



UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

**VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA ANTE LA DESAPARICIÓN
DEL MEDIO PROBATORIO POR LA IMPOSIBILIDAD DE LA CITACIÓN
DEL DEMANDADO EN EL PROCEDIMIENTO
DE RETARDO PERJUDICIAL**

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

Autor: Lenin José Colmenarez

Asesor: Esp. José A. Anzola Crespo

Barquisimeto, 20 de mayo de 2019



UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

APROBACION DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por el ciudadano Abogado Lenin José Colmenarez, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título es **VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA ANTE LA DESAPARICIÓN DEL MEDIO PROBATORIO POR LA IMPOSIBILIDAD DE LA CITACIÓN DEL DEMANDADO EN EL PROCEDIMIENTO DE RETARDO PERJUDICIAL**; considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la ciudad de Barquisimeto, a los 20 de mayo de 2019.

José Antonio Anzola Crespo
CI. N° 7.347.865



UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

**VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA ANTE LA DESAPARICIÓN
DEL MEDIO PROBATORIO POR LA IMPOSIBILIDAD DE LA CITACIÓN
DEL DEMANDADO EN EL PROCEDIMIENTO
DE RETARDO PERJUDICIAL**

Autor : Lenin Colmenarez
Tutor : José Anzola
Fecha : mayo de 2019

RESUMEN

El trabajo desarrollado se corresponde con una investigación cualitativa, enmarcada en el diseño documental bibliográfico. Tiene como punto de partida la recolección de fuentes escritas conformadas por doctrina, jurisprudencias, sentencias y leyes nacionales, utilizando técnicas propias de la investigación documental. Esta investigación analizó la posibilidad de violación del derecho a la defensa ante la desaparición del medio probatorio por la imposibilidad de la citación del demandado en el procedimiento de retardo perjudicial. Para ello se descompuso la estructura que presenta el procedimiento civil venezolano para la evacuación de pruebas anticipadas mediante el mecanismo del retardo perjudicial; se profundizó en normas constitucionales, legales, avances jurisprudenciales y criterios doctrinarios que establezcan el cumplimiento del artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en la regulación de la figura del retardo perjudicial. La información que se recolectó fue debidamente analizada y se agrupó de tal manera que se pudo criticar la legalidad de la sentencia que se dicta sin la valoración de un medio probatorio promovido y no evacuado por su desaparición ocasionada por la demora o imposibilidad de lograr la citación del demandado en el procedimiento de retardo perjudicial. Debido al vacío legal existente en el Código de Procedimiento Civil y el choque con los preceptos constitucionales se planteó la factibilidad de la modificación del procedimiento aplicable para anticipar pruebas en el procedimiento civil venezolano mediante el retardo perjudicial.

Descriptores: Debido proceso, derecho a la defensa, pruebas, libertad probatoria, principio de legalidad de las formas procesales.

INDICE

	pp.
APROBACION DEL ASESOR	ii
RESUMEN	iii
INDICE.....	iv
LISTA DE SIGLAS.....	vi
INTRODUCCION.....	1
CAPITULO I.....	
ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO CIVIL VENEZOLANO PARA LA EVACUACIÓN DE PRUEBAS ANTICIPADAS MEDIANTE EL MECANISMO DE RETARDO PERJUDICIAL.....	4
La demanda.....	4
Justificativo del temor fundado.....	20
La citación.....	23
Sustanciación.....	27
CAPITULO II.....	
CUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 257 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA EN LA REGULACIÓN DE LA FIGURA DEL RETARDO PERJUDICIAL.....	31
El retardo perjudicial a la luz de la CRBV.....	31
El justificativo judicial.....	34
La citación.....	36
El retardo perjudicial a la luz del CPC.....	38
El retardo perjudicial a la luz de la jurisprudencia.....	40
CAPITULO III.....	
MODIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO APLICABLE PARA ANTICIPAR PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL VENEZOLANO MEDIANTE EL RETARDO PERJUDICIAL	52
La justificación del temor fundado.....	52
La notificación de la contraparte.....	58
La evacuación del medio probatorio.....	63
CAPITULO IV.....	
VALOR DE LA SENTENCIA QUE SE DICTA SIN LA APRECIACIÓN DE UN MEDIO PROBATORIO DE RETARDO PERJUDICIAL POR LA PERDIDA DEL MISMO	67
Duración del retardo.....	67

Dilación en la citación.....	69
Desaparición del medio probatorio.....	72
Incorporación en el proceso futuro.....	74
Sentencia.....	78
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	85
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	89

LISTA DE SIGLAS UTILIZADAS

Artículo	Art.
Artículos	Arts.
Constitución de la República Bolivariana de Venezuela	CRBV
Código de Procedimiento Civil	CPC
Código Civil	CC
Página	p.
Páginas	pp.

INTRODUCCIÓN

El actual Código de Procedimiento Civil (1986) establece -en general- que, en todo proceso de naturaleza civil, las partes deben probar sus respectivas afirmaciones de hecho, para lo cual deben ofrecer medios probatorios que se deben admitir y evacuar dentro del curso del proceso en la etapa prevista para ello.

Sin embargo, existe un procedimiento probatorio que surge como una excepción en lo que se refiere a la oportunidad de solicitar la prueba y de evacuarla, y se conoce como retardo perjudicial; siendo su único fin que se realicen las diligencias pertinentes, antes que el medio probatorio desaparezca y con la intervención de la contraparte del futuro juicio. Este procedimiento no implicará un pronunciamiento judicial que resuelva litis alguna.

Así pues, el procedimiento de evacuación anticipada de la prueba por retardo perjudicial tiene por objeto, capturar un medio probatorio, que por acción de la naturaleza o del hombre puede desaparecer antes de la sustanciación del proceso principal, y por tanto su fin es el de proteger la actividad probatoria de las partes.

Es así como, este procedimiento dispone la necesidad de practicar la citación de la parte contraria a fin de evacuar la prueba cuyo temor existe, a fin de que el mismo pueda ejercer el control y así las partes puedan tener a su mano todos los elementos de convicción necesarios que serán aportados al Juez, quien deberá (a futuro) sentenciar a favor de la verdad material y no de la verdad procesal

En ese orden de ideas, se realizó una investigación sobre la violación del violación del derecho a la defensa ante la desaparición del medio probatorio por la imposibilidad de la citación del demandado en el procedimiento de retardo perjudicial. Para tal fin se valió de una observación documental que incluye aspectos acerca de criterios jurisprudenciales y doctrinarios en torno al iter procedimental del retardo perjudicial.

Para el desarrollo de la investigación se estructuró el trabajo en cuatro capítulos: el primero corresponde a la estructura del procedimiento civil venezolano para la evacuación de pruebas anticipadas mediante el mecanismo de retardo perjudicial; el segundo capítulo referido al cumplimiento del artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en la regulación de la figura del retardo perjudicial; el tercer capítulo se corresponde con la modificación del procedimiento aplicable para anticipar pruebas en el procedimiento civil venezolano mediante el retardo

perjudicial; y el cuarto y último capítulo está constituido por valor de la sentencia que se dicta sin la apreciación de un medio probatorio de retardo perjudicial por la pérdida del mismo

Es de hacer notar que, por medio de esta investigación, se aporta información útil para mejorar, con ayuda de correctivos, las situaciones detectadas.

CAPITULO I

ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO CIVIL VENEZOLANO PARA LA

EVACUACIÓN DE PRUEBAS ANTICIPADAS MEDIANTE EL

MECANISMO DE RETARDO PERJUDICIAL

La demanda

La naturaleza jurídica del retardo perjudicial por temor fundado a que desaparezca la prueba constituye una medida de protección que el legislador ha establecido para la persona que desea entablar un proceso judicial pero que, por circunstancias ajenas a su voluntad, posee un temor fundado en que pueda perderse cierto y determinado medio probatorio.

Por tal motivo el legislador previó el retardo perjudicial como un procedimiento que se desarrolla anterior al juicio, y en el cual se pretende capturar la prueba y posteriormente se presenta en el lapso de evacuación del proceso futuro.

En materia de derecho comparado, se tiene que para la doctrina colombiana, Azula (2003), la actividad probatoria que se desarrolla a través

de la producción, es un conjunto de actuaciones, que cumplen los diferentes sujetos a fin de incorporar al proceso las pruebas tendentes a establecer los hechos materia de la controversia, y dentro de una de las manifestaciones de la producción, la proposición, llamada también petición, entendida como la solicitud que de uno o varios medios probatorios, hace cualquiera de las partes. (pp. 52 y 54).

Sobre la base de las consideraciones anteriores, el traslado de esas fuentes de pruebas se pueden anticipar en su promoción y evacuación, al procedimiento donde eventualmente se harán valer, a través de medios y procedimientos probatorios, como lo constituye el procedimiento judicial del retardo perjudicial, cuando pudiera sobrevenir perjuicio por retardo.

Al hilo de la naturaleza probatoria del procedimiento de retardo perjudicial, Rondón en su documento en línea titulado “Sobre el mecanismo complementario del CIADI”, señala:

Como puede apreciarse, el primer supuesto alude a una instancia de naturaleza probatoria, podríamos decir que estaría destinada a comprobar hechos, sin que éstos se enlacen con un proceso preexistente. Es algo cercano a lo que en el Código de Procedimiento Civil se ventila bajo la figura del “retardo perjudicial”, destinada a preservar, mediante un procedimiento jurisdiccional, la existencia de determinadas pruebas que pudiesen hacerse valer en juicio, independientemente de otro proceso en curso. (p.114)

Es decir, el fin propio del procedimiento del retardo perjudicial es el de preservar determinadas pruebas que, eventualmente, se harán valer en juicio. Esta utilidad práctica de conservación del medio probatorio viene dada en función del interés de la parte, independientemente de la posición que asumirá en el futuro juicio o proceso en el cual se incorporará tal probanza, por tanto, se dice que es una prueba anticipada.

En ese sentido, se puede aseverar con propiedad que no se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, sino de un procedimiento especial que, aun cuando no es un proceso de cognición propiamente dicho donde eventualmente se emita un fallo con carácter de cosa juzgada que resuelve el conflicto de intereses provocado por la demanda y su contestación; sí se puede concluir que se trata de una demanda de instrucción anticipada.

Al hilo de lo precedentemente expuesto, se puede señalar lo expresado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia N° 776/2001 dictada en fecha 18 de mayo de 2001, (caso: Rafael Montserrat), en la que estableció lo siguiente:

Ahora bien, es un requisito de la acción, ligada a la necesidad de que exista un interés procesal en el accionante, que él pueda estar realmente afectado en su situación jurídica, razón por la cual acude a la justicia, y, además, que el demandado puede causar tal afectación. **Es igualmente exigencia necesaria, que el actor persiga se declare un derecho a su favor (excepto en los procesos anticipatorios, como el**

retardo perjudicial por temor fundado a que desaparezcan las pruebas, donde el interés se ventilará en el proceso al cual se integren las actuaciones del retardo). (Resaltado añadido).

Corolario de lo anterior, se tiene que ante la posibilidad de circunstancias sobrevenidas que conlleven a la desaparición del medio probatorio, emerge el procedimiento de retardo perjudicial, el cual se concibe como un proceso anticipatorio en el que no existirá una declaratoria de derecho a favor de alguno de los litigantes; y en el que los intereses de los litigantes no será debatido en ese procedimiento, sino en uno futuro donde se haga valer tal prueba; el interés de la parte versará en la instrucción o evacuación de la prueba para su preservación en el tiempo.

Es por lo que Devis (2015) manifiesta que: “son diligencias preliminares por temor a la imposibilidad de efectuar la derivada del retardo”. (p.535) Por tanto, ante el temor por el inconveniente de perder el medio probatorio deviene en la necesidad del diligenciamiento del retardo perjudicial. Así pues, se tiene que el retardo perjudicial, es un procedimiento que se encuentra reservado para la preservación o conservación de medios probatorios que serán incorporados y valorados en un proceso futuro.

Es evidente entonces que lo distinguido de esta anticipación probatoria no radica, en la oportunidad en la cual se promueve y evacua, vale decir antes del procedimiento judicial donde se podrá hacer valer, ya que su

presupuesto necesario es la urgencia con que debe practicarse dado el perjuicio que pudiese sobrevenir por retardo, consistente en la posibilidad de desaparecer o modificarse el estado o circunstancias de las cosas con el transcurso del tiempo, y cuya finalidad es la de prevenir su aseguramiento o conservación. Por el contrario, la relevancia estriba en determinar la eficacia probatoria para las resultas del futuro proceso, pues sí la misma es fundamental y no pudo ser evacuada, el operador de justicia deberá determinar la posibilidad de la afectación al *onus probandi* de la parte promovente y la responsabilidad de la contraparte ante las trabas u obstáculos que impidieron su evacuación.

Ahora bien, se debe destacar que el artículo 813 del Código de Procedimiento Civil (1986) dispone:

Artículo 813. **La demanda por retardo perjudicial** procederá cuando haya temor fundado de que desaparezca alguna prueba del promovente. (Resaltado añadido)

Así pues, el preverse que a través de una demanda es el medio por el cual se plantea el retardo perjudicial, debe tenerse en cuenta que éste es el acto procesal por el cual se ejerce la acción dirigida al juez y la pretensión dirigida a la otra parte y constituye entonces, el acto de iniciación del proceso.

Se destaca entonces, en primer lugar, el mal uso del vocablo por parte del legislador de 1986 al calificar la “demanda por retardo perjudicial”. Sin embargo, bajo esa premisa, se acude a lo previsto en el artículo 16 del texto adjetivo civil, que dispone:

Artículo 16. Para proponer la demanda el actor debe tener interés jurídico actual. Además de los casos previstos en la Ley, el interés puede estar limitado a la mera declaración de la existencia o inexistencia de un derecho o de una relación jurídica. No es admisible la demanda de mera declaración cuando el demandante puede obtener la satisfacción completa de su interés mediante una acción diferente. (Resaltado añadido)

La ley, sin distinción del proceso de que se trate, prevé que para proponer la demanda el demandante debe tener un interés jurídico actual. Por tanto, el retardo perjudicial no es la excepción y el demandante debe demostrar o tener un interés jurídico actual para interponerlo.

En ese orden de ideas, para el caso del retardo perjudicial, el interés a demostrar debe ser la urgencia en que se evacúe la prueba dado el temor fundado y no el interés en el futuro proceso, porque de ser así no procede la evacuación de la prueba, debido a que no existe la urgencia.

Por tanto, ese interés radica en que la prueba que se pretende anticipar sea conducente a la demostración de inexistencia o liberación de una obligación.

En ese sentido, la parte que interpone el retardo perjudicial debe tener y demostrar una urgencia que acredite su temor fundado de que la prueba de que se trate, pueda desaparecer; o perder eficacia por el solo transcurso del tiempo; o por la actuación de la parte contra quien obra dicha prueba.

Así pues, para acreditar este extremo, el demandante debe preparar justificativo judicial que acompañe su demanda. El temor fundado de que la prueba desaparezca depende de la desaparición de los hechos en el tiempo.

Por tanto, el Tribunal debe tomar en consideración que en verdad es urgente la evacuación de la prueba, dicha urgencia la determina el juez mediante el uso de sus máximas de experiencia.

Ahora bien, las circunstancias fácticas de este procedimiento permiten determinar la posibilidad de que tal medio probatorio se pierda o desaparezca, bien sea por acción de la naturaleza o del hombre; por tanto, el contexto por el cual se plantea una demanda por retardo perjudicial será muy particular y la ponderación del juez será determinante para los efectos de la apreciación de tales circunstancias que permiten sustanciar el procedimiento.

Bajo estas apreciaciones, se debe establecer que la esencia del procedimiento de retardo perjudicial es la de hacer evacuar un medio probatorio cuya incorporación, promoción y valoración será realizada en otro proceso distinto. Por tal motivo, la demanda debe contener argumentaciones suficientes y sustentadas que serán apreciadas por el operador de justicia para ponderar la urgencia.

Así, surge un principio que ha de tenerse en cuenta y lo es el de la carga de la prueba, previsto en el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil el cual estipula lo siguiente:

Artículo 506. **Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho.** Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación.

Los hechos notorios no son objeto de prueba. (Resaltado añadido)

Según tal principio, las partes (demandante y demandada) tienen como regla, probar sus respectivas afirmaciones de hecho; ello con el propósito de llevar al convencimiento al juez de la verdad de sus afirmaciones.

Así pues, son los escritos contentivos de alegaciones los que delimitan el marco probatorio de las partes pues, de manera preclusiva, realizan sus alegatos para luego probarlos.

En el caso del demandante, su oportunidad de alegar hechos lo constituye la demanda; para el caso del demandado, lo es la contestación. Estos momentos son únicos y preclusivos y fuera de tales oportunidades no pueden alegarse nuevos hechos y estos constituyen el *thema decidendum* del juez y lo que delimitará lo que será objeto de prueba para las partes.

Para el caso particular del retardo procesal, se tiene que no existe contención alguna, ni se producirá sentencia que resuelva la litis; por tanto

los hechos constitutivos o sometidos a prueba aún no han sido expuestos. Pero, en el caso particular, se pretende evacuar de manera anticipada un medio ante el temor de su desaparición. Por tanto, al ser las partes las interesadas en evacuar las pruebas que harán valer ante el juez, estas pueden promover en igualdad de condiciones, el procedimiento de retardo perjudicial; es decir, lo pueden promover tanto el demandante en el futuro proceso como el demandado.

Al efecto, Cabrera (1990) dispone:

El interesado en conservar los hechos es quien intenta el Retardo Perjudicial por temor fundado. Creemos que es indiferente que sea el futuro demandante o el futuro demandado quien lo incoe. (p. 25)

En otro orden de ideas, se tiene que su objeto lo establece el artículo 815 del Código de Procedimiento Civil que dispone:

Artículo 815. La demanda fundada en el temor de que desaparezcan algunos medios de prueba del demandante, **deberá expresar sus fundamentos y tendrá por objeto solamente que se evacúe inmediatamente la prueba. Las funciones del Tribunal se limitarán a practicar las diligencias promovidas con citación de la parte contraria**, la cual podrá repreguntar a los testigos quedando al Tribunal que venga a conocer de la causa, la facultad de estimar si se han llenado las circunstancias requeridas para dar por válida la prueba anticipada.

Ergo, los hechos constitutivos de la futura demanda en la cual se hará valer la prueba evacuada de manera anticipada, no son objeto de ponderación o apreciación por parte del juez que practicará las diligencias del

retardo perjudicial, ya que los fundamentos de tal procedimiento radicarán en la urgencia por el temor fundado a que desaparezca la prueba. De lo que se colige que el juez, no podrá señalar que el medio probatorio cuya evacuación anticipada pretende, es manifiestamente ilegal o manifiestamente impertinente, no pudiendo aplicar entonces la normativa contenida en el artículo 398 del mismo Código, como parte de su rol de dirección del proceso pues, dada la naturaleza del mismo, no se lo permite. De allí que la parte *in fine* de la normativa supra transcrita dispone que esa facultad corresponde al Tribunal que venga a conocer de la causa o del proceso futuro.

En ese sentido, se tiene que la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia dictada en fecha 6 de diciembre de 2005, Expte. N° 04-2643, con ponencia del magistrado Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero, expresó lo siguiente:

De las disposiciones antes transcritas se desprende que la demanda en el procedimiento por retardo perjudicial tiene por objeto la instrucción de determinadas pruebas, antes del juicio o de la etapa probatoria en una causa en marcha, cuando haya temor fundado de que los medios de prueba o los hechos que con ellos se captarán, pueden desaparecer.

Incoada la demanda de retardo perjudicial, es necesario citar a la contraparte de quien lo pide, a fin de que tenga la oportunidad de controlar las pruebas a evacuarse, sin que exista decisión del Tribunal del retardo sobre el mérito de las mismas. (Resaltado añadido)

Por tanto, se trata de una demanda y su fundamento debe versar sobre el temor fundado de que los medios de prueba o hechos que se pretenden

captar con ellos puedan desaparecer. De allí entonces que, para efectos de la presente investigación, se debe acudir a lo previsto en el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, que dispone:

Artículo 340. El libelo de la demanda deberá expresar:

1. La indicación del Tribunal ante el cual se propone la demanda.
2. El nombre, apellido y domicilio del demandante y del demandado y el carácter que tiene.
3. Si el demandante o el demandado fuere una persona jurídica, la demanda deberá contener la denominación o razón social y los datos relativos a su creación o registro.
4. El objeto de la pretensión, el cual deberá determinarse con precisión, indicando su situación y linderos, si fuere inmueble; las marcas, colores, o distintivos si fuere semoviente; los signos, señales y particularidades que puedan determinar su identidad, si fuere mueble; y los datos, títulos y explicaciones necesarios si se tratare de derechos u objetos incorporales.
5. La relación de los hechos y los fundamentos de derecho en que se base la pretensión, con las pertinentes conclusiones.
6. Los instrumentos en que se fundamente la pretensión, esto es, aquéllos de los cuales se derive inmediatamente el derecho deducido, los cuales deberán producirse con el libelo.
7. Si se demandare la indemnización de daños y perjuicios, la especificación de éstos y sus causas.
8. El nombre y apellido del mandatario y la consignación del poder.
9. La sede o dirección del demandante a que se refiere el artículo 174.

La norma supra transcrita, contiene los requisitos que debe contener toda demanda. Sin embargo, para el caso particular, el procedimiento de retardo perjudicial no se ventila por uno ordinario en el cual existe contención

y un debate probatorio, en el que se dicta una sentencia eventualmente susceptible de ejecución. Por el contrario, se trata de un procedimiento donde no existe contención alguna, mucho menos una decisión que sea dictada por el órgano jurisdiccional.

De allí que, muy por el contrario, a que el artículo 813 del Código de Procedimiento Civil se refiere a la “demanda por retardo perjudicial”, en el mismo no se aplican los requisitos exigidos en el artículo 340 ya citado.

En efecto, al hacer una distinción de la enumeración de tales requisitos, para el caso del retardo perjudicial se tiene que no existe objeto de pretensión alguna, ya que el fin del procedimiento es la preservación de una prueba. Por tanto, no es requisito indispensable el cumplimiento del ordinal 4° del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil.

De igual forma, no se requiere una relación de hechos y fundamentos de derecho en que se basa la pretensión, pues dicha prueba será promovida en un futuro juicio, en el cual se realizarán las alegaciones respectivas, con base a la fundamentación jurídica de la pretensión de las partes. Esto quiere decir, que el requisito previsto en el ordinal 5° del artículo 340 *eiusdem*, tanto es necesario para la presentación de la “demanda por retardo perjudicial”.

Además, no se requiere la presentación o acompañamiento de documentos fundamentales en los cuales se base la pretensión, pues este es un procedimiento atípico y especial en el cual no se discuten hechos ni derechos por parte de los litigantes. De allí, que la exigencia contenida en el ordinal 6° del mismo artículo 340 ya citado, tampoco aplica para el retardo perjudicial.

Por último, al no ser un procedimiento en el que se pretenda la declaratoria de algún derecho y la posterior condena a la parte demandada, mal puede señalarse que en el caso de retardo perjudicial, debe señalarse la especificación y las causas de los daños y perjuicios que se pretendan, pues la naturaleza del retardo perjudicial colide con la de los procedimientos contradictorios *per se*.

Ahora bien, sobre la base de las aseveraciones anteriormente realizadas se tiene que, en el retardo perjudicial, pese a que se refiere a una demanda que -en principio- debería reunir los requisitos del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, los mismos no son taxativos, ni indispensables. Al contrario, existen unos requisitos que, en ningún caso, deben figurar al pretenderse la preservación de un medio probatorio por la vía del retardo perjudicial.

Al hilo de lo señalado, se puede afirmar que la indicación del tribunal; la identificación de las partes, la identificación del mandatario y el domicilio procesal, son requisitos ineludibles que debe cumplir la “demanda por retardo perjudicial”.

Se precisa además que a la par de tales requisitos, el demandante debe -en su escrito libelar- realizar una fundamentación en las cuales se evidencie la urgencia de la evacuación anticipatoria de la prueba. Esta argumentación debe versar sobre hechos concretos que permitan al juez inferir que cierto y determinado medio probatorio pueda desaparecer; por tanto, esa fundamentación no debe versar sobre circunstancias de hecho o de derecho que son motivo del futuro proceso en el cual se hará valer el medio probatorio que se pretende evacuar.

Este constituiría un requisito intrínseco de la “demanda por retardo perjudicial” y es a lo que se refiere el artículo 815 del Código de Procedimiento Civil al indicar que “la demanda fundada en el temor de que desaparezcan algunos medios de prueba del demandante, deberá expresar sus fundamentos”. Así, se insiste, son los fundamentos fácticos en torno a la prueba, los que deben ser señalados por el demandante y que serán ponderados por el juez para determinar si es comprobable la urgencia del diligenciamiento probatorio de la prueba en cuestión.

En otro orden de ideas, se tiene que el artículo 814 del Código de Procedimiento Civil prevé:

Artículo 814. Para preparar la demanda el demandante deberá instruir justificativo ante cualquier Juez.

Conforme a lo indica la norma antes señalada, previo a la interposición de la “demanda por retardo perjudicial”, resulta indispensable practicar previamente un justificativo judicial en el cual se desprenda presunción sobre el temor fundado que dice tener el demandante para solicitar el diligenciamiento anticipatorio probatorio.

En ese sentido, se trata de un justificativo requerido en virtud de su relevancia a la litis o al desarrollo del proceso a los fines de la admisibilidad de la demanda por retardo perjudicial. Tal justificativo judicial previo radica en la demostración al Tribunal del temor fundado de que desaparezcan las pruebas que deben ser capturadas en este procedimiento de naturaleza anticipatoria.

Ahora bien, se observan entonces la existencia de dos requisitos esenciales y fundamentales establecidos únicamente para la interposición del retardo perjudicial, a saber: la indicación de los fundamentos para requerir la evacuación anticipada de la prueba y el justificativo judicial que debe ser

preparado previamente a la demanda. Ante tales requisitos, Cabrera (1990), señala lo siguiente:

El Legislador nunca quiso en esta materia (refiriéndose al retardo perjudicial) que bastara la palabra del actor para que el Juez ordenara la prueba y por ello exigió que se instruyera justificativo para preparar la demanda, lo que significa que sobre el temor fundado de la desaparición de los hechos, base de la demanda, no se requerirá plena prueba, sino una mera posibilidad, por lo que se acude al expediente de las justificaciones.

(...)

Recibido el libelo con el justificativo a él adjunto, el juez de la causa va a examinar en primer lugar si es verosímil que desaparezcan las pruebas de inmediato. Si en su criterio existe ese temor fundado ya uno de los requisitos de admisibilidad de la demanda se ha cumplido. **El análisis de los fundamentos alegados y del justificativo o justificación para perpetua memoria, conducirá al Juez a considerar posible el que las pruebas van a desaparecer de inmediato y que se requiere si actuación.** (pp. 54-56)

Así, pues, la demanda por retardo perjudicial debe contener los fundamentos de hecho que giren en torno al medio probatorio y que sirven de base para la comprobación del temor fundado que el mismo desaparezca; los cuales deberán ser reconocidos mediante justificativo judicial que debe evacuarse con anterioridad al retardo. De manera que, estos constituyen, los requisitos esenciales que debe reunir el libelo contentivo de la demanda por retardo perjudicial.

Justificativo del temor fundado

El artículo 814 del Código de Procedimiento Civil prevé:

Artículo 814. Para preparar la demanda el demandante deberá instruir justificativo ante cualquier Juez.

La norma señalada, la ley expresamente exige la realización de un justificativo judicial que escude la urgencia alegada. Al respecto, Montoya (1997), señala:

Cabe destacar que el peticionante tiene la obligación de instruir justificativo, en forma previa a la presentación de la demanda, pudiéndolo hacer ante cualquier Juez.

En ese sentido, resulta pertinente precisar lo dispuesto por el artículo 936 del Código de Procedimiento Civil a fin de establecer lo que debe determinarse por justificativo:

Artículo 936. Cualquier **Juez Civil es competente para instruir las justificaciones** y diligencias **dirigidas a la comprobación de algún hecho** o algún derecho propio del interesado en ellas. El procedimiento se reducirá a acordar, el mismo día en que se promuevan, lo necesario para practicarlas; concluidas, se entregarán al solicitante sin decreto alguno.

Así pues, son los justificativos para perpetua memoria evacuados ante un tribunal civil, los medios previstos para dejar constancia de un hecho o

para evidenciar algún derecho, o el estado de las cosas en un momento determinado. En el caso del retardo perjudicial, es el requerido para instruir las justificaciones de la urgencia de la evacuación de una prueba de manera anticipada.

Siendo que el Código de Procedimiento Civil es un texto preconstitucional y que dispone que se realizará ante cualquier juez civil, debe precisarse además que según Resolución N° 2009-006, de fecha 18 de marzo de 2009, dictada por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, se dictaron parámetros que modificaron la competencia de los tribunales civiles en torno a la materia y a la cuantía.

En efecto, dicho instrumento dispone en su artículo 3 lo siguiente:

Artículo 3.- Los Juzgados de Municipio conocerán de forma exclusiva y excluyente de todos los asuntos de jurisdicción voluntaria o no contenciosa en materia civil, mercantil, familia sin que participen niños, niñas y adolescentes, según las reglas ordinarias de la competencia por el territorio, y en cualquier otro de semejante naturaleza. En consecuencia, quedan sin efecto las competencias designadas por textos normativos preconstitucionales. Quedando incólume las competencias que en materia de violencia contra la mujer tienen atribuida.

Por tanto, conforme a la mencionada Resolución, el justificativo requerido como requisito para interponer una “demanda por retardo

perjudicial”, debe ser evacuado ante un Juez de Municipio competente territorialmente donde se ha de evacuar el medio probatorio.

De manera que, este justificativo requerido en virtud de su relevancia al proceso especial, se hace indispensable a los fines de la admisibilidad de la demanda. En ese orden de ideas, se hace importante acotar que el justificativo requerido, debe ser evacuado por ante un Tribunal de Municipio y no ante un Notario. En efecto, el numeral 3 del artículo 74 de la Ley de Registro Público y del Notariado dispone:

Artículo 74. Los Notarios son competentes en el ámbito de su jurisdicción para dar fe pública de todos los actos, hechos y declaraciones que autoricen con tal carácter, particularmente de los siguientes:

(...)

3. Justificaciones para perpetua memoria, con excepción de lo señalado en el artículo 937 del Código de Procedimiento Civil. (Resaltado añadido)

En ese sentido, pese a que la Ley dispone que los notarios pueden evacuar justificativos para perpetua memoria, en el caso del retardo perjudicial la ley exige que tales justificaciones se hagan ante un juez.

De manera que es el juez de Municipio el competente para instruir las justificaciones y diligencias dirigidas a la comprobación de algún hecho o

algún derecho propio del interesado para acreditar la urgencia y el temor fundado de que desaparezca cierta y determinada prueba.

La citación

Partiendo de la base que el procedimiento de retardo perjudicial se inicia con una demanda escrita que, en esencia, debe reunir algunos extremos del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil; y en la que indudablemente la constitución y la formación de la prueba a preservar, varía dependiendo del medio probatorio empleado; pero que necesariamente requiere la intervención de la parte contraria o, al menos, que tenga conocimiento a través de la citación que realice el tribunal.

En ese sentido, el artículo 815 del Código de Procedimiento Civil dispone:

Artículo 815. La demanda fundada en el temor de que desaparezcan algunos medios de prueba del demandante, deberá expresar sus fundamentos y tendrá por objeto solamente que se evacúe inmediatamente la prueba. **Las funciones del Tribunal se limitarán a practicar las diligencias promovidas con citación de la parte contraria...** (Resaltado añadido)

Precisando de una vez y en atención al principio de igualdad procesal, la parte demandada en el procedimiento de retardo, debe ponerse en

conocimiento de tal petición y su emplazamiento se realiza mediante compulsas con la orden de comparecencia tal como le dispone el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil (1986) para que el demandado se encuentre enterado del contenido de la demanda de retardo.

En efecto, luego de admitida la demanda por retardo perjudicial, se debe citar a la parte demandada. Así, fue establecido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia dictada en fecha 6 de diciembre de 2005, Expte. N° 04-2643, al indicar que:

Incoada la demanda de retardo perjudicial, **es necesario citar a la contraparte de quien lo pide, a fin de que tenga la oportunidad de controlar las pruebas a evacuarse**, sin que exista decisión del Tribunal del retardo sobre el mérito de las mismas. (Resaltado añadido).

Sin embargo, pese a que la ley dispone la citación de la parte demandada para que tenga la oportunidad de controlar las pruebas a evacuarse, se debe precisar que la ley no indica en qué manera se ha de practicar, ni tampoco un lapso de comparecencia.

Al respecto, Cabrera (1990) señala:

No obstante, en este proceso existen dudas acerca de cómo llevar a cabo la citación por carteles cuando la búsqueda del demandado no ha sido fructífera, gracias a que las diligencias de

la citación cartelaria retrasan la evacuación de la prueba que se supone es de Evacuación urgente.

(...)

En el proceso de Retardo Perjudicial la ley no prefijó un término de comparecencia para acudir a los actos probatorios, por lo que creemos que dicho plazo queda a criterio del Juez, conforme a lo que pida el actor, debido a la especial naturaleza de este proceso, ya que si no fuere así, la mayoría de las veces quedarían frustradas las diligencias si se utilizaren los tramites ordinarios. (p. 62)

En ese sentido, debe tenerse en cuenta que el texto adjetivo civil nada indica sobre las distintas modalidades de citación (vgr. citación por correo, por comisión, por cartel, entre otras); pero lo que debe tenerse claro es la necesaria puesta en conocimiento del demandado en retardo acerca del medio probatorio a evacuar.

De allí que el juez que conozca del retardo, con base a sus facultades de dirección, establecerá tales formas de citación; así como también, dispondrá la oportunidad para la comparecencia de la parte demandada y la posterior evacuación del medio probatorio. Todo con apego a lo previsto en el artículo 7 del Código de Procedimiento Civil.

Tal como lo sentó el Máximo Tribunal, esta intervención de la parte contraria en el procedimiento se hace, para que ésta pueda o haga valer su derecho de controlar y contradecir el respectivo medio probatorio. En este

caso, la contención que puede darse en el procedimiento de retardo perjudicial está limitada al control de las pruebas mediante el cual se pone de manifiesto el derecho de defensa en materia probatoria; ninguna otra actuación o mecanismo de defensa puede realizar el demandado, por lo que no puede alegar cuestiones previas; plantear reconvencción; proponer tercerías; ejercer defensas de fondo; pues no se trata de un procedimiento contencioso.

Se observa claramente que este control tiene como fin práctico que el resultado de la prueba no se reciba sin conocimiento de las partes y procura no sólo la presencia de ellas en dichos actos, sino que la recepción reúna un mínimo de garantías tendientes a que lo que incorporan las probanzas sea lo más acorde posible con la realidad, ya que debido a la naturaleza del mismo no se puede realizar acto de impugnación o de oposición a los medios que materializan el principio de contradicción.

Es así como, las funciones del Tribunal que sustancia el retardo de conformidad con el artículo 815 del Código de Procedimiento Civil, están limitadas a la práctica de las diligencias promovidas con citación de la parte contraria, sin oportunidad de abrir incidencias que den lugar a decisiones del Tribunal.

Por ello, resulta importante recalcar que la parte contra la cual se promueven los medios de prueba no tendrá derecho a hacer oposición a los mismos aduciendo que estos son manifiestamente ilegales o impertinentes. En otras palabras, en el procedimiento de retardo perjudicial no se da la posibilidad de oponerse a la admisión de las pruebas, quedando diferido el principio de contradicción de la prueba para que sea ejercido por la contra parte en el juicio de cognición donde se vayan a hacer valer las pruebas anticipadas y en cuya sentencia de mérito deberá estimarse si se han llenado todas las circunstancias requeridas para dar por válida la prueba anticipada.

De allí que se tiene que el procedimiento de retardo no culmina con una sentencia de mérito, ni el juez dicta sentencia alguna, simplemente se limita a evacuar la prueba anticipada.

Sustanciación

A fin de precisar el iter procedimental del retardo perjudicial, se tiene que el artículo 815 del Código de Procedimiento Civil, dispone lo siguiente:

Artículo 815. La demanda fundada en el temor de que desaparezcan algunos medios de prueba del demandante, deberá expresar sus fundamentos y tendrá por objeto solamente que se evacúe inmediatamente la prueba. **Las funciones del Tribunal se limitarán a practicar las diligencias promovidas con citación**

de la parte contraria, la cual podrá repreguntar a los testigos quedando al Tribunal que venga a conocer de la causa, la facultad de estimar si se han llenado las circunstancias requeridas para dar por válida la prueba anticipada. (Resaltado añadido)

La evacuación anticipada de la prueba por retardo perjudicial es un procedimiento especial el cual, por su esencia no es contencioso, debido a que se cita a la parte contraria, pero se le otorga al Juzgado la facultad de realizar las diligencias que considere necesarias a fin de que se capture la prueba anticipadamente y cumpla con sus objetivos este proceso, ese es el único fin.

De esta manera, al quedar limitadas las funciones del tribunal que sustancia el retardo de conformidad con el artículo 815 del Código de Procedimiento Civil, se procederá a la práctica de las diligencias promovidas con citación de la parte contraria, sin oportunidad de abrir incidencias que den lugar a decisiones del tribunal.

En ese sentido, se tiene que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia dictada en fecha 24 de noviembre de 2001, Expte. N° 00-3270, al disponer que:

El proceso de retardo, no tiene prevista contestación de demanda, ni incidencias de ningún tipo, siendo su objeto solamente que se evacue inmediatamente la prueba admitida, promovida con la demanda de retardo, **por lo que la función**

judicial se limita a practicarla, tal como lo señala el artículo 815 del Código de Procedimiento Civil. (Resaltado añadido)

Por tanto, el procedimiento por cual se lleva a cabo el retardo perjudicial, está limitado a: la presentación del libelo de la demanda; su admisión; la citación de la parte contraria; la fijación de la oportunidad para la evacuación de la prueba anticipada; y, su evacuación propiamente dicha.

De allí que, no existe mayor implicancia en los trámites procesales a realizar para la sustanciación del procedimiento de retardo perjudicial. Sin embargo, ante la factibilidad de la contención que pueda emerger, la misma está limitada al control de las pruebas mediante el cual se pone de manifiesto el derecho de defensa en materia probatoria.

Este control persigue que el resultado de la prueba no se reciba sin conocimiento de las partes y procura no sólo la presencia de ellas en dichos actos, sino que la recepción reúna un mínimo de garantías tendientes a que lo que incorporan las probanzas sea lo más acorde posible con la realidad, ya que debido a la naturaleza del mismo no se puede realizar acto de impugnación o de oposición a los medios que materializan el principio de contradicción. En ese sentido, el fallo supra mencionado dispone que:

Atendiendo a la naturaleza del retardo perjudicial por temor fundado a que desaparezcan las pruebas, **no corresponde al juez del retardo decisión de ningún tipo dentro de dicho proceso, excepto la admisión de las pruebas promovidas en**

la demanda y las decisiones que surgen dentro de la práctica de las probanzas, con motivo de las observaciones de la partes. (Resaltado añadido)

Es decir, el juez que conoce del retardo perjudicial no emitirá sentencia de mérito; la contraparte del promovente del medio probatorio no puede ejercer contradicción o contestación a la misma; más, sin embargo, podrá realizar observaciones al momento de evacuar la prueba y, atendiendo al pedimento formulado, el juez deberá decidir en el mismo acto de su evacuación.

CAPITULO II

CUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 257 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA EN LA REGULACIÓN DE LA FIGURA DEL RETARDO PERJUDICIAL

El retardo perjudicial a la luz de la CRBV

Se debe precisar que la demanda en el procedimiento por retardo perjudicial tiene por objeto la instrucción de determinadas pruebas, antes del juicio o de la etapa probatoria en una causa en marcha, cuando haya temor fundado de que los medios de prueba o los hechos que con ellos se captarán, pueden desaparecer.

Bajo esa concepción, se debe tener claro la especialidad del procedimiento de retardo perjudicial y la urgencia con la cual se debe sustanciar.

Ahora bien, el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), dispone lo siguiente:

Artículo 26. Todos tienen derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, inclusive los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. **El Estado garantizará una justicia** gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y **expedita, sin dilaciones indebidas**, sin formalismos o reposiciones inútiles. (Resaltado añadido)

La mencionada norma, dispone el derecho constitucional de la acción o de acceso a la justicia. Esta a su vez se erige como una garantía u obligación por parte del Estado. La justicia acá concebida, será -entre otras- expedita y sin dilaciones indebidas.

En otro orden de ideas, el artículo 257 del mismo Texto Fundamental consagra:

Artículo 257. 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.** (Resaltado añadido)

Tal dispositivo, establece la instauración del proceso como un mecanismo para lograr uno de los fines esenciales del Estado, vale decir: la justicia. Por ello, el constituyente de 1999 consideró adoptar leyes

procesales que simplifiquen los trámites y que no debe sacrificarse por la omisión de formalidades esenciales.

Ahora bien, en el caso del retardo perjudicial se tiene que la misma se encuentra contenida dentro de un texto preconstitucional, es decir, dentro de un conjunto normativo sancionado antes de la entrada en vigencia de la actual Constitución.

Es por lo que muchas de las instituciones y procedimientos previstos en el Código de Procedimiento Civil, coliden con los postulados constitucionales y principios por los cuales se ha de regir el proceso judicial; entre los que destaca la adopción de un proceso oral, breve y público.

Sin embargo, a sabiendas de la intención del Estado de realizar una reforma legislativa del Código de Procedimiento Civil el cual aún se encuentra en fase de discusión; no es óbice para que en ese ínterin se presenten casos en los cuales debe evacuarse de manera anticipada un medio probatorio, pero con la salvedad que deberá intentar tal procedimiento bajo los parámetros de una ley adjetiva desfasada en el tiempo y no acorde a la vigente Constitución. En ese sentido, se destacan situaciones que se enfocan bajo la óptica de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

El justificativo judicial

En ese sentido, se destaca que, con prescindencia de la oralidad del procedimiento, y en el entendido que el fin del retardo perjudicial es la de evacuar un medio probatorio ante el temor fundado que el mismo desaparezca, se tiene que la misma ley dispone una exigencia que se debe practicar de manera previa a la interposición de la demanda por retardo perjudicial.

En efecto, el artículo 814 del Código de Procedimiento Civil, dispone la exigencia de la evacuación de un justificativo judicial previo con el fin de evidenciar la urgencia en la necesidad de evacuar de manera anticipada la prueba.

De por sí, la especialidad del retardo perjudicial permite evacuar una prueba de manera anticipada; pero, tiene como condicionante realizar otra actividad previa.

En ese sentido, si bien es cierto que los alegatos que las partes esgriman en la demanda o en la contestación no constituyen plena prueba y sobre la base de tales alegatos es que las partes ejercen su carga probatoria; no es menos cierto que en el caso del retardo perjudicial que se inicia mediante una demanda y que no existen alegatos de hechos pues no

habrá decisión, constituye un formalismo el diligenciamiento del justificativo judicial para demostrar la urgencia.

Tanto es así que la actividad del juez está limitada a ponderar la urgencia del caso y diligenciar la prueba con citación de la parte contraria; ya que cualquier juicio de valor sobre la licitud o pertinencia de la prueba evacuada corresponderá al juez ante el cual se promueve la misma.

De allí que la exigencia de un justificativo judicial que pruebe la urgencia de la prueba anticipada, constituye un formalismo y una tautología procesal, pues dentro de la fundamentación que debe realizar el demandante en su libelo de demanda de retardo perjudicial debe explicar las razones que amparan tal urgencia. Carece de sentido entonces un diligenciamiento previo que justifique tales razones, ante el hecho que el juez no podrá realizar valoraciones sobre el medio probatorio, ni la contraparte puede ejercer algún medio de contradicción de la prueba, solo podrá realizar observaciones que serán resueltas por el juez al momento de la evacuación.

En ese sentido, el proceso judicial por el cual debe sustanciarse el retardo perjudicial colide con el texto constitucional, al exigirse un diligenciamiento previo. Esto constituye un formalismo no esencial, pues el propio justificativo judicial no constituye prueba en sí mismo, ya que es un

diligenciamiento que se hizo *inaudita pars* y bajo los parámetros solicitados por el demandante.

La citación

El proceso de retardo perjudicial se inicia por demanda que reúne alguno de los requisitos exigidos en el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil. Por ello, se procede a la admisión previa constatación de la fundamentación de la urgencia y del justificativo judicial que la sustenta.

El mismo artículo 815 *eiusdem* dispone que la “las funciones del Tribunal se limitarán a practicar las diligencias promovidas con citación de la parte contraria”; es decir, es muy concreta la función del tribunal pues está orientada a la evacuación de la prueba.

Sin embargo, la misma debe ser realizada previo conocimiento de la parte demandada a través de la citación. Esta formalidad, pese a que se realiza con el fin de garantizar el control que pueda ejercer la contraparte en la evacuación del medio probatorio, se vislumbra como un obstáculo en la prosecución del fin del mismo procedimiento.

En primer lugar, se destaca el hecho que el Código de Procedimiento Civil no establece la forma en que se ha de practicar la citación; mucho menos hace una remisión a la aplicación de las disposiciones contenidas para el procedimiento ordinario, para ser aplicadas de manera supletoria.

Lo cierto es que el demandado por vía de retardo perjudicial debe estar en conocimiento de tal petición; por lo tanto, la práctica forense ha determinado que la citación debe realizarse mediante compulsa, con la orden de comparecencia tal como le dispone el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil para así enterar al demandado del contenido de la demanda de retardo.

Igualmente es posible aplicar en este procedimiento especial la citación por correo cuando se trate de una persona jurídica, tal y como lo dispone el artículo 219 del mismo Código; pero, las dudas surgen cuando no sea posible practicar la citación personal y se plantea la posibilidad de la citación por carteles conforme al 223 eiusdem, caso en el cual ¿se ha de nombrar defensor ad litem?; o que el demandado se encuentre fuera del ámbito territorial del demandado y se requiera por comisión.

En estos casos, la urgencia de la evacuación de la prueba anticipada estará supeditada a la verificación de la citación de la parte demandada, la cual no tiene regulación alguna dentro del procedimiento de retardo

perjudicial, por lo que, en la forma en que está concebida, constituye un formalismo que entraba la celeridad que se requiere para la evacuación y el diligenciamiento de la prueba que se teme pueda desaparecer, lo cual puede ocurrir en función al cumplimiento de esta formalidad.

El retardo perjudicial a la luz del CPC

A través de la historia del derecho, ha sido posible examinar la evolución que el proceso ha tenido en los distintos periodos y como éste se ha ido configurando en las diversas culturas jurídicas.

En ese sentido, han sido determinante las influencias del derecho romano, canónico y germánico en la configuración de una serie de instituciones procesales. También la historia del derecho permite determinar la forma como se han ido incorporando soluciones provenientes de otros ordenamientos, en especial, las formas de solución de conflictos del common law a nuestro sistema procesal, al igual que la influencia de la escuela italiana ha tenido en diversos países.

Así pues, el Código de Procedimiento Venezolano no escapa de esa realidad y es una muestra de las reminiscencias del Código de Procedimiento Italiano.

De allí que muchas de las instituciones y procedimientos que regulados, tengan su fundamento en influencia de legislación extranjera. Así pues, bajo el marco normativo por el cual se sancionó el Código de Procedimiento Civil, se tiene que el mismo era acorde a un sistema rígido, formal y legalista donde la forma procesal juega un papel preponderante.

Es por ello que, la exigencia del justificativo judicial que compruebe la urgencia de la evacuación anticipada y la citación de la parte contraria, no son más que visos del legalismo bajo el cual se concibió tal procedimiento.

El propio artículo 7 del Código de Procedimiento Civil dispone el principio de legalidad de las formas procesales; esto es que los actos deben realizarse en la forma prevista por el legislador y, en aquellos casos que existan vacíos legales, se realizará en la forma que el juez lo establezca sin apelación.

De tal suerte que al existir un vacío legal en la regulación procedimental del retardo perjudicial, queda a la voluntad del órgano jurisdiccional el sometimiento de las actividades que deben ser desarrolladas por las partes e implementadas por el juez, sin tener posibilidad de recurrir de las mismas.

El retardo perjudicial a la luz de la jurisprudencia

Es un hecho notorio la mora legislativa en la que ha incurrido el Estado a fin de legislar en diversas materias. Sin embargo, a pesar de ello, el mismo Estado ha procurado paliar tal falencia acudiendo a la jurisprudencia para dictar sentencias vinculantes que puedan solventar una situación en particular.

Así, el Tribunal Supremo de Justicia, haciendo uso de una figura que ha sido denominada como “jurisdicción normativa”, ha dictado sentencias que regulan ciertos y determinados contextos que requieren tutela judicial.

En ese sentido, resulta pertinente citar lo dispuesto por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 2278/2001 de fecha 16-11-2001, caso Jairo Cipriano Rodríguez Moreno, en la que estableció lo siguiente:

En su condición de director del proceso, el juez interviene de forma protagónica en la realización de este instrumento fundamental para la realización de la justicia, para la efectiva resolución de los conflictos y el mantenimiento de la paz social. Siendo rector del proceso, el juzgador no puede postrarse ante la inactividad de las partes, ni adoptar una actitud inerte o estática, sino asumir la posición activa que le exige el propio Texto Fundamental. Cuando la Constitución, en su condición de norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico, le exige que sea el principal garante de la

actuación circunstanciada de la ley y de sus propios mandatos normativos, **le está imponiendo el deber constitucional de hacer valer, permanentemente, los principios asociados al valor justicia, indistintamente del proceso de que se trate, de la jerarquía del juez o de la competencia que le ha conferido expresamente el ordenamiento.** (Resaltado añadido)

La doctrina que ha desarrollado el Tribunal Supremo de Justicia, ordena a los jueces a ser protagónicos y garantes de la realización de la justicia y asumir una posición activa conforme al Texto Fundamental; por tanto, está llamado a hacer valer los principios constitucionales asociados al valor de la justicia, indistintamente del proceso de que se trate; entre ellos, el de retardo perjudicial.

Por tal motivo, ante la deficiencia o la omisión legislativa existente que pueda regular situaciones concretas en torno al retardo perjudicial, el juez debe tener por norte la justicia y cumplir las garantías contenidas en la Carta Magna.

Es por lo que la misma Sala de Casación Civil, cónsona con el principio de dirección del juez, señaló en su fallo de fecha 06-11-2012, Expte. N° AA20-C-2012-000331, lo siguiente:

Asimismo, es oportuno indicar respecto de la necesidad de que los jueces procedan siempre en la dirección del proceso de manera ceñida a las normas adjetivas, velando por la correcta e ineludible aplicación de las formas y actos procesales tal como lo ha establecido el legislador, que la verdadera indefensión y

violación al debido proceso se produce, no solo al omitir los trámites procesales tal como están dispuestos en el ordenamiento, o al no conceder el jurisdicente determinado recurso a las partes, **sino que el debido proceso va más allá, tiene estrecha relación su inobservancia con el acceso a la justicia y al juzgamiento con las garantías debidas, a la obtención de una sentencia cuya ejecución no sea ilusoria y a que los requisitos procesales se interpreten en el sentido más favorable a la admisión de las pretensiones procesales,** doctrina desarrollada por la Sala Constitucional de este Alto Tribunal, a la cual debe hacer referencia esta Sala. (Resaltado añadido)

Por encima del principio legalista, el juez debe garantizar a los justiciables el acceso a la justicia y con ello permitir que sus pretensiones puedan dársele curso sin mayores obstáculos.

Ahora bien, con ocasión a la observancia de las formas procesales previstas por el legislador para la tramitación del retardo perjudicial, resulta pertinente citar sentencia dictada por el Juzgado de Sustanciación de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 20 de octubre de 2005, Expte. N° 2004-1306, en la que señaló lo siguiente:

De la lectura de las normas anteriores se evidencia que el retardo perjudicial o prueba anticipada es un proceso que se inicia a través de una acción o demanda –en los términos del artículo 339 del Código de Procedimiento Civil–, con el fin de conservar o preservar medios de prueba que se quieren hacer valer en otro proceso (*futura litis*), y que se teme desaparezcan; tal naturaleza de juicio autónomo, observa este Juzgado, le fue dada expresamente por el Legislador cuando ubicó al retardo perjudicial entre los procedimientos especiales contenciosos.

En el caso de autos, se observa que la apoderada de la sociedad mercantil SEGUROS HORIZONTE, C.A, pretende que se admita y sustancie dentro de la presente causa un procedimiento de retardo perjudicial, **obviando la exigencia legal de que éste debe presentarse mediante demanda, con fundamento en el principio constitucional referido a que el proceso no puede ser sacrificado en aras de meras formalidades**; al respecto, conviene señalar que **si bien impera en nuestro ordenamiento jurídico el principio precedentemente enunciado, ello no puede traducirse en una derogatoria o relajamiento de los requisitos previstos en la ley para la tramitación de la presente demanda por retardo perjudicial, pues tal conclusión colocaría a este órgano jurisdiccional en una flagrante violación de las normas que gobiernan la materia.** (Resaltado añadido)

En el caso citado, se pretendió evacuar de manera *intra litem* y en la misma causa, una prueba anticipada mediante la figura del retardo perjudicial; sin embargo, la misma fue ordenada su remisión al Juzgado correspondiente para su tramitación en forma autónoma. Se destaca en dicho fallo que se reconoce la primacía del principio de no sacrificar la justicia por meras formalidades, pero que tal sacrificio no puede comportar un quebrantamiento de los trámites legales previstos; lo que, sin lugar a dudas, denota el principio rígido y formalista que aún se mantiene en el Máximo Tribunal.

En sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 3634/2005 dictada en fecha 6 de diciembre de 2005. Expte. N° 04-2643, señaló lo siguiente:

De las disposiciones antes transcritas se desprende que la demanda en el procedimiento por retardo perjudicial tiene por objeto la instrucción de determinadas pruebas, antes del juicio o de la etapa probatoria en una causa en marcha, cuando haya temor fundado de que los medios de prueba o los hechos que con ellos se captarán, pueden desaparecer.

Incoada la demanda de retardo perjudicial, es necesario citar a la contraparte de quien lo pide, a fin de que tenga la oportunidad de controlar las pruebas a evacuarse, sin que exista decisión del Tribunal del retardo sobre el mérito de las mismas.

Al respecto, esta Sala Constitucional en sentencia número 256 del 23 de noviembre de 2001, señaló lo siguiente:

“(...) Corresponde al Juez que conocerá de los efectos probatorios del retardo perjudicial; es decir, el juez de la causa donde esta se promueva, decidir si el juez natural o el competente fue quien sustanció la prueba anticipada, así como admitir o negar la prueba evacuada ponderando su ilegalidad o impertinencia, e igualmente juzgar si el derecho de defensa del demandado le fue o no lesionado, caso en que el proceso de retardo sería nulo.

Atendiendo a la naturaleza del retardo perjudicial por temor fundado a que desaparezcan las pruebas, no corresponde al juez del retardo decisión de ningún tipo dentro de dicho proceso, excepto la admisión de las pruebas promovidas en la demanda y las decisiones que surgen dentro de la práctica de las probanzas, con motivo de las observaciones de la partes (...).”

De lo antes expuesto se desprende que bien adujo el a quo cuando señaló que será el juez que conozca de la causa a quien le corresponderá apreciar la validez y determinar si se llenaron o no, los extremos que justifican la obtención anticipada de la prueba. (Resaltado añadido)

En el caso señalado, la parte demandada interpuso recurso de amparo constitucional contra el auto de admisión de la demanda por retardo

perjudicial; adujo en dicho amparo que se violó el debido proceso por cuanto el demandante no cumplió con las formalidades para la admisión al no traer justificativo que demostrara la urgencia de la evacuación anticipada. Dicho amparo fue declarado sin lugar ya que, para el Juzgado Superior respectivo, “no concluye en ninguna declaración de voluntad del Estado, capaz de producir cosa juzgada, y la apreciación y la validez y determinación de sí se llenaron los extremos que justifica la obtención anticipada de la prueba, corresponde al tribunal de la causa realizar dicha valoración”.

Contra esa decisión ejerció recurso de apelación. Ahora bien, para el Juzgado de Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito del estado Lara, resultó válido el planteamiento de la prueba anticipada promovida y, sin requerir el formalismo o exigencia del justificativo judicial, procedió a su admisión y evacuación de la prueba; lo cual denota lo avanzado y progresista acerca de la garantía del acceso a la justicia.

Sin embargo, queda la duda acerca del valor probatorio que ha de tener dicho prueba evacuada de manera anticipada ya que, tal y como lo señaló el Juzgado Superior ante el cual se interpuso el amparo constitucional, como también lo confirmó la Sala Constitucional:

De lo antes expuesto se desprende que bien adujo el a quo cuando señaló que será el juez que conozca de la causa a quien le corresponderá apreciar la validez y determinar si se llenaron o

no, los extremos que justifican la obtención anticipada de la prueba.

Por tanto, se hace necesario crear precedentes jurisprudenciales que permitan el libre desenvolvimiento y la tutela efectiva de los derechos de los justiciables.

Con relación a la valoración del medio probatorio evacuado de manera anticipada, resulta pertinente citar sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 7 de septiembre de 2004. Expte. N° 2001-0662, en la que señaló lo siguiente:

En primer lugar, observa la Sala que la decisión recurrida declaró improcedente la oposición realizada por la demandada a la prueba anticipada presentada por la actora, en virtud de que "...los argumentos esgrimidos por los oponentes se orientan a la valoración que el juez del mérito otorgue a estas pruebas, lo cual no es una facultad del sustanciador, ni tampoco es la oportunidad procesal para su decisión...".

De lo anterior se colige, que dicha negativa estuvo basada tanto en el hecho de que el asunto planteado tenía que ser resuelto por el juez de mérito, como en la circunstancia de que tal pronunciamiento debía realizarse en la oportunidad para conocer del fondo.

(...)

De ahí que, **los eventuales planteamientos que se pudieran suscitar deben resolverse en el proceso donde se haga valer la aludida prueba anticipada que, para el caso que se analiza, es la presente controversia**; situación que pone en evidencia que los argumentos esgrimidos por el oponente relacionados fundamentalmente con la validez del procedimiento, a diferencia de lo decidido por el Juzgado de Sustanciación de

esta Sala, sí debieron ser resueltos en esta oportunidad procesal. Así se declara.

(...)

Sin embargo, como quiera que en los actuales momentos la reposición del mencionado proceso de retardo perjudicial sería inoficiosa, toda vez que ya estamos en el juicio principal y adelantada la fase probatoria, **considera preciso este órgano jurisdiccional señalar que además de la irregularidad arriba mencionada en el citado proceso no quedaba tampoco evidenciado uno de sus presupuestos fundamentales de procedencia, como lo es el temor fundado de que desapareciera la prueba**, principalmente en lo que respecta a la testimonial promovida; **situación que sumada a la anterior conduce a esta Sala a desechar la prueba anticipada promovida por la demandante**. Así se decide. (Resaltado añadido)

En el caso anteriormente citado, se tiene que en el curso de un juicio se planteó una demanda por retardo perjudicial y la parte demandada formuló oposición a las pruebas evacuadas alegando una serie de vicios procesales que no fueron resueltos ni por el tribunal que evacuó el retardo, ni por el tribunal que conoce la causa principal donde se hizo valer la prueba anticipada.

En el fallo señalado, se tiene que fue advertido que corresponde al juez que conozca de la causa principal, pronunciarse sobre la oposición que realiza la contraparte ante quien se haga valer la prueba evacuada de manera anticipada; pues tal es el mandato del artículo 815 del Código de Procedimiento Civil.

En ese sentido, al momento de valorar la prueba, se determinó que el demandante en el retardo perjudicial no demostró el temor fundado de que desapareciera la prueba que pretendió preservar y por tanto, la misma fue ilegalmente promovida y por tanto se desechó del proceso; con lo que, se coarta de esta manera la libertad probatoria del promovente de una prueba anticipada, ante la exigencia de unas formalidades no adaptas al Texto Constitucional.

Igualmente se cita sentencia dictada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 20 de mayo de 2008, Expte. N° 1999-16362, en la que indicó lo siguiente:

Sobre el particular, cursa inserta al folio 18 y siguientes, prueba testimonial recabada de forma anticipada al presente juicio bajo el mecanismo procesal del retardo perjudicial, donde los ciudadanos ... rindieron su testimonio.

Como punto previo a la valoración que debe hacer esta Sala sobre las prenombradas testimoniales, **resulta preciso señalar que estas declaraciones se evacuaron con la debida contradicción y control de la contraparte, cuyo apoderado judicial se limitó a desvirtuar la posibilidad de que esas declaraciones pudieran ser recogidas a través de un retardo perjudicial**, puesto que las personas sometidas a interrogatorio no estaban enfermas, ni tampoco que existiera riesgo de que se ausentarían del país.

Ahora bien, no comparte la Sala tal opinión, puesto que de la deposición de los testigos –como se demostrará *infra*- se observa que en su mayoría eran trabajadores informales de la zona, así como temporadistas que **no serían fácilmente ubicables, como en efecto ocurrió, cuando, a pesar de ser promovidos como testigos con citación en la fase probatoria de este juicio, y**

haber sido solicitada su localización mediante los archivos de la Oficina Nacional de Identificación y Extranjería (ONIDEX), no pudieron ser ubicados, lo que acredita que estaban dados los supuestos previstos en el artículo 813 del Código de Procedimiento Civil, para que se procediera a evacuar la prueba de manera anticipada, a través de la figura del retardo perjudicial. Así se declara. (Resaltado añadido)

En el caso anteriormente citado, se tiene que fueron evacuadas unas pruebas testimoniales mediante el retardo perjudicial; la contraparte del promovente, en el curso del juicio donde se hizo valer tales pruebas, se limitó a atacar la validez de las deposiciones aduciendo que no existía urgencia o temor a la pérdida de tales pruebas. En el fallo dictado en Casación, fueron valoradas y se dio por demostrada la urgencia del caso dada la imposibilidad de ser ubicados posteriormente para que rindieran declaración, derivando de allí la urgencia en el diligenciamiento anticipatorio.

De manera que, la tendencia del Máximo Tribunal, es la de exigir al promovente el cumplimiento de las formalidades para la evacuación anticipada de la prueba, vale decir, los fundamentos de la prueba anticipada en razón del temor de que desaparezcan y el justificativo judicial que sustente tal premura; so pena de ser desechadas las pruebas evacuadas por ilegalidad procedimental.

Por último, se cita sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 23 de noviembre de 2001, Expte. N° 00-3270, en la que indicó lo siguiente:

El proceso de retardo, **no tiene prevista contestación de demanda, ni incidencias de ningún tipo, siendo su objeto solamente que se evacue inmediatamente la prueba admitida**, promovida con la demanda de retardo, por lo que la función judicial se limita a practicarla, tal como lo señala el artículo 815 del Código de Procedimiento Civil.

Es al Tribunal que venga a conocer de la causa donde se hará valer el retardo el que juzgará si se llenaron o no las circunstancias necesarias para dar por válida la prueba anticipada, tal como expresamente lo señala el citado artículo 815.

De allí, que erró el a quo cuando declaró con lugar el amparo, ordenando al Tribunal del retardo pronunciarse sobre los pedimentos del quejoso. Permitir tal pronunciamiento es atentar contra los fines del retardo perjudicial por temor fundado de que desaparezcan las pruebas, llenando el proceso de incidencias y decisiones no previstas en él, y más bien prohibidas, por el Código de Procedimiento Civil.

Corresponde al Juez que conocerá de los efectos probatorios del retardo perjudicial; es decir, el juez de la causa donde esta se promueva, **decidir si el juez natural o el competente fue quien sustanció la prueba anticipada, así como admitir o negar la prueba evacuada ponderando su ilegalidad o impertinencia, e igualmente juzgar si el derecho de defensa del demandado le fue o no lesionado, caso en que el proceso de retardo sería nulo.**

Atendiendo a la naturaleza del retardo perjudicial por temor fundado a que desaparezcan las pruebas, **no corresponde al juez del retardo decisión de ningún tipo dentro de dicho proceso, excepto la admisión de las pruebas promovidas en la demanda y las decisiones que surgen dentro de la práctica**

de las probanzas, con motivo de las observaciones de la partes.

En este último caso citado, se trata de una apelación contra una decisión de un Juzgado Superior que ordenó al juez que sustanció el retardo, pronunciarse sobre la oposición formulada por la contraparte del promovente, ante el incumplimiento de las exigencias requeridas para el diligenciamiento de la prueba anticipada.

En la decisión in comento, se estableció que todas las consideraciones en torno a la licitud, legalidad o pertinencia de la prueba promovida y evacuada, corresponde hacerla a la parte en el curso del juicio donde se haga valer, observando para ello lo previsto en el artículo 397 del Código de Procedimiento Civil; el juez del retardo únicamente ponderará los fundamentos del temor a que la prueba desaparezca debidamente comprobado con un justificativo judicial.

CAPITULO III

II MODIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO APLICABLE PARA ANTICIPAR PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL VENEZOLANO MEDIANTE EL RETARDO PERJUDICIAL

La justificación del temor fundado

Se ha establecido que la ley, establece la exigencia del justificativo judicial como requisito para la admisión y validez de la prueba evacuada de manera anticipada. En efecto, el artículo 814 del Código de Procedimiento Civil, dispone lo siguiente:

Artículo 814. Para preparar la demanda **el demandante deberá instruir justificativo ante cualquier Juez.** (Resaltado añadido)

Así pues, se debe recordar que, tal y como lo sentó el Tribunal Supremo de Justicia, el retardo perjudicial tiene por “objeto la instrucción de determinadas pruebas, antes del juicio o de la etapa probatoria en una causa en marcha, cuando haya temor fundado de que los medios de prueba o los hechos que con ellos se captarán, pueden desaparecer.” (Vid. Sentencia

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia dictada en fecha 6 de diciembre de 2005, Expte. N° 04-2643).

En ese sentido, es el temor fundado en que pueda desaparecer cierto y determinado medio probatorio, lo que motiva a una persona para interponer una demanda por retardo perjudicial y evacuar de manera anticipada dicho medio antes de que desaparezca y preservarle en el tiempo.

Ahora bien, el temor fundado de que la prueba desaparezca puede deberse a las acciones naturales o hechos humanos; sin embargo, la ley exige un justificativo que ampare tal circunstancia. En ese sentido, Vilasmil (1992), señala lo siguiente:

Que exista temor fundado de que la prueba de que se trate, pueda desaparecer o perder eficacia por el solo transcurso del tiempo o por la actuación de la parte contra quien obra dicha prueba. **Para acreditar este extremo, el demandante debe preparar justificativo Judicial que acompañe su demanda.** (p. 48) (Resaltado añadido)

En ese sentido, a fin de precisar la necesidad del justificativo judicial para demostrar la urgencia de la evacuación anticipada, se hace necesario considerar lo siguiente:

1. La esencia del procedimiento de retardo perjudicial implica la celeridad que se aspira en que se desarrolle, con el fin de capturar

la prueba antes de que desaparezca. Así, el propio procedimiento de retardo lleva implícito una actuación judicial similar a la que se exige en materia cautelar.

2. Este procedimiento es especial y atípico y aún cuando se encuentra ubicado en el Código de Procedimiento Civil dentro de los denominados “Procedimientos Especiales Contenciosos”, se tiene que en el mismo no hay contención en sí, puesto que tiene como fin la evacuación de un medio probatorio que será promovido en un futuro proceso judicial.
3. Al no haber contención propiamente dicha, no hay decisión alguna por parte del órgano jurisdiccional que conoce del retardo, pues el artículo 815 del Código de Procedimiento Civil expresamente indica que su actuación se limitará a evacuar la prueba, previa citación de la parte demandada.
4. La parte demandada en el retardo perjudicial no puede formular ningún tipo de oposición a la prueba conforme al artículo 397 del Código de Procedimiento Civil, y su intervención en el procedimiento de retardo únicamente es para garantizar el control de la evacuación y realizar observaciones al juez durante la misma.
5. La valoración de la prueba evacuada de manera anticipada corresponde al juez del proceso donde se haga vales y se

promueve, el cual se pronunciará sobre las condiciones requeridas para dar por válida la prueba capturada.

Así las cosas, se tiene que esta exigencia del justificativo judicial como requisito para demostrar el temor fundado en que desaparezca una prueba, constituye en sí mismo una formalidad no esencial ya que, como se aprecia en los puntos antes señalados, la valoración y decisión sobre el mérito de dicha probanza no le corresponde al juez del retardo.

Si bien es cierto los simples alegatos no constituyen plena prueba para demostrar un hecho o, en este caso, el temor fundado de que desaparezca una prueba; se debe tener en cuenta que con este procedimiento se pretende adelantar (por diversas razones) la evacuación de una prueba. El juez del retardo no podrá, ni va a conocer los hechos constitutivos de la pretensión donde se hará valer la prueba, y por tanto, no hay razón para que conozca el objeto con el cual se promueve y evacua tal probanza de manera anticipada.

Lo anterior quiere decir, que al juez del retardo le esta vedado todo conocimiento de la causa en sí; por tanto, constituye una formalidad no esencial, el requisito establecido por el legislador de realizar un justificativo

judicial para demostrar la urgencia o el temor como requisitos para adelantar la prueba.

Ya de por sí, el retardo perjudicial constituye una urgencia en si misma y, sobre ella se erige otro requisito previo a practicar *inaudita pars*. A todo evento, resulta pertinente señalar lo dispuesto en la parte *in fine* del artículo 815 del texto adjetivo civil que dispone:

...quedando al Tribunal que venga a conocer de la causa, la facultad de estimar si se han llenado las circunstancias requeridas para dar por válida la prueba anticipada.
(Resaltado añadido)

De manera que, las circunstancias que se requieren para la evacuación de la prueba anticipada son: el temor fundado y el justificativo judicial; y, con el justificativo judicial se pretende acreditar el temor fundado; pero, a la postre corresponde al tribunal que conozca de la causa, estimar si efectivamente se llenaron las circunstancias requeridas para dar por válida la prueba anticipada, es decir, a la par de valorar la prueba sobre su ilegalidad o impertinencia conforme al 397 del Código de Procedimiento Civil, también el juez verificará si se demostró el temor fundado. Por tal motivo, resulta un contrasentido exigir la evacuación de un justificativo judicial para acreditar la urgencia y el temor de la pérdida de la prueba, pues tal apreciación le

corresponderá al juez que conozca de la causa donde se haga valer la misma.

En este punto es donde se hace necesario recordar que el Código de Procedimiento Civil es un texto preconstitucional y las condiciones sociales y la concepción de los derechos constitucionales no se encontraban en avanzada como hoy día; por ello, la modificación del procedimiento de retardo perjudicial con la prescindencia del requisito del justificativo judicial previo a la interposición de la demanda por retardo perjudicial como medio de prueba para acreditar la urgencia del temor invocado, se vislumbra como una solución práctica que agilice la misma; ello en el entendido que existe un riesgo que desaparezca y no pueda ser incorporada en el proceso futuro para su valoración y constatación de los hechos respectivos.

El argumento lógico de tal posición se evidencia de lo previsto en el propio artículo 815 del Código de Procedimiento Civil y que fue precisado además por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia del 23 de noviembre de 2001, Expte. N° 00-3270, al disponer:

Es al Tribunal que venga a conocer de la causa donde se hará valer el retardo **el que juzgará si se llenaron o no las circunstancias necesarias para dar por válida la prueba anticipada**, tal como expresamente lo señala el citado artículo 815.

(...)

Corresponde al **Juez que conocerá de los efectos probatorios del retardo perjudicial**; es decir, el juez de la causa donde esta se promueva, **decidir si el juez natural o el competente fue quien sustanció la prueba anticipada, así como admitir o negar la prueba evacuada ponderando su ilegalidad o impertinencia, e igualmente juzgar si el derecho de defensa del demandado le fue o no lesionado, caso en que el proceso de retardo sería nulo.** (Resaltado añadido)

Por tanto, siendo la *ratio legis* dejar en manos del juez que vaya a conocer de la causa donde se incorpore la prueba, la persona encargada para ponderar si se reunieron los requisitos para evacuar la prueba anticipada, es por lo que resulta un absurdo exigir el formalismo del justificativo judicial, pues es contrario al espíritu e intención del legislador y al acceso a la justicia que hoy día preconiza la Constitución.

La notificación de la contraparte

El artículo 815 del Código de Procedimiento Civil, estipula lo siguiente:

...Las funciones del Tribunal se limitarán a practicar las diligencias promovidas **con citación de la parte contraria, la cual podrá repreguntar a los testigos...**(Resaltado añadido).

De forma expresa, la ley ha previsto la citación de la parte contraria para poder evacuar una prueba de manera anticipada. La razón de esta

formalidad, es para el demandado se entere que la misma será utilizada en un futuro proceso que se interpondrá en su contra y puede ejercer el respectivo derecho de controlar su evacuación.

De igual forma podrá, valiéndose del principio de la comunidad de las pruebas, servirse de los hechos que puedan conservarse y acreditativos de los alegatos que eventualmente pueda formular.

Sin embargo, la ley, pese a calificar el procedimiento como una demanda y ordenar la citación de la parte contraria, no indica la forma en que se ha de practicar la misma, ni mucho menos señala el lapso o término en el cual deba comparecer el demandado en retardo o el lapso de evacuación de la prueba; dejando todo de mano del juzgador, quien, por práctica forense, aplica las disposiciones relativas a la citación del procedimiento ordinario.

Ahora bien, ante ese vacío existente y la exigencia de citar al demandado para que se entere de la existencia del proceso de retardo perjudicial, se tiene que tal actuación comporta una formalidad no esencial.

En ese sentido, se tiene que el procedimiento de retardo perjudicial no se trata de un procedimiento contencioso *per se*; por lo que no se traba la litis, ni mucho menos se dictará sentencia de mérito; además el demandado

en retardo no podrá oponerse a las pruebas que se vayan a evacuar pues tal control está diferido para el momento en que se promuevan los resultados de la prueba capturada en el proceso futuro. Sólo podrá realizar observaciones en la evacuación y repreguntar testigo, si fuere el caso.

Dada la vaguedad en que fueron redactadas las normas que regulan el retardo perjudicial, se tiene que la citación de la parte contraria (en cualquiera de sus formas), entorpecería el fin del procedimiento, pues se corre el riesgo que la prueba desaparezca; en cuyo caso, no tendrá razón de continuar el mismo.

En ese sentido, resulta pertinente señalar que en razón de la concepción del proceso en los términos consagrados en el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Estado debe adecuar las normas procesales para patentizar tales postulados.

Por ello, en materia laboral, se sancionó la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), la cual dispone en su artículo 126 lo siguiente:

Artículo 126. Admitida la demanda se ordenará la **notificación del demandado, mediante un cartel** que indicará el día y la hora acordada para la celebración de la audiencia preliminar, el cual será fijado por el Alguacil, a la puerta de la sede de la empresa, entregándole una copia del mismo al empleador o consignándolo en secretaría o en su oficina receptora de correspondencia, si la hubiere. El Alguacil dejará constancia en el expediente de haber cumplido con lo prescrito este artículo y de los datos relativos a la

identificación de la persona que recibió la copia del cartel. El día siguiente al de la constancia que ponga el Secretario, en autos, de haber cumplido dicha actuación, comenzará a contarse el lapso de comparecencia del demandado.

También podrá darse por notificado quien tuviere mandato expreso para ello, directamente por ante el Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo respectivo.

El Tribunal, a solicitud de parte o de oficio, podrá practicar la notificación del demandado por los medios electrónicos de los cuales disponga, siempre y cuando éstos le pertenezcan.

A efectos de la certificación de la notificación, se procederá de conformidad con lo establecido en la Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas en todo cuanto le sea aplicable, atendiendo siempre a los principios de inmediatez, brevedad y celeridad de la presente Ley. A todo evento, el Juez dejará constancia en el expediente, que efectivamente se materializó la notificación del demandado. Al día siguiente a la certificación anteriormente referida, comienzan a correr el lapso para la comparecencia de las partes a la audiencia preliminar.

Parágrafo Único: **La notificación podrá gestionarse** por el propio demandante o por su apoderado, **mediante cualquier notario público de la jurisdicción del Tribunal.** (Resaltado añadido).

Así pues, en materia laboral, donde la naturaleza social de los derechos discutidos consagra la importancia del procedimiento, se prevé la figura de la notificación del demandado para enterarse de la demanda. Esta formalidad se puede practicar mediante cartel fijado en el domicilio; mediante medios electrónicos; mediante apoderado; mediante notario, entre otras formas.

Pero, lo que importa destacar es que este acto que se equipara a la citación, está deslastrado de la rigurosidad que comportaba la citación como

medio para enterar al demandado de la demanda incoada en su contra. Cuanto más se evidencia la importancia de la notificación para la evacuación de un medio probatorio.

Por tanto, la citación a que se refiere el artículo 815 del Código de Procedimiento Civil para evacuar la prueba en el retardo perjudicial, constituye una formalidad que entorpece el fin de la urgencia probatoria del procedimiento. Más aún, debido al riesgo de la pérdida del medio probatorio.

Tal y como lo sentó el Máximo Tribunal, la labor del juez debe ser de forma protagónica y debe garantizar los valores, principios y postulados previstos en el Texto Fundamental. No en balde el constituyente dispuso que no se sacrificaría “la justicia por la omisión de formalidades no esenciales”; el juez debe ser celoso en lograr los cometidos del Estado previstos en el artículo 2 Constitucional; y con ello, patentizar el derecho de acceso a la justicia de todo aquel que quiere preservar un medio probatorio de manera anticipada.

La evacuación del medio probatorio

En materia civil, rige el principio de libertad probatoria, esto quiere decir que las partes cuentan con un número indeterminado de medios por los

cuales pueda hacer uso para la comprobación de los hechos pertinentes a la litis.

En el caso del retardo perjudicial, la ley en el artículo 815 del Código de Procedimiento Civil no hace distinción alguna, pues su fin es evacuar “algunos medios de prueba del demandante” sobre las cuales tenga fundado temor de que desaparezcan.

Al no hacer distinción de los medios probatorios posibles, se podría pensar que esa libertad probatoria se extiende al diligenciamiento del retardo perjudicial. Sin embargo, el legislador excluyó la confesión del retardo perjudicial.

Ahora bien, la ley presenta un gran vacío pues una nueva laguna surge sobre la forma en que se ha de evacuar la prueba en el procedimiento de retardo perjudicial. La práctica forense ha establecido que los medios probatorios que se pretendan a evacuar de manera anticipada, se hagan conforme a las previsiones legales previstas en el Código de Procedimiento Civil; con la distinción además de no establecerse un lapso de evacuación como lo estipula el procedimiento ordinario (entre otros).

De allí que, queda a la libertad y prudente arbitrio del juez establecer las reglas de evacuación del medio probatorio.

En este punto, resalta la urgencia del procedimiento y lo especial y atípico del mismo; por tanto, tal evacuación no debería realizarse con el rigorismo de las formalidades previstas en el Código de Procedimiento Civil, como por ejemplo, la exhibición de documento contenida en el artículo 436 eiusdem, según la cual debe intimarse al adversario para que comparezca en un plazo que le será señalado bajo apercibimiento; aceptar esta tesis implicaría: 1) citar al demandado para que tenga conocimiento de la demanda por retardo perjudicial; 2) intimar al demandado para que exhiba el documento requerido. Son situaciones casuísticas que ponen en relieve el choque de la especialidad del procedimiento, con el rigorismo de las formalidades previstas en la ley.

En ese sentido, se tiene que, en lo atinente al retardo perjudicial, la ley no precisó nada sobre la forma de la evacuación de los medios probatorios. De allí que, resulta pertinente citar lo dispuesto en el artículo 7 del Código de Procedimiento Civil, que dispone:

Artículo 7. Los actos procesales se realizarán en la forma prevista en este Código y en las leyes especiales. **Cuando la ley no señale la forma para la realización de algún acto, serán admitidas todas aquellas que el Juez considere idóneas para lograr los fines del mismo.** (Resaltado añadido)

El juez como director del proceso, está dotado de amplios poderes de conducción y estos poderes se evidencia al establecer reglas procedimentales en los casos de vacíos. Así, al no disponer la ley especial las circunstancias de moto, tiempo y lugar de la evacuación de las pruebas mediante en el procedimiento por retardo perjudicial, deben ser admitidas las que el juez considere idóneas par lograr su cometido; con la salvedad de tomar en cuenta que por la especialidad del procedimiento se requiere una urgencia en su evacuación por el temor de que desaparezca.

Así, la aplicación del artículo 7 del Código de Procedimiento Civil, a fin de desarrollar los principios constitucionales contenidos en sus artículos 26, 49 y 257 no es novedoso y muestra de ello se encuentra en la sentencia dictada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 22 de mayo de 2001, Expte. N° 00-202, en la que estableció lo siguiente:

En este sentido, percatándose esta Sala que los procedimientos interdictales posesorios están enmarcados dentro del principio de la especialidad, la celeridad y la brevedad de las actuaciones, **luego de un detenido análisis de la situación, y con fundamento en el precitado artículo 7 del Código de Procedimiento Civil**, a los fines de contemplar la apertura efectiva del contradictorio, la Sala establece, una vez citado el querellado, éste quedará emplazado para el segundo día siguiente a la citación, a fin de que exponga los alegatos que considere pertinentes en defensa de sus derechos, permitiéndose así, que ambas partes, en entera igualdad de condiciones, formulen alegatos y promuevan pruebas oportunamente, (las

cuales deberán ser admitidas siguiendo para ello la previsión establecida en el artículo 398 del Código de Procedimiento Civil), pudiendo seguir el procedimiento pautado en el artículo 701 del Código Adjetivo Civil, en lo relativo a período probatorio y decisión, **garantizándose de esta manera el cumplimiento de los artículos 26, 49 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.** (Resaltado añadido)

En el caso particular del retardo perjudicial, la ley no prevé el modo, tiempo o lugar en que se han de evacuar los medios probatorios que se quieren preservar, por tanto, en obsequio a la justicia, la aplicación del artículo 7 del Código de Procedimiento Civil, se presenta como una solución progresista y garantista de los derechos del justiciable.

CAPITULO IV

VALOR DE LA SENTENCIA QUE SE DICTA SIN LA APRECIACIÓN DE UN MEDIO PROBATORIO DE RETARDO PERJUDICIAL POR LA PÉRDIDA DEL MISMO

Duración del retardo

Con relación a la dilación normal en que se ha de desenvolver la demanda por retardo perjudicial, se tiene que el artículo 815 del Código de Procedimiento Civil, no indica lapsos procesales preestablecidos por el cual se ha de regir el mismo. Sólo se circunscribe a indicar que el tribunal debe limitarse a evacuar las diligencias promovidas, previa citación de la parte contraria.

De allí que resulta ambiguo e impreciso la característica de urgencia de diligenciamiento de un medio probatorio por el temor fundado a que desaparezca, frente a la falta de regulación legal sobre las circunstancias de

modo, tiempo y lugar en que deben desarrollarse tales diligencias probatorias.

En ese sentido, se tiene que la Reforma del Código de Procedimiento Civil Venezolano, se llevó a cabo, con la intención de modernizar y agilizar la vida de los venezolanos mediante la adecuación de las leyes al momento sociopolítico, por lo que se consideraba que las Leyes existentes resultaban, para la época, con un contenido inoperante y caduco (Exposición de Motivos del Código de Procedimiento Civil, citado por Henríquez, 1986).

En el caso particular del retardo perjudicial y a la víspera de una nueva reforma procesal civil, se tiene que en ese ínterin, los jueces deben mostrarse celosos y determinar lo vetusto y rígido del procedimiento en la forma concebida y, en función a los principios garantistas del proceso, permitir la adecuación o implementación del proceso, en una forma que no lo dilate indebidamente, pues puede acarrear consecuencias adversas a lo pretendido por el demandante, como la preservación del medio probatorio.

El texto fundamental preconiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas o reposiciones inútiles. De allí que, en la práctica, la duración de un procedimiento por retardo perjudicial dependerá del impulso que el juez permita darle, así como también la exigencia del cumplimiento de formalidades que entorpecen su celeridad. Eso permite señalar que resulta

impreciso proyectar el arco de tiempo que llevará la sustanciación de una demanda por retardo perjudicial.

Dilación en la citación

Teniendo claro que la ley dispone la citación de la parte contraria, previo a la evacuación de las pruebas que se quieran capturar; aunado al hecho que la ley no dispone la modalidad en que se ha de practicar la misma, pueden surgir situaciones que dificultan el diligenciamiento urgente de la prueba por temor a que desaparezca.

Uno de los escenarios más comunes que se aprecian en estrados, ocurre cuando el demandado ya tiene conocimiento de la demanda y se esconde para evadir ser citado de manera personal.

Otra situación que puede surgir es que el demandado no se encuentre en la localidad, con lo cual nace la posibilidad de practicar la citación por carteles conforme al artículo 223 del Código de Procedimiento Civil. En este caso, surge la duda de la aplicación de dicha norma en lo atinente a la designación del defensor *ad-litem* en caso que el demandado no comparezca. Es de recordar que en los procesos contenciosos, esta designación se realiza para que el defensor asuma la defensa del demandado y presente su contestación de demanda, pero, en este caso, el

fin es evacuar un medio probatorio del cual el defensor no tiene conocimiento sobre la utilidad o pertinencia de la misma, por lo que, ante el silencio existente en la ley, corresponderá al juez determinar la pertinencia de esta modalidad de citación.

Otro supuesto que puede surgir y que dilate la evacuación de la prueba anticipada es que el demandado se encuentra en otra circunscripción judicial, en cuyo caso debe remitirse una comisión. Esta circunstancia conlleva a que la misma sea remitida mediante correo sin saber el tiempo que tomará para ser entregada; sometida a un sistema de distribución; y luego el traslado del demandante para gestionar con el alguacil la citación. Esta situación implica una largura de días en una formalidad exigida por la ley.

En torno a la citación y otro aspecto que puede surgir en el diligenciamiento de una demanda por retardo perjudicial, es lo atinente a la perención breve contenida en el artículo 267, ordinal 1° del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, dicha norma dispone:

Artículo 267. Toda instancia se extingue por el transcurso de un año sin haberse ejecutado ningún acto de procedimiento por las partes. La inactividad del Juez después de vista la causa, no producirá la perención.

También se extingue la instancia:

1° Cuando transcurridos treinta días a contar desde la fecha de admisión de la demanda, el demandante no hubiese cumplido con las obligaciones que le impone la ley para que sea practicada la citación del demandado. (Resaltado añadido).

(...)

De manera que, al ser el retardo perjudicial una demanda según la cual se debe citar a la parte contraria para practicar las diligencias probatorias, a fin de evitar situaciones que entraben el proceso, se recomienda cumplir con las cargas que le impone la ley para citar a la parte demandada; esto es, consignar la copia del libelo para la compulsa, indicar el domicilio donde se ha de dictar el demandado y suministrar al alguacil los medios o recursos necesarios para que se traslade para citar a la parte demandada. Esto a fin de evitar la sanción de la perención, pues en caso de operar, tendría que esperar 90 días para intentar de nuevo la demanda.

Todas las situaciones delatadas bordean una situación que no es favorable para el demandante: la desaparición del medio probatorio; en cuyo caso, la esencia del retardo perjudicial decae por no haber logrado su cometido.

Desaparición del medio probatorio

Las situaciones antes planteadas, de una u otra manera, se muestran como antesala a la desaparición del medio probatorio que se quiere capturar. Es de recordar que la finalidad de la demanda por retardo perjudicial es la de evacuar inmediatamente medios probatorios ante el temor fundado de que los mismos desaparezcan.

Así, es la urgencia del diligenciamiento lo que imprime la celeridad con el que se ha de sustanciar el retardo perjudicial, pues el legislador dispuso este procedimiento anticipatorio para capturar una prueba y conservar sus efectos en el tiempo antes de que desaparezca.

Ahora bien, la duda o el inconveniente para el litigante surge al tener que sortear situaciones como las delatadas el acápite anterior; o, que debido a la exigencia de la citación de la parte contraria haya consumido un tiempo considerable y, por circunstancias naturales o hechos humanos, sobreviene la desaparición del medio probatorio que se pretendía capturar.

En ese sentido, el retardo perjudicial es una acción autónoma y está concebida para que se evacuen de inmediato las pruebas que estén sujetas a una desaparición inminente, pero es requisito indispensable la citación de la otra parte para que pueda ejercer su derecho a controvertir; siendo así, la

evacuación anticipada es un procedimiento sin proceso contradictorio ni iter definido que se sustancia para proteger los derechos de las partes en un proceso futuro, por cuanto adelanta la actividad probatoria en aras de proteger el medio probatorio en base a un temor fundado de que este pueda fenecer o desaparecer por diversas circunstancias.

En cualquiera de los casos, la exigencia de una serie de formalidades y la falta de regulación sobre la evacuación de las pruebas a capturar permite inferir la posibilidad real y cierta que el medio probatorio desaparezca. Ante tal circunstancia, no existe la menor duda que el proceso no alcanzó su cometido; el justiciable verá frustrada su aspiración de conservar los efectos de una prueba que pudiera ser vital a la demostración de sus hechos en un proceso futuro.

Las formas procesales no pueden ser óbice para el logro y la pervivencia de la justicia; el interés del justiciable se verá truncado al acaecer la pérdida de la prueba y sobrevendrá una pérdida del interés procesal en la continuidad de la demanda por retardo perjudicial, pues los objetivos pretendidos no serán alcanzados. Esto constituye una violación al debido proceso y a la libertad probatoria de las partes.

Incorporación en el proceso futuro

Superados los periplos procedimentales en el diligenciamiento para la preservación de la prueba anticipada; corresponde a la parte promovente incorporarla al proceso en el cual es parte procesal.

En ese sentido, se tiene que la parte *in fine* del artículo 815 del Código de Procedimiento Civil lo siguiente:

...quedando al Tribunal que venga a conocer de la causa, la facultad de estimar si se han llenado las circunstancias requeridas para dar por válida la prueba anticipada.

De manera reiterada, se ha sentado que el retardo perjudicial es una anticipación de una de las etapas de un proceso futuro para capturar una prueba y hacerla valer en aquel. Por tanto, es el juez del futuro proceso el encargado de valorar y ponderar la licitud y pertinencia de la prueba anticipada en relación con los hechos alegatorios de la parte promovente de esta.

Ahora bien, la situación que se plantea ahora es que el medio probatorio, sea cual fuere (vgr. Testigos, experticia, informes, inspección judicial, exhibición de documentos, entre otros) fueron evacuados extra-litem

en un proceso anticipatorio y debe hacerse valer en todo su valor probatorio dentro del proceso cognitivo.

Para ello, se acude a una solución práctica a través de una figura denominada por la doctrina como traslado de prueba. En efecto, Devis (2015), manifiesta que se entiende por prueba trasladada aquella que se practica o admite en otro proceso y que es presentada en copia auténtica o mediante el desglose del original, si la ley lo permite. (p. 237)

En torno a esa figura, se debe señalar que, en Venezuela, no existe una normativa de ninguna materia que haga una regulación específica sobre la materia. No obstante, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, puede afirmar que una serie de instituciones procesales resultaron constitucionalizadas, convirtiéndose por tanto las mismas en verdaderos derechos insoslayables e impretermitibles, a pesar de que concretamente no está mencionado el “derecho a la prueba”.

Por ello, sin lugar a dudas que encontrándose en cambio el derecho al “debido proceso y al proceso justo” y siendo la búsqueda de la verdad uno de sus norte, el derecho a la prueba es una de esas garantías constitucionales del proceso judicial.

En ese sentido, se puede afirmar que la prueba válida y eficazmente tramitada en un proceso, con el contradictorio de las partes, pueden ser incorporadas y apreciadas (“trasladadas”) en otro proceso donde intervengan las mismas partes.

En el caso de retardo perjudicial, se trata de dar valor a un medio probatorio promovido y evacuado extra-litem, con el debido conocimiento de su contraparte, quien pudo ejercer el control del diligenciamiento o evacuación.

Ahora bien, a fin de determinar la forma en que la prueba obtenida se ha de incorporar al nuevo proceso, resulta pertinente citar sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 5 de junio de 2012, Expte. N° 11-1288, en la que estableció lo siguiente:

Con lo expuesto no desconoce esta Sala la posibilidad de hacer uso de la prueba trasladada como medio de prueba válido dentro de un proceso, sin embargo, para incorporar ese tipo de pruebas las mismas deben haber sido evacuadas en algún proceso previo o paralelo, y siendo las mismas de interés para algún litigante, éste pueda solicitar las copias certificadas contentivas de tal actuación probatoria, para luego consignarlas en un proceso distinto, en el que su oponibilidad estará condicionada al hecho de que se haya garantizado el derecho al control y contradicción de la prueba del adversario. (Subrayado del fallo)

En ese sentido, las pruebas obtenidas mediante el procedimiento de retardo perjudicial deben ser incorporadas al nuevo proceso mediante la figura del traslado de pruebas. Esto implica que el promovente de la prueba deberá:

1. Previamente haber requerido copia certificada de las actuaciones correspondientes a la demanda por retardo perjudicial.
2. En el curso del lapso probatorio del juicio donde se quiere hacer valer la prueba capturada, presentar el escrito de promoción de pruebas donde se promueva el valor probatorio de la prueba capturada y contenida en las copias certificadas obtenidas previamente.

Una vez incorporada la prueba al proceso contencioso correspondiente, la contraparte podrá ejercer el respectivo control probatorio realizando la oposición a que se refiere el artículo 397 del Código de Procedimiento Civil, aduciendo la manifiesta ilegalidad o impertinencia del medio probatorio. De igual forma y, como motivo especial, podrá alegar la ilicitud de la prueba obtenida bien por la incompetencia del juez del retardo o bien por no reunir los requisitos para ello, vale decir, la urgencia por el temor fundado en que desaparezca el medio probatorio.

Sentencia

Todo proceso cognitivo, presupone una serie de actos tendentes a llevar al juez del conocimiento de los hechos constitutivos de sus alegatos y sus pruebas y la correspondiente subsunción de estos a las normas de derecho invocadas como fundamentos de su defensa o excepción.

De manera que, corresponde al órgano jurisdiccional la realización de una operación lógica jurídica por la cual declara el derecho de las partes, o lo que es lo mismo *iuris dictio*.

En ese sentido, el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, dispone lo siguiente:

Artículo 509. Los Jueces deben analizar y juzgar todas cuantas pruebas se hayan producido, aun aquellas que a su juicio no fueren idóneas para ofrecer algún elemento de convicción, expresándose siempre cuál sea el criterio del Juez respecto de ellas. (Resaltado añadido)

Lo anterior quiere decir, que el juez al proferir su fallo, debe emitir juicio valorativo sobre todas y cada uno de los medios probatorios promovidos.

En efecto, el análisis, apreciación y valoración de la prueba, es un derecho constitucional que tienen los justiciables, conforme a lo establecido

en el artículo 49 Constitucional, por cuanto que esto conlleva el derecho a preservar las pruebas, proponerlas en el proceso, oponerse a su admisión, controlarlas y contradecirlas.

De allí que el tema de la valoración de la prueba impone al juez determinar la eficacia que tienen los diversos medios de pruebas establecidos en el derecho positivo. Así, el Código de Procedimiento Civil de 1986, en el artículo 507, se establece lo siguiente:

A menos que exista una regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba, el Juez deberá apreciarla según las reglas de la sana crítica.

De lo que se colige que el órgano jurisdiccional apreciará las pruebas según las reglas de la sana crítica o libre convicción siempre que no exista una regla legal para valorarlas. En efecto, el Juez, en sus decisiones, debe atenerse a las normas del derecho a menos que la ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad (artículo 12 *eiusdem*).

De lo cual se deduce que el sistema de valoración de la prueba en el proceso civil venezolano ha adoptado el sistema de la sana crítica y el de la tarifa legal atenuada, ya que el juez en su actividad oficiosa, puede ordenar

la práctica de algunas diligencias, cuando a su entender haya hechos que parezcan dudosos u oscuros.

En tal sentido, el juez como director del proceso, es el único con la capacidad de análisis e interpretación de las consecuencias que puedan aportar los medios probatorios promovidos por las partes, en el sistema de valoración de las pruebas, el cual será debidamente motivado en el fallo, fijando los hechos admitidos y los controvertidos en el proceso, y apreciando cada medio probatorio, siendo un acto intelectual y lógico del juez y que termina con la valoración partiendo de lo extraído del cuerpo normativo, dándole el grado de certeza o convicción que merezca el medio probatorio, utilizando su experiencia y lógica.

En ese sentido, en lo atinente al valor probatorio que se le ha de dar a la prueba trasladada en la sentencia de mérito del futuro proceso, Henríquez La Roche (2004), plantea que la prueba trasladada no pierde su índole y señala que la extinta Corte Suprema de Justicia dice que:

(...) en los instrumentos o escritos no debe confundirse el continente con el contenido, es decir, la naturaleza de la actuación con el escrito que la contiene, de tal modo que las pruebas aportadas a los autos por las partes, tales como la experticia, la confesión, la inspección ocular o la declaración de testigos, no obstante quedar consignada en forma escrita en el expediente, siempre tienen el valor que nace de su naturaleza específica según las leyes que le son propias, y de ninguna manera el valor de una prueba documental. (p.89)

De tal suerte, indistintamente que la prueba capturada se encuentre contenida en unas copias certificadas libradas en un proceso de retardo perjudicial, al ser promovidas en el nuevo proceso deben ser valoradas y apreciadas en torno a la naturaleza del medio probatorio de que se trate.

En ese sentido, llama la atención la sentencia dictada por el Juzgado Superior Sexto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 13 de agosto de 2010, Expte. N° CB-09-1036, al disponer lo siguiente:

DE LAS PRUEBAS DE LAS PARTES
PRUEBAS PROMOVIDAS POR LA PARTE ACTORA:

De las aportadas con el libelo:

(...)

3.- **Copia certificada del expediente** signado bajo el No. 01-7498, de la nomenclatura del Juzgado Quinto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de esta Circunscripción Judicial, **contentivo de juicio por Retardo Perjudicial** incoado por los ciudadanos ISABEL TERESA BELANDRIA DE CASTIÑEIRA y JOSÉ CASTIÑEIRA LOPEZ contra los ciudadanos ZOA CHIQUINQUIRA MOLINA DE SALAZAR y PEDRO JOSE SALAZAR, del año 2.001.(F. 17 al 209 de la pieza No. 1); **la cual al no haber sido objeto de tacha o impugnación alguna este Tribunal le otorga pleno valor probatorio, de conformidad con lo establecido en los artículos 1.357 y 1.359 del Código Civil**, de las cuales se constata la interposición de una acción de retardo perjudicial por parte de los hoy demandantes, contra el hoy co-demandado Pedro José Salazar, donde entre otras cosas fueron evacuadas pruebas de ratificación de documento y experticia, de las cuales este Juzgado al analizar detenidamente el contenido de cada una de ellas, pudo constatar que los hechos de los cuales se pretendió probar con la evacuación de las mismas no aportan elemento probatorio alguno mediante el cual se pueda constatar el despojo

denunciado por los accionantes así como la fecha del mismo. Así se decide. (Resaltado añadido)

En ese proceso, la parte demandante realizó previamente una demanda por retardo perjudicial en el cual evacuó una prueba de ratificación de documento y experticia. Dicha prueba la promovió como anexo a su escrito libelar y fue promovida en el lapso probatorio. El juez de la causa, al momento de realizar su valoración, se limitó a valorarla como documento público en razón que la parte contraria no la tachó; obviando con ello el deber que tenía el juez de apreciar los medios probatorios capturados en función a su naturaleza, así como también en considerar sí se encontraban reunidos los requisitos para haber evacuado el retardo perjudicial.

Tal situación, comporta un error de juzgamiento que menoscaba el derecho al debido proceso de la parte promovente del retardo perjudicial, pues no fue juzgado con estricto apego a las disposiciones legales que rigen el sistema de valoración probatorio, dejando en indefensión al promovente del mismo.

Ahora bien, siendo el acto sentencial el acto por el cual el Estado dilucida la cuestión judicial sometida a su conocimiento con el establecimiento de las consecuencias jurídicas que corresponden, se tiene

que el mismo debe realizar en los términos que preconiza el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, es decir, conforme a lo “alegado y probado en autos”.

De manera que, una nueva situación puede surgir y es la pérdida del medio probatorio que se pretendió capturar con la demanda de retardo perjudicial. Ciertamente las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho y, aún cuando al momento de interponer una prueba anticipada, el escrito libelar respectivo no exige tal formalidad, causa preocupación que en el curso del retardo y por razones sobrevenidas, desaparezca el medio probatorio y no fue posible capturarlo.

En ese caso, en el futuro proceso donde se pretendía hacer valer tal probanza, el promovente vería frustrado su derecho de acción y cercenado el principio de la libertad probatoria, pues no pudo evacuar de manera urgente y expedita una prueba anticipada que pudiera asegurar los efectos demostrativos de los hechos constitutivos de su pretensión.

De manera que, la urgencia y la celeridad son claves en la demanda por retardo perjudicial, pues se pretende capturar un medio probatorio que eventualmente podría desaparecer. Por lo que, la sentencia que se dicte en el proceso futuro, se vería infringida por no contar con todo el acervo probatorio pertinente de las partes contendientes.

Por ello, se tiene que las pruebas como parte integrante del derecho a la defensa, no puede ser soslayada por el operario de justicia. En efecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia dictada en fecha 28 de abril de 2009, Expte N° 08-1547, señaló lo siguiente:

Asimismo, dentro de éstos debe destacarse que el **derecho a la defensa**, el cual tiene una vinculación inmediata y directa con el derecho a la tutela judicial efectiva, **y dentro del cual suele incluirse el derecho a la presentación de las pruebas** que se estimen pertinentes y que éstas sean apreciadas en el marco del procedimiento correspondiente, debe garantizarse so pena de generar indefensión y desigualdad procesal entre las partes.

De allí que la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, haya señalado lo siguiente: "...El derecho a probar forma parte del derecho a la defensa, en los términos del artículo 49, numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela..."(Vid. Sentencia N° 181 de fecha 14 de Febrero de 2003, Expte. N° 02-0503).

Así que, constituiría una sentencia viciada y contraria a los postulados constitucionales, aquella proferida con prescindencia de una prueba que desapareció en el curso de una demanda por retardo perjudicial por imposibilidad de la citación de la parte contraria, pues cercena su libertad probatoria.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

Tomando en consideración los objetivos del estudio y los resultados obtenidos una vez analizada la información recabada, se concretaron las siguientes conclusiones.

1. El retardo perjudicial es un procedimiento especial contencioso atípico que tiene como único fin capturar una prueba de la cual hay temor fundado que desaparezca.
2. Para interponer una demanda por retardo perjudicial debe instruirse previamente un justificativo judicial ante un tribunal civil para demostrar el temor fundado que la prueba desaparezca.
3. Puede ser promovido por cualquiera de las partes y en su diligenciamiento debe citarse a la parte contraria.
4. La ley no establece la modalidad en que se hará el diligenciamiento o evacuación del medio probatorio promovido, ni señala lapso de comparecencia al citar al demandado; por lo que todo ello queda al libre arbitrio del juez.
5. Pueden presentarse diversas situaciones al momento de practicar la citación de la parte demandada, que podrían entorpecer la celeridad

del procedimiento desencadenando en la pérdida del medio probatorio.

6. La prueba captura con el retardo perjudicial debe ser incorporada en el proceso futuro a través del traslado de prueba, para lo cual se deberá solicitar copia certificada de las actuaciones y promoverlas en el nuevo juicio.
7. La prueba anticipada debe ser valorada por el nuevo juez respetando la naturaleza y esencia del medio probatorio capturado, independientemente que los resultados de este se hayan promovidos en copia certificada.
8. Los resultados de este estudio permiten expresar que si la prueba que se pretendió capturar desapareció por la imposibilidad de practicar la citación de la parte contraria, se traduce en una violación del derecho a la defensa pues cercenó la libertad probatoria del promovente.
9. No existe criterio jurisprudencial sólido para establecer un trámite procedimental célere que coadyuve a evitar la pérdida del medio probatorio.
10. No hay precedentes que permitan deslastrarse del formalismo rígido del CPC, ante la exigencia del justificativo judicial previo que se debe realizar para la interposición de la demanda por retardo

perjudicial y la citación de la parte contraria para el control de la evacuación del medio probatorio.

Recomendaciones

Los resultados obtenidos en este trabajo permiten recomendar lo siguiente:

1. Los Juzgados de Primera Instancia Civil deben unificar criterios y orientar el trámite del retardo perjudicial en correspondencia con los postulados constitucionales que disponen una justicia expedita, sin formalismos y que garantice el efectivo derecho al debido proceso de las partes y su libertad probatoria.
2. Instar al gremio de abogados a exigir a los Jueces de Primera Instancia Civil, sentar precedentes en estrados que eximan del procedimiento por retardo perjudicial el cumplimiento de los formalismos de la exigencia del justificativo judicial y la citación de la parte contraria.
3. Exhortar a los legisladores a que, en un futuro cercano, se verifique la reforma del Código de Procedimiento Civil y se

contemple la adaptación del procedimiento a seguir en el retardo perjudicial, con prescindencia del justificativo judicial y la implementación de la notificación de la parte contraria como medio de comunicación para enterarse del contenido de la demanda por retardo perjudicial, implementando para ello la notificación por cartel, por medios electrónicos, entre otros.

4. Recordar a los Jueces de Primera Instancia Civil, el rol protagónico que desempeñan en la dirección del proceso judicial y la facultad que tienen para exaltar los principios constitucionales por encima del legalismo y formalismo existente en normas preconstitucionales rígidas, aplicando el principio de la legalidad de las formas procesales consagrado en el artículo 7 del Código de Procedimiento Civil; así como también acoger los criterios jurisprudenciales que sobre la materia han regulado las situaciones procesales que se puedan presentar.

Para culminar, he aquí una cita prevista en El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de Miguel de Cervantes, con el cual se pretende exhortar a todos los abogados acerca del rol que cumple al ejercitar el Derecho: “Así que somos ministros de Dios en la tierra y brazos por quien se ejecuta en ella su justicia.” (p. 208)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Azula, J. (2003). *Manual de Derecho Procesal. Tomo VI. Pruebas Judiciales*. Segunda Edición. Bogotá
- Cabrera, J. (1990). *La prueba anticipada o el retardo perjudicial*. Caracas, Vadel Hermanos.
- Código de Procedimiento Civil. (1986). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 4.209 (Extraordinario), Septiembre 18 de 1990.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (2000). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 5.453 (Extraordinario), Marzo 24 de 2000.
- Devis, H. (2015) *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I, Sexta Edición. Bogota, Colombia. Editorial: Temis.
- Henríquez La Roche, R. (1986). *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Civil*. Octava Edición. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. Maracaibo, Venezuela.
- Henríquez La Roche, R. (2004). *Código de Procedimiento Civil*. (2da ed). Caracas: Ediciones Liber.
- Juzgado Superior Sexto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. (2010). Sentencia dictada en fecha 13 de agosto de 2010, Expte. N° CB-09-1036. [Página Web en línea]. Consultado el 5 de septiembre de 2018. Disponible en <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/AGOSTO/2143-13-CB-09-1036-.HTML>
- Ley de Registro Público y del Notariado. (2001). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 37.333. Noviembre 27 de 2001.
- Ley Orgánica Procesal del Trabajo. (2002). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 37.504. Agosto 13 de 2002.
- Montoya, C. (1997) *El Proceso Ordinario*. Caracas, Venezuela, Primera edición, editorial Livrosca, C.A

- Rondón, H. **Sobre el mecanismo complementario del CIADI.** (2014). [Documento en línea]. Disponible en: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2015/04/Hildegard-Rond%C3%B3n-de-Sans%C3%B3.pdf>. [Consulta: 2018, agosto 24].
- Saavedra, M. (2006). **El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha.** [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/132556.pdf> . [Consulta: 2018, septiembre 15].
- Tribunal Supremo de Justicia, (2001). Sala Constitucional. sentencia N° 776/2001 dictada en fecha 18 de mayo de 2001. [Página Web en línea]. Consultado el 24 de agosto de 2018. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/mayo/RC-0132-220501-00449.HTM>
- Tribunal Supremo de Justicia. (2001). Sala de Casación Civil. Sentencia dictada en fecha 22 de mayo de 2001. Expte. N° 00-202. [Página Web en línea]. Consultado el 30 de agosto de 2018. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/00622-21508-2008-1999-16362.html>
- Tribunal Supremo de Justicia, (2001). Sala Constitucional. Sentencia N° 2278/2001 dictada en fecha 16 de noviembre de 2001. [Página Web en línea]. Consultado el 25 de agosto de 2018. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/2278-161101-01-0644.HTM>
- Tribunal Supremo de Justicia, (2001). Sala Constitucional. Sentencia dictada en fecha 23 de noviembre de 2001. Expte. N° 00-3270. [Página Web en línea]. Consultado el 30 de agosto de 2018. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/2356-231101-00-3270.htm>
- Tribunal Supremo de Justicia, (2001). Sala Constitucional. sentencia dictada en fecha 24 de noviembre de 2001. [Página Web en línea]. Consultado el 24 de agosto de 2018. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/2356-231101-00-3270.HTM>
- Tribunal Supremo de Justicia, (2003). Sala Constitucional. sentencia dictada en fecha 14 de Febrero de 2003, Expte. N° 02-0503. [Página Web en

línea]. Consultado el 08 de septiembre de 2018. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/181-140203-02-0503.HTM>

Tribunal Supremo de Justicia, (2005). Sala Político-Administrativa, sentencia dictada en fecha 7 de septiembre de 2004. Expte. N° 2001-0662. [Página Web en línea]. Consultado el 28 de agosto de 2018. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/septiembre/01332-080904-%202001-0662.htm>

Tribunal Supremo de Justicia, (2005). Juzgado de Sustanciación de la Sala Político-Administrativa, sentencia dictada en fecha 20 de octubre de 2005, Expte. N° 2004-1306. [Página Web en línea]. Consultado el 24 de agosto de 2018. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/jspa/octubre/04-1306.htm>

Tribunal Supremo de Justicia. (2005). Sala Constitucional. sentencia N° 3634/2005 dictada en fecha 6 de diciembre de 2005. Expte. N° 04-2643. [Página Web en línea]. Consultado el 24 de agosto de 2018. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/3634-061205-04-2643.HTM>

Tribunal Supremo de Justicia. (2008). Sala de Casación Civil. Sentencia dictada en fecha 20 de mayo de 2008. Expte. N° 1999-16362. [Página Web en línea]. Consultado el 28 de agosto de 2018. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/00622-21508-2008-1999-16362.html>

Tribunal Supremo de Justicia. (2009). Sala Constitucional. Sentencia dictada en fecha 28 de abril de 2009. Expte. N° 08-1547. [Página Web en línea]. Consultado el 05 de septiembre de 2018. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/423-28409-2009-08-1547.HTML>

Tribunal Supremo de Justicia. (2009). Sala Plena. Resolución N° 2009-0006 de fecha 19 de marzo de 2009, publicada en Gaceta Oficial N° 39.152 del 2 de abril de 2009.

Tribunal Supremo de Justicia, (2012). Sala Constitucional. sentencia dictada en fecha 5 de junio de 2012. [Página Web en línea]. Consultado el 4 de septiembre de 2018. Disponible en

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/745-5612-2012-11-1288.HTML>

Tribunal Supremo de Justicia, (2012). Sala de Casación Civil. Sentencia dictada en fecha 6 de noviembre de 2012, Expte. N° AA20-C-2012-000331. [Página Web en línea]. Consultado el 25 de agosto de 2018. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/RC.000697-61112-2012-12-331.HTML>

Villasmil, F. (1992). ***La Teoría de la prueba y el nuevo Código de Procedimiento Civil***, Caracas, Venezuela, 2da edición, Paredes Editores.