco importa la calidad de la decisión, es difícil comprender entonces por qué las partes y el juez deben perder tiempo en proponer y practicar las pruebas. Si la verdadera y exclusiva finalidad es poner fin a las controversias, existen vías más rápidas y eficaces para alcanzar ese objetivo: las ordalías, lanzar una moneda. El proceso sería un instrumento ritual, no para hacer justicia, sino para hacer creer que se hace justicia. En resumen el ritual procesal serviría únicamente para legitimar la decisión.

Esta posición se corresponde más con la naturaleza salvaje que con un mundo civilizado. Los seres se rigen por la lógica brutal de la fuerza y de la astucia. En el mundo civilizado del libre mercado, las relaciones se rigen por la lógica brutal de la mayor capacidad económica. En la actual civilización, el proceso judicial no debe concebirse como un subrogado de la guerra. Es un instrumento para lograr la convivencia entre los seres humanos a través de la justicia.

Taruffo ha ido desarrollando y colocado en la doctrina algunas posiciones doctrinarias respecto de la función del proceso y de las implicaciones que de ello se derivan como lo ha querido establecer la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el postulado del proceso como realización de la justicia y de que el Estado se concibe como un estado de derecho social y de justicia.

Es probablemente ingenuo considerar que un sistema procesal derive directa y exclusivamente de las líneas esenciales de una ideología, porque un peso determinante se reconoce por ejemplo a la tradición histórica, y por lo demás, la misma ideología no es -a su vez- un *prius* sino un *posterius* con respecto a las mismas causas económico-sociales que inciden sobre la estructura de los fenómenos jurídicos. No obstante, si

existe un ejemplo claro de modelo procesal que en sus aspectos fundamentales se inspire en una específica ideología es precisamente el del *adversary system*.

Por su lado, el proceso *adversary* se apoya típicamente en un concepto formal de “parte”, y en una noción puramente formal de igualdad de las partes: la lógica del litigio individual presupone en efecto que todos -y en particular las partes contrapuestas en la litis singular- puedan servirse de las mismas armas pero no exige que en concreto ambas partes tengan la misma fuerza defensiva.

El segundo valor fundamental conexo con el principio de la libre iniciativa individual consiste en la no intervención del Estado en la dinámica de las relaciones individuales privadas, precisando que en el ámbito del *adversary system* el mismo valor desempeña un papel determinante modelando la función que se atribuye al juez. Este, como es sabido, no debe intervenir en la contienda procesal para determinar su desenvolvimiento y tanto menos su resultado (es pues un árbitro pasivo), sino que debe solo garantizar que el combate acaezca de modo correcto, o sea con el respeto de las “reglas de juego”, y que por lo tanto prevalezca la parte que ha hecho mejor uso de su capacidad y de su libre iniciativa. El juez del *adversary system* debe intervenir solo para asegurar que el combate entre las partes individuales sea libre, o sea que suceda con observancia de las reglas fundamentales de autonomía e igualdad formal; se trata sobre todo de razones de carácter histórico.

Es verdad, en efecto que la estructura del proceso civil inglés ya en el siglo XIII se ancla en la figura de un juez-árbitro pasivo y mantiene esa coherencia durante toda la historia del proceso inglés y americano.

La segunda posición concibe el proceso como un instrumento para la obtención de decisiones justas: (Posición Venezolana de acuerdo a la CRBV)

Planteamiento

La decisión judicial debe transmutarse en paz con justicia social. Por lo tanto, el proceso judicial es un instrumento para hacer justicia. Esta es la posición que sigue la actual CRBV, así como lo previene el artículo 2 y 257 en forjar al proceso como una herramienta para obtener la justicia.

Fundamento

Desde el primer punto de vista vale en efecto la consideración de que la garantía de la defensa y las otras garantías fundamentales pueden ser adecuadamente realizadas aún en tipos de proceso con estructura distinta de la del proceso *adversary*. La confirmación de esto se encuentra no solo en los numerosos ordenamientos del civil law

en los cuales la realización de las garantías fundamentales se combina con la presencia de un juez activo en la dirección del proceso y en la búsqueda de la verdad.

Consecuencias

En cuanto a la iniciativa probatoria para que se pueda establecer la verdad, no puede dejarse únicamente a las partes la función de traer la prueba al proceso, ya que, las partes no buscan la verdad de manera neutral y desinteresada: su enfoque típico es el de una persona interesada en lograr la victoria, aunque no se encuentre la verdad.

Taruffo (2008) ha desarrollado esta posición aseverando que:

El conflicto en torno al adversary system es por lo tanto claramente ideológico, aunque a veces se pretende sub especie de discusión sobre problemas de naturaleza técnico-jurídica o de eficiencia del sistema, como ocurre por ejemplo acerca de la cuestión de si el modelo adversary es o no el método procesal más idóneo para el descubrimiento de la verdad, o también sobre el problema de la determinación de formas procesales más adecuadas para la justicia administrativa. (pp. 130-131).

Así, esta posición apunta a que en cuanto al establecimiento y búsqueda de la verdad se hace necesario dotar al juez de poderes para que el juez también busque la prueba y pueda establecer la verdad de los hechos.

En cuanto al contenido de la decisión final una de las condiciones para que el proceso conduzca a decisiones jurídicas y racionalmente correctas, y, por tanto, justas, es que esté orientado a establecer la verdad de los hechos de la causa. La razón de ello es que ninguna decisión judicial puede considerarse legal y racionalmente correcta y, por tanto, justa, si se basa en una determinación errónea y no verdadera de los hechos a los que se refiere. La sentencia procura ser justa, darle la razón a quien le corresponda, de acuerdo con el derecho sustancial interpretado a la luz de la constitución y de acuerdo a la verdad.

Concerniente al establecimiento y búsqueda de la verdad se hace necesario dotar al juez de poderes para que el juez también busque la prueba y pueda establecer la verdad de los hechos. Siendo, entonces, el juez un actor interviniente también el proceso de manera excepcional mediante el cual puede llegar a ordenar realizar ciertas diligencias probatorias que le ayuden a establecer un mejor criterio sobre el caso planteado a su conocimiento.

Referente a la función de la prueba esta va dirigida a ayudar al juzgador ofreciéndole la información necesaria para decidir racionalmente si las hipótesis concernientes a los hechos materiales en litigio son verdaderas o falsas.

Con el recaudo de las pruebas, con su manejo adecuado, se procura que el hecho tal y como ocurrió en el mundo fuera del proceso, sea transportado al proceso; porque si no se logra reconstruir todo el hecho tal y como ocurrió y se subsume en la norma General y abstracta prevista por el legislador, se está juzgando otra cosa y se crea zozobra. Cuando se logra reconstruir o transportar el hecho producido fuera del mundo del proceso y se aplica adecuadamente las normas pertinentes, se está acertando, se está administrando justicia adecuadamente. Pero si por el contrario, se tienen falencias probatorias, no se logra reconstruir el hecho como ocurrió y sin embargo se aplica la legislación, se está juzgando mal y esto crea zozobra. Se demanda una simulación que en realidad ocurrió, pero no se pudo probar y se declara sin lugar la demanda, además de zozobra se crea frustración.

Críticas a esta posición

Existen autores que no han estado de acuerdo con esta postura doctrinaria y han hecho críticas que han contribuido a reflexionar sobre el contexto del proceso entre ellos:

Montero (2000) quien expresa:

No se puede alcanzar la verdad en el contexto de un proceso judicial, por tanto debe renunciarse a la búsqueda de la verdad en el ámbito del proceso. Es una utopía pretender buscar la verdad en el contexto del proceso. En consecuencia también, no debe dotarse al juez de poderes oficiosos. El proceso responde a un orden social donde la propiedad constituye un derecho humano fundamental y donde se reconoce el derecho a la libre empresa en una economía de mercado.

La verdad que puede ser alcanzada dentro del contexto del proceso se define como verdad formal y se concibe como una verdad bastante diferente de la verdad extraprocesal, porque las partes y el juez no pueden valerse de cualquier medio posible para buscar la verdad, ya que este ámbito está regido por muchas reglas acerca de la admisibilidad de la prueba, algunas que prohíben el uso de medios específicos de prueba o impiden la prueba de algunos hechos, establecen diversos límites en relación con el tiempo, los medios, los procedimientos de la presentación.

Taruffo (2008) rebate esta crítica al señalar que la manera para afrontar esta eventualidad no es precisamente eliminar los poderes de instrucción del juez, dado que

dicha eventualidad puede verificarse incluso cuando el juez no dispone de tales poderes o bien cuando no los ejerce; en efecto, también puede suceder que un juez pasivo se aferre en exceso a una determinada versión de los hechos de la causa y, por tanto, oriente sus posteriores decisiones, incluida la decisión final, hacia la hipótesis de que dicha versión de los hechos es digna de ser considerada como verdadera. Por otro lado, no es necesario realizar extensas argumentaciones para demostrar que los remedios contra el prejuicio del juez son otros. Consisten en el pleno cumplimiento del principio de contradicción entre las partes, incluso por parte del propio juez, y en la necesidad de ofrecer una motivación analítica y completa, y racionalmente estructurada, de la decisión sobre los hechos.

Se aprecia en gran medida, que la verdad puede ser buscada y alcanzada dentro del contexto judicial fundamentalmente de la misma forma en que se puede descubrir en muchas otras áreas de la experiencia cotidiana y usando los mismos medios que se emplean en áreas de investigación no jurídicas, como la historia.

Los hechos en litigio en una causa se suelen comprobar en el proceso judicial usando los mismos medios (testimonios, documentos, grabaciones, indicios) que la gente común y corriente utiliza para descubrir la verdad en su vida cotidiana. En resumen: no hay diferencia epistémica sustancial entre la verdad procesal y la verdad real.

Taruffo, (2008) al respecto expone:

Este argumento de estos autores consiste en sostener sustancialmente, que en el momento en que el Juez ejerce dichos poderes pierde su imparcialidad, porque termina favoreciendo a una u otra de las partes, perdiendo también su independencia en el juicio, ya que termina valorando parcialmente las pruebas que han sido incorporadas de oficio por él mismo. (p.181)

Igualmente el autor expone que según Liebman y Fazalari, se observa que atacan los poderes oficiosos del juez, pues consideran que existe incompatibilidad psicológica entre investigación y decisión, que la imparcialidad del juez corre el riesgo de quedar comprometida cuando debe juzgar una prueba que él mismo ha elegido, y que se ha incorporado por su iniciativa al proceso.

Taruffo rebate esta crítica al afirmar la incompatibilidad psicológica entre investigación y decisión de que habla Liebman, no sólo no está demostrada, sino que — si fuera verdadera— pondría en crisis todos los sectores de la investigación científica,

en la cual es normal que quien realiza investigaciones presente posteriormente los resultados de las mismas como válidos en cuanto confirmados por su propia investigación. No parece, en verdad, que en la epistemología se diga que el resultado de una investigación, o de un experimento, esté invalidado por el hecho de que haya sido la misma persona quien realizó la investigación. No son claras las razones por las cuales aquello que vale para cualquier sujeto que extrae conclusiones de informaciones que él mismo ha investigado o descubierto no puedan valer. Sin embargo, este autor opina:

Puede observarse que en realidad el juez toma partido a favor de una parte y en contra de la otra en cualquier momento del proceso, es decir, en todas las ocasiones en que dispone o decide alguna cuestión relativa al procedimiento, o resuelve cuestiones preliminares o prejudiciales y, sin embargo, nadie piensa que por esta razón, y en cada uno de esos momentos, el juez pierda su imparcialidad.

...No se entiende, por otra parte, por qué el juez deviene parcial cuando ordena la adquisición de una prueba de oficio o sugiere a las partes la proposición de una prueba, y esto sucede, por ejemplo cuando admite o excluye una prueba propuesta por una parte...

... únicamente si se piensa en un juez incapaz y psicológicamente débil puede temerse que pierda su imparcialidad en el momento en que decide sobre la conveniencia de que sea incorporada una prueba adicional, o que no sea capaz de valorar de manera equilibrada una prueba sólo porque ha sido él quien ha ordenado su incorporación. (p.182)

Un juez bien formado, psicológicamente normal, dispuesto con la voluntad de dar a cada uno lo suyo, que haga funcionar plenamente el principio de contradicción entre las partes y que ofrezca una motivación analítica y completa, y racionalmente estructurada de la decisión, evita los peligros de parcialidad.

Esta posición entonces presenta en su postulado que ninguna decisión judicial puede considerarse legal y racionalmente correcta y, por tanto, justa, si se basa en una determinación errónea y no verdadera de los hechos a los que se refiere, que a diferencia de la anterior, ésta concibe al proceso como un mecanismo para producir una decisión basada en la justicia no solo para dirimir una mera controversia sin que importen las pruebas, alegatos y defensas de las partes que le permitan al juez que conozca del proceso adentrarse en él y pueda conocer la verdad.

Así, se tiene entonces, que de las dos posiciones doctrinarias la primera que concibe el proceso como un mecanismo de resolución de controversias, la cual tiene en la práctica una aproximación al Código de Procedimiento Civil (1986), y este Código es anterior a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), tiene influencia de la doctrina del otro sistema fundamentalmente adversarial, dominado entonces este primer sistema en la práctica forense aunque no es completamente puro, ya que tiene también una serie de elementos del sistema publicista, es decir, del diseñado por la CRBV; contenido en la segunda posición.

En lo que se encuentra escrito en el CPC y en la CRBV en materia de pruebas hay una disfunción, es decir, en la práctica no se da estrictamente lo que señala el Código, por ejemplo, en los llamados autos para mejor probar previstos en el artículo 401 y los autos para mejor proveer previstos en el artículo 514, ya que en la práctica, la mayoría de los jueces no hacían uso de ellos porque consideraban que al hacerlo podían ser estimados como personas parcializadas con el caso y a favor de la parte que resultara favorecida con esa prueba; igual sucedía con la prueba de experticia que es una prueba oficiosa establecida en el artículo 451 del CPC; inspección judicial establecida en el artículo 472 eiusdem que también es una prueba oficiosa y con la llamada prueba científica prevista en los artículos 502, 503 y 504 ibidem.

Todo esto son pruebas que el juez en un determinado caso pudo haber utilizado para averiguar la verdad para probar los hechos alegados en el juicio independientemente de que las partes interesadas hubiesen sido negligentes o inexpertas en el manejo de la prueba.

En Venezuela entonces, en el Código de Procedimiento Civil domina el otro sistema, es decir, el adversarial, el que solo concibe al proceso como un instrumento o mecanismo para la resolución de controversias, aunque existe cierta influencia del sistema publicista, es decir, del previsto o diseñado en la CRBV, que concibe el proceso como un mecanismo para la producción de decisiones justas.

Este estudio de doctrinas en cuanto a la concepción del proceso en materia de pruebas, se ha trasladado también al continente iberoamericano, el cual su más notable defensor es el procesalista Montero Aroca en España, en cuanto al sistema adversarial, y su más importante seguidor en América Latina es el notable autor Adolfo Alvarado Belloso, que lo llaman “Garantismo Procesal”. Y en el sistema publicista o “Activismo Judicial” como lo llaman otros autores, lo sigue la inmensa mayoría de los autores iberoamericanos como Devis Echandía, Parra Quijano y Michele Taruffo, los cuales

respaldan el sistema publicista previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), pero que en la práctica se denota en ser más conservadora.

Se considera que el juez o los jueces de la República están en deuda con el sistema publicista, ya que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) va a tener 14 años y ellos formando parte del sistema de justicia venezolano enmarcados dentro del Poder Judicial, tenían que haber avanzado más hacia al sistema publicista sin esperar en todo caso, una reforma parcial o total del Código de Procedimiento Civil, puesto que la CRBV es de aplicación directa e inmediata, ya que tienen en sus manos el poder de aplicación y ejecución del artículo 20 del CPC, por lo tanto, pudieron en su momento hacer práctica del llamado control difuso en una serie de normas que tratan de establecer los hechos sobre los cuales se va a decidir con base en ficciones como sucede por ejemplo el llamado juramento decisorio, o la norma del artículo 362 eiusdem y la norma del artículo 1.387 del Código Civil Venezolano sobre la prohibición de la prueba testimonial para acreditar la obligación superiores a dos bolívares.

Finalmente, se opina que los directores del proceso, como son los jueces y juezas de la República debieron haber hecho para su uso corriente de los autos para mejor proveer y los actos para mejor probar ya señalados anteriormente, siendo que en la práctica lo aplican solo de manera oficiosa, existiendo aquí la disfunción: ya que en estos casos sí se estaría aplicando lo que establece la CRBV, en ser publicista en los procesos, todo esto en materia de pruebas; y que conlleva a que una sentencia o decisión sea justa cuando se cumplan ciertas condiciones: como que haya un debido proceso, que se establezca la verdad y que se aplique correctamente el ordenamiento jurídico de acuerdo a la CRBV, jugando un papel fundamental la prueba para establecer la verdad.

CAPÍTULO III

PRINCIPIO DISPOSITIVO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Algunos principios pertenecen a la teoría general del derecho, otros importan al Derecho Procesal siendo exclusivos en su aspecto, como sería el derecho probatorio, y en el abordaje en materia de pruebas encontramos el llamado principio dispositivo y que ha sido agudizado en los procesos probatorios en materia procesal civil.

Ciertamente, todo el procedimiento civil se halla informado por el principio dispositivo (artículo 11 del Código de Procedimiento Civil 1986) que, entre otros aspectos, precisa Vescovi (2006), que son las partes las que fijan el *theme decidendum* y es dentro de esos límites como el juez debe decidir; por lo que, en consecuencia, aquél principio impone en cabeza del Tribunal el deber de congruencia, según el cual deberá fallar de conformidad con lo alegado y probado por las partes (*secundum allegata e probata*), sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hechos no alegados ni probados (artículo 12 *eiusdem*). Tal deber de congruencia resulta más evidente en las sentencias definitivas, pero no quiere decir ello que el mismo no deba satisfacerse también en sentencias interlocutorias.

Rivera (2003) señala que:

...En algunos momentos ha regido en el derecho procesal el principio dispositivo, que en términos generales significa que el ejercicio de la acción procesal está encomendado tanto en lo activo como en lo pasivo a los particulares que en la relación procesal son las partes en litigio, entonces, son ellos los que inician, determinan el contenido y objeto e impulsan el proceso. En otros momentos se ha aplicado el principio inquisitivo otorgándole al juez facultades en materia probatoria. Hoy día con la conformación del estado constitucional y de justicia la tendencia es a imponerse la forma inquisitiva, superando la visión individualista y enmarcándose más en una visión de estado social de derecho. No se trata de un juez “parcial” a una de las partes, sino de un juez que busca la verdad y la justicia como bienes de la sociedad... (p.47)

Dice el maestro Cuenca, que el proceso, como objeto de estudio de la ciencia procesal, está sometido a principios que regulan la actividad de los sujetos que

intervienen en él; y la palabra principio puede indicar dos cosas: en primer lugar, denota la idea de comienzo u origen y, en segundo lugar, puede aludir a fundamento o base. Cuando se habla de principios jurídicos, se apunta a un conjunto de directrices normativas que sirven para la interpretación y aplicación del Derecho. Es importante resaltar que los principios no son normas jurídicas pero la mayoría de las normas jurídicas tienen su soporte en un principio.

Definición

Someramente el principio dispositivo se manifiesta en materia de alegatos, (las partes determinan con sus alegatos de hecho, el objeto de la controversia); en materia de recursos (sólo a instancia de parte proceden los recursos), en materia de pruebas (Las partes son las que aportan los medios de prueba de los hechos que han alegado). El proceso no se puede iniciar sino a instancia de parte (Nemo iudex sine actore). Las partes son libres de disponer del objeto del proceso (mediante transacción, convenio o desistimiento). El principio dispositivo en materia procesal civil, es un equivalente al principio de autonomía de la voluntad del derecho sustancia civil, el cual se fundamenta en la naturaleza privada patrimonial del objeto del proceso.

Así entonces, resaltando algunas ideas ya expuestas por la doctrina Ortiz (2004) dice:

Que en un proceso rige el principio dispositivo o de presentación por las partes, cuando corresponde exclusivamente a éstas determinar el alcance y contenido de la disputa judicial y queda el tribunal limitado a la sola consideración de lo que los litigantes han planteado ante él. Mientras que, el principio inquisitivo otorga al juez la posibilidad de iniciar un proceso según su voluntad y la función de investigar la verdad por todos los medios legales a su alcance, sin que la inactividad de las partes lo obligue ni lo limite a decidir únicamente sobre los medios que ellas le lleven o le pidan. Las palabras de CALAMANDREI resultan ilustrativas:

Es importante examinar la relación que tiene lugar en el proceso entre la actividad del órgano judicial y la actividad de las partes: pudiéndose a este respecto imaginar en abstracto dos sistemas contrapuestos, uno fundado sobre la iniciativa oficial, en que el órgano judicial tenga en todo momento el poder de proceder de oficio, aún sin ser requerido por los otros sujetos del proceso, y el otro opuesto, basado sobre la iniciativa de parte, en el que el

órgano judicial no puede proceder sino cuando sea estimulado por los otros sujetos del proceso (a instancia de parte) (p.469)

Sentis (1978) apunta:

El principio dispositivo, en particular en lo que al proceso, y concretamente a la prueba, se refiere, es un principio exclusiva o eminentemente técnico. Como nos señala Rodríguez U., con referencia a la obra de Capelletti, de principio dispositivo puede hablarse en dos sentidos: *principio dispositivo en sentido material* y *principio dispositivo en sentido formal*. Yo había dicho algunos años antes, al comentar ese gran libro de Capelletti, que “la oralidad significa aumento de los poderes del juez; pero no disminución de los poderes de las partes; el principio dispositivo sigue funcionando en el sistema de la oralidad lo mismo que en el de la escritura. El problema está en determinar, o en concretar, lo que se ha de entender por *principio dispositivo formal*, que Rodríguez U. refiere “al manejo del proceso civil como instrumento técnico de protección de los derechos por los sujetos interesados”, y que, por mi parte, trato de concretar en la disposición de los elementos probatorios a base de la distinción, en que tanto insisto, entre fuentes y medios de prueba: la parte dispone de las fuentes; el juez acuerda los medios relativos a ellas. (pp 203 y 204).

Consagración legal y jurisprudencial del principio dispositivo

Este principio procesal se encuentra previsto en el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil venezolano el cual establece como premisa que los jueces tienen por norte de sus actos la verdad.

Art. 11: Los jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio. En sus decisiones el juez debe atenerse a las normas del derecho a menos que la ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. Debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados. El juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia.

Todo esto se encuentra reforzado con el Artículo 20 del Código de Procedimiento Civil que estatuye: que: “Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia”.

Con ponencia del Magistrado Dr. José Manuel Delgado Ocando de fecha 28 de agosto de 2004 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el expediente N° 03-1041 fijó posición respecto del Juez como director del proceso puede dictar autos para mejor proveer conforme al principio dispositivo.

El principio dispositivo, el cual rige principalmente en este tipo de procesos, debe interpretarse teniendo en consideración que el juez, como director del proceso, tiene iniciativas probatorias (artículos 501 y 514 del referido Código de Procedimiento Civil), puede ordenar una experticia complementaria del fallo (artículo 249 *eiusdem*), puede llamar a las partes a conciliación (artículo 257 *eiusdem*); en resumen, tiene injerencia en el proceso como representante del Estado para resolver los conflictos que se someten a su consideración...

Al ser el juez el director del proceso como ya se ha dejado sentado, éste tiene ciertas iniciativas probatorias conforme a lo pautado en el artículo 11 de la ley civil adjetiva, dándosele una injerencia en una causa por ser un actor directo en el proceso que se instaure.

La misma Sala en decisión de fecha 18 de enero de 2006 con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Oberto Vélez, en el expediente N° AA20-C-2005-000480, estableció:

En el *sub iudice*, basta con la lectura del dispositivo de la decisión precedentemente trasladado para constatar la crasa contradicción en que incurrió el juzgador de alzada pues, por una parte, declara “...**SIN LUGAR** la demanda por **CUMPLIMIENTO DE CONTRATO Y DE LA ACCIÓN QUANTI MINORIS...**”, aun cuando previamente también había establecido que la acción versa sobre el “...cumplimiento de contrato por vicios ocultos y Quanti Minoris...” y, sin embargo, de otro lado, ordena que “...en virtud del contrato de compraventa suscrito entre las partes...” identificado en autos, la accionante cancele un saldo deudor a favor de la accionada por la cantidad de treinta y dos millones de Bolívars (Bs.32.000.000,00), y a la demandada que haga efectiva la tradición del inmueble identificado en autos, así como también, señaló que en el caso de no producirse el cumplimiento voluntario de dichas prestaciones, el fallo habría de servir de título de propiedad a la accionante una vez consignado como fuera en el expediente la referida cantidad de dinero.

En este sentido, resulta evidente que las disposiciones contenidas en el dispositivo del fallo, son de tal modo opuestas entre sí, que sería imposible ejecutarlas simultáneamente por excluirse las unas a las otras, por cuanto, se repite, al ser declarada sin lugar la demanda por cumplimiento del predicho contrato de compra venta, mal podía el *ad quem* en definitiva ordenar a las partes el cumplimiento del mismo; además, se contradice igualmente en cuanto a la acción, pues en ciertas ocasiones señala que se trata del cumplimiento del contrato y *quanti minoris* y, en otras, por vicios ocultos y *quanti minoris*. Así se decide.

Aunado a lo anterior, la Sala no puede pasar por alto la conducta asumida por el juzgador con competencia funcional jerárquica vertical, pues incurrió en grosera violación al principio dispositivo que rige el ordenamiento jurídico procesal venezolano, contenido en el artículo 11 del Código Adjetivo Civil, toda vez que la recurrida suplió omisiones de las partes, extendiéndose a situaciones que no fueron planteadas dentro del proceso, es decir, extrañas al problema judicial debatido, contraviniendo igualmente los artículos 12 y 243 ordinal 5º, *eiusdem*.

Respecto a algunas consideraciones sobre el referido principio (dispositivo) el autor VÉSCovi Enrique, en su obra Teoría General del Proceso, Editorial Temis Librería, Bogotá, 1984, pp. 52, señala que:

“La mejor forma de analizar el principio dispositivo es la de considerar diversos *subprincipios* que lo componen y que, en cada caso, se oponen al sistema inquisitivo.

(...OMISSIS...)

El objeto del proceso (*thema decidendum*) lo fijan las partes, y es dentro de esos límites que el juez debe decidir. Hasta las pruebas son aquellas que las partes soliciten. Si el tribunal dispone alguna, para mejor proveer, lo será respecto de los hechos que las partes han invocado.

En consecuencia, el tribunal deberá fallar de conformidad con lo alegado y probado por las partes (*secundum allegata e probata*). Él no conoce otros hechos fuera de los que las partes invocan, ni otras pruebas que las que éstas presentan. Su sentencia debe fijarse dentro de los límites de las pretensiones deducidas por el actor y aquello que reconoce o controvierte el demandado; si va más allá, será *ultra petita* o *extra petita* (según resuelva más de lo

pedido o fuera de lo pedido) y esto no es admisible en el proceso dispositivo. Este principio es el llamado de *congruencia* de las sentencias, y de acuerdo con él, el tribunal debe resolver todo lo que las partes piden, pero no más; en otras palabras, conforme (congruente) a lo solicitado por las partes...

...Esto dicho por el sentenciador de alzada, es precisamente lo que constituye el quebrantamiento de los principios dispositivo y de congruencia de la sentencia, pues dado que en lo referente a la acción por cumplimiento de contrato, por una parte, estableció que se trata de vicios ocultos existentes en menor grado y magnitud que los denunciados por la accionante siendo por tanto la misma improcedente, a ello debió limitarse el pronunciamiento, estando totalmente impedido el juez para luego, como él mismo reconoce, otorgar a cada uno lo que consideró justo, no obstante encontrarse fuera del *thema decidendum*, mas aún cuando la accionada en el escrito de contestación señaló reservarse demandar por vía principal el incumplimiento por parte de la accionante al predicho contrato. Por tanto, con tal proceder el *ad quem* incurrió en el vicio de *extrapetita*.

La Sala de Casación Civil en el expediente N° 2010-000491 con ponencia del Magistrado Dr. Luis Antonio Hernández del 13 de junio de 2011 respecto de la carga de la prueba dejó sentado:

El artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, impone entre otras cargas procesales, el que los jueces deben decidir de conformidad con lo alegado y probado en autos; que tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio; y que, en sus decisiones el juez debe atenerse a las normas del derecho, a menos que la ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad...

... Ahora bien, al respecto de la distribución de la carga de la prueba, esta Sala en sentencia N° RC-226 del 23 de marzo de 2004, expediente N° 2003-339, estableció lo siguiente: “...El artículo 506 del Código de Procedimiento Civil establece que “*las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación. Los hechos notorios no son objeto de prueba.*”

La citada norma regula la distribución de la carga de la prueba al establecer que todo aquel que afirma un hecho tiene que probarlo para que su alegato no se considere infundado...

Con relación a la carga de la prueba señala el Máximo Tribunal de la República que la parte que afirme un hecho tiene que probarlo conforme a derecho para que no se considere infundado; ya que más de considerarse una facultad discrecional es para asegurar las normas y preceptos jurídicos y constitucionales.

El aforismo latino lo expresa: “Jus decit secundum allegata et probata partium”

Para el estudio de este aforismo latino el autor Picó I Junoy (2007) ha resaltado:

La doctrina del *ius comune* no es la que actualmente se afirma (*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium* o similares), pues el brocardo se ha transcrito erróneamente, lo que habría incidido de forma directa sobre su alcance y finalidad.

En efecto, según el autor el verdadero brocardo sería: *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*, por lo que a su juicio dicha doctrina únicamente pretendía destacar los límites cognoscitivos del juez que deben reflejarse en su sentencia, a saber, los hechos según fueron alegados y probados en el proceso, debiendo rechazarse cualquier conocimiento privado que el juez pudiera tener de los mismos.

Igualmente el autor opina:

En consecuencia, la formulación actual del brocardo por parte de la mayoría de la doctrina es errada, por estar modificada en un doble aspecto: por un lado, se ha añadido la palabra “partium” o “a partibus” y, por el otro, se ha omitido la expresión “et non secundum conscientiam”, alterándose así su verdadera finalidad. El autor da cuenta del abordaje que del brocardo hacen la doctrina alemana, italiana, francesa y española, a lo que añade la explicación del entendimiento del mismo por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español.

A partir de ello, la tesis que sostiene Picó es que este brocardo, correctamente enunciado y entendido, no tiene por objeto indicar la mayor o menor facultad de iniciativa probatoria del juez, sino una cosa distinta que dice relación con la prohibición del juez de recoger en la sentencia hechos no alegados o hechos que, aún siendo alegados y discutidos, no han sido

probados, sin que su conocimiento privado pudiese modificar lo verdaderamente alegado y probado en el juicio. En otras palabras, lo que se pretendía (afirma Picó) era lograr la debida congruencia de la sentencia con los hechos configuradores del objeto litigioso y con la prueba practicada en el proceso. (p.304)

La última de sus conclusiones invita a buscar el punto de equilibrio en el argumento de la iniciativa probatoria judicial. Señala que no se puede negar todo tipo de iniciativa probatoria del juez (ya que se inmolaría la eficacia del proceso), pero tampoco puede favorecerse la vulneración de las garantías básicas de la actividad del juez so pretexto de la búsqueda de la eficacia extrema. Debe buscarse la óptima eficacia del proceso respetando siempre las garantías procesales del juez y de las partes (imparcialidad del juez, igualdad de las partes, derecho de defensa).

Es por ello, que se observa que el referido autor busca probar su hipótesis de trabajo, y que se considera acertado al momento de que llegue a producirse una reforma procesal civil, ya que todavía no existen sistemas de enjuiciamiento civiles puros que entreguen toda la iniciativa a las partes o, por el contrario, al juez; y que lo que se pretende no es que el juez tenga o no iniciativa probatoria, sino al momento de dictar sentencia o decidir.

Características

Referente a este punto Rivera (2003) expone que al principio dispositivo se le puede caracterizar tres aspectos, a saber:

a) El inicio del proceso se da con la demanda de una de las partes (artículo 11 del CPC) en la cual se precisa el objeto de la pretensión y la relación de los hechos en las que se basa (artículo 340 del CPC). Estos elementos precisan la actuación del juez y del proceso, ya que los jueces deben atenerse a lo alegado y probado en autos; pero, también, el demandante sólo podrá dirigir su actividad probatoria sobre los hechos alegados o los nuevos que haya traído el demandado en su contestación. Todo esto se expresa en las máximas latinas, “Nemo iudex sine actore y ne procedat iudex ex officio”. Este primer aspecto, dicen algunos autores que, también, tiene que ver con el derecho que tiene las partes para disponer del proceso, poniéndole fin por desistimiento, convenimiento o transacción. Este derecho de disposición no tiene que ver con la esencia de la etapa

probatoria, pudiéndose dar la autocomposición en cualquier otra etapa antes de la sentencia.

b) La segunda característica se refiere a los poderes exclusivos que tienen las partes en las pruebas, dejando al juez como un simple espectador en el desarrollo de la probanza de los hechos.

c) La tercera característica es con relación a la obligación que tiene el juez de sentenciar conforme a lo probado en el juicio, lo que conlleva la prohibición de tomar en cuenta los conocimientos personales, salvo aquellos que sean de notoriedad general. Acerca de esta última característica el maestro Devis Echandia sostiene que realmente no debe considerarse como un aspecto particular del principio dispositivo, puesto que ella misma tiene validez en el juicio inquisitivo, señalando que se relaciona más con el principio contradictorio. No obstante, conforme al principio dispositivo los únicos que pueden aportar pruebas en el proceso son las partes, de manera, que el juez está obligado a fallar conforme a lo probado por las partes, que es el verdadero sentido de esta característica. (pp48 y 49).

Con base en estos aspectos analizados concluye el autor que los efectos del principio dispositivo con relación a los hechos son: a) Los hechos son alegados por las partes, bien en la demanda o en la contestación. De alguna manera, son las partes quienes fijan los hechos de la controversia, b) Las pruebas deben estar dirigidas a probar los hechos que están alegados y controvertidos y, c) El juez tiene que sentenciar conforme a los hechos probados que sean fundamento de lo alegado.

Expuestas estas consideraciones al respecto se ve que el principio dispositivo se aplica al ordenamiento jurídico vigente en Venezuela bajo unos efectos en donde el proceso civil se inicia a instancia de parte, tal y como lo establece el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil, pudiendo el juez proceder de oficio sólo cuando lo autorice la ley; debiendo atenderse éste a lo alegado y probado en autos, ya que al momento de sentenciar si concede algo diferente (citrapetita), menos de lo solicitado (minus petita) y más de lo solicitado (ultrapetita) estaría incurriendo en los vicios previstos en los artículos 243 y 244 del Código de Procedimiento Civil y que conllevan a que revisados y sean declarados procedentes, la sentencia sea nula; así que este principio dispositivo implica que las partes disponen en todo tiempo del proceso. Y en el país, existe una mixtura en el proceso civil de superioridad del principio dispositivo con ciertos aspectos inquisitivos pero previamente previstos por el legislador.

Crisis del principio dispositivo

La crisis del Principio Dispositivo, se dice que agudizó este postulado de la función del proceso, puesto que el poder oficioso de ordenar pruebas por parte del juez, se convirtió en un poder-deber de carácter general, que le permite ordenar pruebas, incluso no propuestas por las partes. Y para esto hay autores que explican este principio entre ellos Bello Tabares (2008) el cual expone en su obra:

También se encuentra regulado en el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil, según el cual salvo los casos excepcionales referidos anteriormente, el operador de justicia sólo puede actuar a instancia o petición de parte interesada, principio éste que en materia civil no es del todo absoluto, pues el mismo se ve atemperado o invadido por el inquisitivo, a través de la actividad probatorio oficiosa del operador de justicia, contenida en los artículos 401 y 514 del Código de Procedimiento Civil, referida a las diligencias probatorias y autos para mejor proveer...

... Couture señala que los ejemplos más resaltantes del principio dispositivo son los siguientes:

- En la iniciativa. Donde sin la actividad de las partes y el ejercicio de la acción no habrá litigios.
- En el impulso procesal. El cual confiado sólo a las partes, quienes tienen el deber de impulsar su causa hasta su conclusión, lo que les genera una carga procesal cuyo incumplimiento se sanciona con la perención de la instancia, ello sin perjuicio al impulso que puede realizar el juez como director del proceso judicial.
- En la disponibilidad del derecho material. Conforme al cual, interpuesta la demanda el actor puede desistir de la misma, tanto en lo referido a la acción como en el procedimiento y el demandado convenir en ella, pudiendo igualmente las partes terminar el proceso mediante la transacción.
- En la disponibilidad de las pruebas. Donde las partes tienen la carga de aportar las pruebas al proceso, pudiendo realizar evacuaciones fuera de los lapsos establecidos en la ley, siempre que existe la concurrencia de voluntad de las partes, convenir sobre cualquiera de las promovidas e incluso hacer suprimir el lapso de pruebas por no considerarlo necesario.

- En los límites de la sentencia. Donde el operador de justicia no puede acordar en su decisión más de lo pedido por las partes y debe atenerse a lo alegado y probado por ellas en la secuela del proceso, so pena de incurrir en vicios como incongruencia, en sus modalidades positivas o negativas, ultrapetita, citrapetita o minuspetita y extrapetita.

Por su parte, el maestro colombiano Devis Echandía señala que el principio dispositivo tiene dos aspectos: a) sólo corresponde a las partes iniciar el proceso formulando la demanda y en ellas sus peticiones y desistir de ellas; y b) corresponde sólo a las partes solicitar las pruebas sin que el juez pueda ordenarlas de oficio. (pp. 475-476).

La publicitación del proceso produjo la crisis, aparecieron los llamados poderes oficiosos del juez, los autos oficiosos complementarios de prueba (Artículo 401 del Código de Procedimiento Civil), los autos oficiosos para mejor proveer (Artículo 514 del Código de Procedimiento Civil), los medios de prueba oficiosos (la experticia oficiosa del artículo 451; la inspección judicial oficiosa del artículo 472; las reproducciones, copias y experimentos oficiosos del artículo 502, las reconstrucciones del artículo 503, las radiografías, radioscopias, análisis hematológicos, bacteriológicos y cualquiera otro de carácter científico del artículo 504). Dejó de ser monopolio exclusivo de las partes la actividad probatoria. Se le abrió una tronera al aforismo “just secundum allegata et probata partium.” Ahora el juez puede (y debe) decidir la causa con pruebas incorporadas por el mismo juez.

Es por ello, entonces que se dice que el poder del juez agudizó esta crisis de este principio, que en ciertos casos, le permite ordenar pruebas, incluso no propuestas por las partes, y que a criterio particular en la presente investigación, este principio no debería llamarse “principio”, ya que tiene más preponderancia de aplicación constitucional, puesto que admite muchas excepciones, lo cual facilita para hacer la interrogante ¿Por qué sigue prevaleciendo este principio? En opinión propia puede decirse: porque las discusiones o controversias que se debaten en un proceso son de carácter patrimonial, y las partes o sujetos intervinientes son los titulares de esas relaciones, y estos a su vez, son disponibles, es decir, de carácter económico.

El Diccionario de la Real Academia Española define como “regla” a aquello que ha de cumplirse por estar así convenido por una colectividad. Y “principio” a *Der.* principio jurídico en virtud del cual los ciudadanos y todos los poderes públicos

están sometidos a las leyes y al derecho. (Diccionario RAE. Vigésima Segunda Edición Version 1.0 Espasa Calpe, 2003).

Por lo tanto, a pesar del papel más activo que en la actualidad está jugando el Estado, ese ámbito de las relaciones patrimoniales sigue siendo predominantemente de las partes, por lo que esta sería la razón por la que aún impera el principio dispositivo como “principio”; debiendo destacarse que este debería llamarse “regla”, porque son las reglas las que admiten excepciones y no los principios.

Y de acuerdo a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) debe desmontarse muchas aplicaciones de este principio, y dársele entonces un poco mas de cabida del otro que es contrario, el principio inquisitivo.

CAPÍTULO IV

SUPUESTOS LEGALES REFERIDOS A LA ACTIVIDAD PROBATORIA OFICIOSA DEL JUEZ

En este capítulo se van a señalar tres supuestos legales, por indicar un simple número, ya que se encuentran muchos más supuestos, en los cuales el juez tiene injerencia pero que en la medida de su desarrollo se determinará si los tres se dan en la práctica dentro de la legislación, es decir, si tienen aplicabilidad en Venezuela.

El primer supuesto legal va referido a:

Las diligencias probatorias oficiosas: Autos para mejor proveer

En la doctrina estos autos para mejor proveer en cuanto a la prueba, el autor Rodríguez Urraca (1993) ha expuesto: “En lo que se refiere a la prueba, las medidas para mejor proveer nos dan una muestra de las facultades judiciales en orden al esclarecimiento de la verdad de los hechos”. (p.366)

En el Código de Procedimiento Civil (1986) se encuentran las del artículo 401, a través de los autos de prueba complementaria, y las del artículo 514 a través de los autos de prueba para mejor proveer, están previstas como un poder, que es facultativo para el juez hacer uso del mismo.

El artículo 401 del Código de Procedimiento Civil (1986) en su encabezamiento expresa: “Concluido el lapso probatorio, el juez podrá de oficio ordenar la práctica de las siguientes diligencias” Y el artículo 514 en su encabezamiento, establece: “Después de presentados los informes dentro del lapso perentorio de quince días, podrá el tribunal, si lo juzgare procedente, dictar auto para mejor proveer, en el cual podrá acordar.” O sea, los consagró como poderes o facultades oficiosas, de acuerdo al artículo 23: “Cuando la ley dice “El juez o tribunal puede o podrá” se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio.

En el sistema venezolano el artículo 401 del Código de Procedimiento Civil establece un similar al de la LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil Española), aunque con ciertas variantes de mucha trascendencia.

Rodríguez Urraca (1993) lo expone en su texto al señalar:

El tribunal venezolano podrá acordar: 1º Hacer comparecer a cualquiera de los litigantes para interrogarlos sobre algún hecho importante

que aparezca dudoso u oscuro; 2º Presentación de algún instrumento de cuya existencia haya algún dato en el proceso, y que se juzgue necesario; 3º Práctica de inspección ocular en alguna localidad, y formación de un croquis sobre los puntos que se determinen; que se tenga a la vista un proceso que exista en algún archivo público, y se ponga certificación de algunas actas, siempre que en el pleito de que se trate, haya alguna circunstancia de tal proceso y tengan relación el uno con el otro; 4º Práctica de alguna experticia sobre los puntos que fije el tribunal, o se amplíe o aclare la que existiere en autos.

Lo primero que salta a la vista en esta enumeración de medidas es que se ha sustituido el poder de provocar la confesión de alguna de las partes, por el del simple interrogatorio. Este será libremente apreciado por el juez, en el sentido de que ninguna norma legal le dice si sólo habrá de apreciar lo que el litigante dice en su contra. Al eliminar el carácter confesional del interrogatorio, el legislador venezolano introdujo entre nosotros un sistema mucho más avanzado que el de la LEC: el juzgador apreciará libremente el dicho de las partes, sin importarle prejuiciosamente si éste resulta favorable o desfavorable a la parte interrogada.

Igualmente en cuanto a la actuación oficiosa del juez el autor expresa:

Establece también el Código venezolano que en el propio auto se fijará el término “suficiente” para cumplirlo. Y la disposición legal termina con otra variante de real interés: las partes no tienen recurso alguno contra el auto, pero “cumplido que sea, o pasado el término señalado para su cumplimiento, se oirán las observaciones de las partes respecto de las diligencias practicadas”. De esta manera el Código ha cuidado mejor el principio de la igualdad procesal de las partes que aquellos otros instrumentos legislativos que dejan en manos del juez la determinación de la intervención que hayan de tener las partes en la práctica de las diligencias para mejor proveer (pp 253 - 254)

Pero con la Constitución de 1999, en opinión de la investigadora, pasaron a ser poderes-deberes, o sea, los jueces no pueden, sino que deben hacer uso de esos poderes, cuando la actividad probatoria de las partes sea deficiente, o en todo caso, se requiera establecer determinados hechos y a través de estos medios de prueba oficiosos y diligencias probatorias oficiosas se puedan incorporar.

La enumeración de las diligencias probatorias dejó de ser taxativa, ya que tan solo esos dos artículos (el artículo 2 y el artículo 257 de la Constitución) produjeron el impacto, como el del efecto mariposa, según el cual, el aleteo de una mariposa parece no ser nada comparándola con las enormes fuerzas físicas que actúan en la atmósfera, sin embargo, de acuerdo con la teoría según la cual todo está relacionado, no resulta difícil pensar que tal vez, el batir de las alas de una mariposa produzca un tornado en el otro lado de la tierra.

En conclusión las diligencias probatorias del artículo 401 en la etapa probatoria y las del artículo 514 las utiliza el juez cuando tiene una duda y en etapa de informes las puede utilizar para poder sentenciar.

Últimamente el autor Rengel (1994) ha criticado a la doctrina y la jurisprudencia tradicionales, por no “plantear la distinción entre las facultades del juez relativas al contenido de la causa y aquellas otras que se refieren a la marcha o dirección del proceso” (p.134), ya que de esa manera niegan al juez toda iniciativa oficiosa para asegurar la prosecución del proceso hacia su meta final, por considerar esos poderes incluidos en la máxima dispositiva.

Es así entonces, como se ve que este primer supuesto se encuentra perfectamente enmarcado dentro de la normativa legal venezolana, medidas que van tendentes a que el juez ordene practicarlas como simples actividades ilustrativas para influencia de la decisión que deban tomar en el caso concreto, y que es afinadamente conciliable con el principio dispositivo en el sentido del respeto a los derechos subjetivos, un supuesto legal donde el juez adquiera poderes más enérgicos en lo relativo a la investigación de los hechos controvertidos, y si son utilizadas por un juez que responsable y consciente de su función jurisdiccional, estas medidas para mejor proveer serían un gran instrumento para la distribución de la justicia.

El deber de valorar las pruebas fundamento de las excepciones perentorias que no fueron alegadas

En este aparte se consideró necesario realizar la comparación entre lo establecido en el derecho colombiano y el derecho venezolano, tratando lo referente al papel del juez y de las partes en el proceso

En el Derecho Colombiano

Respecto del Juez

Trayendo a colación lo expuesto por la doctrina extranjera, en el caso colombiano se observa por ejemplo que el juez tiene la obligación de declarar de oficio cualquier

excepción perentoria que encuentre probada, (CGP2012); diferenciándose del Código de Procedimiento Civil venezolano vigente que las excepciones que alegue la parte no las puede declarar de oficio el juez, solo hace de oficio las que estén previstas.

López Blanco (2002) expone en su texto:

Aceptando el carácter de orden público que tiene el proceso civil, desde 1931 (Ley 105) el legislador colombiano ha considerado que las excepciones perentorias, salvo tres casos excepcionales, deben de oficio ser reconocidas por el Juez, así el demandado no las haya invocado, pues si en el proceso se estructuran probatoriamente hechos generadores de cualquier excepción perentoria, el fallador debe declararlas probadas en la sentencia, tal como lo pregonan el artículo 96 del Código General del Proceso Colombiano al destacar que: “Las excepciones de mérito serán decididas en la sentencia, salvo norma en contrario”.

Además, el artículo 306 ejusdem, impone al juez la obligación de declarar de oficio cualquier excepción perentoria que encuentre probada, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que se deben alegar siempre en oportunidad, so pena de que si no se presentan, o se hacen fuera de tiempo, el juez no las pueda reconocer, así aparezcan probadas en el juicio. (pp 547-548)

En cuanto a los casos de excepción a la posibilidad de la declaración oficiosa del juez el autor citado dice:

Estimamos que los tres casos exceptivos a la posibilidad de la declaración oficiosa por parte del juez deben desaparecer del sistema procesal civil colombiano y, en especial, lo que atañe con la prescripción para permitir que el juez pueda en cualquier evento declarar la excepción de fondo que se halla estructurada, resaltando que de adoptarse el sistema de permitir la declaratoria de prescripción de oficio, tal como sucede en el derecho contencioso administrativo y en el campo tributario, se lograría de un tajo eliminar todos los problemas ya planteados en torno a los confusos límites entre caducidad y prescripción extintiva.

Si el demandado formula excepciones perentorias y el juez encuentra que basta una de ellas para extinguir totalmente las pretensiones del demandante, no tendrá que referirse a las demás, puesto que la finalidad perseguida se ha obtenido con ese único análisis.

Así, pues, la labor del juez en cuanto a las excepciones radica en buscarlas desde un primer momento, pues aun cuando el artículo 96 le ordena decidir las en la sentencia, todo el sistema del Código le indica la necesidad de actuar sobre ellas desde la iniciación misma del juicio.(pp 548-549)

Respecto del demandado

En este punto el autor citado expresa:

Consecuencia indefectible de la posibilidad de declarar las excepciones perentorias de oficio es la de que en cualquier estado del proceso se puedan alegar, es decir, que el demandado no tiene un momento procesal preciso para formularlas, salvo las tres indicadas que deben ser alegadas dentro de la contestación de la demanda; sin embargo, conviene presentar todas las excepciones y no solo las que deben ser alegadas, en el escrito de contestación de la demanda, a fin de que las pruebas se orienten hacia la estructuración de los hechos generadores de la excepción.

No es necesario dar a la excepción una denominación específica, y si se hace erróneamente no tendrá trascendencia, pues los formalismos de la legislación no pueden producir efectos tales que, por no emplear determinada palabra, pueda desestimarse el fondo del asunto. Por ejemplo, si se dice que se interpone la excepción de pago, cuando lo que en realidad existe es una novación, el juez deberá declarar la existencia del hecho extintivo de las pretensiones.

Con todo, hay tres excepciones que, como se ve, deben siempre alegarse: la prescripción, la nulidad relativa y la compensación, respecto de las cuales ha de emplearse en lo posible la denominación exacta de cada una de ellas, a fin de evitar innecesarias confusiones. No obstante, si del análisis de los hechos surge que lo alegado oportunamente fue la prescripción, la nulidad o la compensación, habrá que reconocerse su existencia, pues así como el fallador goza de un amplio margen de interpretación de la demanda, igual criterio debe aplicarse en cuanto a la interpretación de las excepciones. (pp. 551-552)

Supóngase el caso del demandado que, falsamente, se interponga la excepción perentoria de pago, basándose el actor de que quien demanda la entrega de una suma de dinero le debe, a su vez, similar cantidad, por lo que se habría extinguido la obligación.

Tales hechos, no obstante que el demandado alegó como pago, constituyen una clara forma de compensación, que bien la puede declarar el juez, siendo indiferente que se emplee o no su nombre exacto.

En el Derecho Venezolano

Respecto del Juez y del demandado

Al observar lo expuesto por la doctrina colombiana donde el juez tiene la obligación de declarar de oficio cualquier excepción perentoria, las defensas de fondo que se alegan, por ejemplo la del pago que no se alegó, pero que está demostrado en el expediente, al revisar el Código Procesal Civil Colombiano (1970) y ver el actual, la nueva filosofía que se da en el Código de Procedimiento Civil (1986) las excepciones que no alegue la parte no las puede declarar de oficio; el juez solo hace de oficio las que están previstas, siendo un cambio radical, ya que tiene que ver con el principio dispositivo.

Para Echandía (1984):

La prohibición para que el juez declare de oficio las excepciones perentorias que aparezcan probadas en el proceso salvo las de prescripción, compensación y nulidad sustancial relativa, es un rezago del concepto privatista del proceso civil que veía en éste una contienda de interés particular y le asignaba a la acción como fin único la solución del conflicto entre las dos partes...

... el juez debe buscar la justicia de la sentencia, en la conformidad de su decisión con la ley y la realidad, en cuanto aparezca demostrada en el proceso, sin que importe el silencio del demandado, e inclusive se deben otorgar amplias facultades para decretar de oficio las pruebas que hagan falta para el logro efectivo de ese fin...

... el caso de la prescripción, la compensación y la nulidad relativa son especiales, la primera extingue la obligación civil, deja vigente la obligación natural y ésta da derecho al acreedor para recibir el pago, por lo que si el demandado no lo propone debe entenderse que está dispuesto a cumplir su obligación natural; la compensación porque tiene cierto sentido reconventional y hay libertad de reclamarla o no; la nulidad sustancial relativa se entiende saneada por el silencio del interesado en reclamarla. Según el autor: "Las demás excepciones de mérito o fondo debe permitirse

alegarlas en cualquier momento de las instancias e inclusive basta su prueba para que el juez las deba declarar en la sentencia de oficio. (pp. 262-264)

Puede verse entonces, que en este supuesto legal conforme al principio dispositivo de acuerdo con el cual en el sistema actual se debe decidir con lo arreglado y probado en autos, y al aparecer estructurada una defensa de fondo o una excepción perentoria en un proceso que no fue alegada y el juez la declara o la reconoce, debe salirse del principio dispositivo para poder decidir con justicia.

Del juicio en contumacia en admitir la prueba del demandado y su valoración

Debe admitírsele al demandado la prueba que quiera aportar y que pueden ser de hechos impeditivos o modificativos de la pretensión demandada. Se trata de establecer la verdad. No se trata de lograr un resultado y edificar una sentencia con base en artificios. No se viola el derecho de contradicción del demandante, ya que se trata de resolver sobre la base de las pretensiones del demandante.

El artículo 362 del Código de Procedimiento Civil dispone:

Si el demandado no diere contestación a la demanda dentro de los plazos indicados en este Código, se le tendrá por confeso en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante, si nada probare que le favorezca. En este caso, vencido el lapso de promoción de pruebas sin que el demandado hubiese promovido alguna, el tribunal procederá a sentenciar la causa, sin más dilación, dentro de los ocho días siguientes al vencimiento de aquel lapso, ateniéndose a la confesión del demandado. En todo caso, a los fines de la apelación se dejará íntegramente el mencionado lapso de ocho días si la sentencia fuere pronunciada antes de su vencimiento.

De este artículo se desprenden algunas situaciones que deben darse para declarar al demandado contumaz.

- 1) Que la petición del demandante no sea contraria a derecho.
- 2) Que se haya producido válidamente la citación del demandado.
- 3) Que el demandado no haya dado contestación oportuna de la demanda. Lo cual comporta una aceptación de los hechos expuestos en el escrito de la demanda.
- 4) Que nada probare el demandado que le favorezca porque no haya promovido ningún medio de prueba, o habiéndolo promovido o cuando habiéndolas promovido o evacuado no sean capaces de desvirtuar los hechos alegados en la demanda.

En cuanto al alcance de la locución: si nada probare que le favorezca, contenida en este artículo *ut supra*, ha dirimido la polémica existente entre la doctrina y jurisprudencia nacional.

Rengel (1994):

Los términos de la ley, en este punto —sostiene Feo— son generales, y nada autoriza para entrar en distinciones cuando ella misma no las hace. Por otra parte —agrega Feo—, la ley sólo establece una presunción que ha de ceder siempre a la verdad, o en otros términos, una confesión ficta, que según los principios, admite prueba contraria.

En cambio Borjas, que comenta el código de 1916, idéntico en este punto al que comenta Feo, sostiene que el confeso puede probar las circunstancias que le impidieron comparecer, vgr, el caso fortuito o la fuerza mayor, y cualquier otra que le favorezca, pero no con la libertad que proclama Feo, sino dentro de la libertad que permiten los principios que rigen la materia; y por consiguiente, no podrá ser admitida la prueba de ninguna excepción de hecho extraña a la contraprueba de la confesión, es decir, de ninguna de las excepciones que deben ser opuestas, expresa y necesariamente en el acto de contestar de fondo de la demanda. (pp.137-138).

Se ve entonces, que el autor Rengel acoge la postura de Feo aportando por ejemplo la concesión del beneficio al declarado confeso, permitiéndole probar lo que le favorezca, es una excepción a la regla general que gobierna el régimen de la excepción que puede plantear ordinariamente el demandado que comparece a la contestación de la demanda. Y el Tribunal Supremo de Justicia rechaza esta tesis, ya que acoge la de Borjas y que es desarrollada por el Magistrado Cabrera al exponer su posición respecto de la carga de la prueba.

La regla general de la carga de la prueba, prevista en el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil, expresa:

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

De acuerdo a esta regla, la carga de probar lo afirmado en la demanda le corresponde al demandante (a menos que esté exceptuado de prueba ese hecho por ser

hecho notorio o ser de imposible o extremadamente difícil prueba); sin embargo, en el presente caso, se produjo la excepción consagrada en el artículo 362, la cual consiste en una presunción *iuris tantum*, de ser cierto lo afirmado en la demanda cuando el demandado, pudiéndolo hacer no contesta oportunamente, y encima de ello, pudiendo desvirtuar esa presunción, a través de las pruebas que haga valer en el lapso correspondiente, no lo hace. De manera que si no logra desvirtuar la presunción, los hechos afirmados en la demanda se tienen como probados.

En definitiva, se permite la retractación de la confesión por cualquier medio de pruebas, no solo por error de hecho; se puede obligar para obligaciones superiores a dos mil bolívares con cualquier medio de prueba.

Finalmente, en estos supuestos se encuentra también el de que se puede recibir declaración de testigos que se encuentren comprendidos en causales de inhabilidad, especialmente para probar hechos en los cuales no existe riqueza de medios de prueba, como sucede en materia de relaciones de derecho de familia. Lo único es que el juez va a apreciarlos con mayor rigurosidad para determinar si pudo más el interés económico o el sentimiento o el afecto, que el deber de decir la verdad.

La Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niñas y Adolescentes (2000) dispone en su artículo 480 que puede ser objeto de juramento todas las personas mayores de doce años de edad, que no estén sujetas a interdicción, los parientes consanguíneos y afines de las partes, entre otros. Que excepcionalmente, cuando el juez o jueza lo estime imprescindible para comprobar un hecho, puede testificar un niño o niña sin juramento, y en la búsqueda de la verdad, el juez o jueza puede ordenar que declare como testigo a cualquier persona que se encuentre presente en la audiencia, especialmente a los padres, las madres, representantes, responsables y parientes de los niños, niñas y adolescentes.

Como corolario de todo lo expuesto anteriormente es que se observa que en todos estos supuestos que se dan en la práctica forense el juez pueda establecer al menos hechos, para poder establecer una sentencia justa basada en su incorporación al proceso,

En este sentido el Tribunal Supremo de Justicia ha venido desarrollando criterios que se relacionan con lo anteriormente expuesto.

Respecto de la adecuada interpretación y aplicación de la norma *up supra* transcrita, la Sala de Casación Civil ha establecido, entre otras, en sentencia de fecha 12 de diciembre de 1989, caso: Alirio Palencia Piña y otra contra Empresas

Falcón C.A, lo siguiente: (citada por la de fecha 31 de julio de 2007 con ponencia de la Magistrada Dra. Isbelia Pérez de Velásquez, sentencia N° 00625).

Considera esta Sala, que la disposición especial del artículo 362 reguladora de una situación particular y concreta, es derogatoria de la general del 509, que manda a los jueces a analizar y juzgar cuantas pruebas se hayan producido, pues el artículo 22 del Código de Procedimiento Civil, establece que las disposiciones y los procedimientos especiales del presente código, se observarán con preferencia a las generales del mismo, en todo cuanto constituya la especialidad...

Considera la Sala, que en virtud del régimen probatorio especial que la ley establece para el demandado inasistente a la contestación a la demanda, no puede prevalecerse del análisis que el juez haga de las pruebas de su contraparte, a menos que sea para sostener que la pretensión actora es contraria a derecho, lo cual no es el caso de autos...

De conformidad con el referido precedente jurisprudencial, el artículo 362 del Código de Procedimiento Civil (1986) constituye una norma especial respecto de la general prevista en el artículo 509 eiusdem y, por ende, de aplicación preferente, con base en lo cual la Sala dejó sentado que una vez operada la confesión ficta, corresponde al demandado probar algo que le favorezca durante el lapso probatorio, con exclusión del principio de comunidad de la prueba respecto de aquellas consignadas en el libelo, a menos que sea para sostener que la demanda es contraria a derecho. En estos casos, deben presumirse ciertos los hechos alegados en la demanda, quedando relevado el actor de la carga de probarlos, lo cual se invierte en cabeza del demandado, quien debe probar su falsedad durante el lapso probatorio.

La Sala reitera los precedentes jurisprudenciales y deja sentado que la falta de comparecencia de los demandados para el acto de contestación, produce el efecto jurídico de presumir ciertos los hechos afirmados por el actor en el libelo, salvo que estos, durante el lapso probatorio demuestren su falsedad, pues sólo le es permitido probar en contra de lo alegado por el actor, y no alegar hechos nuevos, que han debido formular en el escrito de contestación, lo que implicaría la posibilidad de incluir nuevos alegatos en la fase probatoria, fuera de la oportunidad

prevista para ello, con lo cual se premiaría el incumplimiento de esta actividad procesal, que por estar prevista como una carga procesal, debe ser objeto de interpretación restrictiva y sólo podría dar lugar a un castigo, mas nunca un beneficio.

En otra decisión, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 2428 del 29 de agosto de 2003, con ponencia del Magistrado Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero hizo algunos señalamientos respecto de la contumacia, así en un extracto se aprecia:

...En tal sentido, cuando se está en presencia de una falta de contestación o contumacia, por la circunstancia de inasistir o no contestar la demanda, debe tenerse claro que el demandado aún no está confeso; en razón de que, el contumaz por el hecho de inasistir, nada ha admitido, debido a que él no ha alegado nada, pero tampoco ha admitido nada, situación ante la cual debe tenerse claro, que no se origina presunción alguna en su contra. De tal manera, que hasta este momento, la situación en la que se encuentra el demandado que no contestó la demanda, está referida a que tiene la carga de la prueba, en el sentido de probar que no son verdad los hechos alegados por la parte actora...

...Sin embargo, al tratarse de una distribución legal de la carga de la prueba, el demandante deberá estar pendiente de que puede subvertirse esta situación de carga en cabeza del demandado, y por eso la parte actora debe promover pruebas, debido a que, si el demandado que no contestó ofrece pruebas y prueba algo que le favorezca, le reinvierte la carga al actor y entonces ese actor se quedaría sin pruebas ante esa situación, pudiendo terminar perdiendo el juicio, porque él no probó y a él correspondía la carga cuando se le reinvirtió.

Para la declaratoria de procedencia de la confesión ficta, se requiere la verificación de los otros dos elementos como lo son, que la petición no sea contraria a derecho y que el demandado en el término probatorio no probare nada que le favorezca...

...En cambio, el supuesto relativo a si nada probare que le favorezca, hace referencia a que el demandado que no dio contestación a la demanda, podrá promover cuantas pruebas crea conveniente, siempre y cuando vayan dirigidas a hacer contraprueba a los hechos alegados por el actor.

En tal sentido, la jurisprudencia venezolana en una forma reiterada, ha venido señalando en muchísimos fallos, que lo único que puede probar el demandado en ese “*algo que lo favorezca*”, es la inexistencia de los hechos alegados por el actor, la inexactitud de los hechos, pero ha indicado de esta forma, que no puede nunca el contumaz probar ni excepciones perentorias, ni hechos nuevos que no ha opuesto expresamente.

Criterio que es compartido por esta Sala, al señalar que la expresión “*probar algo que lo favorezca*”, se encuentra referida a que el demandado podrá probar la inexistencia de los hechos que narró el actor en su pretensión...

En este criterio se puede observar que la situación en la que se encuentra el demandado que no contestó la demanda, está referida a que tiene la carga de la prueba, en el sentido de probar que no son verdad los hechos alegados por la parte actora, ahora, en el caso de una distribución de la carga de la prueba, el demandante deberá estar pendiente de que puede subvertirse esta situación de carga en cabeza del demandado, y por eso la parte actora debe promover pruebas, debido a que, si el demandado que no contestó ofrece pruebas y prueba algo que le favorezca, le reinvierte la carga al actor.

Al haber expresado lo que señala la doctrina extranjera, en el presente, habiéndose citado la colombiana, se encuentra que el maestro Devis Echandia no considera esencial para el concepto de excepción la circunstancia de que el juez esté impedido para declararla probada, sin solicitud del demandado; que la prohibición para que el juez declare de oficio las excepciones perentorias que aparezcan probadas en el proceso (salvo las de prescripción, compensación y nulidad sustancial relativa) es un rezago del concepto privatista del proceso civil que veía en éste una contienda de interés particular y le asignaba a la acción como fin único la solución del conflicto entre las dos partes.

Ante lo expuesto, en presencia de las nuevas concepciones sobre el derecho de acción, la jurisdicción y el proceso, y el fin de interés público que se les asigna, la suerte y el contenido de la resolución que se acoja en la sentencia dejaron de ser de interés exclusivo para las partes.

El juez debe buscar la justicia de la sentencia, en la conformidad de su decisión con la ley y la realidad, en cuanto aparezca demostrada en el proceso, sin que importe el silencio del demandado, e inclusive se deben otorgar amplias facultades para decretar de oficio las pruebas que hagan falta para el logro efectivo de ese fin. Que los casos de la prescripción, la compensación y la nulidad relativa son especiales, ya que la primera extingue la obligación civil deja vigente la obligación natural y ésta da derecho al

acreedor para recibir el pago, por lo que si el demandado no lo propone debe entenderse que está dispuesto a cumplir su obligación natural; el segundo que trata de la compensación, tiene cierto sentido reconvencional y hay libertad de reclamarla o no; la nulidad sustancial relativa se entiende saneada por el silencio del interesado en reclamarla; las demás excepciones de mérito o fondo debe permitirse alegarlas en cualquier momento de las instancias e inclusive basta su prueba para que el juez las deba declarar en la sentencia de oficio.

Estos criterios en opinión de la investigadora son excesivamente formalistas que no están en sintonía con los valores y principios constitucionales, es decir, con el artículo 2 de la Constitución que consagra como un valor fundamental del ordenamiento jurídico el de la justicia y el artículo 257 ejusdem, que consagra que el proceso es un instrumento para realizar la justicia.

Ahora bien, una de las premisas para producir una sentencia justa, es establecer la verdad y el proceso debe verse como un método de conocimiento para establecer la verdad y la prueba cumple la función epistémica de producir conocimiento. De modo que, a la luz de estos nuevos valores constitucionales, sí opera el principio de la comunidad de la prueba en el caso de la hipótesis del artículo 362 del Código de Procedimiento Civil. Si como resultado de las pruebas aportadas por la parte demandante se evidencian hechos favorables al demandado, deberán ser tomados en cuenta. Y también debe tomarse en consideración que al demandado debe admitírsele cualquier medio de prueba de hechos extintivos, impeditivos o modificativos que sirvan para enervar o restar fuerza a la pretensión demandada, porque en un Estado Social de Derecho y de Justicia, la decisión no debe ser el resultado de otros factores, que no sean el de tener la razón.

Finalmente, respecto de la aplicabilidad práctica de esta supuesto legal en la legislación en Venezuela al compararla con el derecho colombiano, se ve que si se desarrollara en el ordenamiento venezolano se daría un vuelco procesal, ya que este no existe como tal, y pudiera llegar a emplearse teniendo como referencia normativa el Código General del Proceso Colombiano, que es un proyecto creado hace algunos años atrás por miembros del Instituto de Derecho Procesal Colombiano. Por lo que, en Venezuela son muy contados los casos de aplicabilidad práctica, citando por ejemplo el caso del pago. Aquí el demandado si no opone el pago, y en el lapso de la oposición la opone el demandante, entonces allí se presenta un juicio de valor, un juicio donde debe valorarse la prueba aportada y declararla extinguida la obligación del pago, porque no

fue alegada por el demandado, y esto lo hace, el juez. Pero todo esto es excepcional, son casos muy limitados donde el juez de oficio tiene injerencia.

Se concluye que con el recaudo de las pruebas, con su manejo adecuado, se procura que el hecho tal y como ocurrió en el mundo fuera del proceso, sea transportado al proceso; porque si no se logra reconstruir todo el hecho tal y como ocurrió se subsume en la norma general y abstracta prevista por el legislador, se está juzgando otra cosa y se crea zozobra. Cuando se logra reconstruir o transportar el hecho producido fuera del mundo del proceso y se aplica adecuadamente las normas pertinentes, se está acertando, es decir se está administrando justicia adecuadamente. Pero si por el contrario, existen falencias probatorias, no se logra reconstruir el hecho como ocurrió y sin embargo se aplica la legislación, ante esto se está juzgando injustamente.

Finalmente se concluye que para un buen desarrollo normativo y aplicabilidad práctica en Venezuela de este supuesto legal, debe dársele oportunidad al demandado de aportar pruebas, ya que de acuerdo al postulado de derecho y de justicia debe concedérsele y no como lo establece el tercer requisito del artículo 362 del Código de Procedimiento Civil “si nada probare que le favorezca”, coartándole de entrada que si no lo hace se le declarará confeso en el proceso, por lo tanto, se observa que de los tres supuestos legales el primero referido a las diligencias probatorias es el que más practicidad técnica tiene en la realidad jurídica del ordenamiento jurídico venezolano, los otros dos son ficciones jurídicas.

CAPITULO V

ROL DEL JUEZ EN EL MANEJO DE LA PRUEBA EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y DE JUSTICIA

Haciendo una referencia histórica antes de entrar en la concepción del juez en el estado social de derecho y de justicia, se pudo recopilar que en la leyenda quedó escrito según Montero Aroca que:

El 16 de octubre de 1939 (año XVII después de la Marcha sobre Roma) Grandi, Ministro de Justicia Italiano, se dirigió a la Comisión de las Cámaras Legislativas diciendo: “El Juez es el órgano al que el Estado confía la función esencial de aplicar la ley por medio del procedimiento. En el fondo de la cuestión está el renovado concepto de la dignidad y de la autoridad del Estado fascista y de sus órganos, para los cuales no sería concebible que el juez asista, espectador impasible y, alguna vez, impotente, como si fuese un árbitro en un campo de deporte que se limita a contar los puntos y a controlar que sean observadas las reglas del juego, a una lucha que afecta, por el contrario, directamente a la celosa y a la más alta función y responsabilidad del Estado. Es necesario, por tanto, que el juez tenga una precisa dirección del proceso, una posición preeminente y reguladora. (p 332)

Los Poderes del Juez a lo largo de la historia han tenido su concepción en determinar lo que el juez puede hacer, y cuáles son sus potestades.

Sentís Melendo (1978) ha señalado:

En el proceso todavía no juzga definitivamente, aunque en todo momento esté preparando ese juzgamiento y acumulando materiales para él. Así, él se hace la siguiente interrogante:

Y ¿Qué ha sido el juez, a lo largo de los siglos, respecto del proceso civil? Ha sido un “convidado de piedra; un mero espectador de la lucha entre las partes...

Durante siglos ha desempeñado, a la perfección, ese papel de espectador. De repente se quiso que, en movimiento pendular, pasara al extremo opuesto; y que se convirtiera, también el juez civil, en un

inquisidor...y para serlo a la perfección, en un dictador. Los regímenes políticos tienen a veces influencia en el desenvolvimiento jurídico; y no ha de extrañar que el movimiento para hacer del juez espectador un juez dictador se produjera principalmente en un país de régimen totalitario. Así el propugnador máximo, en un determinado momento, de esa oscilación, es el alemán Baumbach, quien en 1938 propone, pura y simplemente, la abolición del proceso civil y su absorción por un sistema de jurisdicción voluntaria. A esa propuesta que, como nos advirtió el impugnador de ella, no era la de un principiante en el estudio del proceso, sino la de un famoso comentador, a la cual Calamandrei se opuso desde otro país totalitario también pero, por fortuna, no totalitario él. Dice Calamandrei que “Para poner al proceso civil más de acuerdo con el principio de autoridad y con el interés público, no es necesario abolir instituciones judiciales maduras en una experiencia de siglos, sino que pueden bastar solamente algunos retoques parciales del proceso vigente, dirigidos, más que innovar, a reforzar disposiciones ya existentes”. ...Y ya precisamente con esa referencia a disposiciones ya existentes, se venía a establecer que no eran dos sino tres las posiciones admisibles y los términos del problema; que frente al clásico juez espectador del proceso, no se había de colocar la figura del juez dictador, sino que había otra, no ya intermedia sino distinta de ambas, que era la del juez director... (pp. 201-202)

Así entonces, continúa este autor haciendo un esbozo histórico en cuanto a los tratadistas que han venido explanando esto de las figuras del juez, como Alcalá-Zamora que de manera clara ha dibujado esas tres figuras del sentenciador, el cual tiene sus antecedentes entre los procesalistas clásicos.

En 1868 Oskar von Bulöw había de señalar que: “el tribunal ya no toma la actitud pasiva que parece habersele asignado en el viejo procedimiento alemán. Entonces se tendía evidentemente a conceder al tribunal un puro rol de espectador o, a lo más, de guardián de la lucha...”. Ese nuevo papel es el del juez en el proceso; instruir dirigiendo o dirigir instruyendo. Y para ello se le otorgan los poderes necesarios, establecidos en los códigos ya en la época en que ese carácter de director no se había percibido aún claramente, pero sí la necesidad de que, en algún momento, hubiera de abandonar su actitud pasiva y su rol de espectador. Después de

los principios rectores del moderno proceso, y en particular el de inmediación, contribuirían a intensificar y a hacer más patente el carácter de director del proceso. (p.202)

Ahora bien, respecto de la cultura de la imparcialidad en los países de Common Law, y de la imparcialidad del juez en el curso del proceso se encuentra según Taruffo (2009) que:

La admisión de una prueba favorece a la parte que la ha solicitado, y juega en contra de la otra; el aplazamiento de una audiencia favorece a la parte que lo ha pedido; y así sucesivamente, una serie de situaciones que suceden en el curso de cualquier proceso. Aquí el problema no es el de asegurar la imparcialidad del juez en el pronunciamiento posterior, sino más bien el de la imparcialidad del juez en cada pronunciamiento individual. Está claro que si se entendiese esta imparcialidad de forma absoluta, el juez no debería jamás decidir nada para no hacer inclinar nunca la balanza en uno u otro sentido: consecuencia paradójica y evidentemente imposible, por la sencilla razón de que el proceso se bloquearía desde el inicio. Es necesario, entonces, reconocer que el juez en el curso del proceso no puede sino tomar diferentes decisiones que cada vez modifican la situación del proceso entre las partes. El problema, entonces, no es si esto puede suceder, sino como debe suceder.

Normalmente el juez toma decisiones haciendo uso de poderes discrecionales que la ley le confiere, así que el verdadero problema resulta ser el de las modalidades y los criterios con los cuales el juez ejerce esos poderes. Puede ejercerlos de modo correcto, valorando racionalmente lo que sea necesario para el mejor desarrollo objetivo del proceso, o puede abusar de su propia discrecionalidad con el fin de favorecer indebidamente a una de las partes en perjuicio de la otra. En la primera hipótesis se comporta de modo imparcial, mientras en la segunda se comporta de modo parcial.

Un problema muy importante que surge a propósito de la imparcialidad del juez durante el desarrollo del proceso, tiene que ver con la eventual conexión entre la imparcialidad y el ejercicio de los poderes de instrucción de los que dispone. Se trata de un problema que se plantea tanto en los sistemas de common law y en particular en el contexto del adversarial system norteamericano, como en algunas concepciones del proceso de civil

law. Conviene volver a distinguir entre los dos tipos de sistema procesal, en los cuales se plantea el mismo problema, pero en términos parcialmente diferentes. (p 49)

Luego, se encuentra el aspecto referente a los poderes de iniciativa instructiva, en donde el juez estadounidense, entre los cuales este juez americano tiene el poder de interpelar de oficio a los testigos no llamados por las partes, ante lo cual el autor citado expone:

El juez estadounidense dispone de algunos poderes relevantes de iniciativa instructiva, entre los cuales destacan el poder de ordenar de oficio el interrogatorio de testigos no llamados por las partes, de formular preguntas de oficio a los testigos y el poder de ordenar, de oficio, la consulta técnica (reglas de las Federal Rules of Evidence) introducidas en 1975 y válidas tanto para el proceso civil como para el proceso penal. Parecería, por tanto, que el legislador federal ha conferido al juez incisivos poderes de integración de las solicitudes probatorias de las partes, y un papel activo en la recepción de la prueba testimonial.(p.49)

En este sentido, estas normas están introducidas en el contexto de un modelo procesal marcadamente adversarial, en el que son las partes quienes tienen un monopolio casi completo de todas las iniciativas procesales, en donde la praxis del proceso estadounidense está inspirada en una ideología según la cual es la libre confrontación entre las partes lo que determina el mejor desarrollo del proceso, mientras que el papel ideal del juez se cumple siendo un árbitro pasivo.

Todo esto indicado anteriormente, se desprende de la lectura hecha al autor en referencia y el que expone y concluye respecto de este sistema adversarial que:

De un lado, en efecto, se dice que si el juez fuese activo en el ejercicio de los poderes de los que dispone, esto terminaría por hacerlo aparecer como no neutral y no imparcial, ya que el uso de estos poderes podría favorecer la posición defensiva de una de las partes...De otro lado, se dice que ya que corresponde a las partes conducir la práctica de las pruebas en condiciones de perfecta paridad, la intervención del juez en el interrogatorio de los testigos sería inconveniente, pues menoscabaría dicha paridad y, en cualquier caso, provocaría interferencias indebidas en la actividad y en la iniciativa de las partes, que ya no serían completamente libres de gestionar el proceso como preferirían. La consecuencia de todo ello es que, en nombre

la imparcialidad del juez concebido de esta forma, los jueces americanos usualmente se abstienen de ejercer los poderes que se han mencionado. (p.50)

La actuación de los jueces sufren variaciones según el país donde actúan y muchas veces esta actuación depende del sistema político imperante en la región, como puede observarse no es igual en los Estados Unidos, una democracia total que en Inglaterra un país con democracia monárquica, a este respecto Taruffo deja sentado su opinión de la siguiente manera:

El Juez civil inglés es hoy mucho más activo y managerial, no sólo en relación con el juez estadounidense, sino con respecto a muchos jueces de los ordenamientos de civil law. (p.50)

En los sistemas procesales de civil law ha surgido, en la segunda mitad del siglo XX, la tendencia a atribuir al juez civil un papel activo en la adquisición de las pruebas y en la averiguación de la verdad. En algunos casos, esta tendencia se manifiesta, como en España, con la atribución al juez de la facultad de solicitar a las partes que pidan las pruebas que él considera necesarias para la determinación de los hechos. (p.51)

...Sin embargo, sigue siendo sustancialmente cierto que el proceso civil estadounidense está todavía incardinado en el tradicional modelo del adversarial system en el cual las iniciativas procesales son dejadas a las partes y el juez tiene un rol marcadamente pasivo, y su principal función es la de controlar que el choque procesal de las partes se lleva a cabo de modo correcto...El juez del adversarial system tiende en realidad a formular su decisión sobre la base de la actividad procesal desarrollada por las partes, esencialmente eligiendo la solución de la controversia propuesta por una de ellas.(p. 89)

En la evolución más reciente de los sistemas procesales de civil law surge, por el contrario, una tendencia muy difundida y que atribuye al juez un rol activo muy destacado en la dirección del proceso. Hasta cuando prevaleció una concepción acentuadamente “privatista” de la justicia civil, según la cual las partes debían ser libres para comportarse como considerasen más pertinente, estando dotadas de un poder esencialmente monopolístico sobre las iniciativas procesales, al juez le estaba reservado un rol eminentemente pasivo; esto es, debía asistir al desarrollo de un proceso

conducido por las partes, para decidir la causa en el momento en el que las partes lo estimaran conveniente...A partir de fines del siglo XIX (sobre todo en Austria con Franz Klein, y luego en Italia con Giuseppe Chiovenda, y luego en general otros muchos ordenamientos) se empieza, por el contrario, a afirmar la bien conocida concepción “publicista” del proceso civil. En el ámbito de esta concepción, surge una visión distinta del papel y la función del juez, según la cual corresponde a éste la tarea de gestionar activamente el desarrollo del proceso. Esta función se aclara y se marca en las codificaciones y en las reformas procesales de los últimos treinta años del siglo XX, en los cuales se llega a configurar un juez colocado en el centro del proceso, dotado de todos los poderes que sirven para una gestión eficiente y ordenada del mismo, distinto de los poderes de instrucción necesarios para una efectiva determinación de la verdad de los hechos. Esta tendencia se manifiesta, en los distintos ordenamientos, con modalidades diferentes y aun con diferentes grados de intensidad, variando la amplitud y el contenido de los poderes que se atribuyen al juez.

Esto hace evidente que el juez- burócrata que es típico de estos sistemas puede estar en capacidad, si se le otorgan los poderes pertinentes, de gestionar un proceso civil que responda a las exigencias de funcionalidad en la resolución de las controversias. (p.90)

Ahora bien, expuesta y analizada la doctrina americana e inglesa en cuanto a la praxis de los jueces civiles ingleses donde es mucho más activo, y los estadounidenses, donde terminan decidiendo sobre el fundamento de la actividad desplegada por las partes en el proceso, pero eligiendo la solución propuesta por una de ellas, y siendo así para estos casos, también existen algunos argumentos de los poderes probatorios de las partes y del Juez en el resto de Europa, de lo cual el autor Michele Taruffo ha mostrado que:

Taruffo (2008)

Algunas consideraciones relativas al argumento que frecuentemente se utiliza para criticar la atribución al juez de poderes autónomos de iniciativa instructora, este argumento está bastante difundido y consiste en sostener, sustancialmente, que en el momento en que el juez ejerce dichos poderes pierde su imparcialidad, porque termina favoreciendo a una u otra de las partes, perdiendo también su independencia en el juicio, ya que termina

valorando parcialmente las pruebas que han sido incorporadas de oficio por el mismo...

Puede observarse que en realidad el juez –toma partido- a favor de una parte y en contra de la otra en cualquier momento del proceso, es decir, en todas las ocasiones en que dispone o decide alguna cuestión relativa al procedimiento, o resuelve cuestiones preliminares o prejudiciales y, sin embargo, nadie piensa que por esta razón, y en cada uno de esos momentos, el juez pierda su imparcialidad... (pp. 181 y 182)

Igualmente Sentís Melendo (1978) ya había escrito ciertas consideraciones en los años 70 las cuales se considera importante resaltar:

La justicia es el Juez o el País o el Estado, pero éstos representados por aquél. Hay que tener en cuenta la mentalidad de los jueces, en relación al respectivo país; así un venezolano se refiere a los jueces de Venezuela, pero, en general, aunque con referencia al respectivo país, hay que estudiar la psicología del juez, o mejor, la tipología de los jueces. Y como lo que interesa es el hecho, sobre todo el hecho, no ha de extrañar que, todavía más importante que la ciencia, se considere la experiencia. Pero la experiencia, como acabamos de ver en los ingleses, no quiere decir vulgaridad ni noñez; no hay que ver en la función de juzgar un medio de vida; y menos aún confundir al juez con un burócrata, esto es, con un “hombre bueno y leal que, preocupado con el derecho, no alcanza a ver nunca la justicia”.

El juez no es, ni puede ser un especialista; pero “debe ser destinado, en cuanto sea posible, a la clase de asuntos judiciales en que sobresalga”.

Si la experiencia es tan importante o más que la ciencia, no ha de extrañar la preferencia dada por Calamandrei a la “rápida intuición humana” sobre la mucha inteligencia. (pp. 322-323)

Respecto de la tipología del juez indicada por Sentis Melendo se puede observar la clasificación en tres figuras: El Juez espectador – Juez dictador – Juez director.

Las dos primeras de estas figuras son extremos; ser director del proceso parece una figura intermedia pero en realidad no lo es; porque dirigir el proceso es lo que, ineludiblemente, corresponde al juez. Ni el juez debe permanecer ante los actos del proceso como un convidado de piedra, ni debe dominarlos con su intervención dictatorial. Esa tercera modalidad, creación de Alcalá Zamora, es la que corresponde al proceso de hoy. El juez

debe, no puede, dirigirlo; y, para dirigirlo, debe vivirlo. Un proceso en cuyos actos no intervenga el juez personalmente, permaneciendo al margen de ellos, no se dirige.

Se debe considerar que, cuando se habla de “neutralidad” de los jueces se está razonando que esa neutralidad es compatible con la función directora del juez en el proceso; y, como hemos visto antes, el convertir la neutralidad en pasividad se califica por los autores, al menos en algún país, en mercenario. (pp. 323 - 324).

En el ordenamiento civil venezolano adjetivo, se encuentra que el artículo 14 dispone lo relacionado a la manera como enmarca al Juez en un proceso, así establece:

El Juez es el director del proceso y debe impulsarlo de oficio hasta su conclusión a menos que la causa esté en suspenso por algún motivo legal. Cuando esté paralizada, el juez debe fijar un término para su reanudación que no podrá ser menor de diez días después de notificadas las partes o sus apoderados.

El autor Ortiz (2004) opina:

La dirección del proceso es independiente del deber de impulso a cargo de las partes, quienes tienen la carga procesal de instar en el proceso para lograr el cumplimiento de las fases necesarias para obtener la sentencia definitiva; el incumplimiento de tales cargas genera, como perjuicio en el propio interés, la perención de la instancia. Ahora bien, el principio de la dirección formal del proceso se inspira en la valoración del interés público y social que se desprende de cualquier proceso judicial. Como dice Rengel Romberg, siguiendo a Jaime Guasp y Fairén Guillén, “en el proceso civil el juez debe tener a su alcance, en todos los casos, los poderes indispensables para administrar la justicia de manera activa, rápida y eficaz; y se sostiene que aun si la controversia atañe a relaciones de derecho privado, que las partes hubieran podido disponer libremente, prescindiendo del proceso, ello no quiere significar que el proceso, una vez iniciado, deba considerarse como un asunto privado”.

En todo proceso, existe siempre el interés del Estado en cuanto a la vigencia del ordenamiento jurídico y, en particular, al logro de los fines del Derecho que son, a fin de cuentas, los mismos fines del Estado: la seguridad jurídica, el bienestar común y la justicia... Además de ello, también se ha

planteado que el juez tiene una dirección material del proceso, que significa la posibilidad de que el juez pueda intervenir con mayor eficacia en la realización de los actos procesales, disponiendo de ciertas iniciativas para el logro de la verdad. (p. 471)

En cuanto a la función del juez en el proceso, observando algunas posturas doctrinarias se encuentra, según el autor Rodríguez Urraca (1993) que:

La necesidad de la dirección del proceso por el Juez está fuera de toda duda: Cuando varias personas se ponen en contacto para discutir sobre sus intereses, como ocurre en el proceso, ha de haber alguien que dirija esa discusión, la haga progresar y avanzar, determine sus límites y engarce lógicamente sus actos sucesivos unos con otros, ya que de ello depende la solución del conflicto.

Las desventajas del principio de dirección del proceso por las partes resultan evidentes, pues todas ellas desembocan en la necesidad de que el juez cierre los ojos ante la verdad material, debiendo conformarse con la propia versión de la misma que cada litigante pueda proporcionarle. (p. 322)

Así, se tiene que en la concepción de la imparcialidad del juez en un proceso publicista éste tiene que ser parcial desde el punto de vista objetivo para poder ser parcial desde el punto de vista subjetivo. Esto quiere decir, que el juez tiene que tomar partido para que en el proceso se establezca la verdad, para que sobre esa base se pueda decidir con justicia. Si el juez, es indiferente a que se establezca la verdad en el proceso, la parte más habilidosa, la más astuta, la más diligente, la que más sabe muy seguramente va a imponer su verdad y el juez va a terminar fallando en favor de ella y en contra de la parte menos habilidosa, menos astuta, que menos sabe. Y es precisamente la forma de prestar una mala justicia: permitiendo que triunfe el más habilidoso, el más astuto, el más vivo, el más diligente, el que sabe más derecho, y no el que tiene la razón. El proceso se debe ganar o perder porque se tenga o no la razón.

Este mismo autor respecto de la imparcialidad manifiesta:

Científicamente se ha estudiado el concepto de imparcialidad desde dos ángulos: el de la imparcialidad subjetiva y el de la imparcialidad objetiva. Se ha dicho que la imparcialidad subjetiva consiste en la ausencia total de inclinación a favor de la causa de alguno de los litigantes. Mientras que la imparcialidad objetiva se manifiesta como el tacto del Juez para evitar que

cualquier medida o decisión cuya desequilibre la situación en que se encuentran las partes (pp. 353-354).

El Máximo Tribunal de Justicia venezolano ha explicado algunos criterios con relación a este punto, así se puede observar:

En cuanto al rol del juez como director del proceso la Sala de Casación Civil del Máximo Tribunal en sentencia de fecha 23 de noviembre de 2012, expediente N° AA20-C- 2012-000466 con ponencia de la Magistrada Dra. Isbelia Pérez Velásquez señaló:

...Lo anterior exige especial atención al juez, por cuanto éste es el director del proceso y tiene el deber de mantener y proteger las garantías constitucionalmente establecidas, evitando extralimitaciones, desigualdades o incumplimiento de formalidades esenciales que puedan generar un estado de indefensión a las partes involucradas en el juicio...
...Por su parte, el artículo 206 *eiusdem* destaca la importancia del rol del juez como director del proceso, cuando establece que “...*Los jueces procurarán la estabilidad de los juicios, evitando o corrigiendo las faltas que puedan anular cualquier acto procesal. Esta nulidad no se declarará sino en los casos determinados por la Ley, o cuando haya dejado de cumplirse en el acto alguna formalidad esencial a su validez. En ningún caso se declarará la nulidad si el acto ha alcanzado el fin al cual estaba destinado...*

Lo anterior cobra especial relevancia a la luz de los preceptos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por cuanto esta conjuga varios derechos trascendentales contenidos en los artículos 26, 49 y 257 *eiusdem*, específicamente el derecho a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y fundamentalmente a la existencia de este último como un instrumento fundamental para la realización de la justicia, respectivamente, lo que implica que las instituciones procesales deben ser siempre interpretadas al servicio de un proceso cuya meta sea la resolución del conflicto conforme a derecho, de manera imparcial, idónea, transparente e independiente.

Vid. sentencia de fecha 17 de julio de 2012, caso: Mónica Ysabel González Colina y otros contra Carmen Remigia González...

El Juez como director del proceso debe velar por la estabilidad de los juicios, manteniendo las garantías constitucionales o las desigualdades que en el se contengan para poder resolver un conflicto conforme a derecho.

Con ponencia del Magistrado Dr. José Manuel Delgado Ocando de fecha 28 de agosto de 2004 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el expediente N° 03-1041 fijó posición respecto del Juez como director del proceso puede dictar autos para mejor proveer conforme al principio dispositivo.

El principio dispositivo, el cual rige principalmente en este tipo de procesos, debe interpretarse teniendo en consideración que el juez, como director del proceso, tiene iniciativas probatorias (artículos 501 y 514 del referido Código de Procedimiento Civil), puede ordenar una experticia complementaria del fallo (artículo 249 eiusdem), puede llamar a las partes a conciliación (artículo 257 eiusdem); en resumen, tiene injerencia en el proceso como representante del Estado para resolver los conflictos que se someten a su consideración...

Al ser el juez el director del proceso como ya se ha dejado sentado, éste tiene ciertas iniciativas probatorias conforme a lo pautado en el artículo 11 de la ley civil adjetiva, dándosele una injerencia en una causa por ser un actor directo en el proceso que se instaure.

Puede entonces concluirse que el juez publicista en el estado social de derecho y de justicia debe buscarse la verdad, tomando el litigio como suyo también, debiendo al momento de sentenciar, desarrollar una argumentación justificativa de la cual deben resultar las razones que hagan aceptablemente la decisión, que no sólo sea para las partes involucradas, sino para la opinión pública. Y para llegar a esto, debe determinar la verdad de los hechos sobre la base de las pruebas, interpretando las normas aplicables de forma correcta.

Siendo el caso, que en opinión de la autora esta concepción del juez puede parecer poco ventajosa y real en la actualidad venezolana, es decir, comparándola con el common law, el rol del juez le favorece al poder político o a los jueces mismos; ya que para el poder político le ayuda un juez pasivo que se limita a aplicar la ley de manera formalista y al juez, porque de esta forma no asume ninguna responsabilidad directa y personal por las decisiones que toma, dado que estas decisiones no le son directamente imputables a él sino al legislador o, en todo caso, al sistema que determina desde fuera lo que el juez se siente constreñido a hacer.

En la naturaleza salvaje, primitiva, los seres se rigen por la lógica brutal de la fuerza y de la astucia. En el mundo del libre mercado, las relaciones se rigen por la lógica brutal de la mayor capacidad económica. El juez, del Estado Social de Derecho y de Justicia, el juez del proceso publicista, la única manera como puede ser auténticamente imparcial frente a las partes, es tomando partido para que se encuentre la verdad.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES

Se pudo finiquitar entonces, que de las dos posiciones doctrinarias la primera que concibe el proceso como un mecanismo de resolución de controversias, y que en la práctica tiene una aproximación al Código de Procedimiento Civil (1986), el cual es anterior a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), tiene influencia de la doctrina del otro sistema fundamentalmente adversarial, dominado entonces este primer sistema en la práctica forense aunque no es completamente puro, por cuanto asume también una serie de elementos del sistema publicista, es decir, del diseñado por la CRBV; contenido en la segunda posición.

En lo que se encuentra escrito en el CPC y en la CRBV en materia de pruebas hay una disfunción, es decir, en la práctica no se da estrictamente lo que señala el Código, por ejemplo, en los llamados autos para mejor probar previstos en el artículo 401 y los autos para mejor proveer previstos en el artículo 514, ya que en la práctica, la mayoría de los jueces no hacían uso de ellos porque consideraban que al hacerlo podían ser estimados como personas parcializadas con el caso y a favor de la parte que resultara favorecida con esa prueba; igual sucedía con la prueba de experticia que es una prueba oficiosa establecida en el artículo 451 del CPC; inspección judicial establecida en el artículo 472 eiusdem que también es una prueba oficiosa y con la llamada prueba científica prevista en los artículos 502, 503 y 504 ibidem.

Todo esto son pruebas que el juez en un determinado caso pudo haber utilizado para averiguar la verdad para probar los hechos alegados en el juicio independientemente de que las partes interesadas hubiesen sido negligentes o inexpertas en el manejo de la prueba.

En Venezuela entonces, en el Código de Procedimiento Civil domina el otro sistema, es decir, el adversarial, el que solo concibe al proceso como un instrumento o mecanismo para la resolución de controversias, aunque existe cierta influencia del sistema publicista, es decir, del previsto o diseñado en la CRBV, que concibe el proceso como un mecanismo para la producción de decisiones justas.

Este estudio de doctrinas en cuanto a la concepción del proceso en materia de pruebas, se ha trasladado también al continente iberoamericano, el cual su más notable defensor es el procesalista Montero Aroca en España, en cuanto al sistema adversarial, y su más importante seguidor en América Latina es el notable autor Adolfo Alvarado Belloso, que lo llaman “Garantismo Procesal”. Y en el sistema publicista o “Activismo Judicial” como lo llaman otros autores, lo sigue la inmensa mayoría de los autores iberoamericanos como Devis Echandía, Parra Quijano y Michele Taruffo, los cuales respaldan el sistema publicista previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), pero que en la práctica se denota en ser más conservadora.

Se considera que el juez o los jueces de la República están en deuda con el sistema publicista, ya que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) va a tener 14 años y ellos formando parte del sistema de justicia venezolano enmarcados dentro del Poder Judicial, tenían que haber avanzado más hacia al sistema publicista sin esperar en todo caso, una reforma parcial o total del Código de Procedimiento Civil, puesto que la CRBV es de aplicación directa e inmediata, ya que tienen en sus manos el poder de aplicación y ejecución estatuido en el artículo 20 del CPC, por lo tanto, pudieron en su momento hacer práctica del llamado control difuso de la constitucionalidad en una serie de normas que tratan de establecer los hechos sobre los cuales se va a decidir con base en ficciones como sucede por ejemplo el llamado juramento decisorio, o la norma del artículo 362 eiusdem y la norma del artículo 1.387 del Código Civil Venezolano sobre la prohibición de la prueba testimonial para acreditar la obligación superiores a dos bolívares.

Finalmente, se opina que los directores del proceso, como son los jueces y juezas de la República debieron haber hecho para su uso corriente de los autos para mejor proveer y los actos para mejor probar ya señalados anteriormente, siendo que en la práctica lo aplican solo de manera oficiosa, existiendo aquí la disfunción: ya que en estos casos sí se estaría aplicando lo que establece la CRBV, en ser publicista en los procesos, todo esto en materia de pruebas; y que conlleva a que una sentencia o decisión sea justa cuando se cumplan ciertas condiciones: como que haya un debido proceso, que se establezca la verdad y que se aplique correctamente el ordenamiento jurídico de acuerdo a la CRBV, jugando un papel fundamental la prueba para establecer la verdad.

Expuestas estas consideraciones al respecto también se pudo verificar que el principio dispositivo se aplica al ordenamiento jurídico vigente en Venezuela bajo unos

efectos en donde el proceso civil se inicia a instancia de parte, tal y como lo establece el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil, pudiendo el juez proceder de oficio sólo cuando lo autorice la ley; debiendo atenerse éste a lo alegado y probado en autos, ya que al momento de sentenciar si concede algo diferente (citrapetita), menos de lo solicitado (minus petita) y más de lo solicitado (ultrapetita) estaría incurriendo en los vicios previstos en los artículos 243 y 244 del Código de Procedimiento Civil y que conllevan a que revisados y sean declarados procedentes, la sentencia sea nula; así que este principio dispositivo implica que las partes disponen en todo tiempo del proceso. Y en el país, existe una mixtura en el proceso civil de superioridad del principio dispositivo con ciertos aspectos inquisitivos pero previamente previstos por el legislador.

El juez está trancado por el artículo 12 del CPC y la Constitución hizo toda una gama de filosofía para aplicarlo y resulta que el juez está atrapado.

Es por ello, entonces que se dice que el poder del juez agudizó esta crisis de este principio, que en ciertos casos, le permite ordenar pruebas, incluso no propuestas por las partes, y que a criterio particular en la presente investigación, este principio no debería llamarse “principio”, ya que tiene más preponderancia de aplicación constitucional, puesto que admite muchas excepciones, lo cual facilita para hacer la interrogante ¿Por qué sigue prevaleciendo este principio? En opinión propia puede decirse: porque las discusiones o controversias que se debaten en un proceso son de carácter patrimonial, y las partes o sujetos intervinientes son los titulares de esas relaciones, y estos a su vez, son disponibles, es decir, de carácter económico.

Por lo tanto, a pesar del papel más activo que en la actualidad está jugando el Estado, ese ámbito de las relaciones patrimoniales sigue siendo predominantemente de las partes, por lo que esta sería la razón por la que aún impera el principio dispositivo como “principio”; debiendo destacarse que este debería llamarse “regla”, porque son las reglas las que admiten excepciones y no los principios.

Y de acuerdo a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) debe desmontarse muchas aplicaciones de este principio, y dársele entonces un poco mas de cabida del otro que es contrario, el principio inquisitivo.

Por otro lado, se pudo analizar y concluir respecto de la actividad probatoria que despliegan las partes en un proceso que con la Constitución de 1999, en opinión de la investigadora, pasaron a ser poderes-deberes, o sea, los jueces no pueden, sino que

deben hacer uso de esos poderes, cuando la actividad probatoria de las partes sea deficiente, o en todo caso, se requiera establecer determinados hechos y a través de estos medios de prueba oficiosos y diligencias probatorias oficiosas se puedan incorporar.

En conclusión las diligencias probatorias del artículo 401 en la etapa probatoria y las del artículo 514 las utiliza el juez cuando tiene una duda y en etapa de informes las puede utilizar para poder sentenciar.

Una de las premisas para producir una sentencia justa, es establecer la verdad en el proceso, y ésta debe verse como un método de conocimiento para establecer la verdad, y la prueba cumple la función epistémica de producir conocimiento. De modo que, a la luz de estos nuevos valores constitucionales, sí opera el principio de la comunidad de la prueba en el caso de la hipótesis del artículo 362 del Código de Procedimiento Civil, esto es, como resultado de las pruebas aportadas por la parte demandante se evidencian hechos favorables al demandado, los cuales deberán ser tomados en cuenta. Y también se considera que al demandado debe admitírsele cualquier medio de prueba de hechos extintivos, impeditivos o modificativos que sirvan para enervar o restar fuerza a la pretensión demandada, porque en un Estado Social de Derecho y de Justicia, la decisión no debe ser el resultado de otros factores, que no sean el de tener la razón.

Finalmente se concluye que para un buen desarrollo normativo y aplicabilidad práctica en Venezuela de este supuesto legal, debe dársele oportunidad al demandado de aportar pruebas, ya que de acuerdo al postulado de derecho y de justicia debe concedérsele y no como lo establece el tercer requisito del artículo 362 del Código de Procedimiento Civil “si nada probare que le favorezca”, coartándole de entrada que si no lo hace se le declarará confeso en el proceso, por lo tanto, se observa que de los tres supuestos legales el primero referido a las diligencias probatorias es el que más practicidad técnica tiene en la realidad jurídica del ordenamiento jurídico venezolano, los otros dos son ficciones jurídicas.

En conclusión, el proceso para la Constitución se constituye en un instrumento para atender a la satisfacción del interés de obrar de las partes, mediante la realización de una serie de actos jurídicamente relevantes que se efectúan ante el órgano jurisdiccional, el cual, debe resolver la controversia procurando en su actividad la consecución del valor superior de justicia. Con el recaudo de las pruebas, con su manejo

adecuado, se procura que el hecho tal y como ocurrió en el mundo fuera del proceso, sea transportado al proceso; porque si no se logra reconstruir todo el hecho tal y como ocurrió y lo subsumimos en la norma General y abstracta prevista por el legislador, se está juzgando otra cosa y se crea zozobra. Cuando se logra reconstruir o transportar el hecho producido fuera del mundo del proceso y se aplica adecuadamente las normas pertinentes, se está acertando, es decir se está administrando justicia adecuadamente. Pero si por el contrario, existen falencias probatorias, no se logra reconstruir el hecho como ocurrió y sin embargo se aplica la legislación, ante esto se esta juzgando injustamente. Se demanda una simulación que en realidad ocurrió, pero no se pudo probar y se declara sin lugar la demanda.

El proceso judicial como instrumento para la realización de la justicia, por disposición de la carta magna, ha sido claramente destinado para la solución de conflictos, es decir, para la heterocomposición de las controversias que susciten entre los justiciables.

De manera que, cuando los justiciables tienen que acudir a los órganos jurisdiccionales, es para plantear una controversia seria y cierta, que al no haber sido compuesta por las partes debe ser compuesta por el juez mediante una sentencia definitiva, preservando los derechos y garantías constitucionales, no sólo los de esta sino también los de la sociedad.

Puede entonces concluirse que el juez publicista en el estado social de derecho y de justicia debe buscarse la verdad, tomando el litigio como suyo también, debiendo al momento de sentenciar, desarrollar una argumentación justificativa de la cual deben resultar las razones que hagan aceptablemente la decisión, que no sólo sea para las partes involucradas, sino para la opinión pública. Y para llegar a esto, debe determinar la verdad de los hechos sobre la base de las pruebas, interpretando las normas aplicables de forma correcta.

Siendo el caso, que en opinión de la autora esta concepción del juez puede parecer poco ventajosa y real en la actualidad venezolana, es decir, comparándola con el common law, el rol del juez le favorece al poder político o a los jueces mismos; ya que para el poder político le ayuda un juez pasivo que se limita a aplicar la ley de manera formalista y al juez, porque de esta forma no asume ninguna responsabilidad directa y personal por las decisiones que toma, dado que estas decisiones no le son directamente

imputables a él sino al legislador o, en todo caso, al sistema que determina desde fuera lo que el juez se siente constreñido a hacer.

En la naturaleza salvaje, primitiva, los seres se rigen por la lógica brutal de la fuerza y de la astucia. En el mundo del libre mercado, las relaciones se rigen por la lógica brutal de la mayor capacidad económica. El juez, del Estado Social de Derecho y de Justicia, el juez del proceso publicista, la única manera como puede ser auténticamente imparcial frente a las partes, es tomando partido para que se encuentre la verdad.

Así, se tiene que en la concepción de la imparcialidad del juez en un proceso publicista éste tiene que ser parcial desde el punto de vista objetivo para poder ser imparcial desde el punto de vista subjetivo. Esto quiere decir, que el juez tiene que tomar partido para que en el proceso se establezca la verdad, para que sobre esa base se pueda decidir con justicia. Si el juez, es indiferente a que se establezca la verdad en el proceso, la parte más habilidosa, la más astuta, la más diligente, la que más sabe muy seguramente va a imponer su verdad y el juez va a terminar fallando en favor de ella y en contra de la parte menos habilidosa, menos astuta, que menos sabe. Y es precisamente la forma de prestar una mala justicia: permitiendo que triunfe el más habilidoso, el más astuto, el más vivo, el más diligente, el que sabe más derecho, y no el que tiene la razón. El proceso se debe ganar o perder porque se tenga o no la razón.

Por lo tanto, se recomienda a las altas esferas jurisdiccionales instar a los entes administrativos competentes centrales y autoridades judiciales que en la materia se implemente al haber una futura reforma procesal adjetiva, a que en el estado social de derecho que no encontramos enmarcados según la CRBV sea de aplicabilidad cierta y verdadera en la praxis judicial, donde el juez tenga mayor injerencia en el proceso para llegar a la verdad verdadera no a la que las partes quieran hacer ver y valer.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alfonso, I. (1999). *Técnicas de investigación bibliográfica*. (8va ed.). Caracas: Contexto.
- Balestrini, M. (2002). *Cómo se elabora el proyecto de investigación*. (7ma ed.). Caracas: BL Consultores Asociados.
- Bello Tabares, H. (2008). *Teoría General del Proceso*.
- Cabrera Zegovia, J. (2013). *Algunos Aspectos Doctrinarios sobre la Prueba y la Tomo I*. Caracas: Liber. *Prueba Prohibida*. Perú: Revista De Iure. <http://www.derechoycambiosocial.com/revista004/probanza.htm - edn8>
- Código de Procedimiento Civil. (1986). *Gaceta Oficial* N° 3.694 (Extraordinario), enero 22, 1986.
- Código General del Proceso Colombiano (2012). *Ley 1564 Diario Oficial* N° 48489. Colombia: julio12, 2012.
- Diccionario de la Real Academia Española. (2003) Vigésima Segunda Edición. Edición Electrónica. Versión 1D. Espasa Calpe.
- Echandía Devis, H. (1984). *Teoría General del Proceso*. Tomo I. Buenos Aires: Universidad.
- Escorcía, O. (2009). *Manual para la investigación: Guía para la formulación, desarrollo y divulgación de proyectos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. [Libro en línea]. Recuperado de: <http://www.scribd.com/doc/12801875 /Manual-Para-La-Investigación-Olavo-Escorcía>
- Gaitán Guerrero (Junio 2010), trabajo titulado: *La Prueba de Oficio en el Proceso Civil*. Facultad de Derecho. Revista de Derecho Privado. Universidad de Los Andes.
- Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2003). *Metodología de la investigación* (4ta ed.). México: McGraw-Hill.
- La Nueva Constitución. (1999). *Gaceta Oficial* N° 5.453, marzo, 24, 2000. Caracas: Cíafré.
- Ley Orgánica Procesal para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. (2007). *Gaceta Oficial* N° 5.859, (Extraordinario), diciembre, 10, 2007.
- López Blanco, H. (2002). *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*. Tomo I. Parte General. (8va ed.). Colombia: Dupré Editores.
- Montero Aroca Juan. (2000). *Relatorias y Ponencias sobre Derecho Procesal*. Memorias de las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal celebradas en San José de Costa Rica en su Conferencia sobre La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española y la Oralidad.

- Naranjo, Y. (1986). *El Nuevo Procedimiento Ordinario*. Caracas: Destino.
- Picó, J. y Junoy I. (2007) *El Juez y la Prueba*. Editorial Bosch. Barcelona. España.
- Rengel Romberg, A. (1994). *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. (Vol. 3). Caracas: Arte.
- Rivera Morales, R. (sin fecha). *Actividad Probatoria y Valoración Racional de la Prueba*.
- Rodríguez U, J. (1993). *Actos Para Mejor Proveer. Autores Varios. (La Prueba Extraordinaria)*. Caracas: Fabretón.
- Sentis Melendo, Santiago. (1978) *La Prueba*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Argentina
- Taruffo, M. (2008). *El Proceso Civil Adversarial en la Experiencia Americana*. Colombia: Temis.
- Taruffo, M. (2008). *La Prueba. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán*. Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2009). *Páginas sobre Justicia Civil*. España: Marcial Pons.
- Universidad Católica Andrés Bello. (1997). *Manual para la elaboración del trabajo especial de grado en el área de derecho para optar al título de especialista*. Caracas.
- Universidad Pedagógica Experimental Libertador. (2006). *Manual de trabajos de grado de especialización y maestría y tesis doctorales*. Caracas:
- Vescovi E. (2006) *Teoría General del Proceso*. Segunda edición. Editorial Temis S.A. Bogota. Colombia.
- Jurisprudencias del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela,
- Sala de Casación Civil. Magistrado Carlos Oberto Vélez. Exp. No.AAL –C-2005000480 18-01-2006
- Sala Constitucional, sentencia N° 2428, de fecha 29-08-2003. Tomado de: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scons/Agosto/-.htm> 29-08-2003.
- Sala Constitucional, de fecha 28-08-2004, expediente N° 03-1041. Tomado de: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scons/Agosto/-.htm> 28-08-2004.
- Sala de Casación Civil, sentencia N° 00625, de fecha 31-07-2007. Tomado de: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Julio/-.htm> 31-07-2007.

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del estado Delta Amacuro, de fecha 14-12-2009, expediente N° 9058-2009.

Sala de Casación Civil, de fecha 13-06-2011, expediente N° 2010-000491. Tomado de: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Junio/-.htm> 13-06-2011.

Sala de Casación Civil, de fecha 23-11-2012, expediente N° AA20-C-2012-000466. Tomado de: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Noviembre/466-.htm> 23-11-2012.