

**Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho Procesal Laboral**

**La Prueba Anticipada en materia laboral
Trabajo Especial presentado para optar el Título de Especialista
en Derecho Procesal Laboral**

**Autor: José Antonio Anzola
Asesor: Dr. Miguel Ángel Martín**

Barquisimeto, Noviembre de 2016

**Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Especialización de Derecho Procesal Laboral**

ACEPTACIÓN DEL ASESOR

Por la presente hago constar que he leído el Trabajo Especial de Grado, presentado por el ciudadano Abogado José Antonio Anzola Crespo, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal Mención Procesal Laboral, cuyo título tentativo es **“La Prueba Anticipada en materia laboral”**, y que reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a evaluación.

En la ciudad de Barquisimeto, a los tres días del mes de Diciembre de dos mil diez.

MIGUEL ANGEL MARTIN TORTABU

C.I. V.- 7.092.539

INDICE GENERAL

	Pág.
RESUMEN	iv
ABSTRACT	v
CAPITULO	
INTRODUCCIÓN	1
I. EL SISTEMA PROBATORIO PREVISTO EN LA LEY ORGANICA PROCESAL DEL TRABAJO	6
A. La libertad probatoria	17
B. Principios probatorios que la regulan	39
C. Pruebas admisibles	42
D. Oportunidad de promoción y evacuación de pruebas	45
II. LA PRUEBA ANTICIPADA EN MATERIA LABORAL	48
A. Regulación normativa	49
B. Posibilidad de promover pruebas anticipadas fuera de la audiencia preliminar	62
C. Procedimiento aplicable. Juez competente	70
D. Control probatorio y valoración de la prueba anticipada	75
CONCLUSION	81
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	84

Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Especialización de Derecho Procesal Laboral

La Prueba Anticipada en materia laboral

Autor: José Antonio Anzola
Asesor: Dr. Miguel Ángel Martín

RESUMEN

El propósito de este trabajo es determinar si es posible anticipar pruebas en materia laboral de acuerdo con la estructura que presenta el procedimiento en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, a pesar de no aparecer expresamente prevista esa posibilidad en la Ley, señalándose el juez competente a tales fines y el procedimiento a seguir para la práctica de la mencionada prueba. Para ello se establecieron los siguientes objetivos específicos: Determinar si sería contrario al principio de inmediación permitir la producción de pruebas anticipadas con fines probatorios que no hubieren sido promovidas en la audiencia preliminar de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo venezolana. Explicar por ante cuál juez, el de sustanciación, mediación y ejecución, o el de juicio, deberían ser practicadas las pruebas anticipadas con fines probatorios en el proceso laboral venezolano. Identificar el procedimiento a través del cual sería posible anticipar pruebas en el procedimiento laboral venezolano. Establecer cómo podría garantizarse el control probatorio de esa prueba por la parte contraria en el proceso laboral venezolano. Las interrogantes que la investigación se planteó fueron las siguientes: ¿Es posible anticipar pruebas de acuerdo con la estructura que presenta el procedimiento laboral venezolano previsto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo? ¿Sería contrario al principio de inmediación permitir la producción de pruebas anticipadas con fines probatorios que no hubieren sido promovidas en la audiencia preliminar de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo? ¿Por ante cuál juez, el de sustanciación, mediación y ejecución o el de juicio, deberían ser practicadas las pruebas anticipadas con fines probatorios en el proceso laboral venezolano? ¿A través de cual procedimiento sería posible anticipar pruebas en el procedimiento laboral venezolano? ¿Cómo podría garantizarse el control probatorio de esa prueba por la parte contraria en el proceso laboral venezolano? Se partió primordialmente de métodos cualitativos, como el documental, por lo que constituirá una investigación analítica y de desarrollo conceptual, con apoyo en una amplia revisión bibliográfica. Se obtuvo como resultado que es posible anticipar pruebas en materia laboral, considerándose como competente a tales fines al Juez de sustanciación, mediación y ejecución, conforme al procedimiento que establezca el juez en base a los poderes de oficio que en materia probatoria le otorga la ley, y cuya valoración será atribuida por el juez de juicio.

Descriptor: Poder cautelar, prueba, prueba anticipada, principio de contradicción de la prueba, principio de inmediación.

Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Especialización de Derecho Procesal Laboral

La Prueba Anticipada en materia laboral

Autor: José Antonio Anzola

Asesor: Dr. Miguel Ángel Martín

ABSTRACT

The purpose of this work is to determine if it is possible to anticipate evidence in labor matters according to the structure presented by the procedure in the Organic Labor Procedural Law, despite that it isn't expressly foreseeing this possibility in the Law, pointing out the competent judge to Such purposes and the procedure to be followed for the practice of the mentioned test. A, the following specific objectives were established: To determine if it would be contrary to the principle of immediacy to allow the production of evidence for evidence that has not been promoted at the preliminary hearing in accordance with the provisions of the Venezuelan Labor Procedural Organic Law. Explain beforehand which judge is that of substantiation, mediation and execution, or that of trial, should be practiced the anticipated tests for evidentiary purposes in the Venezuelan labor process. Identify the procedure through which it would be possible to anticipate evidence in the Venezuelan labor procedure. To establish how the evidentiary control of this evidence by the opposing party in the Venezuelan labor process could be guaranteed. The questions raised by the investigation were the following: Is it possible to anticipate evidence according to the structure of the Venezuelan labor procedure provided for in the Organic Law of Labor Procedure? Would it be contrary to the principle of immediacy to allow the production of evidence for evidence that has not been promoted at the preliminary hearing in accordance with the provisions of the Organic Law of Labor Procedure? Before which judge, that of substantiation, mediation and enforcement or trial, should be practiced the anticipated tests for evidentiary purposes in the Venezuelan labor process? Through which procedure would it be possible to anticipate evidence in the Venezuelan labor procedure? How could the evidence control of that evidence by the opposing party be guaranteed in the Venezuelan labor process? It was based primarily on qualitative methods, such as the documentary, so it will constitute an analytical research and conceptual development, with support in a wide bibliographic review. It was obtained as a result that it is possible to anticipate evidence in labor matters, being considered as competent for such purposes to the Judge of substantiation, mediation and execution, according to the procedure that establishes the judge based on the powers of ex officio that in probative matter granted by law, And whose assessment will be attributed by the trial judge.

Key Words: Precautionary power, proof, early proof, principle of contradiction of proof, principle of immediacy.

INTRODUCCIÓN

El proceso laboral, aún cuando con características propias y diferenciadoras por la especialidad de los derechos subjetivos que tutela, era un instituto dependiente del derecho procesal civil, al punto que del conglomerado de normas contenidas en la derogada Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo, nacía expresamente la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil en la sustanciación y decisión de los procesos y recursos legales interpuestos ante los Tribunales del Trabajo, con remisión a las normas que para los juicios breves determina el Código adjetivo antes citado.

La tendencia del mundo jurídico contemporáneo ha sido propender a una jurisdicción laboral autónoma y especializada que garantice una eficiente administración de justicia ante los conflictos que se generan como consecuencia del hecho social trabajo, dirigido especialmente hacia la oralidad y publicidad como pilar fundamental en la modernización del derecho procesal. Ésta fue precisamente la idea con la cual se concibió la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, pues hasta entonces el proceso laboral venezolano estaba caracterizado por ser un proceso excesivamente escrito, lento, pesado, formalista, mediato, oneroso y no provechoso a la justicia.

En efecto, el proceso laboral bajo la óptica de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo, se caracterizaba por ser un proceso lento, tardío y dilatado en el tiempo, en todas sus etapas procesales, incluso, en la oportunidad procesal en la cual el Juez debía pronunciar su sentencia, tanto por el cúmulo de causas que se seguían ante los escasos juzgados laborales, como por lo tedioso que resultaba en la mayoría de los casos para el Juez Laboral entrar a analizar el cúmulo

probatorio de expedientes generalmente numerosos y de vieja data en su sustanciación por ante el órgano jurisdiccional.

Incluso, en su actividad de apreciación judicial, el Juez laboral veía restringido su poder discrecional y su facultad creadora de normas jurídicas subjetivas en la esfera individual de los derechos discutidos en juicio, por un sistema de valoración de pruebas tarifario, en el cual era el legislador a través de las normas adjetivas contenidas en el Código de Procedimiento Civil (1987), cuya aplicación supletoria era absolutamente necesaria y legalmente permitida por la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo, quien establecía a priori la fuerza jurídica probatoria de los elementos de convicción incorporados al proceso, y sólo cuando el instrumento normativo no estableciera una regla legal expresa para valorar la prueba, el operador de justicia podía recurrir al sistema de la sana crítica o libre convicción razonada, a tenor de lo dispuesto en el artículo 507 del Código de Procedimiento Civil.

De esta manera, tal y como lo concibe la exposición de motivos de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la justicia del trabajo en Venezuela se había deshumanizado por completo convirtiendo a la administración de justicia laboral en una enorme y pesada estructura burocrática que en vez de contribuir a mantener la armonía social y el bien común, coadyuvaba a ser un instrumento de conflictividad social.

Así, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, es una respuesta a la urgente y necesaria transformación de la administración de justicia laboral que debe tener por norte, la altísima misión de proteger el hecho social trabajo, instrumento fundamental del desarrollo nacional, inspirado en los principios establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este sentido, dada la oralidad del proceso y la tendencia de las legislaciones modernas a garantizar una tutela judicial efectiva, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo presenta como un carácter diferenciador al proceso civil ordinario e innovador en materia laboral, el tema de la valoración de las pruebas, estableciendo el uso de la sana crítica o sana lógica, como el método que debe emplear el juzgador para apreciar mediante una operación lógica, la exactitud o certeza de un hecho o la verdad de una afirmación controvertida en juicio.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) introdujo cambios fundamentales en la manera de ver el proceso, visto como instrumento fundamental para la realización de la Justicia (Artículos 26 y 257), que supone la necesidad de lograr la seguridad jurídica y la de prevenir que se produzcan desequilibrios que redunden en perjuicio de la consecución de su fin último.

De esa idea de un proceso mas flexible dirigido al logro de una justicia más ajustada a la realidad nacen las medidas “preventivas” asegurativas de bienes, pero también otro tipo de medidas que tienden a asegurar que el proceso llegue a una resolución justa de los intereses en conflicto, dando nacimiento a medidas con fines probatorios que permitan obtener medios probatorios que conduzcan a fijar los hechos controvertidos lo más cercano a la verdad.

De esta forma, la garantía de la defensa comprendería no solamente el derecho a ser oído, sino el de poder afirmar y probar, lo que debe orientar a las modernas legislaciones para superar los inconvenientes que hacen intransitable su paso al proceso y para que en definitiva al conflicto se le aplique una solución adecuada.

Tradicionalmente, se había tratado el tema de las medidas cautelares atendiendo sólo al objeto que se perseguía dentro del proceso para asegurar bienes, para que no se hiciera ilusoria la ejecución del fallo, concepción que, como limitación, debe desaparecer para dar paso a garantías amplias que le permitan a los integrantes de la relación procesal, obtener mayores beneficios que conduzcan a una justicia clara y transparente.

En esta orientación del proceso, cobran relevancia las medidas “preventivas” como formas asegurativas del proceso, tanto en lo que respecta a la ejecución de los fallos como aquellas que tiendan a asegurar pruebas, con la finalidad de lograr una tutela judicial efectiva que esté conforme con lo previsto en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999).

La posibilidad de anticipar pruebas se constituye en una garantía de los justiciables en la prosecución de una decisión ajustada a la realidad mas posible, siempre que sean debidamente fundadas y con ellas sean respetados los principios constitucionales que rigen la prueba.

A través del presente trabajo se analizó la figura de la prueba anticipada a fin de establecer si la misma es posible dentro del nuevo procedimiento laboral, a pesar de no aparecer expresamente prevista en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), caracterizado por los principios de oralidad, inmediación, concentración y publicidad, al entender como parte de la garantía de la defensa, el derecho a probar.

A tales fines en el primer capítulo se tocan aspectos relacionados con el sistema probatorio previsto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), la libertad probatoria, poderes otorgados al juez del trabajo, principios probatorios que lo rigen, pruebas admisibles y la oportunidad de promoción y evacuación de las mismas.

En el segundo capítulo se trabajó lo relativo a la prueba anticipada en la legislación nacional, su definición, regulación en materia civil y en la penal y su posibilidad en materia laboral.

CAPITULO I

EL SISTEMA PROBATORIO PREVISTO EN LA LEY ORGANICA PROCESAL DEL TRABAJO

Advierte el procesalista Devis Echandia¹ que la noción de prueba está presente en todas las manifestaciones de la vida humana. De ahí que exista una noción ordinaria o vulgar de la prueba, al lado de una noción técnica, y que ésta varíe según la clase de actividad o de ciencia a que se aplique. Definiendo a las pruebas judiciales como el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso.

Rengel-Romberg², precisa a la prueba como la actividad de las partes dirigida a crear en el juez la convicción de la verdad o falsedad de los hechos alegados en la demanda o en la contestación, señalando que:

El concepto de la prueba procesal es uno de los más discutidos en la doctrina, por los diversos sentidos y acepciones en que se le toma, así como por la diversa posición desde la cual se le contempla: ya desde la posición de las partes que las promueven, o bien desde la del Juez que las recibe y valora.

Para Eduardo Couture³, en sentido jurídico procesal la prueba es un método de averiguación y un método de comprobación. La prueba penal, sería normalmente, averiguación, búsqueda, procura de algo, mientras que la prueba civil, es comprobación, demostración, corroboración de la verdad o

¹ Devis Echandia, H. Compendio de Derecho Procesal. Tomo II. Pruebas Judiciales. Bogotá: Editorial A B C. 1984, pgs. 1-2.

² Rengel-Romberg, A. Tratado de Derecho Civil Venezolano según el nuevo Código de 1987, t. III. Caracas: Editorial: Arte. 1992, p. 218.

³ Couture, E. Fundamentos de Derecho Procesal. Buenos Aires: Ediciones de Palma. 1981, p. 215-216.

falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio. La prueba penal se asemeja a la prueba científica; la prueba civil se parece a la prueba matemática: una operación destinada a demostrar la verdad de otra operación.

Para el autor nacional y ex magistrado de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Cabrera Romero⁴, la prueba es aquella:

Que nace de la proposición del medio por uno de los sujetos procesales, y al igual que para cualquier petición, debe existir, para quien no la hace, la posibilidad de cuestionarla integralmente y, por ello, existe como otra emanación del Derecho de Defensa, el principio de contradicción de la prueba.

La prueba vendría a ser la actividad y el efecto de probar para demostrar, de alguna manera, la veracidad de un hecho o de una afirmación.

La autora Perretti de Parada⁵, señala que además de definir la prueba, hay que diferenciar la noción objeto de la prueba, con los de necesidad de la prueba y carga probatoria, para quien el objeto de la prueba es lo que se puede probar, aquello sobre lo que puede recaer la prueba.

En torno al concepto de objeto de la prueba, el autor colombiano Devis Echandía⁶, señala que es todo aquello que, siendo de interés para el proceso, puede ser susceptible de demostración histórica (como algo que existió, existe o puede llegar a existir) y no simplemente lógica (como sería la demostración de un silogismo o de un principio filosófico); es decir, que objeto de prueba judicial son los hechos presentes, pasados o futuros, y lo que puede asimilarse a éstos (costumbre y ley extranjera).

⁴ Cabrera Romero, J. Contradicción y control de la prueba legal y libre. Caracas: Editorial Jurídica Alva, S.R.L. 1997, p.21.

⁵ Perretti de Parada, M. Las pruebas en el Derecho Venezolano. Caracas: Ediciones Liber. 2008, p.30.

⁶ Devis Echandía, H. Teoría General de la Prueba Judicial. 5ta. Edición. Buenos Aires: Victor P. de Zavata Editor, 1981, p.155.

Para Cernelutti⁷, citado por Rivera Morales⁸, el objeto de la prueba judicial son las afirmaciones de las partes y no los hechos. Pero, no obstante que teóricamente las partes tratan de demostrar sus afirmaciones contenidas tanto en la demanda como en las excepciones, en el fondo esas afirmaciones recaen sobre la existencia o inexistencia de hechos y, en todo caso, desde el punto de vista del juzgador, que debe fijar el presupuesto de la decisión, el objeto de la prueba lo constituyen, en todo caso, los hechos sobre los cuales recaen las afirmaciones o negaciones.⁹

Continua señalando la misma autora Perretti de Parada¹⁰, que por necesidad de la prueba debemos entender lo que en cada proceso debe ser materia de la actividad probatoria. Y por carga de la prueba se alude a la obligación que tiene cada parte de probar todo aquello que la conduzca a obtener el éxito en el proceso.

Contrario a lo señalado por esta autora nacional, y en forma acertada y precisa a la naturaleza jurídica de la carga de la prueba, Rivera Morales¹¹ afirma, que la carga de la prueba no es, propiamente, una obligación de las partes en el sentido tradicional, sino un deber atípico, mas de carácter moral para la parte en cuanto defensa de sus derechos e intereses, puesto que su ejercicio es voluntario y las consecuencias derivadas de no ejercer ese deber no pueden catalogarse como sanciones jurídicas propiamente dichas. No habría de esta forma, duda que las partes tienen libertad frente a la sujeción de la carga probatoria, su falta de ejercicio potencia la posibilidad de un fallo desfavorable. Tampoco existe entre las

⁷ Cernelutti, F. La prueba civil. Buenos Aires: Editorial DEPALMA. 1979, p. 44.

⁸ Rivera Morales, R. Actividad Probatoria y valoración racional de la prueba. Barquisimeto: Librería Jurídica Rincón, 2010, p. 70.

⁹ Perreti de Parada, M. Las Pruebas en el Derecho Venezolano. Caracas: Ediciones Liber, 2008, p. 29.

¹⁰ Op. Cit. P.30.

¹¹ Rivera Morales, R. Actividad Probatoria y valoración racional de la prueba. Barquisimeto: Librería Jurídica Rincón, 2010, pgs. 235-236.

partes derechos correlativos de carga procesal, pues no hay obligación de exigencia.

En el mismo sentido anteriormente expresado, Devis Echandia¹², distingue entre los conceptos de objeto de la prueba, necesidad de la prueba y carga de la prueba, señalando que por objeto de la prueba debe entenderse lo que se puede probar en general, aquello sobre lo que puede recaer la prueba. Por necesidad o tema de la prueba se entiende lo que en cada proceso debe ser materia de la actividad probatoria, esto es, los hechos sobre los cuales versa el debate o la cuestión voluntaria planteada y que deben probarse por constituir el presupuesto de los efectos jurídicos perseguidos por las partes. Mientras que por carga de la prueba refiere que determina lo que cada parte tiene interés en probar para obtener éxito en el proceso.

Montero Aroca¹³, citado por Rivera Morales¹⁴ distingue entre objeto de la prueba y tema de prueba. Con el objeto de la prueba se hace referencia a las realidades que en general pueden ser probadas, lo que respondería a la pregunta ¿qué puede probarse? Con el tema de la prueba se hace alusión a lo que debe probarse en un proceso concreto y se declare la consecuencia jurídica pedida por la parte, respondiendo a la pregunta ¿qué debe probarse?

Basado en lo expuesto, Rivera Morales¹⁵ afirma que por objeto de la prueba judicial se refiere a todos aquellos hechos o situaciones que se alegan como fundamento del derecho que se pretende y que sean de interés para el juicio, que además puedan ser susceptibles de demostración histórica, ubicándonos en el contexto de que debe probarse depende de los

¹² Devis Echandia, H. Teoría General de la Prueba Judicial. 5ta. Edición. Buenos Aires: Victor P. de Zavata Editor, 1981, p.41.

¹³ Montero Aroca, J. La prueba en el proceso civil. 4º edición. Madrid: Editorial Thompson Civitas. 2005, p. 63.

¹⁴ Rivera Morales, R. Actividad Probatoria y valoración racional de la prueba. Barquisimeto: Librería Jurídica Rincón, 2010, p. 70.

¹⁵ Op. Cit. P. 71.

supuestos de hecho contenidos en las normas que se invocan y se le atribuyen consecuencias jurídicas.

Para Devis Echandia¹⁶, la regla general respecto a los hechos que necesitan probarse o que constituyen el tema de la prueba, es que en cada proceso debe probarse todo aquello que forma parte del presupuesto fáctico para la aplicación de las normas jurídicas, a menos que esté exceptuado de prueba por ley. Las dificultades se presentan cuando se pretende precisar cuáles son los hechos que deben gozar de esta exención probatoria. Los hechos que deben probarse, o que son objeto de la prueba, son los hechos controvertidos, es decir, aquellos que han sido afirmados tan solo por una de las partes, pero que no son admitidos por la otra.

Dentro de los hechos que deben ser probados en cada proceso, el mismo autor refiere, que en el proceso de jurisdicción voluntaria, los constituirían todos los hechos invocados por las partes, aun cuando la circunstancia de no existir controversia no tenga aplicación para precisar el tema de la prueba, ni que exista preclusión procesal para la afirmación de hechos nuevos.

Mientras que en el proceso penal lo forman todos los hechos que constituyen el presupuesto para la aplicación de las normas penales. En el proceso contencioso civil, laboral y administrativo el tema estaría formado por los hechos alegados por las partes en la demanda y como excepciones, que no estén exentos de prueba por la Ley y los accesorios a aquellos.

En todo juicio deben probarse las afirmaciones que sobre los hechos se hacen, por supuesto referente a la realidad factual, o sea de los hechos

¹⁶Devis Echandia, H. Compendio de Derecho Procesal. Tomo II. Pruebas Judiciales. Bogotá: Editorial A B C. 1984, p.52

de los cuales depende o emana el derecho que se discute y que afecta la decisión judicial.¹⁷

Para ver la diversidad de hechos que pueden ser alegados en un proceso, el autor González Lagier¹⁸, citado por Rivera Morales¹⁹, realiza el siguiente esquema:

En primer término menciona los hechos físicos y los clasifica en independientes de la voluntad, como el estado de las cosas, los sucesos y las acciones involuntarias. Los dependientes de la voluntad, como las acciones positivas, a saber, las acciones intencionales, y las no intencionales; y las omisiones intencionales y las no intencionales. En segundo término habla de los hechos psicológicos, que divide en estados mentales, como las voliciones (deseos e intenciones), las creencias y las emociones; y además las acciones mentales. Finalmente habla de relaciones de causalidad.

Para Devis Echandía, los hechos que pueden ser objeto de prueba serían, todo lo que representa la conducta humana, como los actos o hechos humanos, voluntarios o involuntarios, perceptibles por los sentidos humanos o registrables por medios mecánicos o electrónicos, conductas que pueden ser pasadas o presentes. También los hechos de la naturaleza, como el nacimiento y la muerte. De igual forma las cosas u objetos materiales y aspectos de la realidad material, como las armas, edificios, carreteras, así como las circunstancias naturales y artificiales que los rodean. Asimismo la persona humana puede ser objeto de prueba, como la necesidad de probar la existencia de una persona, sus condiciones físicas o mentales, su

¹⁷ Rivera Morales, R. Actividad Probatoria y valoración racional de la prueba. Barquisimeto: Librería Jurídica Rincón, 2010, p. 72.

¹⁸ González Lagier, D. Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal), en jueces para la democracia, Nº 46. Madrid:2003. P. 18.

¹⁹ Rivera Morales, R. Actividad Probatoria y valoración racional de la prueba. Barquisimeto: Librería Jurídica Rincón, 2010, p. 74.

educación, entre otras. Respecto al estado o hecho síquico o internos del hombre, que se conocen sobre sus manifestaciones y que pertenecen al sujeto de manera exclusiva, éstos hechos serían susceptibles de prueba indirecta o de indicios.

Lo señalado anteriormente refiere a los hechos que deben ser probados. En relación a los que estarían exentos de prueba, la autora nacional Perretti de Parada²⁰, siguiendo lo señalado por Devis Echandía, afirma que los hechos que no requieren de prueba, serían en términos generales:

a) Los hechos admitidos por las partes, porque ellos no forman parte del thema decidendum, si han sido admitidos por la parte a quien se le oponen, lo que ocurre cuando la parte reconoce, en forma expresa o tácita, la existencia del hecho afirmado por su contraparte.²¹

b) Los hechos presumidos por la Ley, los cuales no son objeto de prueba. Cuando un hecho goza de presunción legal, sea que admita o no prueba en contrario, está exento de pruebas y tal es, precisamente, el objeto de las presunciones, de las que trata el artículo 1394 del Código Civil (1982)²².

c) Los hechos cuya prueba prohíbe la Ley, debido a que si la Ley lo prohíbe por razones de moral o de otro orden, ese hecho resulta excluido del objeto concreto de prueba.

d) Los hechos materia de cosa juzgada o de decisión prejudicial, limitación que existe únicamente en cuanto al objeto de la decisión en el nuevo proceso, por cuanto el juez tiene que respetar lo resuelto antes, pero no impide que las partes puedan solicitar pruebas sobre estos hechos, a

²⁰ Perretti, M. Las pruebas en el Derecho Venezolano. Ediciones Liber: 2008, pgs. 38-55.

²¹ Perretti, M. Las pruebas en el Derecho Venezolano. Ediciones Liber: 2008, p.38.

²² Código Civil (1982)..Copia de la Gaceta Oficial de Venezuela N° 2990 extraordinario. Julio 26, 1982.

menos que una norma legal lo prohíba, que el hecho esté reconocido en sentencia con valor de cosa juzgada o que constituya prejudicialidad, resultando obvio que no necesita otra prueba. (Devis Hechandia²³)

e) Los hechos inconducentes, no pertinentes o irrelevantes e imposibles. Si un hecho no puede influir en la decisión de un juez, su prueba es claramente innecesaria, prueba que debe ser rechazada solamente cuando sea manifiestamente inconducente.

f) Los hechos notorios. La misma autora Perretti de Parada²⁴ señala que la notoriedad es un concepto jurídico específico, delimitado como aquellos hechos cuyo conocimiento forman parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el tiempo que se produce la decisión.

En torno al hecho notorio existe la creencia general que la notoriedad de un hecho hace innecesaria su prueba, derivado del aforismo romano *notoria non egent probatione*, no resultando conteste la doctrina con relación a si es innecesaria su prueba. También se discute si esto no es contradictorio con los principios que señalan que el conocimiento personal del juez acerca de un hecho no puede servir de fundamento para la decisión y que el juez debe decidir según lo alegado y probado en el expediente.²⁵

El hecho notorio es definido en términos generales como aquel cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado grupo social en el tiempo en que se adopta la decisión²⁶, y con él se pretende evitar la producción de pruebas innecesarias dentro de un proceso por

²³ Devis Echandia, H. Compendio de Derecho Procesal, Pruebas Judiciales. 10ma edición. Tomo II. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike. P. 309.

²⁴ Perretti, M. Las pruebas en el Derecho Venezolano. Ediciones Liber: 2008, p.39.

²⁵ Rocha Alvira, A. De la prueba en el derecho. Medellín-Colombia. Editorial Dike. 2004, p.175, Citado por Rivera Morales, R. Actividad Probatoria y valoración racional de la prueba. Barquisimeto: Librería Jurídica Rincón, 2010, p. 180.

²⁶ Calamandrei citado por Rivera Morales, R. Actividad Probatoria y valoración racional de la prueba. Barquisimeto: Librería Jurídica Rincón, 2010, p. 180.

economía procesal, evitando que la justicia esté a espaldas del saber común de pueblo.²⁷

El Código de Procedimiento Civil (1987) establece que los hechos notorios no son objeto de prueba, como así lo consagra el artículo 506 del mismo texto legal, en su parte final. Es así como la notoriedad de los hechos aparece como una excepción al principio de que los hechos deben ser probados, lo que plantea el problema, si el hecho notorio debe o no ser alegado o afirmado por las partes para que el juzgador lo tome en cuenta. La doctrina mayoritaria se pronuncia en el sentido que los hechos notorios deben ser alegados por los litigantes, en virtud del principio de aportación de parte, pero una vez afirmada la notoriedad corresponde al juez apreciarla sin necesidad de prueba.²⁸

Cuando el hecho notorio es fundamental a la petición la parte debe afirmarlo en la demanda o en la contestación. Si no es determinante a la petición de las partes, el juez debe apreciarlo oficiosamente.²⁹

Cuando se trata que la notoriedad es fundamental a la pretensión, el hecho no sólo debe ser alegado, sino que debe ser probado (por ejemplo el caso de estado de hijo). En el proceso penal, el hecho notorio tiene la misma significación que en el proceso civil, pero debe haber certeza sobre él, porque si hay duda se deberá proceder a corroborarlo mediante la prueba pertinente.³⁰

²⁷ Couture, E. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Editorial De Palma. 1978, p.182.

²⁸ Rivera Morales, R. Actividad Probatoria y valoración racional de la prueba. Barquisimeto: Librería Jurídica Rincón, 2010, p. 184.

²⁹ Sentencia de la Sala de Casación del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sentencia N° 509 del 8/10/2002.

³⁰ Jauchen, E. Tratado de la prueba en materia penal. Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni Editores. 2004, p. 53.

En sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela N° 98 del 15 de marzo de 2000³¹, se estableció que para que el hecho notorio esté exento de prueba, debe tratarse de un acontecimiento que efectivamente haya tenido lugar, esto es, que debe ser cierto, real, que sucedió indubitadamente y que como consecuencia de ello haya sido conocido y entrado a formar parte de la cultura, integrándose a la memoria del colectivo. En esa sentencia se habla de hecho notorio comunicacional, como especie del hecho notorio y se establece que conforme no se tiene la certeza si el hecho notorio es conocido o no por los jueces, sería carga de las partes acreditarlo en el proceso mediante la consignación de las publicaciones o copias audiovisuales, grabaciones o videos, que demuestren la difusión del hecho, aun cuando de ser conocido por el juez, puede ser fijado por el mismo. De esta forma corresponderá a las partes, esto es, será objeto de su carga probatoria, no sólo la alegación del hecho notorio, sino la de justificarlo o acreditarlo dentro del proceso.

Ahora bien, de conformidad con el procedimiento laboral previsto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo³² (2002), la justicia deberá ser autónoma y especializada, donde emergen la oralidad como uno de sus principios fundamentales, junto con el de inmediación y concentración, tendientes a que los juicios sean sustanciados y decididos oportunamente en atención al carácter alimentario de los conceptos objeto de reclamo.

En la exposición de Motivos de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo se señala:

En este Título, se reglamentan en doce capítulos, los medios probatorios admisibles en el proceso laboral, con especial referencia a las pruebas documentales, testimoniales, experticias, inspecciones judiciales y

³¹ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela N° 98 del 15 de marzo de 2000, caso Coronel Oscar Silva.

³² Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.504. Agosto 13, 2002.

declaración de parte; también se admiten otros medios de pruebas no contrarios a la ley, que permitan al juzgador establecer la verdad en el proceso y se consagran por primera vez en Venezuela, como tales, los sucedáneos de pruebas.

Al señalarse que por primera vez se consagran en Venezuela los sucedáneos de prueba como medios probatorios, el Legislador laboral alude a los indicios y presunciones consagrados en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo en los artículos que van del 116 al 122, asumidos como auxilios probatorios establecidos por la Ley o tomados por el juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando o complementando el valor o alcance de éstos.

Lo señalado por la Exposición de motivos de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo no es cierto porque este tipo de prueba ya ha sido reconocida por nuestro Legislador patrio, para lo cual baste citar lo previsto en materia de presunciones en los artículos que van del 1394 al 1399 del Código Civil Venezolano³³.

De igual forma el artículo 510 del Código de Procedimiento Civil establece el juicio conjetural, mediante el cual los jueces apreciarán los indicios que resulten de autos en su conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia entre si, y en relación con las demás pruebas de autos.³⁴ Expresión con la que se quiere hacer referencia a medios de prueba indirectos como la prueba indiciaria, las presunciones y las ficciones legales.³⁵

³³ Código Civil (1982). Gaceta Oficial Extraordinario de la República de Venezuela N° 2990. Julio 26, 1982.

³⁴ González, A. Et al. Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Comentada y concordada con jurisprudencia. Caracas: Ediciones Liber. 2003, p. 155.

También el artículo 482 de la Ley Orgánica Para la Protección de niños, niñas y adolescentes³⁶ establece la prueba de indicios por conducta procesal, señalando que el juez o jueza podrán extraer conclusiones en relación con las partes, atendiendo a la conducta que éstas asuman en el proceso, especialmente, cuando se manifieste notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras conductas de obstrucción.

Ahora bien, desde el inicio del proceso, en la audiencia preliminar deben las partes promover sus pruebas, por ante el juez de sustanciación, mediación y ejecución, quien las incorporará a las actas al término de aquella, para que en la audiencia de juicio, el juez correspondiente se pronuncie sobre su admisión y proceda a evacuarlas.

Bajo esta forma, la instrucción de la causa en materia laboral tiene lugar inclusive antes de la contestación de la demanda, posterior a ésta corresponde la admisión y evacuación de pruebas.

A. La libertad probatoria.

La valoración de los medios probatorios producidos en juicio es quizás la función más importante en el proceso, puesto que sobre esa base se toma la decisión judicial. Por ello, acoger un sistema de valoración de las pruebas en un ordenamiento jurídico, es en principio una responsabilidad del legislador, ya que es quien elabora las normas que pretenden asegurar la verdad y eliminar el error, en procura de lograr la ecuación certeza-verdad. Obviamente, escogido un determinado sistema por el legislador, la responsabilidad se traslada al juez en el análisis del caso concreto, pues es

³⁶ Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. (2008). Tribunal Supremo de Justicia.

él quien tiene que aplicar el sistema probatorio y ajustar su decisión a la verdad-justicia (Rivera)³⁷.

Existen diferentes sistemas de valoración de la prueba:

a) Sistema de la Tarifa Legal: Este sistema consiste en el señalamiento anticipado que la ley le hace al juez del grado de eficacia que tienen los medios de prueba, diciéndole de qué manera debe tenerse por probado un hecho, partiendo de hipótesis que imponen al juez determinadas normas que fijan el valor preciso de las pruebas, dejándole sólo la posibilidad de comprobar si las pruebas evacuadas cumplen los requisitos de valoración que la ley le ha tasado.

No obstante, este sistema de valoración de pruebas presenta ciertas limitaciones a saber: (i) todas las pruebas no están valoradas por la ley, como es el caso de las pruebas directas, verbigracia, el testimonio de la parte sobre un hecho favorable a su interés o la valoración de documentos como fotografías o grabaciones; (ii) cuando se trata de pruebas críticas, como las presunciones, la ley permite la libre valoración por parte del juez; y (iii) no siempre las reglas de valoración excluyen en absoluto la libertad de apreciación del juez (Rivera)³⁸.

Sin embargo, la doctrina apunta como ventajas de este sistema, que: (i) da mayor uniformidad a las decisiones judiciales en lo que a prueba se refiere; (ii) se suple la ignorancia o la falta de experiencia de los jueces, pues lo contenido en la valoración del legislador, es el resultado de una amplia experiencia; y (iii) por ser las pruebas materia de orden público, debe ser

³⁷ Rivera, R. Las pruebas en el Derecho Venezolano, referida a los procedimientos civil, penal, agrario, laboral, de niños y adolescentes. Barquisimeto-San Cristóbal: Editorial Santana. 2004, p. 120.

³⁸ Rivera Rivera, R. Las pruebas en el Derecho Venezolano, referidas a los procedimientos civil, penal, agrario, laboral, de niños y adolescentes. Barquisimeto-San Cristóbal: Editorial Santana. 2004, p. 123.

regulada por el legislador, propendiendo a la seguridad jurídica y a la paz social (Devis Echandia)³⁹.

Por el contrario, la evolución del derecho probatorio, ha demostrado que son más las desventajas que los beneficios de este sistema, señalando como críticas al mismo que: (i) mecaniza o automatiza la función del juez; (ii) conduce con frecuencia a la declaración como verdad de una simple apariencia formal; (iii) se produce un divorcio entre la justicia y la sentencia.

De ello se desprende, que este sistema convierte al juez en un mero instrumento de aplicación de la ley, eliminando su facultad creadora de derecho, y cortando cualquier posibilidad de razonamiento lógico, que en definitiva puede gravemente traducirse en un desfase de la justicia, toda vez que, estando el derecho en constante evolución conforme a dinamismo social, la valoración predeterminada por el legislador en un cuerpo normativo en un momento histórico determinado, podría no corresponderse con la realidad imperante.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico venezolano aún recoge este sistema de valoración, al establecer el Código Civil venezolano la regla de apreciación judicial de los instrumentos públicos y privados, así como de la confesión y de la prueba de juramento decisorio (artículos 1360, 1361, 1370, 1374, 1401 y 1418 del Código Civil).

De lo expuesto se deduce, que el sistema venezolano de valoración de la prueba en el proceso civil, y hasta hace muy poco aplicable al proceso laboral, es un sistema mixto, o como algunos autores prefieren señalar de tarifa legal atenuado, pues el principio general es la libre apreciación de las pruebas según las reglas de la sana crítica, y la excepción, la constituye la prueba legal, cuando así lo establezca el legislador.

³⁹ Devis Echandía, H. Compendio de Derecho Procesal, Pruebas Judicial. 10ma. Edición. Tomo II. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1994, p. 305.

b) Sistema de Libre Convicción: Este sistema al contrario del anterior, otorga al juez plena libertad en la apreciación de la prueba. Así, la valoración libre suele entenderse como una decisión personal, íntima y singular de cada juez (Nieto)⁴⁰, o como lo apunta Fabrega⁴¹, para quien el sistema de libre convicción de la prueba o íntima convicción, es aquel en que la certeza del juez no está ligada a un criterio legal, fundándose en una valoración personal, a solas con su conciencia.

En este sentido, debe advertirse, que las formalidades procesales exigidas por la ley para que los medios probatorios ingresen al juicio y puedan ser tomados en cuenta, no son limitaciones propiamente a este sistema, pues estas formalidades persiguen la finalidad de regular los actos procesales para que sean garantía de los derechos de las partes, siendo que la libre convicción del juez sólo se refiere a su libre arbitrio en la valoración de la prueba, siempre razonada mediante el empleo de la lógica jurídica.

Sin embargo, a este sistema básicamente se le señala como desventaja, que se corre el peligro de la arbitrariedad puesto que no se tiene una seguridad probatoria. En cuanto a sus ventajas, se apunta que se permite al juez valorar en su conjunto y en su contexto las pruebas que se produzcan en el proceso, puesto que no estaría sujeto a reglas previamente establecidas.

c) Sistema de la Libre Convicción razonada: que se corresponde con el establecido en la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en su artículo 450, literal k), conforme al cual el juez y las partes pueden valerse de cualquier medio probatorio que no se encuentre prohibido expresamente por la Ley, pruebas que serán apreciadas por el

⁴⁰ Nieto, A. El árbitro judicial. Barcelona: editorial Ariel, S.A. p. 56.

⁴¹ Fabrega, J. Teoría general de la prueba. En Quiceno Álvarez, Fernández (2001) (Compilador). Valoración Judicial de las pruebas. Segunda edición. Caracas: Editorial Jurídica Bolivarianan 1997, p. 67.

Juez en forma libre pero razonada, sin que se le señale como regla valorativa obligatoria, la sana crítica.

Resultaría ser un sistema intermedio entre el de la libre apreciación y el de la sana crítica, que tiende a confundirse con éste último, pues implica la utilización en el proceso de cualquier prueba que no se encuentre prohibida y su valoración por el juez deberá significar que el sentenciador dicte su decisión con amplia libertad, sin estar atado a regla alguna, pero razonando y justificando la misma, al proceder a motivarla. En tales casos se considera que el juzgador puede hacer uso de los mecanismos de valoración previstos en la Ley, como los establecidos para el caso de las pruebas tarifadas, verbigracia la valoración establecida respecto del documento público, entre otros.

En este sentido, el autor Devis Echandía⁴², rechaza la distinción que se hace entre sana crítica y apreciación razonada o libre convicción íntima. Adicionando que la libertad de apreciación no exime de someterse a las reglas de la lógica, de la psicología y a las llamadas máximas de experiencia generales de la experiencia; de manera que siempre debe existir sana crítica, al decir del autor, aun cuando puede o no haber obligación de motivar la conclusión que se adopte. Por lo señalado, concluye que no existen en realidad sino dos sistemas para la apreciación de las pruebas en los procesos, a saber, el de la tarifa legal y el de la libre apreciación por el juez, adicionando que la libre apreciación debe ser razonada, crítica, basada en reglas de la lógica, la experiencia, la psicología, y no arbitraria, requisito que no es necesario exigirlos expresamente.

⁴² Devis Echandía, H. Compendio de Derecho Procesal, Pruebas Judicial. 10ma. Edición. Tomo II. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1994, p. 36.

d) Sistema de la Sana Crítica: Se dice que este es un sistema intermedio que atenúa la rigurosidad del sistema tarifario y pone freno al libre arbitrio del sistema de libre convicción.

El profesor uruguayo Couture, citado por Rivera⁴³, sostiene que las reglas de la sana crítica son ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano, pues en ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Por ello, se dice que las reglas de la sana crítica consisten en su sentido formal en una operación lógica. No obstante debe saberse que la simple aplicación del silogismo jurídico no es suficiente para convalidar una sentencia, por lo que debe confrontarse el análisis lógico con la correcta apreciación de las máximas de experiencia.

En este sentido, la doctrina ha señalado como características de este sistema, las siguientes: (i) el juez debe examinar la prueba racionalmente, con arreglo a las normas de la lógica y de la experiencia; (ii) la prueba debe haber sido practicada y aportada al proceso de acuerdo con las formalidades legales; (iii) el examen integral de cada medio de prueba, entrelazado con los distintos medios de prueba que obran en el expediente; y (iv) la apreciación del juez está sujeta a un control por parte del juez superior o de alzada.

Se señala como ventajas de este sistema las siguientes:

La valoración y apreciación de la prueba debe razonarse y motivarse, lo cual significa que no queda a la libre voluntad y arbitrariedad del operador de justicia, quien en todo caso debe utilizar la lógica y las máximas de experiencia en su actividad final.

⁴³ Rivera Rivera, R. Las pruebas en el Derecho Venezolano, referida a los procedimientos civil, penal, agrario, laboral, de niños y adolescentes. Barquisimeto-San Cristóbal: Editorial Santana. 2004, p. 132.

Lo anterior obliga al juez a expresar en la parte motiva del fallo, los razonamientos que hizo para atribuirle valor o negarle valor a un medio de prueba.

Al existir un razonamiento o motivación sobre la forma cómo el operador de justicia analizó y valoró la prueba, se le garantiza al ciudadano, el derecho constitucional de la defensa, del debido proceso y de la tutela judicial efectiva.

Sólo a través de un razonamiento plasmado en la sentencia podrá controlarse la legalidad y constitucionalidad de la decisión proferida, en relación a cómo fue considerado y valorado el material probatorio.

Las decisiones judiciales serán el reflejo directo del convencimiento judicial.

El convencimiento del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos en el proceso, será elemento primordial y principal que permitirá emitir un fallo donde se establezca la verdad real y no la procesal o formal.

De lo expuesto se desprende, que la sana crítica como sistema de valoración de las pruebas, si bien da cierto margen discrecional al operador de justicia al momento de apreciar la prueba, no implica arbitrariedad en sus decisiones pues las mismas deben estar suficientemente razonadas, partiendo de una exposición de los hechos controvertidos y aquéllos que efectivamente fueron demostrados en la apreciación del cúmulo de pruebas existentes en autos.

La expresión sana crítica fue incorporada legislativamente por primera vez en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, en relación a la prueba testimonial. Las dos palabras hacen alusión al aspecto subjetivo

(crítica: valoración razonada argumentada) y objetivo (sana: comedida, imparcial, fundada en los principios lógicos generales y las máximas de experiencia), que deben concurrir por igual para determinar el valor de convicción de la prueba. Por lo tanto, la apreciación no es libre en cuanto no puede ser fruto del capricho del juez, más es libre en cuanto a que el juez es soberano para valorar la prueba, sin perjuicio de las tarifas legales insertas en la ley sustantiva; es razonada, en cuanto a que esa libertad no puede llevar al extremo de juzgar arbitrariamente, según capricho o simples sospechas, y es motivada, desde que el juez debe consignar en la sentencia las razones por las que desecha la prueba o los hechos que con ella quedan acreditados, dando así los motivos de hecho a que se refiere el ordinal 4º del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil (Henríquez) ⁴⁴.

Las reglas de la sana crítica, constituyen garantía de idónea reflexión, basados en la lógica y en la experiencia del operador de justicia, donde la premisa mayor viene dada por las máximas de experiencia, lo cual conlleva a que las decisiones judiciales sean razonadas, motivadas y responsables.

En el sistema de valoración de la prueba guiado por la sana crítica, el operador de justicia al momento de valorar y apreciar la prueba, realiza una actividad silogística, donde la premisa menor estará constituida por el medio de prueba aportado por las partes al proceso o traído oficiosamente por el juez, según sea el caso; mientras que la premisa mayor estará constituida por las máximas de experiencia del juzgador, y la conclusión será la afirmación de existencia o inexistencia del hecho controvertido tema de la prueba.

En este orden de ideas, el análisis de los elementos de prueba reclama una síntesis final que determina la convicción del juez, basándose

⁴⁴Henríquez, R. Nuevo Proceso Laboral venezolano. Caracas: Librería Álvaro Nora, C.A. p. 23.

en el conjunto de pruebas que se le presentan, siendo el método lógico indispensable para asegurar la corrección de los razonamientos, tanto inductivos como deductivos, extrayendo las consecuencias de esos elementos de pruebas establecidos, basados no sólo en la jurídica y la lógica, sino además en la psicología, para poder reconocer la credibilidad, sobre todo en cuanto se refiere a la pruebas de testigos o las declaraciones de parte.

No obstante, el juez es en definitiva un ser humano, de cuyos razonamientos pueden en igualdad de probabilidades extraerse la verdad o el error en la apreciación derivado de su estado subjetivo, en la aplicación de la norma jurídica al caso concreto.

De esta manera el juzgador va formando su convencimiento desde que recibe la prueba para introducir los elementos probatorios en el proceso. Después, comenzará colocándose en la duda en cuanto igualdad de posibilidades para creer como para no creer. De fortificarse una de estas posibilidades en desmedro de la otra, pasará a un estado de probabilidad-improbabilidad (positiva o negativa) en cuanto al grado de convicción que produce el conocimiento, para finalmente llegar al estado ingraduable de certeza, en cuanto se conoce de modo tal que se adquiere la firme convicción de estar en posesión de la verdad positiva o negativa, de existencia o no del hecho.

Es por ello, que todos los medios de prueba son indispensables, y son usados según las circunstancias, pues de acuerdo al tipo de proceso o al caso concreto, una prueba será más importante que otra en la demostración del hecho que se hace valer como fundamento de la pretensión. No obstante, los diversos medios de prueba se complementan mutuamente.

En la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, sin establecer criterios de excepción, como sucedía con la redacción del artículo 507 del Código de Procedimiento Civil, el operador de justicia tiene como regla de valoración de las pruebas, la sana crítica, sistema conforme al cual los juzgadores tienen libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de experiencias, que sean aplicables al caso, siendo criterio de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia⁴⁵ que la valoración de los medios probatorios por la sana crítica se aplican en la jurisdicción laboral a todo tipo de medio probatorio, aún cuando tenga asignada una tarifa legal en otras leyes, como ocurre por ejemplo con la prueba de instrumento público y privado (1359-1363 del Código Civil), a los fines particulares de establecer si dicha prueba desvirtúa o no la presunción de carácter laboral que vincula a las partes.

De esta manera, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia No. 665 de fecha 17 de junio de 2004, ha establecido, que la sana crítica en la apreciación de las pruebas, a que se refiere el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, conforme a la opinión unánime de la doctrina, implica su examen y valoración razonada en forma lógica y atendida a las máximas de experiencia, en atención a las circunstancias específicas de cada situación y a la concordancia entre sí de los diversos medios probatorios aportados a los autos, de modo que puedan producir la certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos, como lo señala el artículo 69 de esta misma ley, criterio éste que fue ratificado en sentencia de fecha 06 de diciembre de 2005, expediente No. 1078-05, caso Carlos Briseño Segovia contra Pasteurizadora Táchira, C.A.

⁴⁵ Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia No. 818 del 26/06/2005. (Elvis Leonel Torres contra Corpoven S.A.). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>. (Consulta: 2009, mayo, 30).

Ciertamente, de una revisión de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia, durante la aún corta vigencia de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se evidencia que la Sala de Casación Social no ha indagado sobre el alcance de la disposición normativa contenida en el artículo 10 de la referida ley, siendo muy escasa la opinión formulada al respecto, pues básicamente se ha limitado a establecer de un modo conceptual qué debe entenderse por sana crítica.

El legislador venezolano, acogió como sistema de apreciación judicial la sana crítica, en el entendido que si bien se otorga al juez libertad en la apreciación de las pruebas, sin establecer criterios de excepción, en cuanto a los medios de prueba se refiere, sin embargo pone límite a esa discrecionalidad, en el sentido de que el sentenciador al pronunciar su decisión debe motivar su fallo, estableciendo la convicción o certeza que le han brindado los elementos incorporados a los autos, con fundamento a los razonamientos lógicos, a los conocimientos técnico-jurídicos y en las máximas de experiencia, como criterios sociales universalmente aceptados, a los fines de asegurar el derecho a la defensa y al debido proceso, y un posterior control de la actuación judicial.

Así se concibió en la exposición de motivos de la Ley adjetiva laboral, en la cual se expresa, que se acoge el principio de la sana crítica para valorar las pruebas por el juez, por ser un principio de universal aceptación y de comprobada utilidad y eficacia en la consecución de los fines de la justicia que persigue el proceso. Es por ello, que la ley incluye la facultad al operador de justicia de fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentran comprendidos en la experiencia común, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia, valorando las pruebas con un razonamiento lógico y coherente, que permita fundamentar adecuadamente su decisión.

Ahora bien, en este punto es importante desentrañar el verdadero sentido y alcance de esta norma que se contiene en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, administrando el cuerpo completo de la ley, pues el juez en su actividad valorativa, analizará cada medio de prueba, sirviéndose además de los auxilios de prueba (presunciones e indicios), concatenados con la conducta procesal de las partes, y el principio in dubio pro operario, en caso de dudas razonables.

Concatenando el señalado artículo con lo previsto en el artículo 122 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, y relacionado con el valor que debe otorgar el juez a la conducta procesal de las partes, el profesor Duque Corredor⁴⁶ afirma que estas normas permiten atribuir valor negativo a la conducta de las partes dentro del proceso que sea contraria a los deberes de lealtad y probidad, lo que constituiría un elemento de convicción para la decisión que deba dictar el juez, distinto a lo que ocurre en materia civil, caso en el cual a esa conducta se le atribuiría el valor probatorio de un indicio desfavorable, utilizado para desprender, solo respecto de determinadas pruebas, una presunción contraria a las partes, que falten a sus deberes de veracidad y de colaboración con la justicia (Artículos 17 y 170 Código de Procedimiento Civil), de forma tal que en materia laboral, la conducta de las partes sería un elemento más de convicción para la procedencia o no de sus pretensiones.

Lo señalado nos permite introducir la posibilidad o no de utilizar la doctrina de los actos propios (“venire contra factum proprium non valet”) en materia laboral, que ha sido aceptada en materia civil, la cual al decir del autor Falcon Cartes⁴⁷, al menos respecto de los trabajadores, no tendría cabida en el derecho laboral debido a que requiere para su aplicación la

⁴⁶ Duque Corredor, R. La conducta de las partes en el proceso como elemento de convicción para la decisión del juez.

⁴⁷ Falcón Cartes, G. Doctrina de los actos propios y su relación con el Derecho Laboral. Disponible: <http://es.slideshare.net/falconcartes/la-doctrina-de-los-actos-propios-en-el-derecho-laboral>

inexistencia de norma expresa que regule la materia del debate o de principios especiales que la orienten y direccionen, caso en el cual aceptar su aplicación implicaría desconocer, no solo la existencia del derecho laboral, sino los principios como el protector, el de la irrenunciabilidad de los derechos y el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, entre otros. A más de la existencia de normas expresas aplicables que establecen en términos generales una serie de presunciones a favor del trabajador.

De esta forma y de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, el juez al determinar los hechos controvertidos, debe ceñirse a lo expresado por las partes en la demanda y contestación respectivamente, para así extraer cuáles son en definitiva los hechos objeto de prueba y a quien corresponde la carga de la demostración de esas afirmaciones, para seguidamente analizar cada prueba promovida por las partes o por el mismo juez en su actividad oficiosa, para así llegar a la conclusión final expresada en el dispositivo del fallo.

No obstante, el juez en la construcción de las premisas en cada caso concreto, para subsumirlos a los supuestos de hecho normativos, debe analizar las pruebas conforme al procedimiento probatorio establecido en la ley, otorgándole sin embargo, el valor que a su juicio debe dársele conforme a la certeza que de ellos se derive, verbigracia, el juez al apreciar un documento privado emanado de un tercero puede extraer de él ciertos elementos de convicción, y deberá otorgarle eficacia probatoria, en la medida en que haya sido promovido ese tercero para ratificar la prueba a través de su testimonio conforme lo establece el artículo 79 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

En materia de la prueba documental, que constituye una fuente de prueba pre constituida, y en la que se deja constancia de hechos y de declaraciones, para su valoración dentro del proceso, el juez laboral podrá

hacer uso de la valoración tarifada establecida en materia civil, y sobre todo respecto a la manera en que puede hacerse valer en juicio, atendiendo que la Ley Orgánica Procesal del Trabajo no hace distinción clara entre documento y sus tipos, debido a que el artículo 77 lo regula en forma genérica, dividiéndolos en instrumentos públicos y privados.

El sistema de valoración de la sana crítica implica valoración racional de la prueba utilizando parámetros y criterios objetivos, lógicos y racionales, lo que no permite la entrada a la convicción entendida como creencia en sentido subjetivo, debido a que una creencia o es controlable y por ello es mas adecuado un criterio como la aceptación justificada del hecho, teniendo como límite a la utilización del criterio del juez las regla de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de experiencia, cuya infracción habilita el control de la valoración por los tribunales superiores de justicia, inclusive a nivel de nulidad o casación, porque una sentencia que determine hechos en contradicción a tales conceptos, constituye una infracción de ley.⁴⁸

Asimismo, el operador de justicia en su labor de apreciación judicial, debe efectuar un análisis integral y pormenorizado del cúmulo de pruebas evacuadas en juicio, a los fines de emitir una decisión justa, por lo menos procesalmente hablando, atendiendo al contenido del artículo 6 y 69 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Al respecto, ha sido reiterada la jurisprudencia que ha indicado que aunque el juez no tiene que dar razón de cada exposición contenida en el fallo, si tiene que indicar cuáles son los motivos en que basa su decisión, pues la sentencia debe contener en sí misma la prueba de su legalidad, aún en los casos de confesión ficta, pues ésta no es una razón jurídica que exima al sentenciador de su labor de valorar todas la pruebas que se hayan

⁴⁸ Rivera Morales, R. La prueba en el proceso laboral. Editorial: Librería J. Rincon. 2013, p.384

producido en juicio (Sala de Casación Social, sentencias Nos. 4 y 397, de fechas 16 de enero de 2002 y 27 de junio de 2002, respectivamente).

Desde este punto de vista, el principio de apreciación de la prueba por la sana crítica, no implica arbitrariedad judicial en la valoración de las pruebas que las partes y que el mismo juez, hayan evacuado, a través de la aplicación oficiosa de sus facultades probatorias.

El derecho a la prueba en el proceso, forma parte del derecho a la defensa consagrado en el artículo 49 del Texto Constitucional, apoyado en la necesidad de las demostraciones de las afirmaciones, alegatos o defensas realizadas por las partes, y patentizado en el procedimiento con las actuaciones de los litigantes cuando promueven pruebas, se oponen a las de la parte contraria, las impugnan, contradicen, cuestionan, es decir, cuando realizan actividades de control y de contradicción de la prueba.

Asimismo, es pilar fundamental del derecho a la defensa y al debido proceso, el control de las decisiones judiciales con el objeto de evitar las arbitrariedades judiciales, en el ejercicio de sus funciones.

En efecto, el poder discrecional del juez, cuando no es controlado se convierte en arbitrariedad, de allí la importancia de que existan limitaciones para el cumplimiento de la función decisoria, así como la de adecuarse a los criterios jurisprudenciales, en especial a los de casación y a la motivación de la sentencia, por lo que ciertamente, el poder discrecional de juez no es absoluto, sino que está vinculado a las reglas prohibitivas, como son las de las pruebas no admisibles por la ley, y al nexo de una lógica fundamentación.

De ello se desprende, que pese a que el sistema de la sana crítica permite al juez valorar las pruebas partiendo de los razonamientos lógicos y las máximas de experiencia, el mismo debe fundamentar suficientemente su

decisión de manera que no quede duda sobre las bases de las cuales extrajo su convencimiento.

En este sentido, ante una injusta resolución judicial, la parte perdedora puede tratar de anular por vía de examen, mediante la interposición de un recurso ante un tribunal superior, la sentencia que le es desfavorable.

Partiendo de ello, el litigante perjudicado por una resolución judicial puede recurrir la sentencia, en primer lugar ante un Tribunal Superior o de Segunda Instancia, mediante el ejercicio del recurso ordinario de apelación, por el cual somete al examen del juez de alzada de la relación jurídica controvertida, tanto en cuanto se refiere a la apreciación de los hechos, como a la aplicación del derecho.

Por su parte, el control de legalidad como recurso innovador establecido en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, tiene por fin permitir al justiciable, que por la cuantía del juicio no pueda acceder al recurso de casación, es decir, cuando se trate de sentencias no recurribles en casación, impugnar la sentencia de segunda instancia, que violente o amenace con violentar las normas de orden público o cuando la sentencia recurrida sea contraria a la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, a fin de restablecer el orden jurídico infringido, en el entendido de que tales quebrantamientos o amenazas irrumpen las instituciones fundamentales del derecho sustantivo del trabajo, derechos indisponibles o reglas adjetivas que menoscaban el debido proceso y derecho a la defensa.

Es por ello, que en materia laboral, si bien el juzgador al valorar las pruebas, tiene un amplio margen discrecional, al apreciarlas conforme a las reglas de la lógica y las máximas de experiencia, esa facultad discrecional no puede ser arbitraria, por el contrario supone un análisis motivado y en

conjunto de los elementos probatorios que rielan insertos en autos, que le permiten a las partes e incluso al magistrado analizar la legalidad o no del fallo, en el caso concreto.

Así, constituye una regla en la valoración de las pruebas, que los datos sobre los cuales el juez basa su decisión, deben ser adquiridos para el proceso, pues inclusive y de tratarse de un hecho público, notorio y comunicacional, ha señalado la doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 98 del 15 de marzo de 2000⁴⁹, que tales hechos deben ser acreditados por las partes en el proceso mediante la consignación de las publicaciones o copias audiovisuales, grabaciones o videos, que demuestren la difusión del hecho, aun cuando de ser conocido por el juez, puede ser fijado por el mismo. De esta forma corresponderá a las partes, esto es, será objeto de su carga probatoria, no sólo la alegación del hecho notorio, sino la de justificarlo o acreditarlo dentro del proceso; lo cual significa que no pueden integrarse al juicio por el conocimiento privado del juez, que pudiere escapar por esa razón al control probatorio de las partes, siendo incluso que aún en los casos en los cuales la ley laboral permite la ultra y extrapetita, lo hace con fundamento en lo alegado y probado en autos y derivado de hechos discutidos en juicio, aún cuando no hayan sido demandados, colocándose así un límite objetivo a la potestad valorativa del juez, a los fines de mantener el contradictorio, y con ello garantizar el derecho constitucional a la defensa y al debido proceso.

Se considera de igual forma, que otra excepción a la regla que la convicción debe ser adquirida dentro del proceso, lo relacionado con la promoción y valoración de la prueba de documento público, el cual por sí mismo es autosuficiente en cuanto a su autenticidad y en ese sentido no precisa prueba, de manera que quien impugna el documento deberá soportar

⁴⁹ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela N° 98 del 15 de marzo de 2000, caso Coronel Oscar Silva.

la carga de la prueba para enervar la misma. En que se basa el valor probatorio del documento público? Se funda en una doble suposición: que el documento aportado como prueba emana efectivamente de funcionario público competente y que la afirmación hecha por el funcionario es verdadera. Así, el documento público tiene efecto entre las partes y frente a terceros, y hace plena fe, que se limita a los hechos que el funcionario competente ha podido acreditar, como son: tiempo, modo y lugar en la formación del documento. Estas hipótesis pueden ser por su puesto desvirtuadas, pero mientras no sea declarada su falsedad, tendría valor probatorio erga omnes, prueba que debe ser así valorada por el juez laboral.

En este sentido, respecto a las reglas de la sana crítica para la valoración de las pruebas, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del magistrado Omar Mora Díaz, ha sostenido que las pautas o reglas a seguir por el operador de justicia, están delimitadas en función de la valoración de la prueba y del convencimiento del juez acerca del mérito de ésta, por lo que, y como lo ha sostenido la jurisprudencia sentada por este Supremo Tribunal, la sana crítica se infringe cuando la sentencia se limita a describir los elementos de autos sin analizarlos en absoluto en su virtualidad probatoria, o cuando su valoración de las pruebas esté en franca contradicción con las pautas lógicas que rigen la investigación de la verdad, o cuando se hacen aseveraciones apodícticas para el establecimiento de los hechos, de forma que revele una prematura o irreflexiva formación de la convicción del juez⁵⁰.

Es por ello, que la sana crítica, como método de valoración de las pruebas, se relaciona con la convicción que en forma razonada debe llevar al juez a considerar ciertos hechos como probados para, con base en ello,

⁵⁰ Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia N° 14 del 24/02/2000 (Carlos Navarro contra Contraloría General del Estado Delta Amacuro). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>. (<http://zulvia.tsj.gov.ve/DECISIONES/2008/ABRIL/588-16-1AA.-3746-08-122-08.HTML>)

tomar su decisión, trayendo consigo la necesidad de fundamentar la sentencia y la exigencia de motivación del fallo, que conduzca al juzgador a exponer el razonamiento a través del cual llega a la conclusión fáctica sobre la cual basa su sentencia, pues lo que importa de la motivación, es que permita conocer la razón de decidir y excluir la arbitrariedad del juzgador, lo que supone declarar los hechos probados.

De esta manera, la sana crítica no implica la libertad apreciativa por parte del juez sin limitación alguna, pues si bien está autorizado para valorar las pruebas libremente, ello no implica arbitrariedad, por el contrario, deben atenerse a los criterios de la lógica, las máximas de experiencia, razonando analíticamente los hechos y las pruebas.

Ahora bien, se contempla la libertad o iniciativa probatoria del Juez laboral, cuando en los artículos 71 y 156 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), se dispone la facultad judicial de ordenar pruebas, fuera del lapso probatorio establecido, representando así excepciones legales de las previstas en el artículo 73 de la mencionada Ley.

En qué oportunidad podría acontecer esta producción de pruebas? Las pruebas de oficio se corresponden con actuaciones realizadas por parte del juez, quien al encontrarse ante un acopio de pruebas deficiente y advertir además que resulta necesario incorporar otros medios de prueba no ofertadas por las partes, que resulten fundamentales para la resolución del caso, ordene su incorporación y actuación en el proceso, lo que deberá hacer a través de un auto motivado, lo cual pudiere producirse previo a la audiencia de juicio o en la prolongación de la misma.

La iniciativa probatoria no sólo es reconocida al juez laboral, sino que el artículo 156 la prevé respecto de las partes. Por otro lado en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo en su artículo 73 se establece que la

oportunidad de promover pruebas es en la audiencia preliminar, oportunidad que en principio es preclusiva, salvo lo dispuesto por la parte final del mismo artículo que advierte acerca de las excepciones establecidas en la Ley, a saber: el caso de recusación (artículo 38), en tacha de falsedad (artículo 84), en prueba de cotejo (Artículo 87), la tacha de testigos (artículo 10), lo relativo a pruebas en Casación, (Artículo 173).

En la segunda instancia, prevista para la revisión de la audiencia oral ocurrida en primera instancia, el Legislador laboral silenció la posibilidad de promover nuevas pruebas, tal vez con la intención que en segunda instancia no haya oferta probatoria de las partes, tal como acontece, aunque en forma limitada, en el procedimiento ordinario civil que autoriza el juramento decisorio, posiciones juradas e instrumentos públicos. Se cree también que pudiere promoverse el instrumento público haciendo uso a lo previsto en los artículos 11 y 71 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en concordancia con el 520 del Código de Procedimiento Civil.

A pesar de lo señalado, se considera, como lo afirma el autor Rivera Morales⁵¹, que el juez superior con fundamento en lo establecido en los artículos 164, 71 y 156 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, puede ordenar la comparecencia de testigos respecto de las cuales surjan dudas, para aclaratoria de expertos o para evacuar pruebas promovidas por las partes que no fueron practicadas en primera instancia, asegurando el ejercicio del contradictorio por las partes del proceso. También se considera posible

Como los jueces están en la obligación de sentenciar y de hacerlo en forma congruente, analizando cada uno de los pedimentos del actor y el eventual rechazo a tales pretensiones por parte del demandado, apreciando las pruebas que las partes aporten al proceso en procura de comprobar sus

⁵¹ Rivera Morales, R. La prueba en el proceso laboral. Editorial: Librería J. Rincon. 2013, p.370.

respectivas afirmaciones, es necesario que el juez disponga de toda una normativa procesal que garantice un conjunto de medios probatorios, como también la oportunidad de promoverlos y evacuarlos, de allí la finalidad expresada en el artículo 69 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), al señalar que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez y fundamentar sus decisiones.⁵²

En efecto, el Artículo 71 de la ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002) establece que cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar la convicción del Juez, éste puede ordenar en decisión motivada e inimpugnable la evacuación de medios probatorios adicionales, que considere convenientes, estableciendo el término para cumplirlas, auto contra el cual la ley no otorga recurso alguno. Artículo que reconoce al juez una facultad de oficio en materia probatoria, el cual solo puede ser utilizada en caso de real insuficiencia probatoria y que resulte trascendental para la resolución del juicio.

Los autores Arquímedes González y Ángel González⁵³ señalan que en este artículo, de manera mas adecuada al nuevo proceso laboral, se siguen las pautas que impone la Constitución de 1999, cuando en su artículo 257 señala que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia y el contenido del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil⁵⁴, que le impone como principio procesal al Juez, el deber que se imprime a sus actos, que es la búsqueda de la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio, confirmado en el artículo 5 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), ratificándole al Juez la facultad como rector del proceso que debe impulsar de oficio o a instancia de parte, y

⁵² Iván Dario Torres. "El nuevo procedimiento del trabajo". Caracas: Cromotip, 2002. Pag. 157.

⁵³ Arquímedes González y Angel González. "Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Comentada y concordada con jurisprudencia". Caracas. Ediciones Liber, 2003, p.p. 102-104.

⁵⁴ Código de Procedimiento Civil (1990). Gaceta Oficial Extraordinario N° 4.209. Septiembre 18, 1990.

con la posibilidad de promover la utilización de medios alternativos de solución de conflictos.

Continúan señalando, que no obstante las facultades otorgadas al Juez laboral, no se trata de que pueda actuar arbitrariamente, de manera que su decisión deber ser motivada, esto es, que explique el motivo, la razón, causa o fundamento de su acto y que se trate de un motivo jurídico.

Los efectos y contenido de este artículo 71 deben ser concatenados con lo previsto en el Artículo 156 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), artículos en los cuales se prevé la misma posibilidad oficiosa del Juez para evacuar las pruebas que considere necesarias para el mejor esclarecimiento de la verdad, aun cuando en el último de las normas también se reconoce iniciativa probatoria para las partes del proceso. Por otra parte se le concede al Juez, si lo considera inoficioso o impertinente, que dé por terminado los actos de examen del testigo, que es igual a lo que dispone el artículo 70 de la ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002).

Los artículos referidos constituyen excepción a lo previsto en el artículo 73 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), conforme al cual la única oportunidad de promover pruebas para ambas partes será en la audiencia preliminar, por supuesto, salvo las excepciones de Ley.

No debemos olvidar que estamos ante un nuevo proceso laboral, que entre otras cosas, pasa a ser un procedimiento oral, que como elemento fundamental, obliga a que casi todos los actos de dicho proceso, se materialicen en esa forma. En esta idea de proceso, el mismo se desarrolla en dos audiencias fundamentales, a saber, la audiencia preliminar y la audiencia de juicio⁵⁵.

⁵⁵ Arquímedes González y Angel González. "Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Comentada y concordada con jurisprudencia". Caracas. Ediciones Liber, 2003, p.p. 106.

B. Principios probatorios que lo regulan.

El nuevo proceso laboral contempla en los artículos 3, 6 y 8 de la ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002) un grupo de aproximadamente dieciséis principios que serán la guía o reglas del Derecho para encontrar soluciones a las pretensiones de las partes y hasta justificarían una autorización de la Ley para la creación del Derecho por el Juez. Destacando dentro de esos principios los de la oralidad, la inmediatez, la uniformidad y la concentración.⁵⁶

Para el autor Rodrigo Rivera Morales⁵⁷, la valoración probatoria está afectada positivamente de un conjunto de principio que reafirman las garantías del debido proceso y la tutela efectiva. Estos principios son de aplicación inmediata y efectiva, su quebrantamiento puede dar lugar a la nulidad de la sentencia y a dictarse nueva sentencia aplicando los principios quebrantados. Las normas procesales para afianzar la aplicación de estos principios establecen regulaciones que dan cuenta de la aplicación de los mismos, a su vez que establecen sanciones cuando se dejan de cumplir. Justamente, el núcleo central de la sentencia es la valoración de las pruebas, por lo que tiene que cumplir un conjunto de requisitos que son contrarios a la arbitrariedad, y que se identifican con los principios que de la exhaustividad, el de la congruencia, el de la integralidad y comunidad de la prueba y el de la imparcialidad.

El principio de la oralidad aparece recogido principalmente en los artículos 129 y 152 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002) cuando dispone que la audiencia preliminar y el procedimiento de juicio serán en forma oral; no obstante la fórmula escrita se exige para el libelo de la

⁵⁶ Benjamín Klahr. "El debate probatorio en la ley Orgánica Procesal del Trabajo". La Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Ensayos. Volumen II. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2004. Pág. 835.

⁵⁷ Rodrigo Rivera Morales. "Actividad probatoria y valoración racional de la prueba". Librería Jurídica Rincón. Barquisimeto, 2010. P. 342 y siguientes.

demanda, la contestación de la demanda y la sentencia que dictará el juez de juicio concluida la evacuación de pruebas (artículo 158 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo 2002), así como el fallo final (artículo 159 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo 2002).

La inmediatez es un principio que permite formar convicción con la observación personal y directa en relación con la proposición de la demanda, artículo 123 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo su contestación, artículo 135 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002); la mediación en la audiencia preliminar, artículo 133 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Los alegatos de las partes ante el juez de juicio, artículo 152 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo 2002 y la evacuación de las pruebas, artículos 153 a 156 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo 2002.

Así se lee en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo:

La inmediación tiene por finalidad imponerle al Juez el deber de actuar junto con las partes en contacto directo con ellos, sin intermediarios... el otro aspecto resaltante de este principio es que el Juez debe participar personal y activamente en la evacuación de la prueba a los fines de poderse formar personalmente, un juicio valorativo, tanto de los argumentos y alegaciones de las partes como de las pruebas evacuadas en la audiencia y así poder juzgar personalmente con base en la sana crítica, resultante del debate procesal.⁵⁸

Afirma Jesús Eduardo Cabrera⁵⁹ que en el proceso oral, sólo se aprecian las pruebas incorporadas legalmente en la audiencia y tal incorporación, para ser válida, debe ser presenciada por los jueces que han de pronunciar la sentencia. Advirtiendo que esta presencia judicial en los

⁵⁸ Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 37.504. Agosto 13, 2002.

⁵⁹ Jesús Eduardo Cabrera Romero. "La Inmediación". Revista de Derecho Probatorio Nº 13. Caracas: Ediciones Homero, 2003. Págs. 9-11.

aspectos procesales es la esencia, el meollo, de la inmediación, que la ley puede exigir tanto para el debate, como para la recepción de la prueba, como bien lo establece el artículo 6 de la ley Orgánica Procesal del Trabajo.

La inmediación, caracterizada por la presencia personal del juez que ha de sentenciar, puede abarcar tanto la recepción de los alegatos, como la de las pruebas, y ella es un principio propio del proceso oral, donde las pruebas se reciben en la audiencia, que es pública, salvo excepciones y en presencia del juez que ha de fallar.

De esta forma la inmediación no es sólo obligatoria en la recepción de la prueba, sino que es determinante con relación a la sentencia. El juez que falla es quien ha recibido las pruebas, quien las tiene vivas en su memoria, ya que ha de sentenciar apenas finalice el debate probatorio por lo que se trata que sea lo más concentrado posible. Por lo general, los juicios con inmediación, tienen diseñada una secuencia que al terminar la recepción de pruebas, casi de inmediato el juez oye las conclusiones de las partes y decide, de manera que sus vivencias no se borren.⁶⁰

En relación al principio de la uniformidad, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo aspiraba crear un único proceso para todas las causas que debían conocer los Tribunales del Trabajo (Artículo 29 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo), sin que el procedimiento de estabilidad hubiere experimentado modificación y correspondiéndole también conocer a esta jurisdicción especial lo concerniente a la seguridad social, contemplándose de igual manera las mismas etapas, con la novedad de las normas relativas al control de la legalidad (Artículos 178 y 179 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo).

⁶⁰ Jesús Eduardo Cabrera Romero. "La Inmediación". Revista de Derecho Probatorio Nº 13. Caracas: Ediciones Homero, 2003. Pág. 10.

Con el principio de la concentración se busca aproximar los actos procesales, reuniendo en un breve espacio de tiempo la realización de los alegatos de las partes, la promoción y evacuación de las pruebas y por último la sentencia.

C. Pruebas admisibles.

La normativa procesal laboral faculta a los jueces para utilizar los grupos de pruebas tradicionales, como documentos, prueba de testigos, experticia, inspección judicial, indicios y presunciones; los nuevos medios probatorios según el Código de Procedimiento Civil (1987), a saber, la prueba de informes, reconstrucción de los hechos, las reproducciones, pericia experimental. Como nuevo medio probatorio, la declaración de parte, incluyendo los medios de prueba agrupados en todos aquellos instrumentos capaces de trasladar hechos al proceso que no estén prohibidos en ninguna Ley, con exclusión de las posiciones juradas y el juramento decisorio.

En relación con el denominado nuevo medio probatorio, en la Exposición de motivos de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo se establece al respecto:

En el Capítulo IX, se desarrolla la prueba de la declaración de parte, regulándose su trámite dentro del proceso. Aquí merece especial significación el cambio radical que se le da a la confesión en la Ley, pues deja de ser un medio de prueba empleado por las partes, para transformarse en un mecanismo procesal de uso potestativo y exclusivo del Juez, quien podrá formularle a las partes juramentadas en la audiencia de juicio, las preguntas que estime pertinentes, sobre los hechos controvertidos y las respuestas se tendrán como confesión, sólo si versan sobre la prestación de servicios (art. 103)⁶¹.

⁶¹ Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 37.504. Agosto 13, 2002.

En torno a la consideración de la declaración de parte como un medio probatorio ha existido controversia. Así para Hernando Devis Echandía⁶², la naturaleza jurídica de la declaración de parte no se corresponde con la de un medio probatorio, sino a la de un instrumento para obtener la declaración de parte en general y su confesión en particular.

Para Alberto Baumeister⁶³, las declaraciones de parte no son actos probatorios procesales con mecánica ni finalidad de confesión, aun cuando ilustran al juez que conoce del caso. Mientras que Henríquez relaciona al interrogatorio de parte con el de clarificación o esclarecimiento.

Los autores Torres, Villasmil y Villasmil y Garcia, citados por Oscar Romero⁶⁴ en sentido contrario si consideran a la declaración de parte como un nuevo medio probatorio exclusivo del juez.

Señala Rivera Morales⁶⁵ que en el ordenamiento venezolano no existe norma que autorice la promoción de la declaración propia en el proceso civil. No obstante, se puede inferir algo de la reciprocidad de la absolución de posiciones juradas establecida en el artículo 406 del Código de Procedimiento Civil. Nótese que si la parte promovente no manifiesta su voluntad de absolverlas recíprocamente a la contraria no podrá admitirse la petición. Se infiere que si se solicita posiciones juradas se está promoviendo la propia declaración, quedando sometido a la voluntad de la contraparte. Por ello, es sostenible que no hay limitación para promover su propia declaración, y pudiera hacerse con fundamento en la libertad probatoria establecida en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil. En el proceso penal venezolano no hay problema sobre el tema, puesto que el

⁶² Hernando Devis Echandia: *Compendio de Derecho Procesal*. 8ª. Edición. Bogotá: Editorial ABC, 1984, p.432.

⁶³ Alberto Baumeister Toledo: *Consideraciones sobre el régimen de las pruebas en el nuevo proceso laboral ordinario de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT)*. Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Ensayos. Volumen II. Caracas. Fernando Parra Aranguren editor, 2004, p. 679.

⁶⁴ Oscar Romero Acevedo: *La Declaración de Parte en la ley Orgánica procesal del Trabajo Venezolana*. Mérida. Imprenta de Mérida IMMECA., 2008, p. 57.

⁶⁵ Rodrigo Rivera Morales. "Actividad probatoria y valoración racional de la prueba". Librería Jurídica Rincón. Barquisimeto, 2010. P. 344 y 345.

Código Orgánico Procesal Penal consiente que el imputado pueda declarar cuantas veces desee –artículos 130, 131, 132 Código Orgánico Procesal Penal_; en la audiencia preliminar el imputado podrá pedir se le reciba su declaración (Artículo 326 ejusdem) y en la audiencia oral se admite conforme al artículo 347 ejusdem.

La declaración de parte también ha sido establecida en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes⁶⁶ en su artículo 479 en forma similar a la prevista en la LOPTRA, pero la reconoce como una posibilidad oficiosa de la que puede hacer uso no sólo del juez de juicio, sino el juez superior, también en Sala de Casación Social y en fase de ejecución de sentencia, entendiéndose igualmente las partes juramentadas, siempre que no se persiga lograr confesión para la aplicación de sanciones penales, para preservar el precepto constitucional previsto en el artículo 49, numeral 5, en cuanto a que nadie está obligado a declarar contra si mismo.

Por lo señalado se considera que la declaración de parte no puede ser considerada como un nuevo medio probatorio en el proceso laboral venezolano, no obstante haber sido entendido como tal, al no tener la mecánica de una prueba y no poder ser usada ni controlada por las partes, debido a que fue diseñado como un mecanismo de uso facultativo del Juez de Juicio, previsto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002) en los artículos que van del 103 al 106, la que responde a la naturaleza de cargas procesales.

Estos medios de probatorios (los tradicionales y los nuevos), a pesar del principio de libertad de pruebas, no pueden ser objeto de variaciones, es decir no admiten mixturas, salvo que una norma expresamente lo permita.

⁶⁶ Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2008.

Ahora bien, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo⁶⁷ (2002) en su artículo 137 pareciera haber incorporado la posibilidad de solicitar el tipo de medidas asegurativas, al señalar que a petición de parte, podrá el juez de sustanciación, mediación y ejecución acordar las medidas cautelares que considere pertinentes a fin de evitar que se haga ilusoria la pretensión.

El problema es que en materia probatoria la Ley establece como única oportunidad para promover pruebas, la audiencia preliminar, por ante el juez de sustanciación, mediación y ejecución, las cuales serán providenciadas y evacuadas por el juez de juicio en la audiencia de juicio, funcionario al que la Ley otorga amplias facultades probatorias para ordenar, bien de oficio o a petición de parte, la evacuación de cualquier otra prueba, para el mejor esclarecimiento de la verdad.

D. Oportunidad de promoción y evacuación de las pruebas.

En la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), las pruebas en principio deben promoverse por ambas partes en la audiencia preliminar, salvo como se señaló anteriormente, excepciones expresamente establecidas en la Ley, según lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002). La misma Ley Orgánica Procesal del Trabajo establece como excepciones: el caso de la recusación (artículo 38), en la tacha de falsedad (artículo 84), en la prueba de cotejo (artículo 87), la tacha de testigos (artículo 10), lo relativo a las pruebas de casación. De igual forma se considera que el documento público pudiere promoverse en segunda instancia como acontece en materia civil, conforme a lo previsto en los artículos 11, 71 de la LOPTRA y el 520 del Código de Procedimiento Civil.

⁶⁷ Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.504. Agosto 13, 2002.

Román Duque Corredor⁶⁸ advierte que esas pruebas son todas las previstas en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), en el Código de Procedimiento Civil (1999) y en el Código Civil (1987) y en otras leyes, con la sola exclusión de las posiciones juradas y del juramento decisorio por expresa exclusión señalada en el encabezamiento del Artículo 70 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002).

Continúa señalando el mismo autor que según los textos de los artículos 77, 78, 81, 82, 92, 93, 107 y 111 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), da la impresión que los instrumentos, la prueba de informes, la exhibición de documentos, la prueba de experticia, la reproducciones, copias y experimentos y la inspección judicial, también pueden ser promovidos incluso en la audiencia de juicio, debido a que el artículo 73 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002) establece que la testimonial puede realizarse en la audiencia de juicio, siempre y cuando se hubieren promovido los testigos en la audiencia preliminar, pero para los demás medios probatorios no se contempla una disposición similar.

Esta interpretación se fortalece con el artículo 156 en cuyo texto se dice que en la audiencia de juicio las partes pueden solicitar la evacuación de cualquier otra prueba que consideren necesaria para el mejor esclarecimiento de la verdad, e incluso, ordenarse de oficio por el Juez.

Respecto del trámite de las pruebas promovidas en la audiencia preliminar de acuerdo con el artículo 75 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), el Juez de Juicio es quien las providencia, y ante su negativa de admitirlas, por disposición del artículo 76, cabe el recurso de apelación dentro de los tres días hábiles siguientes, en un solo efecto para ante el Tribunal Superior del Trabajo, quien debe decidir en forma oral e

⁶⁸ Román Duque Corredor. "Apuntaciones sobre el procedimiento oral contemplado en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo". Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Ensayos. Volumen I. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2004. Pág.194-195.

inmediatamente, previa audiencia de parte, en un lapso no mayor de cinco días hábiles a partir de la realización de la audiencia.

Cinco comentarios mas respecto a las pruebas:

El primero que el juez que debe sentenciar es quien debe presenciar la evacuación de las pruebas, conforme se consagra en el artículo 6 eiusdem, aunque se hubieren promovido ante un Juez distinto en la audiencia preliminar (Artículo 73, eiusdem). El segundo, que de las pruebas evacuadas que hubieren presenciado, los Jueces de Mérito obtienen su convencimiento (Artículo 6º, in fine), salvo que se trate de la falta de contestación del demandado (Artículo 135, in fine, eiusdem). El tercero, que las pruebas las apreciarán los Jueces de Juicio según las reglas de la sana crítica, prefiriendo en caso de duda las valoración mas favorable al trabajador (artículo 10, eiusdem). Cuarto, que si bien la carga de la prueba corresponde a quien afirme los hechos o los contradiga alegando nuevos hechos; sin embargo, la prueba de las causas del despido y del pago de las obligaciones laborales siempre corresponde al patrono. Pero, en todo caso el Juez mantiene su facultad inquisitiva, si las pruebas de las partes son insuficientes (artículo 71, eiusdem). Y, que en el supuesto que el trabajador tenga que probar la relación del trabajo se le favorece con la presunción de su existencia independientemente de su posición en el proceso (Artículo 72, eiusdem). Y, finalmente, que la conducta procesal de las partes es un elemento de convicción para los Jueces al dictar la sentencia (Artículos 48 y 122, eiusdem)⁶⁹.

⁶⁹ Román Duque Corredor. "Apuntaciones sobre el procedimiento oral contemplado en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo". Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Ensayos. Volumen I. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2004. p. 195.

CAPITULO II

LA PRUEBA ANTICIPADA EN MATERIA LABORAL

La prueba se configura como parte fundamental de la sentencia, junto con la pretensión y la norma jurídica aplicable, al conformar la operación lógica del órgano judicial ante la existencia de hechos controvertidos. La incardinación de la prueba en esta estructura racional determina no únicamente la viabilidad de la pretensión formulada por la parte, sino también el sentido de la norma jurídica aplicable al caso.

Los importantes cambios legislativos que se han venido produciendo durante los últimos años en el Derecho Laboral venezolano exigen respuestas concretas por parte de los órganos judiciales. En este contexto surge la necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia para asegurar la tutela efectiva en la oportunidad adecuada.

Ello ha llevado a la búsqueda de nuevas y diversificadas técnicas adaptadas a las características y exigencias particulares de ciertas situaciones para las cuales el proceso de cognición común resulta estructural y funcionalmente inadecuado.

Aparecen así las tutelas de urgencia y con ellas la consideración de la prueba anticipada, la cual se fundamenta en la tutela diferenciada de urgencia que, con base en una cognición sumaria y el cumplimiento de requisitos de procedencia, satisface anticipadamente al requirente su pretensión, otorgándole una atribución o utilidad que pudiera probablemente obtener en la sentencia futura con autoridad de cosa juzgada material.

En la legislación venezolana se admite la prueba anticipada, sólo en los casos de existir un riesgo inminente de desaparición o adulteración de

los hechos a ser constatados, lo que ha sido expresamente reconocido en la legislación civil y en materia penal, pero no ocurrió así en materia laboral, en la que tampoco aparece expresamente prohibida como si ocurrió con otras pruebas y donde la aplicación del mecanismo del retardo perjudicial luce contradictorio a los principios que inspiran al procedimiento laboral.

A. Regulación normativa.

El autor Rodrigo Rivera Morales⁷⁰ señala que lo normal es que las pruebas se reciban y practiquen en el curso del proceso y en la etapa prevista en el mismo, lo que se conoce como principio de la regularidad probatoria, pues cumple con los lapsos que se han establecido en las normas procesales. Así que los momentos del procedimiento probatorio sufren una excepción con la denominada prueba anticipada, en lo que se refiere a la oportunidad de pedirla y practicarla.

Hernando Devis Echandia⁷¹ al clasificar las pruebas indica que las pruebas en proceso son las que se practican o aducen en el curso de un proceso y las pruebas extra proceso serían las que tienen origen fuera del proceso, como declaraciones de nudo hecho, inspecciones judiciales para futura memoria, documentos públicos y privados en que consten actos procesales. Estas pruebas son pre constituidas o causales, según el destino para que son creadas: si para servir de medios de convicción en un proceso o para fines extraprocesales y ocasionalmente son llevadas a un proceso.

Afirma la autora Marjorie Acevedo⁷², que el sistema cautelar surge como una garantía procesal con la que cuentan los ciudadanos, para que los efectos de la sentencia se cumplan o se realicen; por ello, para que los

⁷⁰ Rodrigo Rivera Morales. "Actividad probatoria y valoración racional de la prueba". Librería Jurídica Rincón. Barquisimeto, 2010. p. 319.

⁷¹ Hernando Devis Echandia. "Compendio de Derecho Procesal. Tomo II. Pruebas Judiciales". Bogotá: Editorial ABC., 1984. p. 180.

⁷² Marjorie Teresa Acevedo Galindo. "Medidas asegurativas con fines probatorios". Revista de Derecho Probatorio. Caracas: Ediciones Homero, 2003. p. 232

justiciables no vean burlados sus derechos tras un proceso dilatado y lleno de incidentes para la satisfacción de sus pretensiones, el ordenamiento procesal debe facilitar un sistema que asegure el cumplimiento de lo decidido en la sentencia y que estas medidas cautelares no solo se deben mirar tras la óptica que el fallo pueda ser ejecutado y no quede nugatoria la resolución dictada, sino como punto de partida de la tutela judicial efectiva prevista en nuestra Constitución, deben dictarse las medidas necesarias encaminadas a impedir que se desvirtúe o se pierda o que su práctica se haga imposible por otras causas; es decir medidas cautelares que aseguren la prueba o en defensa de la prueba.

Continúa señalando la misma autora que las medidas cautelares tienen naturaleza jurídica diversa, pues mientras para algunos sólo se dictan ante el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo, otros sostienen que las mismas se dictan ante el fundado temor de que una de las partes pueda causar un daño al derecho de la otra parte. Una tercera posición afirma, que las medidas se dictan para asegurar la finalidad del proceso, tal como lo prevé el artículo 243 del Código Orgánico Procesal Penal (1998), cuando establece la privación de la libertad como una medida cautelar que sólo procede cuando las demás medidas sean insuficientes⁷³.

Para Hernando Devis Echandia cualquier persona que tenga interés en pre constituir una prueba con el mismo valor de la practicada en el curso del proceso civil, laboral o contencioso administrativo al cual piensa presentarla como prueba, puede solicitarla con citación de las personas que van a ser sus contrapartes, para prever que el trascurso del tiempo altere las cosas o los lugares o las personas que deben ser objeto de diligencia, o dificulte su reconocimiento.⁷⁴

⁷³ Marjorie Teresa Acevedo Galindo. "Medidas asegurativas con fines probatorios". Op. Cit., p. 237.

⁷⁴ Hernando Devis Echandia. "Compendio de Derecho Procesal. Tomo II. Pruebas Judiciales". Bogotá: Editorial ABC., 1984. p. 388.

Piero Calamandrei⁷⁵, clasifica a las providencias cautelares de la siguiente manera:

(a) Providencias instructorias anticipadas, con las cuales, en vista de un posible proceso de cognición, se trata de fijar y conservar ciertas resultas probatorias que podrán ser utilizadas después en el eventual proceso.

(b) En el segundo grupo comprende las providencias que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzosa, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma (las medidas preventivas).

(c) El tercer grupo lo constituyen las providencias mediante las cuales se dirime interinamente una relación controvertida en espera de que a través del proceso principal posterior se perfeccione la decisión definitiva. Esta providencia halla su razón de ser en la urgencia de la decisión ante el peligro de daño que acarrea el retardo, daño referido más a la persona misma que a sus bienes, con satisfacción provisional del derecho subjetivo de fondo (interdictos de amparo, restitutorio y prohibitivos, en cuanto al decreto primero provisional).

(d) Como cuarto grupo aquellas providencias cuya denominación revela puramente la finalidad cautelar, que consiste en la imposición por parte del juez de una caución; la prestación de la cual se ordena al interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial. Ejemplos son las medidas de cautela del procedimiento de medidas preventivas para decretarlas (contracautela) o para neutralizarlas (cautela sustituyente).

Goldschmidt, citado por Marjorie Acevedo⁷⁶, por su parte, clasificó a las medidas preventivas de la siguiente manera: 1) medidas para asegurar

⁷⁵ Piero Calamandrei, P. (1984). "Providencias cautelares". Buenos Aires, Argentina. p. 153.

bienes: (a) para asegurar la ejecución forzosa, y (b) para mantener un estado de cosas o meramente asegurativas; 2) medidas para asegurar elementos de prueba; 3) medidas para asegurar personas: a) guarda provisoria de personas, y b) satisfacción de sus necesidades urgentes.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 333 de fecha 14 de marzo de 2001, Ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera⁷⁷, admite la existencia de medidas cautelares o la cautela judicial con finalidad de obtener pruebas, señalando al respecto:

Las figuras asegurativas tienen en común que con ellas se aprehenden bienes (muebles o inmuebles), tomando el Estado posesión de ellos con miras al proceso penal; mas no derechos, los cuales por intangibles no pueden ser llevados a la sala de audiencia del Tribunal de la causa. Sin embargo, ante algunos delitos, es posible confiscar bienes o inmovilizarlos preventivamente, lo que atiende a otro tipo de figura, dirigida hacia la cautela sobre los bienes objetos del delito, por lo que durante el proceso donde se ventilan tales delitos, pueden ocuparse o incautarse derechos, tal como lo previene el artículo 271 constitucional en los procesos penales para salvaguardar el patrimonio público o en los casos de tráfico de estupefacientes. Para lograr tal finalidad, se podrá acudir al embargo y a prohibiciones de enajenar y gravar de bienes inmuebles, a los fines de asegurar el cumplimiento del fallo (confiscación de bienes), y también a lograr uno de los fines de las ocupaciones, de neto corte probatorio: prohibir se innoven los inmuebles.

Las cautelas probatorias, también se clasifican en nominadas e innominadas. Las primeras son aquellas previstas en la Ley. Cuando el Código de Procedimiento Civil (1986) regula en su artículo 395 los medios de prueba admisibles en el proceso civil incluye no sólo a las que determina el mismo Código, sino todas aquellas previstas en otras leyes de la República,

⁷⁶ Marjorie Teresa Acevedo Galindo. "Medidas asegurativas con fines probatorios". Op. Cit., p. 242.

⁷⁷ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 333 de fecha 14 de marzo de 2001, Ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/>. (Consulta 2008, Noviembre 15).

con lo que se adopta el principio de que el derecho probatorio es uno solo y se aplica a cualquier proceso porque la prueba en general es una institución mediante la cual se garantiza a las partes el derecho de defensa ya que la finalidad de la prueba es convencer al juez para que fije en la sentencia que deba resolver la controversia, unos hechos como sucedidos o no que le van a permitir impartir justicia.

Las innominadas serían aquellas no previstas en la Ley quedando a criterio de quien las dicta determinar su necesidad. Este tipo de medidas no pueden ser creadas por el juez porque con ello se disminuyen los derechos constitucionales que son de interpretación restrictiva (Artículo 9 Código Orgánico Procesal Penal), muy a pesar de que también se considera que es posible derivarlo del poder cautelar general del juez que significa un verdadero acto de creación judicial del derecho.

Este tipo de medidas no persiguen asegurar bienes u objetos con la finalidad de garantizar la ejecución del fallo, en tal sentido se puede afirmar que no son netamente cautelares, corresponden mas bien al derecho de fondo, al que va a ser aplicado para la resolución de la controversia. Las medidas probatorias obran incluso contra quienes no son parte (o imputados), ya que si ellas persiguen en definitiva asegurar el derecho de la defensa de las partes, su ejecución puede abarcar incluso a otras personas diferentes de las partes.

En el Código Procesal Modelo para Iberoamérica⁷⁸, en el Capítulo IV, artículo 272, referido a las diligencias preparatorias, se establece la posibilidad de realización de una etapa preliminar por iniciativa de parte y con la finalidad de anticipar el diligenciamiento de prueba que pudiese perderse si se espera a otra etapa. Esta etapa preliminar podrá aplicarse a todos los

⁷⁸ Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (1988). Montevideo: Editorial:M.B.A. Disponible en <http://cejamericas.org/doc/documentos/CodigoProcesalCivilparaIberoamerica.pdf>. (Consulta: 2010, noviembre, 22).

procesos y también podrá utilizarse para determinar o completar la legitimación activa o pasiva de las partes de un futuro proceso, para practicar intimaciones con el fin de comprobar la mora y obtener los elementos necesarios para el proceso como documentos, datos contables y otros similares y para practicar medidas cautelares o de garantía relacionados con el proceso ulterior.

Practicar la prueba antes del momento procesal correspondiente se conoce como prueba anticipada, afirma el autor Rodrigo Rivera⁷⁹, de esta forma el Legislador ha consagrado la posibilidad de que la parte interesada acuda al órgano jurisdiccional para pedir y practicar pruebas anticipadas, dentro del marco de las garantías del debido proceso.

Continúa señalando que la prueba anticipada es aquella que se practica en momento anterior al del juicio (ordinario-escrito) o de la audiencia de juicio, ante el temor de que la fuente propia del mismo se pierda, haciendo imposible su aportación al proceso.

La finalidad básica de la prueba anticipada es impedir que la prueba se desvirtúe o pierda, o que con el transcurrir del tiempo se alteren las circunstancias de hecho que han de probarse o se dificulte su reconocimiento, o bien para conservar las cosas que posteriormente se deben probar en el proceso. En este caso es evidente que con la anticipación de prueba se resienten o lesionan los principios de inmediación, concentración y contradicción, este último cuando no se cita a la futura contraparte para que al momento de practicarse pueda conocerla, discutirla y controvertirla. También por lo general, el juez que la practica no necesariamente será el mismo que conoce el proceso en el cual se aporta dicha prueba, no obstante lo cual, el Legislador para evitar un

⁷⁹ Rodrigo Rivera Morales. Actividad probatoria y valoración racional de la prueba. Librería Jurídica Rincón. Barquisimeto, 2010. Pág. 319.

quebrantamiento a los principios señalados como lesionados, estatuye que puedan discutirse en la audiencia de pruebas, en el caso de los procedimientos orales.

Señala Jesús Eduardo Cabrera⁸⁰, que las diligencias que se adelanten fuera de un proceso contencioso, para ser utilizadas en él, son por lo general o de naturaleza preparatoria o de naturaleza conservativa o cautelar. Las preparatorias se caracterizan por ser requisitos necesario, impretermittibles para que se pueda realizar un acto de un proceso contencioso, diferente a las diligencias en sí, ejemplo de lo cual lo constituye el procedimiento del artículo 631 del Código de Procedimiento Civil, para preparar la vía ejecutiva. Este tipo de diligencias tiene su fin claramente establecido en la Ley, fuera del cual carecen de valor probatorio.

En igual sentido se expresa el autor Fernando Martínez⁸¹ al señalar que no debe confundirse la prueba anticipada con el conjunto de actividades probatorias que las partes pueden realizar con anterioridad a la instauración del juicio contencioso que en definitiva resuelva entre ellas la controversia planteada. Tampoco debe confundirse con las llamadas pruebas preconstituidas, es decir, con aquellas pruebas que nacen antes del eventual juicio, y que las partes voluntariamente colaboraron en su formación en previsión de un futuro litigio.

Señala Jesús Eduardo Cabrera⁸², que lo que se pretende es que un hecho, o un medio de prueba sobre el cual existe fundado temor que se pierda, se preserve. Esta Finalidad es distinta a la de una diligencia preparatoria, así ésta también anticipe pruebas simples, ahora la meta consiste en que unos hechos no desaparezcan para fines procesales,

⁸⁰ Cabrera Romero Jesús. "La Prueba Anticipada y el Retardo Perjudicial". Valencia: Editorial Vadell Hermanos, 1990. Pág. ³⁹.

⁸¹ Martínez, F. (1995). "Notas Sobre el Retardo Perjudicial en el Código de Procedimiento Civil de 1.987". En Revista de Derecho Probatorio Nº 5 (pp.153-213). Caracas: Editorial Jurídica Alva, S.R.L. 1995. p. 165.

⁸² Cabrera Romero Jesús. "La Prueba Anticipada y el Retardo Perjudicial". Valencia: Editorial Vadell Hermanos, 1990. p.42.

independientemente de que en el futuro exista o no un proceso contencioso donde insertarlos. Prueba ésta que estaría revestida de evidente naturaleza cautelar; lo que significa que cada vez que surja el peligro de la desaparición se podrá intentar el procedimiento legal previsto y los hechos preservados podrán ser aportados a un proceso distinto al de captura, siempre que el término para promover pruebas se encuentre abierto.

Este mismo carácter le atribuye el autor Fernando Martínez⁸³, al señalar que el retardo perjudicial tiene la característica de ser una medida cautelar en el sentido de que ella no constituye un fin en si misma, sino que sirve para asegurar una actividad posterior o las resultas de una actividad posterior, (la prueba de los hechos en el futuro juicio). El anticipo de prueba no se explica sin la existencia de un futuro juicio o proceso de cognición en el cual se hagan valer las pruebas anticipadas resultantes del retardo.

Para el autor Eric Pérez⁸⁴, la prueba anticipada es aquella que debiendo tener lugar normalmente en el juicio oral, se realiza en fase preparatoria y de ahí su nombre, por razones de urgencia y de necesidad de aseguramiento de los resultados. En el juicio oral, como fase decisiva principal del proceso penal acusatorio, rige con carácter absoluto el principio de la inmediación de la prueba, es decir, el tribunal de juicio oral solo puede basar su decisión en las pruebas que hayan sido evacuadas en el debate oral y público. La prueba anticipada rompe necesariamente con el principio de inmediación, porque el juez o tribunal que la autoriza y presencia no es el tribunal del juicio oral, caso en el cual la presencia en la práctica de la prueba anticipada, tendría en el juicio oral el mismo valor que si se hubiera llevado a cabo en el tribunal del debate.

⁸³ Fernando Martínez. "Notas Sobre el Retardo Perjudicial en el Código de Procedimiento Civil de 1.987". En Revista de Derecho Probatorio Nº 5. Caracas: Editorial Jurídica Alva, S.R.L. 1995. p. 167.

⁸⁴ Eric Pérez.. (2002). Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal. Caracas: Vadell Hermanos Editores, 2002. p. 48.

En el proceso civil venezolano puede requerirse la anticipación de pruebas, bien antes del inicio del proceso o durante el curso del mismo, en el caso del juicio oral antes de la audiencia de juicio, prueba denominada por el Código de Procedimiento Civil (1990) como retardo perjudicial.

La doctrina ha establecido que la práctica de la prueba anticipada debe estar sujeta a razones fundadas que hagan previsible la imposibilidad de su practica posterior. Entre ellas: 1) por causas relativas a los sujetos de la fuente de prueba; por ejemplo, edad avanzada o estado de salud, cambio real de residencia; 2) por causas relativas al objeto que es fuente de prueba.⁸⁵

La prueba anticipada en materia civil tiene que vincularse mas a la indisponibilidad de la fuente en el momento oportuno y que sea previsible, pero no al perjuicio que puede resultar y es contemplada en el Código de Procedimiento Civil en los artículos que van del 813 al 818, bajo la denominación de retardo perjudicial.

El retardo perjudicial procederá a través de demanda, cuando haya temor fundado de que desaparezca alguna prueba del promovente (Artículo 813 CPC); demanda que deberá fundarse en el temor fundado de que desaparezcan algunos medios de prueba del demandante, con sus fundamentos, la que solamente tendrá por objeto que se evacúe inmediatamente la prueba. Caso en el cual, las funciones del tribunal se limitarán a practicar las diligencias promovidas con la citación de la parte contraria, quedando el tribunal que venga a conocer la causa, la facultad de estimar si se han llenado las circunstancias requeridas para dar por válida la prueba anticipada (Artículos 815 CPC).

⁸⁵ Rodrigo Rivera Morales. "Actividad probatoria y valoración racional de la prueba". Ob. Cit.. p. 321.

Esta prueba no será aplicable respecto a la prueba de confesión, además que el juicio que se promueva no tendrá recurso de apelación por la parte contra la cual se promueva (artículos 816 y 817 CPC).

En materia penal el instituto de la prueba anticipada se encuentra previsto en el artículo 307 del Código Orgánico Procesal Penal⁸⁶, la cual constituye una justificada excepción a los principios generales de oralidad e inmediación que rigen el sistema acusatorio, conforme al cual las pruebas deben normalmente practicarse durante el desarrollo del juicio oral y público, bajo la dirección del respectivo Juez de juicio así como para el control y contradicción de las partes.

En este sentido, su práctica tiene lugar por vía excepcional en un momento anterior al juicio oral, dada la imposibilidad real y efectiva – debidamente acreditada por el solicitante-, que existe de su práctica en juicio, siendo en consecuencia sus características la irreproducibilidad y el carácter definitivo del acto cuya anticipación se solicita.

El Código Orgánico Procesal Penal, regula su contenido y supuestos de procedencia en los artículos 307 y 308 señalando lo siguiente:

Artículo 307. Prueba anticipada. Cuando sea necesario practicar un reconocimiento, inspección o experticia, que por su naturaleza y características deban ser consideradas como actos definitivos e irreproducibles, o cuando deba recibirse una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá hacerse durante el juicio, el Ministerio Público o cualquiera de las partes podrá requerir al juez de control que lo realice. Si el obstáculo no existiera para la fecha del debate, la persona deberá concurrir a prestar su declaración.

El juez practicará el acto, si lo considera admisible,

⁸⁶ Código Orgánico Procesal Penal (1998). Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Venezuela N° 37.022. Agosto 25, 2000.

citando a todas las partes, incluyendo a la víctima aunque no se hubiere querellado, quienes tendrán derecho de asistir con las facultades y obligaciones previstas en este Código.

Artículo 308. Actas. Terminada la práctica anticipada de pruebas las actas se entregarán al Ministerio Público. La víctima y las demás partes podrán obtener copia.

En sentencia⁸⁷ emanada de la Sala Primera de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, emitida en el caso 1Aa.3746-08 se señaló que la prueba anticipada es definida por la doctrina autorizada como aquel medio de prueba que por razones de urgencia debe practicarse previamente al juicio oral; en tal sentido:

En enjundioso trabajo de Moreno Catena y otros, sobre el Proceso Penal, se dice que debe hablarse de prueba anticipada cuando un determinado medio de prueba ha de practicarse con anterioridad al juicio oral, incluso en la fase de instrucción, porque es previsible que en dicho acto no se pueda practicar, pero sometiéndola en todo caso a las garantías propias de los actos de prueba, es decir, oralidad, contradicción, igualdad de las partes, defensa e inmediación, aun cuando esta última se dé respecto al juez instructor en lugar del juez o tribunal sentenciador cuando la prueba se practique antes de abrirse el juicio oral.
(...)

Por su parte, en relación a su fundamento, el citado autor señala:

“... El anticipo de pruebas se fundamenta en razones de necesidad y urgencia, a fin de evitar que se esfumen aquellos medios e informaciones que importan para el conocimiento del juez y para formar su convicción, ante la imposibilidad o seria dificultad de no poder incorporar la prueba en el debate del juicio oral y público.
(...)Ahora bien, en cuanto a la oportunidad para su solicitud, ciertamente el artículo 307 del Código Orgánico Procesal Penal, señala que la misma debe hacerse ante

⁸⁷ Sala Primera de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, emitida en la casa 1Aa.3746-08. Disponible en <http://zulia.tsj.gov.ve/DECISIONES/2008/ABRIL/588-16-1AA.-3746-08-122-08.HTML>. Consulta: 2010, noviembre, 22).

el Juez de Control respectivo, situación que al ser adminiculada con la circunstancia que el mencionado dispositivo procedimental se encuentra ubicado, en las normas que regulan la fase preparatoria o de investigación; indica que en principio la oportunidad para su solicitud debiera hacerse, durante la fase preparatoria o intermedia. Sin embargo, si el acto cuyas características de irreproducibilidad y necesidad, tiene lugar respecto de hechos que adquieren este carácter, con posterioridad a la apertura del juicio oral y público y antes del inicio del debate; nada obsta para que el correspondiente Juez de Juicio antes de iniciarse el debate, una vez verificado los motivos expuestos por el solicitante, ordene la realización de la prueba anticipada, ello claro –se insiste– frente a la irreproducibilidad de medios de prueba cuya práctica no pueda esperarse al juicio oral y Público. Acorde con lo anterior, el Dr. Roberto Delgado Salazar en su libro “La Prueba Penal Anticipada”, señala: “... Con base en ello, coincidiendo con Cabrera Romero no vemos razón alguna para que en el proceso penal de adultos se impida la anticipación de pruebas en fase de juicio, dentro de esa etapa previa al inicio del juicio oral, tomando en cuenta que el proceso tiene por fin establecer la verdad, y la naturaleza de la anticipación es resguardar el hecho o el medio que están en peligro inminente de desaparición, sin importar cuándo ocurre el peligro. (..)Compartiendo perfectamente esas tesis del Magistrado Cabrera Romero y el jurista Pérez Sarmiento, pensemos en torno a ello, por ejemplo, que el impedimento u obstáculo difícil de superar para que un testigo pueda declarar en juicio se presenta ya concluida la fase preparatoria, en plena fase intermedia —pero no dentro de la audiencia preliminar, ya que no hay allí actividad probatoria sino debate de argumentos— y, más aún, después de la audiencia preliminar, o sea en fase de juicio pero sin haberse iniciado el debate, como que ese testigo se encuentre gravemente enfermo, pero aún en condiciones de declarar, o deba salir pronto del país. En ese caso, es obvio que se dan los supuestos que justifican el anticipo de esa prueba, pero negarlo en el procedimiento de prueba penal de adultos, porque no se esté ya en la fase preparatoria, sería contrario a los fines del proceso y a la ratio legis por la que encontraba fue consagrado este instituto probatorio en el COPP.

Además, en fase de juicio y ante el mismo juez que presidirá el juicio oral, la prueba anticipada se realizará con su control inmediación, siendo que, ante las dudas, siempre debe ser preferible lo que garantice más seguridad y control, como que el acto probatorio se lleve a cabo ante el juez que va a valorar esa prueba en la sentencia, como garantía de que la convicción judicial surja de una impresión completa y directa que haya podido lograrse sobre el medio de prueba. (...) la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia sí (sic) ha avalado incuestionablemente esa tesis que permite practicar pruebas anticipadas en fase de juicio, al pronunciarse en sentencia N° 435 de fecha 16-11-2004 (Exp. 04-0504), mediante ponencia del Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros (...).

La prueba anticipada se encuentra también prevista en la Ley de Procedimientos Marítimos en el artículo 12, señalando que en cualquier oportunidad anterior a la audiencia oral, las partes podrán promover algún testigo, inspección judicial, experticia o reconocimiento, siempre que se justifique la urgencia, por el peligro a que desaparezca el medio probatorio, supuesto en el cual, el juez fijará una oportunidad que no podrá exceder de dos días de despacho, previa notificación de la contraparte.

De esta manera, en esta también se prevé la posibilidad de que las partes de un juicio puedan evaluar las bases de su reclamo o de su defensa mediante el procedimiento de adelanto de pruebas, a través del cual ambas partes pueden solicitar una vez verificada la contestación de la demanda y, antes del comienzo del periodo ordinario de pruebas, la exhibición o inspección de documentos o lugares; como resultado de dichas diligencias, los litigantes tienen la posibilidad de reformar la demanda inicialmente presentada o la contestación efectuada. Igualmente, se prevé la posibilidad de que las partes evacuen extrajudicialmente y por su sola

cuenta las diligencias probatorias que hubiesen promovido con la única condición de que estén presentes en esas diligencias.

B. Posibilidad de promover pruebas anticipadas fuera de la audiencia preliminar.

En torno a la posibilidad de práctica de pruebas anticipadas (experticia e inspección judicial, entre otras), el autor Benjamín Klahr⁸⁸, admite la posibilidad de practicarlas por ante el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo, como consecuencia del temor fundado de su desaparición, alteración o perjuicio por el retardo en su tramitación. El autor reconoce la rigidez del artículo 74 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002) en el sentido de autorizar la evacuación de pruebas ante el juez de juicio, pero razonablemente establece que la normativa procesal en estudio recoge el principio de oficio o dirección del proceso por el juez, expresamente reconocido en el artículo 11 Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), cuya aplicación faculta en este sentido.

Ante la ausencia de norma expresa que establezca la posibilidad legal de anticipar pruebas y la forma de su realización, el Artículo 11 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo facultaría al Juez del Trabajo para que, fuera de la oportunidad legal correspondiente, se puedan anticipar pruebas que pudieren desvirtuarse o perderse por el transcurso del tiempo, caso en el cual correspondería al Juez del Trabajo determinar los criterios a seguir para la realización de esa prueba, con el propósito de garantizar la consecución de los fines fundamentales del proceso.

El artículo 11 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002) está en consonancia con el artículo 257 de la Constitución de la República

⁸⁸ Benjamín Klahr. "El debate probatorio en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo". En estudios sobre el Derecho del Trabajo, libro homenaje a José Román Duque Sánchez. (Vol I). Caracas: editado por el Tribunal Supremo de Justicia, 2003. p. 223

Bolivariana de Venezuela (1999)⁸⁹, que señala que el proceso constituye instrumento fundamental para la realización de la justicia, lo que implica que el juez no puede abstenerse de decidir so pretexto de silencio, contradicción, oscuridad, insuficiencia o ambigüedad en los términos de las leyes. Por eso cuando tales supuestos se producen, se encuentran obligados a aplicar, en primer término al caso concreto que les está siendo sometido, los principios de las leyes análogas que sirven de aplicación a casos similares⁹⁰.

En todo caso, cuando la norma faculta al juez a la aplicación analógica, o a disposiciones procesales establecidas en el ordenamiento jurídico, debe tener siempre en cuenta que tales normas son de carácter tutelar del derecho sustantivo, es decir, que el mismo debe amparar o proteger al trabajador de acuerdo con lo previsto en el artículo 11 de la Ley, cuidando que la norma aplicable no vaya en contra de los derechos tutelados.

La posibilidad de anticipar pruebas puede encontrarse justificada antes del inicio del proceso o bien durante el curso del mismo, en el caso del juicio oral, antes de la audiencia de juicio, de forma tal que antes de la etapa procesal destinada a la práctica de los medios de prueba, antes inclusive de la iniciación del proceso, pueden ser practicados aquellos medios probatorios que objetivamente en forma previsible no podrán ser practicados en el momento ordinario o normal, contemplado de manera excepcional, en aras de favorecer la tutela judicial efectiva y dentro del marco de las garantías del debido proceso, siempre que en su practica se cumpla con los requisitos propios de toda prueba, a saber: la licitud, legalidad, pertinencia, conducencia y utilidad.

⁸⁹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1.999). Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela Nº 5.453. Marzo 24, 2000.

⁹⁰ Arquímedes González y Angel González. Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Comentada y concordada con jurisprudencia. Caracas. Ediciones Liber, 2003, p.p 35..

En sentencia⁹¹, referida anteriormente, de la Sala Primera de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, emitida en el caso 1Aa.3746-08, se establece que inclusive y de presentarse hechos que sean irreproducibles y a su vez necesarios, con posterioridad a la apertura del juicio oral y antes del inicio del debate, nada obstaría para que sea el juez de juicio a quien corresponda, verificados los motivos, quien ordene la realización de la prueba anticipada, siendo posible de esta forma la anticipación de pruebas en fase de juicio, lo que tendría justificación en que el proceso tiene como fin fundamental establecer la verdad y la naturaleza de las pruebas anticipadas es resguardar un hecho o prueba que estarían en peligro, de manera que negarlo sería contrario a los fines del proceso y a la razón de la Ley.

Para la autora Maryorie Acevedo, en las nuevas orientaciones de proceso cobran relevancia las medidas preventivas como formas asegurativas del proceso, tanto en lo que respecta a la ejecución de los fallos como aquellas que tienden a asegurar pruebas con la finalidad de lograr una tutela judicial efectiva, lo que asegura fue entendido por el Legislador, cuando en la novísima Ley Orgánica Procesal del Trabajo en su artículo 137 incorporó la posibilidad de solicitar el tipo de medidas asegurativas, al señalar que a petición de parte, podrá el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución acordar las medidas cautelares que considere pertinentes a fin de evitar que se haga ilusoria la pretensión⁹².

La Jurisprudencia acepta a la prueba anticipada como un mecanismo idóneo para evitar la desaparición de la prueba, así en sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 30 de julio de 2013, Sentencia N° 1049, Ponente Carmen Zuleta de Merchán, Exp. 11-

⁹¹ Sala Primera de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, emitida en la casa 1Aa.3746-08. Disponible en <http://zulia.tsj.gov.ve/DECISIONES/2008/ABRIL/588-16-1AA.-3746-08-122-08.HTML>. Consulta: 2010, noviembre, 22).

⁹² Marjorie Teresa Acevedo Galindo. "Medidas asegurativas con fines probatorios". Op. Cit., p. 269.

0145, se estableció, con carácter vinculante que, conforme al artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los Jueces y Juezas con Competencia en materia Penal que integran los distintos Circuitos Judiciales de la República, podrán emplear la práctica de la prueba anticipada, prevista en el artículo 307 del Código Orgánico Procesal Penal, previa solicitud del Fiscal del Ministerio Público o cualquiera de las partes, para preservar el testimonio de los niños, niñas y adolescentes, ya sea en condición de víctima o en calidad de testigo, sobre el conocimiento que éstos tienen de los hechos. En la mencionada sentencia se estableció:

"...la prueba anticipada, prevista en el artículo 289 (ahora 307) del Código Orgánico Procesal Penal, a través del supuesto de procedencia referido a la posibilidad de que pueda practicarse cuando se trate de una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá hacerse durante el juicio, puede interpretarse a los fines de su aplicación y en el interés superior, para preservar las declaraciones de los niños, niñas y adolescentes, ya sea en condición de víctima o en calidad de testigo, en el marco de cualquier proceso penal, con el objeto fundamental de garantizar su protección integral y su derecho a ser oído, en condiciones que no ocasionen perjuicios. A los fines de la adecuada interpretación y aplicación del presente criterio, es preciso señalar que los niños, niñas y adolescentes en condición de víctima, requieren de apoyo inmediato y constante que les permita garantizar la continuidad de su desarrollo personal y emocional, superando el hecho lesivo que vivieron, motivo por el cual la práctica de la prueba anticipada en estos casos tiene como fin preservar su declaración y garantizar su estabilidad emocional evitando su encuentro constante con el acusado.

Evidentemente, en el marco de un proceso penal la víctima que comparece a los diversos actos debe enfrentarse al hecho cierto de ver reiteradamente a su agresor y, muchas veces, de someterse a constantes interrogatorios que reiteradamente le recuerdan los hechos, siendo esta una circunstancia difícil de superar

que justifica la práctica excepcional de la prueba anticipada en tales casos.

Por otra parte, en el caso de los niños, niñas y adolescentes en calidad de testigos, es preciso señalar que el tiempo que transcurre -desde el momento de la ocurrencia del hecho y hasta la deposición que le correspondiere en el juicio oral- constituye un obstáculo difícil de superar, que incide en la posibilidad de que aquellos olviden información relevante acerca del conocimiento que tienen sobre los hechos debido a su natural proceso de madurez y desarrollo. Tal circunstancia justifica la práctica excepcional de la prueba anticipada en el caso de tales testigos.

Por ende, es menester que los operadores de justicia no efectúen referencias indistintas a la condición de víctima y de testigo, pues en todo caso la prueba anticipada requiere del Juez o Jueza la motivación correspondiente a las circunstancias del caso concreto al cual se aplicará. En tal sentido, esta Sala considera que la práctica de la prueba anticipada, prevista en el Código Orgánico Procesal Penal, para la fijación del testimonio de los niños, niñas y adolescentes, ya sea en condición de víctima o en calidad de testigo, constituye el medio idóneo para garantizar los derechos fundamentales de aquellos y, a su vez, permitir la incorporación de la prueba de forma válida, legal y lícita al juicio oral.

Al respecto, es propicio señalar que la práctica de la prueba anticipada no limita, en modo alguno, el derecho de la víctima, concretamente, a deponer en la fase de juicio de forma voluntaria, con la finalidad de ampliar su declaración sobre los hechos.

Ahora bien, visto que el criterio aquí establecido constituye una interpretación constitucional de esta Sala aplicable a un supuesto excepcional, como lo es la declaración de los niños, niñas y adolescentes en el marco de cualquier proceso penal, se considera también la preocupación de proteger los derechos constitucionales del imputado.

Por tal motivo esta Sala establece que, la práctica de la prueba anticipada, únicamente a los efectos de los supuestos descritos en la presente decisión, y corresponderá a los jueces o juezas de instancia efectuarla en los casos descritos, previa solicitud motivada del Fiscal del Ministerio Público o de cualquiera

de las partes, de conformidad con el artículo 289 del Código Orgánico Procesal Penal.

En consecuencia, y a los efectos de la sana aplicación del criterio vinculante que se establece a partir la presente decisión, es menester precisar que las declaraciones practicadas como diligencia de investigación a los niños, niñas y adolescentes, antes de la vigencia del presente fallo podrán ser consideradas únicamente como elementos de convicción a los efectos del acto conclusivo correspondiente. Sin embargo aquellas causas que, para la fecha de la publicación del presente fallo, se encontrasen en etapa de investigación o en etapa intermedia, podrán aplicar el presente criterio y practicar la prueba anticipada, observando los fundamentos previamente descritos.

Asimismo, en las causas que se encuentren en etapa de juicio para la fecha de publicación del presente fallo, el Juez o Jueza de Juicio podrá practicar de oficio la prueba anticipada en esta etapa, a los fines de preservar el testimonio del niño, la niña o el adolescente, la cual se practicará con la participación del acusado, su defensor y demás partes, a tenor del criterio establecido en el presente fallo. Es relevante precisar que tales circunstancias serán aplicables como régimen transitorio y de forma exclusiva y excluyente a las causas que se encuentren en etapa de juicio, para la fecha de la publicación del presente fallo.

Es por ello necesario enfatizar la responsabilidad de los operadores de justicia en la práctica adecuada de la interpretación que efectúa esta Sala mediante la presente decisión, cuya finalidad es salvaguardar los derechos constitucionales de todas las partes involucradas en el proceso, pues el objetivo es garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos en los procesos judiciales de manera de reducir la posibilidad de causar algún perjuicio, sin que ello se entienda como el menoscabo de los derechos constitucionales que están reconocidos también al imputado.

Sobre la base de los razonamientos anteriores, esta Sala establece con carácter vinculante que, conforme al artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los Jueces y Juezas con Competencia en materia Penal que integran los distintos Circuitos Judiciales de la República, podrán emplear la práctica de

la prueba anticipada, prevista en el artículo 289 del Código Orgánico Procesal Penal, previa solicitud del Fiscal del Ministerio Público o de cualquiera de las partes, para preservar el testimonio de los niños, niñas y adolescentes, ya sea en condición de víctima o en calidad de testigo, sobre el conocimiento que éstos tienen de los hechos. Así se declara.

Referido a la práctica una prueba anticipada de inspección judicial extralitem, en sentencia N° 110⁹³ del 11 de marzo de 2005 emitida por la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia, al haber sido impugnada la prueba en la contestación de la demanda por no haberse permitido al demandado el control de la misma, la Sala desestimó la prueba por no haberse demostrado en juicio el temor fundado de que los hechos sobre los cuales se quería dejar constancia iban a desaparecer, presupuesto necesario que entendía era el que justificaría el adelanto de prueba, señalándose que para que la misma adquiriera valor probatorio en el proceso judicial, debió promoverse una inspección a fin de dejar constancia y demostrar que tales hechos desaparecieron, lo cual se señala, no lo hizo el promovente, razón por la cual no se le atribuyó valor probatorio.

En relación a esta sentencia el autor Freddy Zambrano⁹⁴ señaló no compartir el criterio expresado en el fallo con relación a la apreciación de la inspección ocular extralitem practicada por el demandante para dejar constancia de hechos que pudieran desaparecer con el tiempo, sobre la base de que la prueba se llevó al margen del procedimiento por retardo perjudicial, establecido en el Título VII del Libro Cuarto del Código de Procedimiento Civil, que dispone en su artículo 823, que la demanda por retardo perjudicial procede cuando haya temor fundado de que desaparezca alguna prueba del promovente, lo cual se hará con citación de la otra parte, a tenor del artículo 815, ejusdem. Señala el autor que el referido procedimiento no excluye, que

⁹³ Freddy Zambrano. "11 Año de la Sala de Casación Social". Sentencias y Máximas. Enero 2000- Agosto 2010. P. 387.

⁹⁴ ⁹⁴ Freddy Zambrano. "11 Año de la Sala de Casación Social". Sentencias y Máximas. Enero 2000- Agosto 2010. Pgs. 388 y 389.

se pueda llevar a cabo una inspección ocular extralitem, de conformidad con el artículo 1429 del Código Civil, que establece que en los casos en que pudiera sobrevenir perjuicio por retardo, los interesados podrán promover la inspección ocular antes del juicio para hacer constar el estado o circunstancias que puedan desaparecer o modificarse con el transcurso del tiempo, lo cual concuerda con lo establecido en el artículo 938 del Código de Procedimiento Civil, que en lo referente al procedimiento a seguir para la elaboración de los justificativos para perpetua memoria dispone que si la diligencia que hubiere de practicarse tuviere por objeto poner constancia del estado de las cosas o marcas que pudieran interesar a las partes, la inspección ocular que se acuerde, se efectuará con asistencia de prácticos, pero no se extenderá a opiniones sobre las causas del estrago o sobre puntos que requieran conocimientos especiales.

Para el mismo autor la interpretación concatenada de ambos artículos, permite concluir que la inspección ocular extralitem que tiene por objeto dejar constancia del estado de las cosas antes de que desaparezcan las señales o marcas que pudieran interesar a las partes, se puede practicar mediante el procedimiento de justificativo de perpetua memoria siempre que exista fundado temor de que pudiera sobrevenir perjuicio por retardo, sin necesidad de acudir al procedimiento por retardo perjudicial, que está destinado fundamentalmente a promover la prueba anticipada de testigos y de experticia. De esta manera, promovida la inspección judicial extralitem en juicio, la misma no hace plena prueba, dado que ésta puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario, y su apreciación se hará bajo la regla de la sana crítica, de conformidad con lo establecido con el artículo 10 de la Ley Orgánica de Procedimiento del Trabajo, en concordancia con el artículo 507 del Código de Procedimiento Civil.

De modo que la negativa a priori de admitir la prueba de inspección ocular extralitem o de desecharla en juicio, sin entrar a analizarla, sobre la

base de que la misma se realizó al margen del procedimiento por retardo perjudicial, sería contraria a derecho y viola el principio que consagra la libertad probatoria en el proceso laboral, en el artículo 70 ejusdem.

Concluye el autor que existiría una violación de los artículos 10 y 70 de la Ley Orgánica del Procedimiento del Trabajo, que consagran los principios de la sana crítica en la valoración de las pruebas y de la libertad probatoria en materia laboral, en concordancia con los artículos 509 y 395 del Código de Procedimiento Civil, que consagran principios similares en el procedimiento ordinario, por falta de aplicación, y de los artículos 1429 del Código Civil, que permiten la evacuación de la prueba de inspección ocular extralitem para dejar constancia de las marcas o circunstancias sobre las cosas que puedan desaparecer con el tiempo, cuando exista temor de que se pueda causar perjuicio a la parte por retardo, y el 935 del Código de Procedimiento Civil, que regula el procedimiento para la evacuación de dicha prueba anticipada. De igual manera, señala, hubo falsa aplicación de los artículos 813 y 815 del Código de Procedimiento Civil, que rigen el procedimiento por retardo perjudicial, que aplica a los casos de temor fundado de que desaparezcan algunos medios de prueba del demandante, y que necesariamente exigen la citación de la contraparte, para que ésta prueba pueda ser apreciada en juicio, tal es el caso de la prueba por escrito, de testigos, de informe y de experticia; y que excluye expresamente la prueba de confesión, e implícitamente la de juramento decisorio, no así la de inspección ocular extralitem, sobre la cual se admite prueba en contrario, si la contraparte tiene modos de desvirtuar que lo que se hizo constar en ella es falso o contrario a la realidad de los hechos, y la cual en todo casos será apreciada por el juez de acuerdo con la sana crítica.

C. Procedimiento aplicable. Juez competente.

En el procedimiento civil venezolano la prueba anticipada es conocida como retardo perjudicial, denominación que no parece ser la mas acertada, debido a que la prueba anticipada debe vincularse mas a la indisponibilidad de la fuente en el momento oportuno y que sea previsible, pero no al perjuicio que pueda resultar⁹⁵. Se contempla en el Código de Procedimiento Civil (1990), en los artículos que van del 813 al 818.

En el Código de Procedimiento Civil (1990) se establece que el retardo perjudicial se puede promover por demanda autónoma presentada por ante el Juez de Primera Instancia Civil del domicilio del demandado, cuando exista temor fundado de que desaparezca alguna prueba del promovente, la cual deberá ser comprensiva de sus fundamentos y con el objeto que la prueba se evacúe inmediatamente, donde será necesaria la participación de la parte contraria, para la practica de todo tipo de prueba, con la sola excepción que no será aplicable a la prueba de confesión, la que para algunos autores debería limitarse a la prueba de posiciones juradas y al juramento decisorio⁹⁶.

La prueba anticipada aparece adecuadamente consagrada en el Código Orgánico Procesal Penal venezolano en el artículo 307, constituida por la prueba que se practica con anticipación a la oportunidad procesal, establecida previamente en la ley procesal penal, con base en razones de urgencia o de necesidad de asegurar su resultado. Debe caracterizar a esta prueba la urgencia, inmediatez, la necesidad y la oficiosidad.

De esta forma en el Código Orgánico Procesal Penal (1998), se establece de manera expresa la posibilidad de anticipar pruebas, ya que en su artículo 307 refiere a este tipo de prueba relacionada con el reconocimiento, inspección o experticia que se deba realizar en forma

⁹⁵ Rodrigo Rivera Morales. "Actividad probatoria y valoración racional de la prueba". Ob. Cit.. p. 320.

⁹⁶ Fernando Martínez. (1995). "Notas Sobre el Retardo Perjudicial en el Código de Procedimiento Civil de 1.987". En Revista de Derecho Probatorio N° 5. Caracas: Editorial Jurídica Alva, S.R.L. 1995. p. 190.

anticipada cuando se presume la existencia de obstáculos que harían imposible su realización durante el juicio, de manera que el Fiscal del Ministerio Público o las partes pueden requerir su realización al Juez de Control, por razones de urgencia y de necesidad de aseguramiento de los resultados.

La prueba anticipada en el proceso penal se debe realizar en la fase preparatoria, pero no es excluyente, por lo que puede realizarse también en la fase intermedia o en la fase de preparación del debate. Aun cuando jurisprudencia de la Sala Constitucional y Penal ha señalado que la misma pudiere ser realizada por el juez de juicio, en situaciones irreproducibles que resulten además necesarias para la resolución del proceso. De esta manera, la condición en principio sería que se practique esta prueba antes de la audiencia oral o de juicio. Es necesario destacar que debe haberse iniciado el proceso, es decir, que haya un acto de apertura y se haya participado la actuación al juez de control, teniendo oportunidad hasta antes del debate de juicio. De alguna forma puede decirse que esa prueba tiene el carácter de prueba instructora anticipada, dado que no ha llegado al juicio oral, pero debe advertirse que participa de los mismos presupuestos de la prueba en juicio, contradicción, control, publicidad, licitud, legitimidad y de los requisitos tanto de orden objetivo como subjetivo.⁹⁷

El Código Procesal Modelo para Iberoamérica⁹⁸, establece en su artículo 273 el procedimiento para la realización de diligencias preparatorias. La parte que solicitare la diligencia preparatoria, deberá denunciar el nombre y domicilio de la parte contra quien promoverá el proceso para preparar, el cual pide la diligencia, el objeto del mismo y la finalidad concreta de la medida. El Tribunal calificará la medida, dispondrá o rechazará su diligenciamiento y, en el primer caso, si se tramitará unilateral o

⁹⁷ Rodrigo Rivera Morales. "Actividad probatoria y valoración racional de la prueba". Ob. Cit.. p. 328.

⁹⁸ Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (1988). Montevideo: Editorial:M.B.A. Disponible en <http://cejamericas.org/doc/documentos/CodigoProcesalCivilparalberoamerica.pdf>. (Consulta: 2010, noviembre, 22).

bilateralmente; con la indicación que la intimación destinada a comprobar la mora se tramitará siempre en forma unilateral.

El trámite se dispondrá con noticia de ambas partes, en especial si se tratare de medio de prueba y salvo si esa comunicación pudiera frustrar la finalidad y eficacia de la medida. En este último caso, una vez diligenciada la medida, se dará conocimiento de la misma a la contraparte. Si se tratare de un medio de prueba, la otra parte tendrá la oportunidad de completarla o de presentar contraprueba al respecto, con lo que se infiere que este código le otorga a la prueba anticipada el carácter de cautela con fines probatorios.

Las medidas seguirán el procedimiento que corresponda a su naturaleza; sólo si resultare indispensable, se realizarán fuera de la audiencia que fijará el Tribunal para su cumplimiento. La parte contra quien se pidiere la medida podrá, dentro de los cinco días de notificada, oponerse a la misma o solicitar su modificación o ampliación. El Tribunal resolverá sin ulterior recurso.

Cumplida la medida y si mediare agravio, cualquiera de las partes podrá recurrir conforme con lo dispuesto en el artículo 220.2., sin efecto suspensivo. La resolución que deniegue la medida será susceptible de los recursos de reposición y apelación subsidio (artículo 220.2.).⁹⁹

Respecto al procedimiento a seguir en materia laboral, en Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia N° 1249 de fecha cuatro de octubre de dos mil cinco 04/10/2005, caso: José Luis Pedrón Vs. Agropecuaria la Macaguita C.A, y otros, Ponencia del Magistrado Dr. Luis Eduardo Fransceschi¹⁰⁰, se estableció que tomando en cuenta las peculiaridades del procedimiento laboral y de conformidad con lo establecido

⁹⁹ Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (1988). Montevideo: Editorial:M.B.A. Disponible en <http://cejamerica.org/doc/documentos/CodigoProcesalCivilparaIberoamerica.pdf>. (Consulta: 2010, noviembre, 22).

¹⁰⁰ Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia N° 1249, expediente 05-496, de fecha 04/10/2005. Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/>. (Consulta 2008, Noviembre 15).

en el artículo 11 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, corresponderá al juez de trabajo, ante la inexistencia de un procedimiento en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), determinar el camino o iter aplicable, considerando como norte de esa actuación los principios constitucionales y el principio tuitivo de las normas adjetivas del derecho del trabajo, debiendo garantizar de igual forma la participación de la otra parte, para permitir su adecuado control.

Esta prueba deberá ser realizada por el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, además ser promovida en la etapa probatoria respectiva y su valoración será atribuida por el juez de juicio, oportunidad donde podrá ser impugnada o requerida su nulidad por la otra parte.

En similar sentido se expresó el Juzgado Primero Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, en sentencia de fecha veintiséis de febrero de dos mil siete (26/02/2007), en un juicio de prestaciones sociales seguido por el ciudadano Robert Yépez contra “Agrocaucho R.R. C.A.”,¹⁰¹ juicio donde fue solicitada y evacuada prueba anticipada por ante el Juzgado Segundo de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Estado Portuguesa, a solicitud de la parte demandada, de conformidad con lo establecido en el artículo 307 del Código Orgánico Procesal Penal, para la evacuación de la prueba de testigos a ser rendida por un Médico, que pretendía ausentarse del país en el lapso durante el cual se realizaría la audiencia de apelación por ante el Tribunal Superior; prueba con la cual se pretendía comprobar la incomparecencia justificada del demandado a la audiencia preliminar, lo que había originado por parte del juzgador la declaratoria de admisión de los hechos.

¹⁰¹ Juzgado Primero Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, de fecha 26/02/2007, en un juicio de prestaciones sociales seguido por el ciudadano Robert Yépez contra Agrocaucho R.R. C.A. Disponible: <http://portuguesa.tsj.ve/decisiones/2007/febrero/1399-2-BH13-x-00033.html> . (Consulta 2008, Noviembre 12).

Esta prueba fue evacuada aplicando supletoriamente el procedimiento establecido en el artículo 307 del Código Orgánico Procesal Penal (2000), respecto de lo cual fue ejercida apelación por la actora por ante el Juez Superior que emitió la decisión, y quien decretó la nulidad de tales actuaciones señalando que el juzgador a quo había materializado con su actuación una violación del principio de la legalidad de las formas procesales y una invasión de la competencia de la alzada, porque lo que debió hacer fue desprenderse del conocimiento del expediente una vez como decretó la presunción de admisión de los hechos y remitirlo al superior por efectos de la apelación, invasión que vino dada en virtud a lo establecido en el artículo 73 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo que establece como única oportunidad para promover pruebas, la audiencia preliminar, y menos en un caso como éste donde corresponde al Juez Superior determinar si estuvo o no justificada la incomparecencia del demandado para aplicar la sanción procesal dispuesta por el Legislador; propiciando con todo ello, un desorden procesal que justificó la declaratoria de nulidad.

Se considera que en aplicación de las amplias potestades de oficio otorgadas al juez laboral en los artículos 71 y 156, de manera excepcional, atendiendo a que la prueba que se pretende resguardar resulte irreproducible en oportunidad anterior y sea además necesaria para la prosecución de la verdad del proceso, esta prueba pudiere ser realizada por el juez de juicio, a quien corresponderá de igual forma su valoración, sin afectar en consecuencia la necesaria inmediación que debe haber para la resolución del caso, correspondiendo a las partes la acreditación de las circunstancias que la justificarían, razón por la cual no se considera acertada la decisión anterior.

D. Control probatorio y valoración de la prueba anticipada.

Afirma Fernando Villasmil¹⁰², que conforme al principio de igualdad probatoria de la prueba, las partes deben disponer de las mismas posibilidades y oportunidades para aportar los medios de convicción sobre la veracidad de los hechos en que fundan sus pretensiones. La necesidad de esta igualdad de tratamiento, explica la existencia de la llamada etapa probatoria. El primero y más importante corolario de la existencia de esa etapa es la ineficacia, como regla general, de las pruebas evacuadas antes o después de ese estado del proceso; en el primer caso, porque en el traslado anticipado, la prueba escaparía al control de la parte contraria; y en el segundo, porque la posibilidad de que uno solo de los litigantes pueda producir pruebas sin sometimiento al lapso respectivo, lesionaría el principio de igualdad de las partes y seguramente se convertiría en un grave obstáculo para el ejercicio del derecho a la defensa.

Las pruebas anticipadas mediante el procedimiento de retardo perjudicial y con citación de la parte contraria, tienen el mismo valor que las pruebas promovidas y evacuadas en el juicio futuro o simultáneo entre las mismas partes donde se vayan a hacer valer. Estas pruebas constituirán un todo con las que eventualmente se produzcan o se sustancien en un futuro o simultáneo juicio, y todas ellas deberán ser valoradas en forma conjunta, tal como se dispone en el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil.¹⁰³

Hernando Devis Echandía¹⁰⁴, respecto a la eficacia de estas pruebas, expresa:

Cuando la prueba extrajuicio se haya practicado con citación personal de la parte contra quien se aduce o con notificación a un apoderado o curador de ésta, designado en forma legal, tiene el mismo valor que las trasladadas

¹⁰² Fernando Villasmil. "La Teoría de la prueba y el nuevo Código de Procedimiento Civil". Caracas: Paredes Editores, 1992. p. 59.

¹⁰³ Fernando Martínez.. "Notas Sobre el Retardo Perjudicial en el Código de Procedimiento Civil de 1.987".ob. cit.. p. 194.

¹⁰⁴ Hernando Devis Hechandía. "Compendio de Derecho Procesal", Tomo II, Pruebas Judiciales. Bogotá: Editorial A.B.C, 1985. p. 369 y 370.

de un proceso en que estuvo presente y no necesita ratificación; cuando se trata de declaraciones extrajudicio sin citación de la parte contra quien se aducen es indispensable pedir su ratificación. Las inspecciones judiciales sin citación de esa parte contraria apenas tiene el valor de indicios, como lo acabamos de explicar. Estas últimas actuaciones son simples informaciones judiciales, como los califica LESSONA.

En igual sentido se expresa Jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia¹⁰⁵ en sentencia N° 435, expediente N°04-0504 del 16 de noviembre de 2004:

En este sentido, advierte la Sala, que la actividad del juez de control al momento de la configuración de la prueba anticipada de testigos, es tan solo, una intervención judicial de forma directa para controlar que tal prueba se forme en atención a los lineamientos constitucionales y legales con el debate y contradicción de las partes, sin ser necesario para esto, la emisión de argumentos de fondo de valorización de prueba que ameriten su inhibición.

Las pruebas anticipadas, así como todas las que se produzcan en el proceso, sea penal, laboral o civil, deben ajustarse a las disposiciones constitucionales y procesales, pues de lo contrario serían ilegales y deben ser excluidas de la actuación procesal, al haberse obtenido sin el debido proceso, constituyéndose en prueba ilícita.

La práctica del anticipo de prueba, contiene una serie de requisitos, que lo convierten en un instrumento procesal excepcional. La prueba anticipada es la excepción al principio de Inmediación; esto es así, por cuanto el Juez llamado a practicarla y valorarla es un juez ajeno a la etapa de juicio (que es lo natural), pero de forma excepcional.

¹⁰⁵ Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia N° 435, expediente 04-0504, de fecha 16/11/2004. Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/> . (Consulta 2010, Noviembre 15).

Algunos doctrinarios consideran, que el carácter excepcional de la prueba anticipada se debe, a su naturaleza cautelar, como ha comentado Delgado Salazar¹⁰⁶

Para el proceso penal debe tenerse como de la misma naturaleza cautelar, a los fines de capturar los hechos o los medios de prueba antes de la oportunidad de su inserción en el juicio y ante la posibilidad de que desaparezcan, pero es incuestionable que su práctica se aparte del importante postulado de inmediación, ya que en principio, la lleva a cabo un juez distinto del que preside el juicio oral y la evalúa en su sentencia”.

Los actos de investigación practicados en la fase preparatoria¹⁰⁷ pueden ser considerados como pre-procesales, en el entendido que de quien dirige la investigación es un ente distinto al órgano jurisdiccional, sin embargo, hay ciertas actuaciones que debe realizar el Fiscal del Ministerio Público en el desarrollo de la investigación que sólo procederán previa solicitud al Órgano Jurisdiccional, y por supuesto, con su debida aprobación, como lo son por ejemplo: Allanamientos de morada, interceptaciones telefónicas, mandato de conducción.

Finalmente, la prueba practicada anticipadamente, es un acto procesal y de prueba, ya que la misma se produce tal cual como si se tratase de su escenario natural, bajo el control y la contradicción de las partes, con la única salvedad, de que el Juez que deberá decidir (Juez de Juicio), no tendrá un contacto sensorial con la prueba¹⁰⁸, a la cual sólo tendrá acceso por la incorporación mediante su lectura al Juicio Oral y Público, como lo establece el numeral primero del artículo 339 del Código Orgánico Procesal Penal.

Ahora bien, uno de los aspectos más interesantes de la Institución de la Prueba anticipada, es el relacionado con la valoración de dicho acto. La Prueba Anticipada representa una prueba en el sentido estricto de la palabra,

¹⁰⁶ Roberto Delgado Salazar. Las pruebas en el proceso penal venezolano. 3era edición actualizada y ampliada. Caracas: Vadell Hermanos. 2008. P. 74.

¹⁰⁷ Alberto Binder. Introducción al derecho procesal penal. 2da. Edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2009, 238.

¹⁰⁸ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 104 de fecha 20-02-68. Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/> . (Consulta 2010, Noviembre 15).

por cuanto es desarrollada y sometida al control y contradicción por las partes, ante la presencia de un Juez.

Esta es una prueba en el que las partes ya ejercieron el control sobre la misma, si las partes ejercieron el control de la prueba anticipada, y conociendo el contenido y resultado, la misma podrá ser incorporada al Juicio Oral con la aceptación de las partes y el Tribunal.

En cuanto a la valoración del anticipo de prueba, indica el maestro Binder¹⁰⁹:

“Una vez convalidada la prueba de un modo anticipado –y convenientemente registrada- se incorpora ésta directamente a juicio. Esta incorporación se realiza por su lectura, es decir, leyendo el acta que recogió el resultado de la prueba. Pero, repetimos, éste es un mecanismo excepcional, ya que el principio de que sólo es prueba lo que se produce en el juicio es un principio de una importancia fundamental, que no debe ser abandonado ligeramente”.

Es posible, sin embargo, que una vez practicada y registrada la prueba anticipada, para el momento de la celebración del Juicio Oral, la circunstancia que hacia irreproducible la práctica de la prueba haya desaparecido (Sobre todo en la prueba testimonial y de experticia), por lo que deberá reproducirse en el Juicio Oral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 307 del COPP: *“Si el obstáculo no existiera para la fecha del debate, la persona deberá concurrir a prestar su declaración”*. Lo que no es claro, porque pareciera que el legislador bajo esas circunstancias le restara eficacia a la prueba anticipada, visualizándola como una especie de prueba provisional.

Obviamente la Prueba en sentido estricto es la que se practica en el Juicio Oral, sin embargo seria inoficioso volver a reproducir la prueba que fue objeto de anticipo, por cuanto la misma fue objeto de control y contradicción

¹⁰⁹ Alberto Binder. Introducción al derecho procesal penal. 2da. Edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2009, 241.

por las partes, así como su correspondiente aceptación de los resultados de la misma. En todo caso, la justificación de esa decisión podría encontrarse en confrontar posibles contradicciones que puedan suscitarse entre el acta que registro la prueba anticipada y el desarrollo de la prueba en el Juicio Oral y Público, sin embargo, se considera que es contradictorio, porque por ejemplo el testimonio practicado anticipadamente, no es una mera declaración (acto de investigación), sino un acto de Prueba.

De esta forma, la legitimidad constitucional de la prueba anticipada, estará garantizada, siempre que se aseguren los requisitos de contradicción y defensa y reservada para casos excepcionales justificados en la imposibilidad de poderse practicar en el momento procesal correspondiente, fundadas en el temor de su desaparición, pérdida o modificación, para garantizar cabalmente el ejercicio del derecho a la defensa de alguna de las partes de un futuro proceso o de uno que se encuentre en curso.

CONCLUSIÓN

La prueba anticipada es excepcional, ya que lo normal es que las pruebas se recepcionen y practiquen en el curso del proceso y en la etapa prevista para el mismo; no obstante lo cual el Legislador ha previsto la posibilidad de que la parte interesada acuda al órgano jurisdiccional para pedir y practicar pruebas anticipadas, dentro del marco de las garantías del debido proceso.

La prueba anticipada es aquella que se practica en momento anterior al del juicio ordinario-escrito o de la audiencia de juicio, ante el temor de que la fuente de la prueba se pierda, haciendo imposible su aportación al proceso.

La finalidad básica de la prueba anticipada es impedir que la fuente de prueba se desvirtúe o pierda, o que al transcurrir el tiempo se alteren las circunstancias de hecho que han de probarse o se dificulte su reconocimiento, o bien para conservar las cosas que posteriormente se deben probar en el proceso.

En materia civil es conocida como retardo perjudicial y debe seguir su curso por el procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Civil (1990) de los artículos que van del 813 al 818, donde se plantea la posibilidad de una demanda autónoma, cuyo valor aparece supeditado a que la parte contra la cual se pretenda valer sea citada y participe activamente.

La prueba anticipada aparece de igual forma consagrada en el Código Orgánico Procesal Penal en el artículo 307, donde se establece un procedimiento claro sin el cual la prueba no puede calificarse como tal, ni ser

valorada a los fines del proceso. También ha sido prevista esta posibilidad en materia de procedimiento marítimo en su artículo 12.

En torno a la posibilidad de práctica de pruebas anticipadas en materia laboral, no obstante no aparecer regulada legalmente como una posibilidad y dadas las peculiaridades del procedimiento laboral, se admite la posibilidad de practicarlas por ante el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo, y de manera aun mas excepcional por el juez de juicio, como consecuencia del temor fundado de su desaparición, alteración o perjuicio por el retardo en su tramitación, a pesar de la rigidez del artículo 74 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), en el sentido de autorizar la evacuación de pruebas ante el juez de juicio, pero razonablemente establece que la normativa procesal en estudio recoge el principio de oficio o dirección del proceso por el juez, expresamente reconocido en el artículo 11 Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), cuya aplicación faculta en este sentido.

Respecto al procedimiento la jurisprudencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia ha establecido que tomando en cuenta las peculiaridades del procedimiento laboral y de conformidad con lo establecido en el artículo 11 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, corresponderá al juez del trabajo, ante la inexistencia de un procedimiento en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), determinar el camino o iter aplicable, considerando como norte de esa actuación los principios constitucionales y el principio tuitivo de las normas adjetivas del derecho del trabajo, debiendo garantizar de igual forma la participación de la otra parte, para permitir su adecuado control.

Esta prueba deberá ser realizada por el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, ser promovida en la etapa probatoria respectiva y su

valoración será atribuida por el juez de juicio, oportunidad donde podrá ser impugnada o requerida su nulidad por la otra parte.

En todo caso, en una futura reforma y a los fines de brindar mas seguridad y certeza jurídica, el Legislador laboral deberá considerar en su articulado la posibilidad de anticipar pruebas y regular de manera pormenorizada el procedimiento a seguir en los casos en que deban asegurarse pruebas, ante el temor fundado de que desaparezcan hechos con vistas a un posible proceso, lo que se constituye en una garantía de los justiciables en la prosecución de una decisión ajustada a la realidad mas posible, siempre que sean debidamente fundadas y con ellas sean respetados los principios constitucionales que rigen la prueba.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Fuentes documentales impresas.

Ary, D. Jacobs, L. y Razavieh, A. (1994). Introducción a la investigación Pedagógica. México: McGraw-Hill.

Acevedo Marjorie. (2003). Medidas asegurativas con fines probatorios. Revista de Derecho Probatorio. Caracas: Ediciones Homero.

Cabrera Romero Jesús (1.990) La Prueba Anticipada y el Retardo Perjudicial. Valencia: Editorial Vadell Hermanos.

Romero Acevedo, O. (2008). La Declaración de Parte en la ley Orgánica procesal del Trabajo Venezolana. Mérida. Imprenta de Mérida IMMECA.

Baumeister Toledo, A. (2004). *Consideraciones sobre el régimen de las pruebas en el nuevo proceso laboral ordinario de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT)*. Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Ensayos. Volumen II. Caracas. Fernando Parra Aranguren editor.

Calamandrei, P. (1984). Providencias cautelares. Buenos Aires, Argentina.

Carvajal, G. (2005). El sistema probatoria previsto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo de 2002. Tesis de especialista no publicada, Universidad Católica Andrés Bello.

Couture, E. (1981). Fundamentos de Derecho Procesal Civil. 3ra edición (póstuma). Buenos Aires: Ediciones De Palma.

Delgado, R. (2008). Las pruebas en el proceso penal venezolano. 3ra edición actualizada y ampliada. Caracas: Editorial: Vadell Hermanos.

Echandía, H. (1984) Compendio de Derecho Procesal, Tomo II. Pruebas Judiciales. Bogotá: Editorial A.B.C.

Hernando Devis Echandia (1984). *Compendio de Derecho Procesal*. 8ª. Edición. Bogotá: Editorial ABC.

Fábrega, J. (1997). Teoría General de la Prueba. En: Quiceno Alvarez, F. (2001). (compilador). Valoración judicial de las pruebas. Caracas: Editorial Jurídica Bolivariana.

Freddy Zambrano. (2010). "11 Año de la Sala de Casación Social". Sentencias y Máximas. Enero 2000- Agosto 2010. Caracas: Editorial Atenea.

González, A. y González, A. (2003). Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Comentada y concordada con jurisprudencia. Caracas: Ediciones Liber.

Henríquez, R. (1986). Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Civil. Maracaibo: Centro de Estudios Jurídicos del Zulia.

Henríquez, R. (2003). Nuevo Proceso Laboral Venezolano. Caracas: Librería Álvaro Nora, C.A.

Jiménez, A. (2003). Las cautelas probatorias en materia laboral. Tesis de especialista no publicada, Universidad Católica Andrés Bello.

Klahr, B. (2003). El debate probatorio en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. En estudios sobre el Derecho del Trabajo, libro homenaje a José Román Duque Sánchez. (Vol I. pp. 223-289). Caracas: editado por el Tribunal Supremo de Justicia.

Martínez, F. (1995). Notas Sobre el Retardo Perjudicial en el Código de Procedimiento Civil de 1.987. En Revista de Derecho Probatorio N° 5 (pp.153-213). Caracas: Editorial Jurídica Alva, S.R.L.

Nieto, A. (2000). El Árbitro Judicial. Barcelona: Editorial Ariel, S.A.

Pérez, E. (2002). Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal. Caracas: Vadell Hermanos Editores.

Perretti, M. (2008). Las pruebas en el Derecho venezolano. Caracas: Ediciones Liber.

Rengel-Romberg, A. (1992). Tratado de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código de 1987. Caracas: Editorial Arte.

Rivera, R. (2010). Actividad Probatoria y Valoración Racional de la Prueba. Barquisimeto: Librería Jurídicas Rincón G.

Rodrigo, R. /2004). Las pruebas en el Derecho venezolano, referida a los procedimientos Civil, Penal, Agrario, Laboral, de >Niños y Adolescentes. ·era. Edición. San Cristóbal-Barquisimeto. Editorial Jurídica Santana, C.A.

Torres, I. (2002). El nuevo procedimiento del trabajo. Caracas: Cromotip.

Rivera Morales, R. 2013). La prueba en el proceso laboral. Barquisimeto: Librería J. Rincon.

Villasmil, F. (1.992), La Teoría de la prueba y el nuevo Código de Procedimiento Civil. Caracas: Paredes Editores.

Ortíz-Ortíz, R. (1999). Las medidas cautelares innominadas. Tomo I. Caracas: Paredes Editores.

Referencias normativas.

Código Civil (1982). Gaceta Oficial Extraordinario de la República de Venezuela N° 2990. Julio 26, 1982.

Código Orgánico Procesal Penal (1998). Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Venezuela N° 37.022. Agosto 25, 2000.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1.999). Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453. Marzo 24, 2000.

Ley Orgánica del Trabajo. (1.997). Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.152. Junio 19, 1997.

Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.504. Agosto 13, 2002.

Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. (2008). Tribunal Supremo de Justicia.

Fuentes electrónicas.

Falcón Cartes, G. (2016). Doctrina de los actos propios y su relación con el Derecho Laboral. Disponible: <http://es.slideshare.net/falconcartes/la-doctrina-de-los-actos-propios-en-el-derecho-laboral> . Consulta 2016, julio 21.

Ley de Procedimientos Marítimos. Gaceta Oficial N° 5.554 del 13/11/2001. Disponible:https://docs.google.com/document/d/1T1gm7f9HVMVZMfbZrUXIFUOOqdhSSg_KujTxb9oeomoA/edit#! (Consulta 2016, Julio 25).

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 333, de fecha 14/03/2001. Expediente N° 00-2420. Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/> . (Consulta 2008, Noviembre 15).

Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia N° 435, expediente 04-0504, de fecha 16/11/2004. Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/> (Consulta 2010, Noviembre 15).

Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia N° 14 del 24/02/2000 (Carlos Navarro contra Contraloría General del Estado Delta Amacuro). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/>. (Consulta: 2009, mayo, 30).

Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia N° 4 de fecha 16/01/2002. <http://www.tsj.gov.ve/> (Consulta 2010, Noviembre 15).

Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia N° 397 de fecha 27/06/2002. <http://www.tsj.gov.ve/> (Consulta 2010, Noviembre 15).

Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia N° 665 de fecha 17/06/2002 <http://www.tsj.gov.ve/> (Consulta 2010, Noviembre 15).

Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia N° 818 de fecha 26/07/2005. <http://www.tsj.gov.ve/> (Consulta 2010, Noviembre 15).

Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia N° 1249, expediente 05-496, de fecha 04/10/2005. Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/> . (Consulta 2008, Noviembre 15).

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 104 de fecha 20-02-08. Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/> . (Consulta 2010, Noviembre 15).

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 1049, expediente N° 11-0145, de fecha 30-07-2013, Ponente Carmen Zuleta de Merchán, Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/> . (Consulta 2013, Noviembre 15).

Sentencia de la Sala Primera de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, emitida en la casa 1Aa.3746-08. Disponible en <http://zulia.tsj.gov.ve/DECISIONES/2008/ABRIL/588-16-1AA.-3746-08-122-08.HTML>. Consulta: 2010, noviembre 22).

Juzgado Primero Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, de fecha 26/02/2007, en un juicio de prestaciones sociales seguido por el ciudadano Robert Yépez contra Agrocaucho R.R. C.A. Disponible: <http://portuguesa.tsj.ve/decisiones/2007/febrero/1399-2-BH13-x-00033.html> . (Consulta 2008, Noviembre 12).

Rivas, J. (2008). La prueba anticipada en el juicio laboral. Disponible: <http://janethrivascovarrubio.blogs.com/2008/03/blog-post.html>. (Consulta 2008, Noviembre 12).

Solís, M. (2003). Las Medidas cautelares en sede laboral: en particular las diligencias de reinstalación de la mujer trabajadora embarazada. Tesis de maestría en Derecho del Trabajo. Disponible: <http://www.uned.ac.cr/SEP/recursos/investigaciones/documents/Medidascautelares.pdf>. (Consulta 2008, Noviembre 28).