

Las Pruebas en el Recurso de Apelación Una Propuesta sobre el Derecho a la Prueba

Bernardo Pissani

RESUMEN

El derecho a la prueba, incardinado dentro del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva cobra relevancia ante la ausencia de regulación normativa en fase de apelación. A partir de allí, se hace necesario revisar aspectos relacionados con el derecho a la prueba, y la interpretación amplia y garantista que debe otorgársele, para a partir de allí, concebir criterios racionales sobre la apertura probatoria en Segunda Instancia, de tal manera que se permita tanto a las partes como al Juez utilizar todos los medios a su alcance para la búsqueda de la verdad dentro del proceso. Si bien es cierto que la verdad es un concepto metajurídico, el Juez debe encontrarse en condiciones, aunque sea como una posibilidad, para alcanzar el conocimiento de la forma más cercana a la manera en que ocurrieron. Por tanto, en la presente investigación se aportan criterios de interpretación de las normas sobre prueba y del recurso de apelación, que permitan al Juez de la Segunda Instancia una mayor proactividad procesal, y se pueda cumplir de esa forma el mandato constitucional sobre la búsqueda de la verdad en el proceso, y pueda dictar una decisión apegada a la Justicia (como fin último del proceso)

PALABRAS CLAVES

Tutela Judicial Efectiva, Debido Proceso, Recurso de Apelación, Prueba.

ABSTRACT

The right to prove, embedded within the constitutional right to effective judicial protection becomes relevant in the absence of statutory regulation on appeal. From there, it becomes necessary to revise aspects of the right to prove, and that safeguards broad interpretation to be accorded, from there to conceive rational criteria on probation opening reviewing instance, so that enable both the parties and the judge to use all ways at its disposal to search for truth in the procedure. While it is true that truth is a metajuridical concept, the court must be in a position, even as a possibility, to attain knowledge of the nearest way facts occurred. Therefore, in this investigation criteria for interpreting the rules of evidence and the appeal, enabling the courts of reviewing instance trial greater proactivity are provided, and thus to fulfill the constitutional mandate on search the truth in the process, and can issue a decision attached to Justice.

KEYWORDS

Effective Judicial Right, Due of Process; Appeal, Proof.

SUMARIO

1. Introducción. 2. La Tutela Judicial Efectiva como Derecho Procesal Constitucional. El Derecho al Recurso y el Derecho a la Prueba; (i) el derecho de acción, o acceso a los tribunales; (ii) el derecho a una sentencia fundada en derecho, congruente y el derecho constitucional a la prueba; (iii) derecho al recurso; (iv) derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales. 3. El Recurso de Apelación como Garantía de la Doble Instancia. 4. Naturaleza Jurídica del Derecho al Doble Grado de jurisdicción ¿Instancia revisiva o renovadora?. 5. Las Pruebas en Segunda Instancia. Las limitaciones legales a la prueba y su apertura. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Un derecho fundamental tan sensible en el curso del proceso, como lo es el derecho a la prueba, se combina esta vez con el derecho al recurso, que por demás también es un derecho fundamental. Me ha motivado a realizar esta investigación y escribir estas breves líneas la pasividad que siempre ha caracterizado la doctrina y la jurisprudencia, tanto venezolana como foránea sobre el derecho a la prueba en el contexto de los recursos de apelación.

Es una situación que se ha mantenido incólume tanto en el derecho foráneo, así como en el derecho procesal venezolano. Se nos ha obligado a repetir que, en el procedimiento civil, y sin mayor análisis que de la lectura literal del artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, la prueba en segunda instancia se encuentra limitada a tres medios probatorios (el documento público, el juramento y las posiciones juradas). Esta corriente legislativa se ha extendido, pero de manera más restrictiva, a otros ámbitos del derecho procesal, como lo es el contencioso administrativo, en el que actualmente sólo se admite la prueba documental. Asimismo, en el proceso ordinario en materia de niños y adolescentes, así como en el procedimiento ordinario agrario, se restringen los medios probatorios en la segunda instancia a los instrumentos públicos y a las posiciones juradas. Por último, nada que decir sobre la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que omiten cualquier referencia a las pruebas en el recurso de apelación. Inclusive en esta última, la Exposición de Motivos de la ley, de manera sorprendente, elimina expresamente cualquier posibilidad de pruebas en segunda

instancia, cuestión que no ha parado a la jurisprudencia para permitir la promoción de pruebas en segunda instancia, aplicando supletoriamente, en la medida de lo posible, la disposición contenida en el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil.

Con respecto al Derecho extranjero, también hemos querido utilizar un patrón de comparación que nos permita ubicar el nivel de nuestra legislación y jurisprudencia, en cuanto al tema en estudio. Así, podemos observar que la legislación extranjera es muy variante en cuanto a admitir un criterio amplio o restringido de la prueba en segunda instancia, todo ello atendiendo a la tesis revisiva, y no renovadora del procedimiento de apelación.

En efecto, la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, el Código de Procedimiento Civil de Colombia, el Código Federal de Procedimientos Civiles de México y el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil de Perú, establecen una amplitud probatoria en la segunda instancia, permitiendo a las partes, de acuerdo a las reglas propias para cada ordenamiento jurídico, producir las pruebas que tiendan a demostrar los hechos sobrevenidos, surgidos luego de la preclusión del lapso probatorio sustanciado ante el Tribunal de primer grado de jurisdicción.

Por su parte, los códigos adjetivos civiles de Honduras, Argentina, Uruguay, Chile, e incluso el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica tienen un criterio restrictivo, y sólo permiten la evacuación limitada de medios probatorios, señalando en algunos casos que la prueba sólo podría promoverse cuando la parte, por una causa extraña no imputable, no haya podido evacuar la prueba en la primera instancia.

Al momento de buscar las razones por las cuales se establece la limitación de los medios probatorios en el Tribunal de Alzada, podrán encontrarse diversidad de criterios, desde la intención de no premiar al litigante negligente, como la de que se trata de pruebas con valoración tasada, lo cual sustrae tanto a las partes como al juez el grado de convicción que ellas pueden arrojar, pues en definitiva al ser producidas válidamente, producen convicción. Independientemente de tales razones, que no resisten de manera coherente un análisis profundo, creemos que, a la luz del Derecho Procesal actual, debe haber una reinterpretación de las normas que regulan el recurso de apelación, y muy especialmente, del derecho a la prueba dentro de tal recurso.

La reinterpretación que propongo viene dada, más que motivado a la adaptación del Derecho Procesal a los nuevos tiempos, por la constitucionalización de los derechos procesales, incluso al rango de derechos fundamentales, que conducen a una interpretación amplia y garantista de los mismos. Es menester considerar, como base del razonamiento contenido en el presente trabajo, que la constitucionalización de los derechos procesales constituye una camisa de fuerza tanto para el legislador como para el intérprete (que éste bien puede ser la doctrina y los órganos jurisdiccionales).

Para el legislador, la constitucionalización de derechos procesales supone una limitación en cuanto a la regulación del derecho procesal y sus contornos, lo que le impide establecer interpretaciones restrictivas o excluyentes que atenten contra el núcleo del derecho. Inclusive, una constitucionalización del derecho procesal es una herramienta a ser utilizada por el intérprete para obtener una aplicación amplia de dicho derecho, todo ello en la medida que tal interpretación y aplicación no vulnere el ejercicio de otro derecho fundamental.

Para el intérprete, lo obliga, amén de la regulación legal, a concebir y aplicar el derecho en cuestión de la manera más amplia, sin dejar de proteger otros derechos fundamentales, pero siempre teniendo por norte la mayor protección del justiciable.

Así llegamos a la tutela judicial efectiva, lo cual constituye una consagración extraordinaria de la Constitución venezolana, al igual que la española, que debe permitir una reinterpretación, llevada hacia la amplitud, de las instituciones que lo integran (la acción, la sentencia, la ejecución y los recursos). Evidentemente que la regulación constitucional de la tutela judicial efectiva es genérica; sin embargo, tratándose de un derecho fundamental, no resulta necesario que se encuentre exhaustivamente desarrollado, basta con el reconocimiento de ser un derecho fundamental para establecer su contenido ampliado.

Desde el punto de vista del derecho al recurso, la Sala Constitucional ha tenido vacilaciones con respecto a su consagración dentro de la tutela judicial efectiva, siendo que inicialmente lo concibió como un derecho incluido dentro del debido proceso constitucional, con sustento en tratados internacionales, sin limitarlo, como lo hace el artículo 49 constitucional, a los procesos penales; en otras palabras, la Sala Constitucional pretendió

en un primer momento extender el derecho al recurso para todos los procesos, aduciendo ser un derecho fundamental inherente a la persona, y regulado en los tratados internacionales sobre derechos humanos (p.e. Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), luego de ello, y marcando una restricción del derecho al recurso, la jurisprudencia constitucional comenzó a excluir el recurso de apelación en aquellos casos en que la Ley expresamente lo prohíbe. Sobre ello, tendremos ocasión de analizar en el presente estudio.

Ahora, entrando al tema probatorio, observo que, si bien es cierto que el derecho al recurso puede verse enclavado dentro de la tutela judicial efectiva, y así lo ha reconocido una parte de la jurisprudencia (salvo, en la mayor parte de los casos por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia), también entra en este derecho constitucional el derecho a la prueba. Ese derecho a la prueba se evidencia dentro del derecho a la sentencia, justa, razonada, motivada, congruente, conforme a derecho. Dentro de la sentencia congruente, encontramos la necesidad de que la sentencia sea proferida conforme a los alegatos y las pruebas de las partes. Es en este estadio del análisis, se observa con total claridad que la prueba constituye un derecho fundamental constitucional, dentro de la tutela judicial efectiva, y que, al igual que el derecho al recurso, le son aplicables todos los principios y técnicas de hermenéutica propios de los derechos constitucionales.

Una vez que considerado tanto el derecho al recurso y a la prueba, como un derecho procesal constitucional, debemos conjugar ambos derechos constitucionales a fin de proponer un redireccionamiento de la tendencia tradicional de la prueba en segunda instancia, que hasta la fecha se ha visto limitada, en algunas leyes, a un máximo de tres medios probatorios, sin una profundización de la razón por la cual se puede limitar la prueba en segunda instancia, y el motivo por el cual sólo se admiten tres medios probatorios.

Algunos autores han destinado algunas líneas para justificar sólo tres medios probatorios en la alzada; otros, por su parte, sólo se limitan a fundamentar su criterio sobre la base de una interpretación literal de la norma en comentarios; sin embargo, hasta la actualidad, nadie se ha cuestionado o bien planteado una interpretación amplia con respecto a la norma que permite la prueba en la instancia de alzada.

Pues bien, en el presente estudio me propongo analizar brevemente los temas relacionados con el derecho al recurso y a la prueba, para cristalizar las bases y fundamentos del posterior análisis sobre la interpretación amplia del derecho a la prueba en segunda instancia.

Esperamos que esta investigación constituya un aporte para la ciencia procesal, y coadyuve en la profundización de temas tan álgidos como el derecho procesal constitucional, y su incidencia para el favorecimiento de una interpretación amplia del conjunto de instituciones que giran alrededor del derecho. Adicionalmente, debo precisar que esta investigación, debe analizarse utilizando las premisas previas que se explican a continuación de forma breve, todo ello para evitar desviar la atención en el tema que constituye su núcleo.

2. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. EL DERECHO AL RECURSO Y EL DERECHO A LA PRUEBA

Uno de los grandes logros del Derecho Procesal en Venezuela lo fue la ampliación de la consagración en la Constitución Nacional de derechos procesales. En efecto, son tres las normas constitucionales aplicables directamente al proceso, que para el presente estudio son relevantes, y que contemplan en rasgos generales los siguientes derechos: (i) la tutela judicial efectiva; y (ii) el debido proceso constitucional.

No está demás recordar que la elevación a rango constitucional de un derecho supone una limitación al legislador en cuanto a su regulación, y una orden para el intérprete que tal derecho debe ser interpretado y aplicado en su forma más amplia, de manera elástica, conforme a valores, siempre que tal elasticidad no suponga una vulneración de otro derecho constitucional, el cual también tendrá la misma amplitud y elasticidad interpretativa.

Aunado a lo anterior, la elevación a rango constitucional de un determinado derecho pone en funcionamiento las garantías constitucionales para su protección; así tenemos que la violación directa de un derecho constitucional permitiría su protección por vía de la acción de amparo constitucional, lo cual, mediante una estructura constitucional y un procedimiento expedito, se podría lograr el restablecimiento inmediato de la situación constitucional infringida.

La calificación “fundamental” de un derecho es de particular importancia, pues, en aplicación de las modernas tendencias garantistas, de la cual el jurista italiano Luigi FERRAJOLI es su máximo exponente, proyecta prestaciones positivas y negativas para el Estado, dependiendo si se está en presencia de derechos de prestación o derechos libertad. En cuanto a los derechos fundamentales prestacionales, genera un deber del Estado de fomentar su protección, mediante actuaciones positivas que tiendan a ampliar su espectro tuitivo, estableciendo herramientas para restringir cualquier intento por parte del mismo Estado o de los particulares, de vulnerar su aplicación. Con respecto a los derechos fundamentales de libertad o de prestaciones negativas son aplicables a los derechos de libertad, y suponen una orden para el Estado de abstenerse de realizar acciones que tiendan a la restricción del derecho.¹

Cada uno de los anteriores derechos procesales constitucionales tienen un contenido específico, y algunos autores los han calificado como de contenido complejo. En todo caso, no debemos olvidar que la interpretación de tales derechos procesales constitucionales debe ser inspirada por los valores constitucionales. Así, tenemos que entre los valores constitucionales tenemos aquellos plasmados en el artículo 2, el cual estatuye:

Artículo 2. Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

Por tanto, la interpretación de las normas constitucionales deberá estar enmarcada en los valores de la protección a la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la preeminencia de los derechos humanos. En el contexto de los derechos constitucionales procesales encontramos, en cuanto a la tutela judicial efectiva:

1 Luigi FERRAJOLI: Derechos y Garantías, La ley del más débil. Editorial Trotta. Madrid, 2004. pp.23-24. En la misma obra, p. 37, FERRAJOLI define a los derechos fundamentales como “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar ...”

Artículo 26. Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

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

Desde el un punto de vista literal, el artículo 26 constitucional parece incluir el derecho de acción, el derecho a la ejecución y el derecho a una sentencia. De manera pura y simple, y aplicando una interpretación restrictiva, sólo podrían encontrarse tres derechos procesales. El Máximo Tribunal de la República, en Sala Constitucional, ha considerado tal contenido, en sentencia No. 708, del 10 de mayo de 2001, caso Juan Adolfo Guevara y otros, conforme a lo siguiente:

Observa esta Sala, que el artículo 26 de la Constitución vigente, consagra de manera expresa el derecho a la tutela judicial efectiva, conocido también como la garantía jurisdiccional, el cual encuentra su razón de ser en que la justicia es, y debe ser, tal como lo consagran los artículos 2 y 3 eiusdem, uno de los valores fundamentales presente en todos los aspectos de la vida social, por lo cual debe impregnar todo el ordenamiento jurídico y constituir uno de los objetivos de la actividad del Estado, en garantía de la paz social. Es así como el Estado asume la administración de justicia, esto es, la solución de los conflictos que puedan surgir entre los administrados o con la Administración misma, para lo que se compromete a organizarse de tal manera que los mínimos imperativos de la justicia sean garantizados y que el acceso a los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, en cumplimiento de su objeto, sea expedito para los administrados.

El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257). En un Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 de la vigente Constitución), donde se garantiza una justicia expedita,

sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26 eiusdem), la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaura.

Sin embargo, las corrientes constitucionalistas y procesalistas más avanzadas nos dan cuenta de que la tutela judicial efectiva tiene la característica de derecho fundamental, y que, además, tiene un contenido complejo que contempla, de manera muy resumida: (i) el derecho de acción, o de acceso a los tribunales; (ii) el derecho a una sentencia fundada en derecho congruente; (iii) el derecho al recurso; (iv) el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.² Algunas decisiones del Tribunal Supremo de Justicia han considerado que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene un cuádruple contenido, en los siguientes términos:

Ahora bien, las facultades recursivas que le asisten a la víctima, devienen inequívocamente del derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 26 de la Constitución y el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que tiene como contenido básico el derecho a acceder los tribunales sin discriminación alguna, el derecho a incoar e intervenir en un proceso, el derecho a obtener una sentencia motivada, el derecho a la utilización de los recursos y sobre todo el derecho a que la sentencia se ejecute, de lo que se concluye, bajo estas premisas, que el ejercicio y la vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva persigue evitar impunidad y reparar el daño ocasionado a la víctima”.

(Sentencia No. C05, del 09 de mayo de 2006, de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, caso Godofrido Luque Lara)

En sintonía con lo referido con la importancia de la consagración constitucional de la tutela judicial efectiva, ORTELLS RAMOS sostiene que tal derecho, aunque de rango constitucional, su configuración le-

2 Para un mayor análisis del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, lo cual excede del ámbito del presente estudio, consúltase Joan PICO I JUNOY: *Las garantías Constitucionales del Proceso*. J. M. Bosch Editor. Barcelona, España, 1997; Humberto E. T. BELLO TABARES y Dorgi D JIMENEZ RAMOS: *Tutela Judicial Efectiva y Otras Garantías Constitucionales Procesales*. Ediciones Paredes. Caracas, 2009.

gal no puede ser establecida, ni puede ser interpretada en contra de la Constitución.³

A continuación, analizaré brevemente las notas características de cada uno de los elementos que integra el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

(i) el derecho de acción, o acceso a los tribunales

En efecto, en cuanto al derecho de acción, y muy concretamente el derecho de acceso a los tribunales, comporta el derecho a la apertura del proceso, la prohibición legal de obstáculos excesivos o irrazonables de acceso al proceso, la aplicación del favor actionis o pro actionis, el derecho a la justicia gratuita, el derecho a una citación con las debidas garantías y formalidades que envuelve tal acto esencial, y la exigencia de postulación o necesidad de asistencia jurídica para la actuación de las partes en el proceso. No realizaremos un análisis profundizado sobre este derecho, debido a que ello excede los límites del presente estudio.⁴

(ii) el derecho a una sentencia fundada en derecho, congruente y el derecho constitucional a la prueba

El derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente, supone la necesidad de una decisión motivada conforme a las normas de derecho (*secundum legem*), congruente y no errónea. Es en este estadio que puede encontrarse la constitucionalización del derecho a la prueba, y en el que nos detendremos brevemente para su fundamentación, por la importancia que tiene para nuestro posterior análisis.

La constitucionalización del derecho a la prueba queda evidenciada desde que la Constitución Nacional exige una decisión judicial, conforme a derecho, congruente. La congruencia supone una necesaria relación entre la pretensión propuesta por el demandante y las excepciones y defensas opuestas por el demandado, y su vinculación con las pruebas promovidas

3 Manuel ORTELLS RAMOS: "La Acción como Derecho a la Actividad Jurisdiccional, El Derecho Fundamental a la Tutela Judicial Efectiva", en *Derecho Procesal. Introducción*. Edisofer Libros Jurídicos. Madrid, 2006.

4 En todo caso, puede consultarse, entre otros, Rafael ORTIZ ORTIZ: *Teoría General de la Acción Procesal en la Tutela de los Intereses Jurídicos*. Editorial Frónesis. Caracas, 2004; Manuel SERRA DOMINGUEZ: *Jurisdicción, Acción y Proceso*. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona, España, 2008.

y evacuadas en juicio, sin poder extraer elementos de convicción fuera de los autos, ni suplir excepciones o argumentos de hechos no alegados ni probados (artículo 12 del Código de Procedimiento Civil). De esta forma, el derecho a la prueba se eleva a rango constitucional, con las consecuencias que ello apareja (entre otras, una interpretación amplia de su norma, la imposibilidad legal de su restricción, etc.).

Sobre este particular, si bien el Tribunal Supremo de Justicia ha considerado el derecho a la prueba como un derecho constitucional, no ha tenido un criterio uniforme sobre el derecho constitucional que lo contempla, pues en algunos casos lo ha considerado dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, y en otros casos lo ha incluido en el derecho a la defensa.

En efecto, en sentencia No. 28, del 14 de abril de 2008, dictada por la Sala de Casación Civil, caso Plásticos Químicos de Venezuela, PLA-QUIVEN contra Seguros Banvalor, se pronunció en torno al derecho a la prueba como una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, en los siguientes términos:

(...) De conformidad a las jurisprudencias antes citadas, puede destacarse que el derecho a la prueba se ve vulnerado cuando el Juzgador impide de alguna manera que la prueba legal y pertinente se incorpore al proceso o cuando siendo admitida y se ordene su evacuación, no se esperen los resultados de las mismas, a los fines de producirse una decisión final, conforme a lo alegado y probado por las partes, con lo cual se estaría produciendo una indefensión. Y en sintonía con lo anteriormente motivado, de conformidad con lo pautado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, toda persona tiene el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, lo cual no se puede lograr sino por medio de la oportuna y necesaria prueba de los hechos litigiosos; así pues la prueba forma parte del derecho a esa tutela como derecho a probar en el proceso las afirmaciones de hecho realizadas por las partes al fundamentar su pretensión ...

Por su parte, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia No. 325, del 26 de febrero de 2002, caso Corpoven, filial de Pdvsa contra Abengoa Venezuela, consideró que el derecho

a la prueba se encuentra comprendido en el derecho constitucional a la defensa⁵, conforme a la siguiente argumentación:

... el derecho a la prueba en el proceso, forma parte del derecho a la defensa consagrado en nuestro Texto Constitucional. En efecto, el numeral 1 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela expresa lo siguiente: (...) La necesidad de la prueba en el procedimiento, responde a esta fundamental garantía del derecho a la defensa. Esta garantía se vería menoscabada, si no se pudiese llevar al procedimiento las demostraciones de las afirmaciones, alegatos o defensas realizadas por las partes. El derecho a la defensa en relación con la prueba, se patentiza en el procedimiento con las actuaciones de las partes cuando promueven pruebas, se oponen a las de la parte contraria, las impugnan, contradicen, cuestionan, es decir, cuando realizan actividades de control y de contradicción de la prueba.” (Subrayado nuestro).

La anterior sentencia es producto de la interpretación del artículo 49.1 constitucional, el cual establece:

Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley (...).

Ahora bien, independientemente del fundamento constitucional en el que se encuentre el derecho a la prueba⁶, resulta de vital importancia para el presente estudio considerar su elevación a rango constitucional, puesto que ello supone una interpretación amplia de su contenido, y

5 También se pronuncia en ese sentido Joan JUNO I PICOY: El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil. J.M. Bosch Editor. Barcelona, España, 1996, p.35.

6 Aclaro que la norma constitucional en el que se encuentre incluido el derecho a la prueba resulta esencial para la fundamentación y defensa del derecho a la prueba; no obstante, para el presente estudio únicamente importa considerar que tal derecho comporta un derecho constitucional, pues a partir de allí se generan importantes consecuencias.

además impone al legislador una regulación amplísima, según ya lo ha reconocido la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Sin perjuicio de la consagración constitucional del derecho a la prueba⁷, es menester advertir que tal derecho implica (i) el derecho a que se admita toda aquella prueba que sea propuesta por alguna de las partes, respete los límites inherentes a la actividad probatoria y los requisitos legales de proposición; (ii) que el medio probatorio admitido sea practicado, o evacuado; (iii) que el medio probatorio admitido y practicado, sea valorado por el órgano jurisdiccional, en la sentencia que se dicte al efecto.⁸ La amplitud en cuanto a la interpretación del derecho constitucional a la prueba supone que la valoración de la prueba por parte del órgano jurisdiccional sea íntegra, plena, que luego de la interpretación de la prueba realizada, no le quede margen de duda sobre la verdad o falsedad (en ambos casos, procesal) de la afirmación a probar⁹.

Siguiendo a Jordi NIEVA FENOLL, la valoración de la prueba debe ser concebida como “la actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso”, siendo que en tal percepción queda incluida, como actividades conjuntas, tanto la extracción de esos resultados como el juicio racional del juez sobre dicha percepción.¹⁰

En todo caso, nos importa destacar que el derecho a la prueba, en el estadio de la valoración de la misma, supone que el juez debe quedar convencido de la verdad o la falsedad de las afirmaciones de las partes; ante la duda, el Juez tiene mecanismos procesales idóneos que le otorga

7 Joan JUNO I PICOY: ob. cit., pp. 18-19, considera que “El derecho a la prueba es aquél que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso”.

8 Joan JUNO I PICOY: ob. cit., p 21.

9 Sobre la verdad, verosimilitud y probabilidad de la afirmación a probar, así como el grado de convicción del juez en la valoración de la prueba, puede consultarse Michelle TARUFFO: *La Prueba de los Hechos*. Editorial Trotta. Madrid, 2002, p. 167; Marina GASCON ABELLAN: *Los Hechos en el Derecho. Bases Argumentales de la Prueba*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 1999, p. 64; Piero CALAMANDREI: “Verdad y Verosimilitud en el Proceso Civil”, en *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Tomo III, Librería El Foro. Buenos Aires, 1996, p. 317; Jordi NIEVA FENOLL: *La Valoración de la Prueba*. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 78.

10 Jordi NIEVA FENOLL: *La Valoración de la Prueba*. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 34

la Ley para aclarar la duda. Así tenemos que, en el ámbito de las actuaciones oficiosas, el Juez podrá probar o aclarar, siempre bajo la premisa de que, en ningún caso podrá suplir la carga objetiva¹¹ de la prueba que corresponde a las partes.

Es menester tener en consideración que, en caso de que alguna de las partes, aun siendo lo más diligentes posible, no hayan logrado acreditar sus afirmaciones con los medios de a su disposición, el Juez podrá o bien probar (atendiendo a los medios dispuestos en el artículo 401 del Código de Procedimiento Civil, para las diligencias probatorias oficiosas), o bien aclarar (de acuerdo al artículo 514 eiusdem, por medio de diligencias aclaratorias). De acuerdo a lo sostenido por Joan PICO I JUNOY, el derecho a la prueba, puede, en ocasiones alcanzar las denominadas diligencias para mejor proveer¹²; ahora bien, ese derecho a la prueba por diligencias del Juez para mejor proveer no supone el derecho inmediato de las partes de pedir y el Juez así acordarlo, la práctica de tales diligencias probatorias o aclaratorias. Considero que no es un derecho “inmediato” porque existe un margen de análisis del Juez para ponderar si resulta necesaria la diligencia probatoria o aclaratoria, a lo discrecional s efectos de la decisión. Es que, siempre en materia de pruebas, el Juez debe tener un amplio margen de análisis sobre la necesidad de la prueba, y el cumplimiento de los requisitos intrínsecos y extrínsecos de la misma.

En cuanto a los requisitos intrínsecos, hacen referencia a los presupuestos o condiciones que debe cumplir la prueba, en atención a la causa analizada por el Juez, y son: (i) la pertinencia, y (ii) la legalidad; por su parte, los requisitos extrínsecos se refieren al cumplimiento de las formalidades legales para la promoción y evacuación de la prueba propuesta.

Sobre tales requisitos, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia No. 539, del 17 de septiembre de 2003, caso Eder Jesús Solarte Molina contra Metro de Caracas, estableció el siguiente criterio:

11 Sobre la carga de la prueba objetiva, y sus consecuencias procesales, puede consultarse Gian Antonio MICHELLI: *La Carga de la Prueba*. Editorial Temis. Bogotá, 1989, p. 96.

12 Joan JUNO I PICOY: *ob. cit.*, p 23.

...Los medios probatorios están sujetos a condiciones intrínsecas que inciden directamente en su admisión y que están previstas en el artículo 398 del Código de Procedimiento Civil, relativas a su legalidad o pertinencia y además que, también en materia de pruebas rige todo lo expuesto anteriormente en cuanto al modo, lugar y tiempo de los actos procesales. Así vemos como el citado artículo 396 establece que dentro de los primeros quince días del lapso probatorio deben las partes promover todas las pruebas de que quieran valerse. Esto nos señala que se debe respetar el principio de preclusión, razón por la cual toda prueba promovida fuera de ese lapso de quince días será extemporánea, excepto que alguna norma especial consagre lo contrario, como sucede con el instrumento fundamental de la pretensión, el cual deberá acompañarse con el libelo o indicar en él, la oficina o lugar donde se encuentre, so pena de que no se le admita después, a menos que sea de fecha posterior al libelo o que siendo anterior, el demandante no tuvo conocimiento de él, tal y como disponen los artículos 340 ordinal 6° y 434 del Código de procedimiento Civil... El artículo 397 del Código de Procedimiento Civil, ordena a las partes ‘...expresar si convienen en alguno o algunos de los hechos que trata de probar la contraparte, determinándolos con claridad, a fin de que el Juez pueda fijar con precisión los hechos en que estén de acuerdo, los cuales no serán objeto de prueba. Si alguna de las partes no llenare dicha formalidad en el término fijado, se considerarán contradichos los hechos’, y por su parte el artículo 398 eiusdem ordena al Juez providenciar ‘...los escritos de pruebas admitiendo las que sean legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes. En el mismo auto, el Juez ordenará que se omita toda declaración o prueba sobre aquellos hechos en que aparezcan claramente convenidas las partes...

Continuando con el análisis de las diligencias oficiosas, los artículos 401 y 514 del Código de Procedimiento Civil establecen tales diligencias oficiosas como una facultad del Tribunal (“podrá), aclarando en todo caso que el límite y parámetros de esa facultad del Juez se encuentran regulados por el artículo 23 eiusdem. En efecto, el mencionado artículo 23 establece: “Artículo 23. Cuando la ley dice: “El Juez o Tribunal puede o podrá”, se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad”

La facultad del juez encuentra su regulación en la norma antes transcrita, de manera que, tal discrecionalidad de las diligencias oficio-

sas no debe ser arbitraria, sino que, el Juez deberá acordar o rechazar las mismas, en la medida que la Justicia del caso así lo imponga, y en la medida que tales diligencias también cumplan los requisitos intrínsecos y extrínsecos. Por tanto, no coincidimos con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia cuando determina que:

Asimismo, esta Sala de Casación Civil ha sido constante en sostener "...que los autos para mejor proveer, son providencias que el juzgador puede dictar de oficio, en ejercicio de sus facultades discrecionales, cuando su prudente arbitrio lo determine conveniente, y sin que pueda considerársele obligado a resolver en forma alguna, cuando una de las partes requiera que sea dictado un auto. En efecto, no tratándose de pruebas que las partes puedan promover, ni de defensas que ellas puedan utilizar, en nada viola los artículos denunciados por el recurrente, el hecho de que el juez omita decidir respecto de una solicitud en ese sentido, de lo contrario, el auto para mejor proveer dejaría de ser privativo y discrecional del juez, para convertirse, en contra de su naturaleza, en un derecho de las partes según su prudente arbitrio...". (Sentencia de fecha 4 de agosto de 1999, caso: Carmen teresa Barreto de Jiménez Loyo c/ Freddy Raúl Jiménez). (...) Hechas estas consideraciones, esta Sala reitera que el auto para mejor proveer es una actuación facultativa que la Ley concede al juez, "...con el único fin de que pueda completar su ilustración y conocimientos sobre los hechos, como antecedente necesario de su sentencia, permitiéndosele despejar cualquier duda o insuficiencia que le impida formarse una clara convicción de los hechos de la causa...

(Sentencia No. 358, dictada en fecha 30 de mayo de 2006 por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, caso Desarrollos 4000 contra Condominio del Conjunto Residencial El Paraíso).

Contrario a lo referido por la anterior decisión, consideramos que, tratándose que las facultades oficiosas aclaratorias y oficiosas se encuentran dentro del derecho a la prueba, y éste a su vez encuentra fundamento en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, el Juez, ante la solicitud de cualquiera de las partes, se encontrará obligado a motivar su decisión en la que acuerde o rechace, de oficio o a instancia de parte, la diligencia oficiosa, y en todo caso, el Juez se encontrará obligado a acordar la diligencia oficiosa cuando ello sea conveniente para la búsqueda de la verdad y la Justicia del caso (en aplicación de los artículos 2 y 257 de la Constitución Nacional y el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil). Entiendo que esa fue la intención contenida en la sentencia No. 308, del

12 de abril de 2004, dictada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, caso Ricardo Ramón Schiavino Terán contra Anaís Schiavino Terán, en la que estableció que:

La Sala comparte los anteriores criterios doctrinales y considera que el juez sí puede mediante un auto para mejor proveer recolectar pruebas, siempre y cuando su búsqueda se oriente a la obtención de elementos tendientes a llegar a la convicción de lo que ha sido alegado por las partes. (Ver Rodríguez U., José. *Autoridad del Juez y Principio Dispositivo*. Valencia, Universidad de Carabobo, Instituto de Derecho Privado y Comparado, 1968). (...) La Sala acoge los criterios doctrinales precedentemente citados y reitera que los autos para mejor proveer son providencias que el sentenciador puede dictar de oficio en ejercicio de las facultades discrecionales que la Ley le otorga, para esclarecer, verificar o ampliar, por sí mismo, determinados puntos, ya constante en los autos, cuando a su juicio ello sea necesario para formarse mejor su convicción y poder decidir con justicia e imparcialidad (Ver Sent. 27 de febrero de 1980, caso: Carmelo Alonso y otro contra Auto Supl. S.A.). En otras palabras, el Juez puede, si lo juzga procedente, dictar un auto para mejor proveer, en el cual podrá acordar, entre otras medidas, la presentación de algún instrumento de cuya existencia haya algún dato en el proceso y que juzgue necesario, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, sin extremar o excederse de los límites que le impone dicha norma ...

En cuanto a las diligencias probatorias y aclaratorias, también con fundamento en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y su consecuente interpretación amplia y garantista, las mismas no deberían encontrarse limitadas a los medios determinados en los artículos que las regulan (para las diligencias probatorias: (i) interrogatorio de parte sin juramento; (ii) documento; (iii) testigo referido o mencionado; y, (iv) experticia; y para las diligencias aclaratorias: (i) interrogatorio de parte; (ii) documento; y, (iii) experticia). En nuestro criterio, el Juez podría acordar tales diligencias probatorias u oficiosas acordando la práctica de cualesquiera de los medios probatorios regulados por la Ley, inclusive los medios de prueba libres, en aras de la Justicia del caso, y en aplicación del supra mencionado criterio garantista que impone la interpretación amplia de los derechos fundamentales constitucionales de naturaleza procesal.

Abundando sobre lo anterior, no encuentro una explicación lógica, salvo la consagración legal, que restrinja los medios probatorios en las

diligencias probatorias y aclaratorias. Podríamos entender que sólo la técnica y arbitrio legislativos imponen la evacuación de los medios probatorios antes mencionados, y así se ha plegado la doctrina y jurisprudencia venezolanas. Pues bien, a la luz de la consagración constitucional de derechos procesales, y muy especialmente del derecho a la prueba, deben reinterpretarse las normas preconstitucionales contenidas en los artículos 401 y 514 del Código de Procedimiento Civil, permitiendo que el Juez pueda acordar la práctica de cualquier medio probatorio, bien sea legal o libre, para la búsqueda de la verdad, siempre que ello no suponga, e insisto en ello, suplir la carga probatoria de las partes.

Más adelante abordaremos este tema de las diligencias probatorias, en el contexto de las pruebas admisibles en el recurso de apelación.

(iii) derecho al recurso

Como anotamos con anterioridad, en el análisis del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, el Tribunal Supremo de Justicia no ha demostrado uniformidad en cuanto a la consideración del derecho al recurso como un elemento inherente, pues, se ha calificado al recurso como un derecho exclusivo del debido proceso y de defensa. Aun cuando antes aceptamos que lo importante en este estadio es considerar que el derecho al recurso tiene rango constitucional, no sobra decir que su inclusión en la tutela judicial efectiva, o bien en el debido proceso¹³, podría llevar a soluciones distintas.

En mi criterio, si incluimos al derecho al recurso dentro del debido proceso, debemos atender necesariamente a lo establecido en el artículo 49.1 de la Constitución Nacional, que al efecto establece:

Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios

13 Sobre el derecho al debido proceso, puede consultarse, además de las obras antes referidas de los profesores Joan PICO I JUNOY y Humberto E. T. BELLO TABARES, a Iñaki ESPARZA LEIBAR: *El Principio del Proceso Debido*. J. M. Bosch. Barcelona, España, 1995, p. 164.

adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley (...).

La norma antes transcrita viene a considerar el “derecho a recurrir” en el contexto del proceso penal, pues, de acuerdo a su interpretación literal, una persona declarada culpable, sólo podría concebirse en un proceso que suponga una sanción, cualquiera que ella sea, y nunca haría referencia a una condenatoria en la cual una de las partes queda obligado, por mandato judicial, a realizar una prestación de dar, hacer o no hacer a favor de otra persona (como es la generalidad en los juicios civiles).

Aunado a lo anterior, dicha norma constitucional debe vincularse directamente con lo establecido tanto en el literal h) del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), que dispone:

Artículo 8. Garantías Judiciales.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

(...)

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

El mencionado artículo hace referencia al proceso penal, y creemos que una interpretación literal de dicha norma, no lleva a una conclusión distinta que el derecho al recurso es procedente en el proceso penal, siendo que tal garantía se justifica en la medida que exista posibilidad de privación de la libertad de una persona.

Otra opción válida, para considerar el derecho al recurso la encontramos en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone un derecho al recurso de contenido más amplio, dentro del cual podría incluirse dicha facultad como un derecho fundamental, extensivo a cualquier tipo de proceso, y que se aplica en el ordenamiento jurídico venezolano de forma inmediata, a tenor del artículo 23 de la Constitución. En efecto, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece:

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Aunado a lo anterior, el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sobre el derecho a los recursos, lo siguiente:

“Artículo 2.

(...)

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

- a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
- b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;
- c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

A la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es factible concluir que en Venezuela, por mandato del artículo 23 Constitucional, es mandatorio el recurso judicial, concebido este como un medio de impugnación contra toda decisión judicial, para corregir la forma o la justicia del mismo.

El derecho al recurso podría encontrarse incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva, de conformidad con el artículo 26 constitucional. Este derecho, de contenido amplísimo, en mi criterio, constituye el pilar fundamental del derecho a los recursos judiciales, y dado su espectro de interpretación, dentro del mismo se encuentran los siguientes elementos:

- Supone una interpretación amplia de la norma constitucional y una flexibilidad del legislador en su regulación; esta premisa evidencia la reducida maniobrabilidad del legislador para su limitación, y en todo caso corresponde al intérprete marcar la dirección o camino hacia una consagración amplia de los recursos;
- Tratándose de un derecho de contenido amplio, sus principios¹⁴ básicos son aplicables a todos los recursos, sin que pueda considerarse limitado únicamente al recurso de apelación. Tal premisa supone que el derecho al recurso no implica sólo una garantía de la doble instancia o doble grado de jurisdicción, aunque sea tal recurso de apelación el más frecuente. La vulneración de las normas relativas a cualquier recurso constituye una vulneración de un derecho constitucional, y frente a ello obran las garantías constitucionales procesales.
- Por aplicación del principio dispositivo¹⁵, es aplicable el también principio de prohibición de reformatio in peius, como una limitación del juzgador, en la labor de revisión del fallo, de empeorar la situación procesal y material del único recurrente, como una manera de no penalizar al recurrente por la interposición del recurso, y evitar así un desestímulo procesal del recurso.

14 Para un análisis exhaustivo de los principios, puede consultarse Margarita BELADIEZ ROJO: Los Principios Jurídicos. Editorial Aranzadi. Pamplona, España, 2010; Jorge W. PEYRANO: El Proceso Civil, Principios y Fundamentos. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1978.

15 Cuyo fundamento constitucional puede encontrarse en el derecho de propiedad. Si bien es cierto que la doctrina no ha reconocido tal fundamento constitucional, es factible llevar a tal conclusión desde que las partes tienen la posibilidad de disponer del proceso; para el demandante mediante su decisión de interponer o no la demanda para la defensa de su derecho; para el demandado, por su voluntad de resistir el derecho reclamado, o bien allanarse al mismo; e inclusive en el curso de proceso, las partes pueden poner fin al mismo mediante el uso de los medios de autocomposición procesal. Para un análisis del principio dispositivo, puede consultarse José Luis BLANCO GOMEZ: Sistema Dispositivo y Prueba de Oficio. Ediciones Jurídicas Ibañez. Bogotá, 1994, p. 44, en el que afirma que "... durante el curso del proceso las partes pueden desistir de las pretensiones, transigir la litis o el demandado allanarse al libelo del demandante, evento estos que caen bajo el dominio de la disposición del derecho, con directas repercusiones en el proceso"

Más adelante analizaré el criterio del Tribunal Supremo de Justicia con respecto al recurso judicial, y su inmediata vinculación con la doble instancia o doble grado de jurisdicción.

(iv) derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales

El derecho con la efectiva de las resoluciones judiciales, como elemento del derecho a la tutela judicial efectiva, no tiene influencia decisiva en las conclusiones de este estudio, razón por la cual mencionaremos someramente su contenido. Así tenemos que el mismo comporta:

- la inmodificabilidad del fallo, aplicándose así la eficacia de la cosa juzgada¹⁶, lo cual no es un fin en sí mismo sino un instrumento para asegurar la efectividad de la tutela judicial, pues la protección judicial carecería de eficacia si se permitiera reabrir un proceso ya resuelto por sentencia firme.
- la posibilidad de practicar medidas cautelares o preventivas, del más amplio contenido, para garantizar la efectividad y ejecución de la sentencia definitivamente firme, y no quede ilusoria la ejecución del fallo. La posibilidad de practicar medidas cautelares involucra el cumplimiento de los requisitos: (i) *fumus boni iuris*, o presunción de buen derecho; (ii) *periculum in mora*, o peligro en la demora por la sustanciación del procedimiento y su correlativo transcurso del tiempo; (iii) *periculum in damni*, o peligro de daño, que resulta aplicable a las medidas cautelares atípicas.¹⁷
- la práctica o materialización del fallo, con límites de razonabilidad y proporcionalidad, pero que comporte, en todo caso, la efectiva ejecución voluntaria, y en su defecto, forzosa de la sentencia.

16 Sobre la cosa juzgada, puede consultarse un estudio completo de Jordi NIEVA FENOLL: *La Cosa Juzgada*. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona, España, 2006; Andrés DE LA OLIVA SANTOS: *Objeto del Proceso y Cosa Juzgada en el Proceso Civil*. Civitas. Navarra, 2005.

17 Para una revisión de las principales características de las medidas cautelares, tenemos, Francisco RAMOS ROMEU: *Las Medidas Cautelares Civiles, Análisis Jurídico-Económico*. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona, España, 2006.

3. EL RECURSO DE APELACIÓN COMO GARANTÍA DE LA DOBLE INSTANCIA

En relación con el Capítulo I, sobre el derecho al recurso como derecho de rango constitucional imbuído dentro de la tutela judicial efectiva, así como su inmediata consecuencia vinculada con la aplicación de todos sus efectos a todos los recursos, ordinarios, extraordinarios o excepcionales, horizontales o verticales, principales o subsidiarios, suspensivos o no suspensivos positivos o negativos, analizaremos el desarrollo de la jurisprudencia constitucional venezolana con relación únicamente al derecho a la doble instancia o doble grado de jurisdicción.

El análisis de la jurisprudencia sobre el tema antes mencionado resulta de interés particular, porque las conclusiones propuestas en el presente estudio suponen una adaptación coherente de los criterios judiciales a las normas constitucionales.

Así tenemos que, la Sala Constitucional, en sentencia No. 328, del 9 de marzo de 2001, caso Giovanni Selvaggio Spadafino, consideró el derecho a la doble instancia como un derecho de rango constitucional, a la luz de su consagración como derecho humano fundamental, en los siguientes términos:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, declaró que los tratados, pactos y convenios relativos a los derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional, razón por la cual los mismos, “prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público” (artículo 23).

De tal modo, que nuestro Texto Constitucional, además de referir los principios fundamentales y los valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional, consolida el respeto a los derechos esenciales del hombre, inspirado en el valor de la solidaridad humana, esto es, los derechos humanos, ampliando su régimen de protección al consagrarlos como derechos constitucionales.

En este contexto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita y ratificada por Venezuela (G.O. No. 31.256 de fecha 14-06-77), en su artículo 8, numerales 1 y 2, establece lo siguiente:

“1.- Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en

la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral fiscal o de cualquier otro carácter... (omissis).

Asimismo, establece dicho artículo en su literal h), el derecho que, en plena igualdad y durante el proceso, tiene toda persona "a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior".

(...)

En este contexto, la Sala precisa, que conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita y ratificada por Venezuela, todo juicio debe ser llevado ante un tribunal de instancia, cuyo fallo pueda contar con una instancia revisora superior (principio de la doble instancia)."

La consagración del derecho a la doble instancia aparece sin limitación alguna, y se dispone que toda norma, bien sea preconstitucional o postconstitucional debe contener la posibilidad de revisión del fallo por un Tribunal de superior jerarquía.

Luego del transcurso de 7 meses, mediante sentencia No. 1897, del 9 de octubre de 2001, caso José Manuel De Sousa, la Sala Constitucional comenzó a restringir su interpretación sobre la doble instancia, y al efecto estableció un criterio, que contrasta con el régimen legal ordinario de admisibilidad del recurso de apelación (previsto en los artículos 288, 289, 290 y 291 del Código de Procedimiento Civil). En efecto, estableció lo siguiente:

(...) tanto la solicitud constitucional como la sentencia dictada en primera instancia constitucional, parten de la idea de que de conformidad con el artículo 891 del Código de Procedimiento Civil, en aquellos procedimientos breves en los cuales la cuantía sea menor de cinco mil Bolívares, no existe el recurso de apelación. Este argumento es expuesto explícitamente en la pretensión de amparo y tácitamente en la sentencia apelada, cuando, para declarar sin lugar la acción constitucional, examina la cuantía del proceso donde fue dictada la sentencia, como justificación de la revisión realizada en segunda instancia. Pero, en ambos casos, se parte de un error de interpretación, con el cual se desconoce el principio de la doble instancia, por las siguientes razones:

El artículo 891 del Código de Procedimiento Civil indica lo siguiente:

... De la sentencia se oirá apelación en ambos efectos si ésta se propone dentro de los tres días siguientes y la cuantía del asunto fuere mayor de cinco mil bolívares ...".

No se puede inferir del texto del artículo precedentemente transcrito, que se niegue la posibilidad de apelar de las sentencias definitivas dictadas en los juicios cuya cuantía no excede de cinco mil bolívares. Sólo se infiere que para que la apelación pueda escucharse en dos efectos, es necesario que ocurran dos elementos en forma concurrente: que se realice en tiempo hábil y que el asunto tenga una cuantía mayor de cinco mil bolívares. En los procedimientos cuya cuantía sea menor, existe apelación, pero se tramita en un solo efecto, cuando ha sido propuesta dentro del término. Cualquier otra interpretación negaría el principio de la doble instancia, que es, como se indicó precedentemente, un principio constitucionalmente tutelado (...).

Tan sólo un año y medio después de la interpretación garantista que dio la Sala Constitucional al derecho a la doble instancia, esta misma Sala, de manera sorpresiva, restringió en extremo dicho recurso, permitiendo que, a la luz de una norma preconstitucional, el legislador pudiera restringir el derecho al doble grado de jurisdicción. En efecto, en sentencia No. 2667, del 25 de octubre de 2002, caso Eluzai Eduvigis Andarcia Robayo, la Sala Constitucional dispuso:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela declaró que los tratados, pactos y convenios relativos a los derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional, razón por la cual los mismos “prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público (artículo 23).

De tal modo, que nuestro Texto Constitucional, además de consagrar los principios fundamentales y los valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional, consolida el respeto a los derechos fundamentales del hombre, inspirado en el valor de la solidaridad humana, ampliando su régimen de protección al reconocerlos como derechos constitucionales.

En este contexto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita y ratificada por Venezuela (G.O. No. 31.256 de fecha 14-06-77), en su artículo 8, numeral 2, literal h) establece lo siguiente:

2.- Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas... (omissis).

h) derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior.

Al respecto, la Sala observa que, es de antigua data, en la doctrina patria, la discusión sobre si el principio de la doble instancia, que posee su fundamento en la citada norma de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita y ratificada por Venezuela, tiene aplicabilidad de manera absoluta en los procedimientos Civiles, Mercantiles, Laborales, Tributarios, etc, toda vez que de la interpretación de la referida norma, se puede concluir, que sólo hace referencia a los procedimientos penales.

(...)

Esta Sala juzga que el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales contemplado en el artículo 26 de la Constitución de la República de Venezuela, debe ser entendido como el derecho a obtener una resolución a través de los procedimientos legalmente establecidos y conforme a las pretensiones formuladas por las partes. Pero el derecho a los recursos y al sistema legal impugnatorio, salvo en el proceso penal, no tiene vinculación constitucional. Por tanto, el legislador es libre de determinar su configuración, los supuestos en que procede y los requisitos que han de cumplirse en su formalización.

No obstante lo anterior, la Sala da cuenta de que en su decisión n° 328/2001 del 9 de marzo, a propósito de un recurso de revisión, se desaplicó por control difuso de la constitucionalidad el artículo 891 del Código de Procedimiento Civil al considerarse vulnerado el principio de la doble instancia, mas tal criterio sólo es válido en forma absoluta en materia penal, pues su fundamento es una norma de rango constitucional (artículo 8, numeral 2, literal h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) conforme lo dispone el artículo 23 de la Constitución, pero en el caso de autos la regulación legal que impone restricciones a dicho principio hace posible la tutela judicial efectiva en los términos prescritos por ella.

El anterior criterio fue reiterado en las sentencias No. 694, del 9 de julio de 2010, caso Eulalia Pérez González, No. 299, del 17 de marzo de 2011, caso Nancy Hermildes Colmenares Pernía contra Servicios Gerenciales de Occidente, No. 1317, del 3 de agosto de 2011, caso: Mirelia Espinoza Díaz, y recientemente la sentencia No. 429, del 12 de abril de 2012, caso: Ramón Evangelista Escalante Chacón, todas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en las que se estableció una limitación al doble grado de jurisdicción o doble instancia en razón de que no existe una consagración constitucional expresa en el artículo 49.1, obviando cualquier otra interpretación garantista que podría devenir del derecho a la tutela judicial efectiva.

Aún más, en sentencia No. 1196, del 25 de julio de 2011, caso Héctor Selma Contreras contra Belkis Horeyma Orejarena Becerra, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con el ánimo de despejar cualquier duda con relación a la negación del derecho a la doble instancia, realizó un recorrido histórico de los diversos criterios sobre tal aspecto, y en los que reconoció la necesidad de “atemperar” la interpretación del derecho a la doble instancia, a fin de permitir al legislador un amplio margen de regulación del mismo. En efecto, en la sentencia antes mencionada, se concluyó:

(...) Todo lo anterior supone, que si bien esta Sala, en anteriores oportunidades, consideró que el principio de la doble instancia comportaba una garantía constitucionalmente tutelada, tal criterio fue atemperado, en el sentido de que el derecho a recurrir del fallo constituía una garantía constitucional propia del proceso penal, pues así lo dispone el artículo 49.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando expresa “toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y en la ley”; así como también, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita y ratificada por Venezuela, según la cual, todo juicio debía ser llevado ante un tribunal de instancia, cuyo fallo pudiera contar con una instancia revisora superior (principio de la doble instancia).

De esta forma, quedó dictaminado que no devienen en inconstitucional, aquellas normas de procedimiento (distintos al ámbito penal) que dispongan que contra la sentencia definitiva, no cabe el recurso de apelación, pues la doble instancia, no constituye una garantía constitucional, como si lo son la tutela judicial efectiva y el debido proceso.

El derecho a la tutela judicial efectiva (como garantía constitucional) supone la facultad de acceder a la justicia, impartida conforme al artículo 26 del Texto Fundamental (imparcial, gratuita, accesible, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa, expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles); por su parte, el derecho al debido proceso que a su vez comprende el derecho a la defensa, el derecho a ser oído, el derecho al juez natural, entre otros, no incluye dentro de sus componentes la doble instancia, pues ésta sólo tiene cabida, si la ley así lo contempla. La circunstancia que determinados juicios se sustenten en una sola instancia, responde en algunos casos, como al que aquí se analiza, a la voluntad del legislador de descongestionar, dentro de lo posible, los tribunales de la República, para lo cual creó determinados

procedimientos que, dependiendo de su cuantía, se sustancian en única instancia. (...).

Este criterio, hasta el momento sin sufrir modificación alguna, comporta una limitación absoluta del derecho al doble grado de jurisdicción, lo cual, en mi opinión, atenta abiertamente contra el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. En efecto, como fue analizado en el Capítulo I, el derecho al recurso, y dentro de éste a la doble instancia o doble grado de jurisdicción, tiene un fundamento constitucional claro, lo cual, produce consecuencias jurídicas importantes, que son:

- (i) una interpretación amplia y garantista sobre el recurso, lo cual supone el derecho a recurrir en apelación de los fallos judiciales, para que un Tribunal de superior jerarquía, en su función de revisión, analice la sentencia recurrida, y confirme, modifique o revoque tal decisión. Es importante recordar que la función del Tribunal de Alzada tiene amplios poderes decisorios respecto de la sentencia de inferior jerarquía, que, atendiendo al vicio denunciado (de nulidad o inexistencia), podrá dictar un juicio rescisorio o un juicio rescindente. Esta interpretación amplia ha sido recogida expresamente por normas post constitucionales de carácter civil, las cuales tienden a garantizar, de forma expresa e inequívoca, el derecho al recurso de apelación, independientemente de la cuantía de la demanda.¹⁸
- (ii) una limitación para el legislador, que le impide establecer restricciones a dicho derecho, por lo cual, como ya vimos, deberá permitir el acceso al recurso de apelación con total independencia del asunto debatido y su cuantía. Evidentemente que la interposición del recurso de apelación supone el cumplimiento de unos requisitos o presupuestos de admisibilidad (objetivos: acto impugnado, plazo y formalidades; y, subjetivos:

18 Por ejemplo, la reciente Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Viviendas, en su artículo 123, establece expresamente el derecho que tiene cualquiera de las partes de ejercer el recurso de apelación contra la sentencia definitiva, independientemente de la cuantía del asunto debatido. Esta consagración legal representa una adhesión al criterio constitucional del derecho a la doble instancia o doble grado de jurisdicción. Tal situación también queda evidenciada en el artículo 161 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, artículo 488 de la Ley Orgánica de Niños, Niñas y Adolescentes, artículo 451 del Código Orgánico Procesal Penal, artículo 87 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso, artículos 174 y 228 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario

agravio o perjuicio, legitimación), con el fin de establecer un orden en el proceso, pero ello no debe comportar una restricción irrazonable del particular para acceder al recurso. Por tanto, la naturaleza jurídica del asunto debatido, o bien la cuantía de la reclamación son criterios irrazonables que permiten al intérprete judicial, en aplicación de los mecanismos de defensa de la Constitución como lo es el control difuso, aplicar la norma que contraste con el derecho constitucional al doble grado de jurisdicción, permitiendo así el acceso del justiciable interesado que el Tribunal de superior jerarquía conozca y decida el mérito del recurso de apelación.

- (iii) una protección constitucional del derecho al doble grado de jurisdicción, lo cual supone que, por vía de amparo constitucional, según lo dispuesto en la Ley Especial, o bien el inaplicación de una norma por control difuso de la constitucionalidad de las leyes, el Tribunal de que se trate puede garantizar la aplicación efectiva e inmediata de tal derecho procesal constitucional.¹⁹
- (iv) la imposibilidad de que su interpretación y aplicación contraste con los valores constitucionales establecidos en el artículo 2; pues al contrario, tales valores son orientados de la interpretación de que tenerse respecto de cualquier norma constitucional; aunado a lo anterior, la imposibilidad de que otras normas de rango constitucional, como el derecho a la no discriminación, se confronte directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva, por lo cual debe favorecerse una interpretación amplia a admitir el doble grado de jurisdicción respecto de sentencias definitivas dictadas en cualquier clase de procedimiento.

De esta forma, considero que tanto el derecho al recurso, y dentro de éste el doble grado de jurisdicción, como el derecho a la prueba tienen rango constitucional, lo que conduce a considerar todas las consecuencias que su consagración constitucional apareja, lo cual será estudiado detenidamente en el punto siguiente.

19 Sobre la aplicación directa e inmediata de las normas constitucionales, puede consultarse, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Ediciones Civitas. Madrid, 1985; Roberto L. BLANCO VALDÉS: *El Valor de la Constitución*. Alianza Editorial. Madrid, 2006, p. 101 y ss.

4. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO AL DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN ¿INSTANCIA REVISIVA O RENOVADORA?

La determinación de la naturaleza jurídica de una institución podría resultar infructuosa, y hasta extenuante, si no se tiene en cuenta su verdadera utilidad y aplicación. Inclusive, observamos con mucha frecuencia que parte de la doctrina procesal se concentra en exposiciones complejas sobre la naturaleza jurídica de una institución, y se adopta una determinada posición, sin que se indique el motivo que conduce a su expositor a realizar tal análisis. Ese mismo análisis también es realizado en aulas universitarias, sin explicarse claramente al oyente la utilidad práctica que ello representa, lo cual, en la mayoría de los casos, hace perder interés a la parte introductoria de materias fundamentales, siendo que dicha mención constituye una premisa fundamental para la comprensión del instituto a ser analizado.

Esta ausencia de explicación nos obliga a realizar algunos comentarios preliminares sobre la utilidad que nos brinda la determinación de la naturaleza jurídica de cualquier institución, y en este caso del doble grado de jurisdicción.

El procesalista español Juan MONTERO AROCA sostiene que cuando un jurista pretende hallar la naturaleza jurídica de la institución que fuere, está buscando la categoría jurídica general (el género) en la que encuadrar la especie que está estudiando, y su esfuerzo responde, no a un puro deseo de jugar a las clasificaciones y subclasificaciones, sino a una clara finalidad práctica: se trata de determinar ante el silencio de la ley, ante la laguna legal, qué normas son aplicables supletoriamente.²⁰

En consecuencia, la determinación de la naturaleza jurídica de una institución tiene como objetivo la búsqueda del marco general en el cual es factible encuadrar la categoría bajo análisis, y ante la existencia de una laguna de reglamentación, se debe acudir, de forma supletoria, a la regulación de la institución general. Esa actividad intelectual nos sitúa en una relación de continente-contenido, de manera que determinar la

20 Juan MONTERO AROCA: "El Proceso no tiene naturaleza jurídica". Revista de Derecho Procesal, No. 1. Caracas. Edición Conjunta del Instituto de Estudios de Derecho Procesal "José Rodríguez Urraca" y Paredes Editores, 1990, p. 102; y Juan MONTERO AROCA y otros: Derecho Jurisdiccional I, ...op. cit., p. 291-307.

naturaleza jurídica de alguna institución (contenido) implica conseguir la institución de mayor amplitud en el cual podemos encuadrarla (continente). Pues bien, en el presente Capítulo esbozaremos brevemente algunas líneas relacionadas con la función del Tribunal de Alzada dentro del doble grado de jurisdicción, todo lo cual nos ofrecerá la naturaleza jurídica de su análisis, situación esta que nos permitirá, en lo adelante, establecer conclusiones respecto a la necesidad probatoria en la Segunda Instancia del proceso.

El doble grado de jurisdicción debe encuadrarse en el contexto del recurso de apelación. A su vez, el recurso de apelación constituye un medio de impugnación que debe subsumirse en la teoría general de los recursos, y ésta a su vez en la teoría de los medios de impugnación (recordamos que la teoría general de los medios de impugnación está constituida por dos grandes bloques: (i) teoría general de los recursos; y, (ii) teoría general de las nulidades²¹).

Es menester aclarar que los principios de la teoría general de los recursos, es aplicable a cualquier clase de proceso, y para el presente estudio, el de naturaleza civil, de manera que las conclusiones a las cuales arribemos en el presente capítulo resultan extensivas a todos los procesos civiles.

Así, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia No. 1315, de fecha 9 de noviembre de 2004, dictada por la Sala de Casación Civil, caso José Antonio Márquez Leitón contra José Ángel Portales y Florimar Ruiz Useche, estableció, respecto del recuso de apelación, lo siguiente que:

Conforme al citado artículo es deber del juez de segundo grado pronunciarse sobre el mérito de la controversia, aun cuando la sentencia apelada se halle viciada por defectos de forma; en ningún caso le es posible ordenar la reposición de la causa fundado en la nulidad de la sentencia apelada, pues en el actual régimen procesal el sentenciador de alzada tiene el deber de reexaminar la controversia corrigiendo los defectos de actividad advertidos en la sentencia de primera instancia, y si en definitiva incurre en los mismos vicios, éstos pueden ser denunciados en casación a través del correspondiente ordinal del

21 Vid. Enrique VESCOVI: Los Recursos Judiciales y demás Medios Impugnativos en Iberoamérica. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1988, p 5.

artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, como vicio formal de la sentencia del superior.

Bajo el régimen del Código de Procedimiento Civil de 1916, tal declaratoria originaba la nulidad de la sentencia de primer grado y la consecuente reposición de la causa al estado de que el a quo dictara nueva decisión. Al modificar el legislador el sistema de la “Querrela Nulitatis”, y establecer que la existencia de vicios en la decisión apelada no conduce a la reposición, restringió la posibilidad de declarar la nulidad y consecuente reposición, al supuesto de que se hubieren quebrantado formas procesales relacionadas con el iter procedimental que culmina con la sentencia de mérito.

Si bien es cierto resulta de vital importancia hacer referencia al criterio aplicado por la Sala de Casación Civil, nos interesa sobremanera hacer referencia, en primer lugar, a la consagración legal de la naturaleza de los recursos, y posteriormente, mencionar brevemente el tratamiento que la doctrina ha dado respecto a este punto.

En efecto, desde el punto de vista legal, las normas de naturaleza civil (rectius: distintas a la penal) carecen de una sistematización clara respecto de los poderes del Juez de Alzada en el conocimiento del recurso de apelación, aun cuando debe reconocerse que en las normas post constitucionales se han venido estableciendo cargas específicas para la parte recurrente relacionadas con la necesidad de formalizar (o fundamentar) el recurso, o bien de asistir a una Audiencia Oral, so pena de desistimiento del recurso. La regulación en el procedimiento civil ordinario más cercana en cuanto al ámbito de conocimiento del Juez de Alzada la podemos encontrar en el artículo 209 del Código de Procedimiento Civil, el cual establece:

Artículo 209. La nulidad de la sentencia definitiva dictada por el Tribunal de la instancia inferior, que se halle viciado por los defectos que indica el artículo 244, sólo puede hacerse valer mediante el recurso de apelación, de acuerdo con las reglas propias de este medio de impugnación. La declaratoria del vicio de la sentencia por el Tribunal que conozca en grado de la causa, no será motivo de reposición de ésta, y el Tribunal deberá resolver también sobre el fondo de litigio. Esta disposición no se aplica en los casos a que se refiere la última parte del artículo 246.

La norma antes transcrita determina de manera poco clara el ámbito de conocimiento del Juez del Alzada en el recurso de apelación. Realizando un análisis sistemático de dicha norma, extraemos lo siguiente:

- (i) los vicios de nulidad de la sentencia establecidos en el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil, sólo pueden hacerse valer a través del recurso de apelación. Por vía de consecuencia, el Juez de Alzada se encontrará obligado a revisar si la sentencia recurrida en apelación contiene vicios de nulidad, y en tal supuesto deberá declararlo, anulando la decisión recurrida, para posteriormente dictar un fallo sustitutivo que cumpla con los requisitos de forma, y además se pronuncie sobre el fondo de la controversia (juicio rescisorio).
- (ii) los vicios de inexistencia de la sentencia también pueden hacerse valer a través del recurso de apelación; sin embargo, en caso de detectarse un vicio de inexistencia en la decisión, surge la obligación del Juez de Alzada de reponer la causa al estado en que el Tribunal a quo dicte una sentencia válida (juicio rescindente).
- (iii) la norma no establece regulación alguna con respecto a la existencia de vicios de fondo, es decir, en cuanto a la aplicación de la norma jurídica (falsa aplicación, falta de aplicación y error de interpretación, según la técnica casacional), por lo cual surge la duda si el Tribunal, no encontrando un vicio de forma de la sentencia, se encuentra obligado a ratificar el fallo de la primera instancia, o si, por el contrario, en este mismo supuesto, deberá dictar un fallo, con sus propios motivos, que bien pueden ser idénticos a los de la sentencia de primera instancia, o bien diversos, siempre en el contexto de lo alegado y probado por las partes.

En los particulares (i) y (iii) puede surgir la duda sobre la facultad revisiva o renovadora del Tribunal de Alzada cuando conoce el recurso de apelación. En otras palabras, el Tribunal de Alzada se encontrará obligado a revisar tanto el fallo como el procedimiento sustanciado en la Primera Instancia, y a partir de allí dictar una decisión rescisoria; o bien, el Tribunal de Alzada tendrá una amplia facultad que permita a las partes argumentar y sustanciar nuevamente las pruebas producidas en la Primera Instancia, convirtiendo a dicho Tribunal de Alzada en una primera instancia (una segunda Primera Instancia).

Como primera aproximación, puedo afirmar que el proceso se encuentra concebido en fases preclusivas²², perfectamente delimitadas, en las que las partes, a sabiendas de las sanciones procesales que genera el incumplimiento de una carga, deberán cumplir éstas en cada fase del procedimiento de primera instancia. Así tenemos que el procedimiento de primera instancia está conformado por una fase de introducción de la causa, en la cual las partes, tanto demandante (con su pretensión) y el demandado (con sus excepciones y defensas) delimitan el ámbito de discusión del conflicto, quedando las partes impedidas de modificar el ámbito decisorio mediante actos posteriores. Seguidamente, aparece la fase de instrucción de la causa, en que las partes, conforme a los alegatos expuestos en la fase introductoria y las cargas probatorias, pretenden acreditar sus respectivas afirmaciones mediante la promoción y realización de la prueba (fase probatoria). A continuación, viene la fase de decisión de la causa, oportunidad estelar para el Tribunal de Primera Instancia, en el cual, conforme a los alegatos expuestos por las partes, y las actividades probatorias llevadas a cabo, dicta una decisión que bien puede ser inhibitoria, formal o repositoria, o bien puede dictar una sentencia definitiva que dirima el fondo la controversia.

Un sector de la doctrina es conteste en considerar que el recurso de apelación supone una instancia revisiva²³, y no renovadora, de manera que no se permite la posibilidad de nuevos hechos o nuevas pruebas en la Instancia de Alzada. Sobre ello, estamos parcialmente de acuerdo, puesto que surgen dudas razonables respecto de la regulación legal de las pruebas en Segunda Instancia. El Código de Procedimiento Civil, y algunas leyes especiales, como por ejemplo la Ley Orgánica de Protec-

22 Para un análisis del instituto de la preclusión, puede consultarse Enrique VALLINES GARCÍA: *La Preclusión en el Proceso Civil*. Civitas. Madrid, 2004.

23 Enrique VESCOVI: *Los Recursos Judiciales y demás Medios Impugnativos en Iberoamérica*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1988, p. 156-157; Rodrigo RIVERA MORALES: *Recursos Procesales - Civil, Penal, Agrario, Laboral, Niños y Adolescentes*. Librería Jurídica. Rincón G. Barquisimeto, Venezuela, 2009, p. 231; Pedro ARAGONESES y Marta GISBERT: *La Apelación en los Procesos Civiles (Antecedentes, Legislación, Doctrina, Jurisprudencia y Formularios)*. Ediciones Civitas. Madrid, 2008, p. 632; Julio PICATOSTE BOBILLO: *Los Recursos y Otros Medios de Impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Bosh Editores. Barcelona, España, 2009, p. 365; Victor DE SANTO: *Tratado de los Recursos*, Tomo I. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1987, p. 300

ción de Niños, Niñas y Adolescentes, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, establecen la posibilidad de que las partes puedan probar en Segunda Instancia. Ahora, ¿ello supone que se abre una fase de instrucción de la causa, como extensión de la de Primera Instancia? ¿las partes puede traer nuevos hechos?

En mi criterio, la instancia de alzada es de carácter revisivo, todo ello sin perjuicio de que la ley establezca la posibilidad de promover y practicar pruebas en segunda instancia, las cuales estarán destinadas a demostrar hechos sobrevenidos ocurridos luego de vencida la fase de promoción de pruebas y hasta la oportunidad de promoción de pruebas en segunda instancia. Asimismo, siguiendo a la doctrina procesal española, también proponemos que la fase instructoria en segunda instancia permita la evacuación de medios probatorios ilegalmente inadmitidos por el Tribunal a quo. Por último, consideramos que las partes no podrán demostrar en Segunda Instancia aquellos hechos que, debido a su negligencia procesal, no acreditaron ante el Tribunal de Primera Instancia.

Ahora bien, de las anteriores conclusiones se pueden extraer varias interrogantes, las cuales serán analizadas en el próximo punto, a saber:

- ¿las pruebas en Segunda Instancia, están reguladas únicamente para probar hechos sobrevenidos?;
- ¿las partes pueden probar hechos distintos a los ventilados en el Juzgado a quo, ante el Tribunal de Alzada?;
- ¿las partes pueden probar ante el Tribunal de Alzada a través de medios probatorios, distintos a los especificados en la norma de que se trate?;
- ¿el juez, por diligencias oficiosas, podrá probar hechos en Segunda Instancia?;
- ¿el juez, por diligencias oficiosas, podrá aclarar hechos en Segunda Instancia?;

5. LAS PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA. LAS LIMITACIONES LEGALES A LA PRUEBA Y SU APERTURA

Luego de haber establecido el rango constitucional del derecho al recurso, y dentro de éste a la doble instancia, así como el derecho a la

prueba, nos resta analizar la incidencia de tales conclusiones en la prueba ante el Tribunal de Alzada.

En primer lugar, vamos a realizar breve un recorrido por la doctrina para observar la receptividad del criterio relacionado con las pruebas y su apertura en el Tribunal de Alzada, luego de lo cual, aportaremos nuestra opinión sobre el tema en estudio.

Con respecto a las pruebas ante el Tribunal de Alzada, Julio PICATOSTE BOBILLO²⁴ nos dice:

La excepcionalidad de la prueba en segunda instancia se acentúa, si cabe, con la nueva regulación, en la medida que el legislador quiere que, en principio, se agoten las posibilidades de práctica de la prueba en primera instancia tratando de remediar así el fracaso probatorio; pero ello arbitra la fórmula de las diligencias finales con una específica previsión para los casos de lagunas en la actividad probatoria en la primera instancia, oportunidad que, por lo demás, deberá aprovechar el interesado en la prueba como presupuesto para que su petición en segunda instancia prospere. / Desde una perspectiva constitucional es correcta esta concepción limitativa de la actividad probatoria en la segunda instancia, y, desde luego, no es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva. El TC ha considerado «como ajustado a la Constitución el carácter excepcional y limitado de las pruebas que pretendan practicarse durante la sustanciación de los recursos de apelación, pues el momento estrictamente probatorio pertenece a la primera fase del proceso y el recibimiento a prueba en la segunda instancia sólo cobra sentido cuando se trata de pruebas sobre hechos acaecidos después de la sentencia, que tengan relevancia para el enjuiciamiento del asunto, esto es, los llamados hechos nuevos; o cuando las propuestas en la 1ª. instancia no pudieron ser practicadas y esta imposibilidad de la práctica de la prueba no sea imputable a quien le pretende después, principios éstos a los que la regulación de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil da debido cumplimiento y que inspiran el art. 506, en el que, por remisión del art. 863 (ambos de la LEC/1981), el solicitante de este amparo ha querido fundar su pretensión»

Por su parte, Eduardo COUTURE, sostiene que, respecto de la prueba en segunda instancia, debe haber un alcance muy restrictivo, y sólo

²⁴ Julio PICATOSTE BOBILLO, ob. cit., pp. 299-300.

debe permitirse en la medida que la Ley expresamente así lo disponga²⁵. En efecto, COUTURE comenta que:

... en lo que en nuestro derecho da a la segunda instancia su nota más característica es la restricción de la prueba. El principio de que la prueba debe producirse plenamente en primera instancia, sin reservas para la segunda, es absoluta. La jurisprudencia es de una firmeza perfecta en ese sentido. En la segunda instancia sólo pueden admitirse aquellas pruebas respecto de las cuales la imposibilidad de incorporación al juicio en la primera instancia era insuperable; la enumeración es taxativa y la reapertura del periodo probatorio configura la rigurosa excepción.

Si se compara esta solución con la italiana anterior a la reforma, en la cual la admisión de la prueba era amplia, se advierte que se está en presencia de dos sistemas enteramente distintos.

La doctrina apoyada en las soluciones europeas, anteriores a las reformas recientes, no es, pues, de aplicación al derecho americano, en el cual, por las razones anotadas, la segunda instancia no es de renovación, sino revisión de la primera.

(...) El juez de la apelación podrá ordenar pruebas para mejor proveer, utilizar distintos fundamentos de derecho de los invocados por las partes o por el juez de primera instancia, etc. En estos dos puntos, iniciativa en materia de prueba y facultad de innovar en materia de derecho, nada se modifica y rigen los principios generales²⁶

CARNELUTTI, señala la posibilidad de promover y hacer evacuar pruebas de manera limitada en el contexto del recurso de apelación, apoyándose sólo en la regulación legal sobre la materia, sin mayor análisis sobre su validez o los motivos que conllevan a tal limitación.²⁷

Víctor DE SANTO, sobre el particular, sostiene que “La limitación impuesta a los tribunales de alzada –se dijo precisamente–, deriva de

25 Eduardo COUTURE: “Prueba en Segunda Instancia”, en Estudios de Derecho Procesal Civil, Tomo III. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 2003, p. 245. COUTURE sostiene que “es así porque los jueces han hecho de esta jurisprudencia un medio indirecto de fortalecer la primera instancia. No defienden tanto el material de conocimiento con que deben fallar en segunda instancia, como el principio de que el debate y la prueba se deben agotar en primera instancia”.

26 Eduardo COUTURE: Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1977. pp. 359-360.

27 Francisco CARNELUTTI: Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano. Bosch Casa Editorial. Barcelona, España, 1942, p. 446.

la medida que la parte agraviada imprime a su impugnación (*tantum appellatum quantum devolutum*), no pudiendo, por lo tanto, exceder los límites que el apelante impuso a su recurso (...) // de ahí que los códigos adjetivos latinoamericanos generalmente restringen la prácticas de pruebas en segunda instancia. // Por otra parte, como veremos, sólo pueden ofrecerse en supuestos excepcionales, de interpretación restrictiva²⁸.

Según DE SANTO, en el Derecho Argentino, se permite la prueba, en Alzada, en dos supuestos:

- 1º) Cuando se alegare un hecho nuevo acaecido o conocido con posterioridad a la contestación de la demanda o de la reconvenición, o rechazado en primera instancia;
- 2º) cuando se hubiere petitionado el replanteo de la prueba en la alzada.

En este mismo orden de ideas, las pruebas proponibles en alzada, de acuerdo al ordenamiento procesal civil argentino, son los documentos (sobrevinidamente conocido por las partes, luego de la contestación de la demanda), o la confesión judicial (que no haya sido planteada en la primera instancia).²⁹

En términos similares, Jaime GUASP reconoce que la prueba pugna con la concepción acogida por el derecho positivo para la segunda instancia, aunque por notorias razones de equidad no sea posible suprimirla por completo, sino que hay que reconocer, taxativa y limitadamente, ciertos supuestos que, contra la regla general, permite la prueba del procedimiento en la apelación.³⁰

MONTERO AROCA afirma que la naturaleza limitada del recurso no impide la existencia de prueba en el mismo, si bien de modo excepcional, y atendiendo a dos supuestos, referidos especialmente para la subsanación de defectos procesales, a saber:

- a) cuando el juez de la primera instancia hubiere inadmitido incorrectamente un medio de prueba, siempre que se hubiere intentado el recurso de reposición de la resolución denegatoria o se hubiere formulado

28 Víctor DE SANTO: Tratado de los Recursos, Tomo I. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1987, p. 349.

29 Víctor DE SANTO, ob. cit., p. 350.

30 Jaime GUASP y Pedro ARAGONESES: Derecho Procesal Civil, Tomo II, Civitas Ediciones. Madrid, 2002. p. 359.

protesta en la vista.

- b) Cuando por cualquier causa no imputable al que lo hubiere propuesto, un medio de prueba propuesto y admitido en la primera instancia, no se ha practicado en ella, si siquiera como diligencia final.³¹

En Venezuela, en primer lugar debemos hacer mención a la norma general u ordinaria que establece el derecho a la prueba en segunda instancia, sin perjuicio de disposiciones que hoy en día aparecen en leyes que regulan procedimientos especiales (p.e. niños y adolescentes, contencioso administrativo, agrario, etc.). En efecto, el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil establece:

Artículo 520. En segunda instancia no se admitirán otras pruebas sino la de instrumentos públicos, la de posiciones y el juramento decisorio. Los primeros podrán producirse hasta los informes, si no fueren de los que deban acompañarse con la demanda; las posiciones y el juramento podrán evacuarse hasta los informes, siempre que se solicite dentro de los cinco días siguientes a la llegada de los autos al Tribunal. Podrá el Tribunal dictar auto para mejor proveer, dentro de los límites expresados en el artículo 514.

Esta norma se ha mantenido, respecto de la misma restricción probatoria en segunda instancia, en el Código de 1873, de 1838 y la Ley de Colombia de 1925. De esta forma, debemos tomar como premisa que se trata de una norma que tradicionalmente ha aparecido en la norma adjetiva venezolana, y que hace referencia a la restricción probatoria, muy especialmente en cuanto al número de medios de prueba.

A partir de allí, debemos hacer mención a la Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Procedimiento Civil de 1975, que inspiró la norma adjetiva civil hoy vigente, en el que, sobre el derecho a la prueba en segunda instancia, comentaba:

Se mantiene en Segunda Instancia, la disposición vigente, según la cual, no se admiten en esta Instancia otras pruebas sino la de instrumentos públicos, posiciones juradas y juramento decisorio (Art. 520), lo que significa que en nuestro sistema, la segunda instancia no se realiza a instrucción cerrada, con los solos elementos de prueba recogidos

31 Juan MONTERO AROCA, Juan Luis GOMEZ COLOMER, Alberto MONTON REDONDO y Silvia BARONA VILAR: Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil. Tirant Lo Blanch. Valencia, España, 2009. pp. 439-440.

en la primera instancia, pero sí con una nueva instrucción bastante limitada, que excluye la prueba testimonial y las demás contempladas expresamente en el Artículo 520. Sin embargo, admitida la facultad de dictarse el auto para mejor proveer en esta instancia, es obvio que está librada a la iniciativa del Juez y a su prudencia y justicia, requerir los elementos de prueba que pueden ser traídos al proceso mediante el auto para mejor proveer (Art. 514), lo que en definitiva es una facultad provechosa para la justicia”.

Por su parte, Rafael MARCANO RODRÍGUEZ, en sus Apuntaciones Analíticas, se encarga de diferenciar, en el contexto del recurso de apelación, las demandas nuevas de los medios o argumentos nuevos. En efecto, MARCANO RODRÍGUEZ sostiene que “de la demanda nueva debe distinguirse el medio o argumento nuevo, pues si aquélla no puede ser propuesta en apelación, para el argumento nuevo siempre hay lugar en todas las instancias. El medio o argumento nuevo consiste en el derecho que corresponde a las partes para invocar en apoyo y sostenimiento de sus respectivas pretensiones ante los Tribunales de alzada, todos los alegatos, motivos y conclusiones que no hubieren deducido en la primera instancia”³²

Si bien es cierto que MARCANO RODRÍGUEZ no analiza el aspecto que nos ocupa, relacionado con las pruebas en la segunda instancia, nos da a entender que las partes podrían introducir elementos de juicio, que no procuren una innovación o transformación de la pretensión propuesta por el demandante, o las excepciones o defensas del demandado.³³

Ramón FEO, en su interpretación del artículo 398³⁴ del Código de Procedimiento Civil de 1897, sostiene que:

No hay pruebas en segunda instancia. Excepción. No pueden promoverse pruebas en segunda instancia, puesto que ya se dio tiempo

32 Rafael MARCANO RODRIGUEZ: Apuntaciones Analíticas sobre las Materias Fundamentales y Generales del Código de Procedimiento Civil, Tomo III. Artes Gráficas Rehyma. Caracas, 1960, pp. 283-284.

33 Esta misma distinción es analizada por Arístides RENGEL ROMBERG, Tomo II, p. 420-421

34 El artículo 398 del CPC de 1897, establecía: “En segunda instancia no se admitirán otras pruebas que la de documentos públicos, la de posiciones y la de juramento. // Los primeros podrán producirse hasta el acto de estarse viendo la causa, si no fueren de los que deben acompañarse a la demanda; las segundas y el juramento se admitirán si se pidieren antes del día en el principio a verse la causa”.

bastante a las partes para producir y evacuar en primera, las que creyeren conducentes; y no tendrá objeto abrir otra lucha probatoria. Pero como las posiciones no interrumpen el curso de la causa y la confesión es una prueba de importancia decisiva, se da tiempo para poder aún tomar algunas, pidiéndolas en la oportunidad que dice la ley. También se permite presentar documentos públicos, sólo públicos, siempre que no sean los que debieren acompañarse a la demanda, que ya dijo el legislador no deben admitirse después. Y como el Código Civil no permite deferir el juramento decisorio en cualquier estado de la causa, claro es que bien pudiera hacer eso en segunda instancia.³⁵

Por su parte, HENRIQUEZ LA ROCHE, en cuanto a la limitación de la prueba en segunda instancia la justifica sosteniendo que:

... La segunda instancia es también una etapa judicial de revisión del caso ya instruido por el tribunal que dictó el fallo apelado. Esa previa instrucción que ha tenido lugar mediante el aporte de las pruebas que obran en autos, justifica que sean restringidos en la alzada los medios probatorios disponibles. Por ello esta norma es de derecho estricto y no admite una interpretación extensiva a los fines de incluir dentro de la permisión legal las pruebas atípicas. // Las pruebas en segunda instancia son aquellas que por su naturaleza tienen un valor de convicción importante, por no estar sujetas a la memoria de otro o depender la evidencia del reconocimiento que hace la contraparte. Es así como la ley permite sólo la presentación de instrumentos públicos, posiciones juradas y juramento decisorio, señalando para cada caso la oportunidad cuando debe promoverse la prueba // (...) La parte in fine de este artículo 514 autoriza al juez a dictar auto para mejor proveer, el cual, según ya hemos estudiado, otorga al juez amplia facultad para ordenar experticias, no meramente aclaratorias), solicitar la incorporación de instrumentos (públicos o privados) de los cuales hay dato en actas o practicar inspección judicial en alguna localidad (...)³⁶

En lo que respecta a la jurisprudencia, debemos hacer mencionar que el Tribunal Supremo de Justicia ha mantenido un criterio restrictivo sobre la prueba en Segunda Instancia. En efecto, en sentencia No. 688, del 10 de agosto de 2007, caso Petra Antonia Romero de Hidalgo contra Augusto Rubén Escalona Linares, dictada por la Sala de Casación Civil, quedó establecido que:

35 Ramón F. FEO: Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano, Tomo II. Editorial Biblioamericana. Argentina-Venezuela, 1953, p. 185.

36 Ricardo HENRIQUEZ LA ROCHE: Código de Procedimiento Civil, Tomo IV. Editorial Torino. Caracas, 1997, pp. 49-50.

La segunda instancia, es una nueva etapa del juicio, en la cual se revisa la controversia con base en los alegatos y pruebas presentados por las partes ante el juez de la causa, no obstante, el legislador permitió excepcionalmente de manera limitada, promover ante este segundo grado de cognición, determinadas pruebas, a saber, documentos públicos, posiciones juradas y juramento decisorio.

(...)

Como puede apreciarse de la norma antes transcrita, el legislador permite la promoción y evacuación de la prueba de posiciones juradas ante la segunda instancia. Sin embargo, es muy clara la disposición cuando dispone que la misma podrá evacuarse hasta la oportunidad de la presentación de los informes. Lo que implica, que la parte promovente deberá estar atenta y efectuar todos los actos y trámites necesarios para que la prueba sea evacuada antes de esa oportunidad, pues de lo contrario, resultará evacuada fuera del lapso establecido para ello, resultando extemporánea y, en consecuencia, el juez estará impedido de valorarla.

Como hemos tenido ocasión de revisar, tanto la doctrina, tanto nacional como extranjera, así como la jurisprudencia venezolana, han mantenido un criterio restrictivo en torno a la prueba en Segunda Instancia; sin perjuicio de ello, la jurisprudencia venezolana ha asomado algunas intenciones de progreso respecto de la interpretación en materia de pruebas. Al respecto, podemos observar que en sentencia No. 255, del 09 de mayo de 2008, caso Sociedad Civil Agropecuaria Guanapa contra José Nicola Iamartino Díaz, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia sostuvo que:

Según el criterio jurisprudencial anotado anteriormente, aquellas pruebas, tales como las inspecciones judiciales, las declaraciones de testigos, las experticias y otros medios no prohibidos expresa o tácitamente por la ley, que por su tramitación requieran de mayor tiempo para poder ser evacuadas, una vez promovidas dentro de la articulación, pueden ser recibidas fuera de ésta, incluso aquellas pruebas no evacuadas dentro del término destinado para ello en el juicio ordinario. Tal criterio deviene de una interpretación armónica de los postulados constitucionales, de manera que "(...) la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaura (...)". (Sentencia de la Sala Constitucional N° 1417, de fecha 2 de junio de 2003, expediente N° 02-1875, caso: Leonor María Infante y otra).

En términos similares, Joan PICO I JUNOY ya sostenía que "... según la cual la nueva configuración del derecho a la prueba aconseja adoptar criterios flexibles que favorezcan la máxima actividad probatoria"³⁷.

Lo anterior supone una interpretación amplia y garantista del derecho a la prueba en segunda instancia, en la que rige plenamente el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, por lo cual resulta imprescindible distinguir sobre la categoría de hechos que pueden ser ventilados en la fase de revisión.

Habiendo tomado posición sobre la naturaleza revisiva del procedimiento de Alzada, debemos hacer una distinción en el contexto de dicha instancia sobre los hechos que se ventilan en la misma. De esta manera, en el procedimiento de Segunda Instancia podemos encontrar hechos ya analizados ante el Tribunal de Primera Instancia (que dio lugar a la decisión recurrida) y aquellos sobrevenidos en la Instancia de alzada.

Sobre los hechos, la ley adjetiva delimita perfectamente las tres fases que componen el proceso de primera instancia, a saber, la fase de introducción, de instrucción y de decisión. La fase de instrucción se caracteriza porque las partes puedan esgrimir tanto la pretensión, como la excepción y defensa, sobre la cual versará la prueba para la fase instructoria, en la que las partes deberán acreditar aquellas afirmaciones que hayan quedado controvertidas en la fase de introducción. Seguidamente, ya en fase de decisión, ante la duda, el Juez podrá ordenar la evacuación de medios probatorios, para probar o para aclarar, siempre que ello no constituya una forma de suplir carga de la prueba.

En la fase superior, a las partes les estará vedado aducir nuevos hechos, pues, es de suponer que, en la primera instancia han debido plantear todas las afirmaciones y los elementos fácticos y jurídicos, que sirvieron de base para la sentencia dictada.

En la segunda instancia, invocar hechos nuevos relacionados con el mérito de la controversia, supondría una ampliación del *thema decidendum* para el Tribunal de Alzada, lo cual contrastaría con su función revisora tanto del procedimiento de primera instancia como de la propia sentencia recurrida.

37 Joan JUNO I PICOY: El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil, ob. cit., p. 119.

Sin perjuicio de lo anterior, a la luz de las disposiciones adjetivas vigentes relacionadas con la prueba en Alzada, nos preguntamos si les es posible a las partes alegar otros hechos en la segunda instancia. Esta pregunta guarda total pertinencia desde que el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, así como las diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico, permiten promover medios probatorios.³⁸

Podríamos llegar entonces a una primera conclusión en la que es factible sostener que la posibilidad de promover nuevas pruebas supone que las partes puedan alegar nuevos hechos. Si ello no fuera así, entonces cuál es el sentido de que las partes puedan proponer y hacer evacuar pruebas en la Alzada.

Algunos códigos procesales extranjeros³⁹ permiten que las partes puedan aducir nuevos hechos, sobre la base de la existencia de hechos desconocidos al momento de la finalización de la fase de introducción, y siempre sobre la base de que hay un plazo breve para que las partes aleguen la existencia de esos hechos nuevos, y consecuentemente puedan probar los mismos.

La condición para la alegación de esos hechos nuevos viene basada en su vinculación con los hechos planteados en la pretensión. En otras palabras, en la medida en que los hechos nuevos deriven de la misma causa, y no amplíen la pretensión, se permitiría que las partes puedan agregar al juicio tales nuevos hechos. Esta situación ocurre, por ejemplo, cuando el lesionado arguye daños mayores sobrevenidos, lo cual supondría un alegato adicional que fundamenta su pretensión (p.e. de condenatoria de una mayor indemnización por daño moral, o la recepción por el arrendador del canon de arrendamiento, luego de culminada la fase de introducción e instrucción de la causa).

VESCOVI sostuvo tal posición, en los siguientes términos:

... se admite en forma indirecta, al permitir la apertura a prueba, como una de las hipótesis, que ésta se refiera a hechos nuevos. En esta forma, se da entrada al hecho nuevo en la segunda instancia,

38 Víctor DE SANTO, ob. cit., p. 354, sostiene que "... salvo casos de excepción, no es posible invocar nova reperta, ya que esto implica la modificación del cuadro litigioso inicial, con la consiguiente violentación del principio de congruencia, así como los de defensa en juicio y el de la prohibición de reformatio in peius".

39 El de Argentina, por ejemplo.

siempre con un criterio sumamente restrictivo. En primer lugar, como sabemos, se debe referir a hechos nuevos, pero no diversos, es decir, los que no cambien la pretensión, pues como veremos enseguida, el principio de congruencia, que reclama la correlación entre las pretensiones de las partes y de la sentencia, se refiere siempre a los hechos alegados en la demanda y contestación u a la sentencia de primero como de segundo grado. // Luego, se requiere que el hecho nuevo que se pretende introducir y probar lo sea realmente, esto es, posterior al momento en que se pudo invocar en la primera instancia o aquel que no fue conocido o no pudo ser conocido por la parte.⁴⁰

Evidentemente, la posibilidad de practicar pruebas en segunda instancia, supone el cumplimiento de requisitos de admisibilidad, por lo cual no existe una amplia libertad probatoria; entonces, deberán ser pruebas pertinentes, conducentes y legales, so pretexto de no ser admitidas, mucho menos evacuadas ni valoradas por el Tribunal de Alzada.

Lo anterior, nos conduce a una primera conclusión: es factible la prueba en segunda instancia, respecto de hechos nuevos o sobrevenidos, pero con las limitaciones propias de tal posibilidad (es decir, que cumpla los requisitos intrínsecos y extrínsecos de la prueba), y además por los medios probatorios restrictivamente determinados en la Ley.

Esta primera conclusión merece unos comentarios adicionales. No hemos encontrado una razón válida por la cual se limitan los medios probatorios en el Tribunal de Alzada. Realizar trámites para admitir la prueba de documento público, las posiciones juradas y el juramento, y ser éstas de valoración legal, no determina de forma concluyente una justificación válida. Por el contrario, la limitación de tales medios probatorios para la demostración de hechos sobrevenidos resulta restrictivo del derecho a la prueba, y que, como analizamos con anterioridad, tal derecho de rango constitucional supone una interpretación amplia. De esta forma, consideramos que la restricción de medios probatorios ante el Tribunal de Alzada resulta contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, y concretamente al derecho constitucional a la prueba y al recurso.

Una razón adicional que justifica la inconstitucionalidad de tal limitación legal se encuentra en que el Tribunal de Alzada, en su posibilidad de practicar diligencias aclaratorias, puede ordenar la práctica de otros

40 Enrique VESCOVI, ob. cit., pp. 149-150.

medios, determinados en el artículo 514 del Código de Procedimiento Civil, como la experticia, la inspección judicial, el interrogatorio de la parte, el documento.

Por lo tanto, en mi criterio, debe concebirse una apertura probatoria a favor de las partes, en cuanto a medios probatorios se refiere (y no en cuanto a hechos a probar) en el contexto del recurso de apelación, permitiéndose la acreditación de hechos sobrevenidos, que se encuentren relacionados con los hechos debatidos ante el Tribunal de Primera Instancia, por cualquiera de los medios de prueba, legales o libres. Esta interpretación también se encuentra ajustada a los valores establecidos en la Constitución Nacional, muy especialmente a la condición del proceso como una herramienta para la realización de la justicia. Esta posibilidad probatoria amplia permitiría a las partes traer al proceso hechos relevantes que inciden en la pretensión, o en la excepción o defensa, que tendrían como norte la búsqueda de la verdad, siendo preferible una ampliación del espectro instructorio en la Segunda Instancia, aunque ello sea dilatorio de la decisión, que una limitación que contraste con derechos y valores constitucionales que en definitiva no procuran el alcance de la verdad y la justicia dentro del proceso. Esta interpretación además cuenta con apoyo de la jurisprudencia, pues se permite la evacuación de medios probatorios, fuera del lapso específico para ello, lo cual, ante tal flexibilización de criterios en materia de prueba, podría permitir que las partes puedan evacuar diversos medios probatorios para la acreditación de hechos sobrevenidos ante el Tribunal de Alzada. Sobre este particular, en sentencia No. 578, del 26 de julio de 2007, caso Promotora 204, C.A. contra Inversiones Hernández Borges, C.A. (INHEBORCA), dictada por la Sala de Casación Civil, se estableció:

Sobre el punto de los lapsos para la evacuación de algunas pruebas, esta Máxima Jurisdicción ha considerado, en desarrollo de la preceptiva constitucional que establece la garantía del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva que, no sólo puede entenderse en el sentido de que los ciudadanos tengan acceso a los órganos dispensadores de la justicia sino la seguridad de que ellos lo hagan de forma expedita, transparente obviando aquellos formalismos que no puedan ser considerados esenciales. Consecuencia de esta nueva manera de conceptualizar los derechos fundamentales antes mencionados, se ha modificado el criterio imperante según el cual todas las pruebas deben evacuarse en el lapso que la ley concede para ello y así

doctrinariamente, se ha flexibilizado el mismo, estableciéndose que para las de cotejo, experticia, inspecciones judiciales, exhibición de documentos, declaraciones de testigos y otras que por sus especiales características necesitan, en algunos casos, mayor período de tiempo para su evacuación, la Sala mediante sentencia N° 774 de fecha 10/10/06, expediente N° 05-540 en el juicio de Carmen Susana Romero contra Luis Ángel Romero Gómez y otra ha habilitado a los jurisdicentes para ampliar el predicho lapso
 (...)

Ahora bien, lo establecido en la decisión parcialmente trascrita, no habilita para que en los casos señalados, tales evacuaciones puedan realizarse sin límite de tiempo ya que, esto lo que traería como consecuencia el que los procesos se eternicen y así se desvirtuaría la garantía constitucional de la justicia expedita. En tal razón se ha dejado a la ponderación de los jueces el apreciar o no una prueba de las de la especie que haya sido evacuada vencido el lapso legal para ello.

Esta extensión interpretativa resulta aplicable para otros procesos especiales en los cuales, o bien exista una limitación de los medios probatorios, o bien se restrinja de manera absoluta la posibilidad probatoria en la Segunda Instancia.⁴¹

Queda ahora otra posibilidad del juez, en el contexto del recurso de apelación, de practicar los medios determinados en el artículo 514 del Código de Procedimiento Civil. Es necesario recordar que los medios indicados en la norma antes mencionada pueden ser practicados por el Tribunal de Alzada en la medida que tiendan a aclarar alguno hecho dudoso u oscuro para decisión del recurso. Tal medios van dirigidos a

41 Por ejemplo, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica Procesal de Trabajo prohíbe expresamente la prueba en Segunda Instancia. En efecto, la Exposición de Motivos de la mencionada Ley refiere que "En el Capítulo V, se dispone lo relativo al procedimiento de segunda instancia, que desarrolla también oralmente en todos sus estados. Es el propio Tribunal Superior del Trabajo, quien fijará el día y la hora de la celebración de la audiencia oral y si en esa misma oportunidad lo estima pertinente, podrá ordenar la comparecencia de las partes, de los testigos y de los expertos. Es de resaltar que ya no se admite ningún tipo de prueba en segunda instancia, ni siquiera los instrumentos públicos, pues el amplio debate desarrollado en primera instancia no lo justifica. Además, se quiere que el Tribunal de alzada dicte una nueva decisión, con los mismos elementos probatorios, de forma tal, que se trata en realidad de una nueva decisión de la misma controversia. También se le atribuye al recurrente una nueva carga procesal, la de comparecer a la audiencia para formular sus alegaciones, so pena de declarar desistida la apelación"

aclarar, no sólo los hechos referidos por la sentencia de primera instancia recurrida, sino, además los hechos sobrevenidos y los planteados en la etapa de instrucción de primera instancia.

Sobre las diligencias oficiosas, o autos para mejor proveer, en sentencia dictada en fecha 19 de mayo de 1994, por la Sala de Casación Civil, caso Línea de Taxis Taxitour contra César A. Martínez A. estableció:

... los autos para mejor proveer son providencias que el juzgador puede dictar de oficio, en ejercicio de sus facultades discrecionales, cuando su prudente arbitrio lo determine conveniente, y sin que pueda considerársele obligado a resolver en alguna forma, cuando una de las partes requiera que sea dictado un auto ...

Luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, el Tribunal Supremo de Justicia ha mantenido el anterior criterio. En efecto, la Sala de Casación Civil, en sentencia No. 358, del 30 de mayo de 2006, caso Desarrollos 4000 contra Condominio del Conjunto Residencial El Paraíso, expresó:

Asimismo, esta Sala de Casación Civil ha sido constante en sostener "...que los autos para mejor proveer, son providencias que el juzgador puede dictar de oficio, en ejercicio de sus facultades discrecionales, cuando su prudente arbitrio lo determine conveniente, y sin que pueda considerársele obligado a resolver en forma alguna, cuando una de las partes requiera que sea dictado un auto. En efecto, no tratándose de pruebas que las partes puedan promover, ni de defensas que ellas puedan utilizar, en nada viola los artículos denunciados por el recurrente, el hecho de que el juez omita decidir respecto de una solicitud en ese sentido, de lo contrario, el auto para mejor proveer dejaría de ser privativo y discrecional del juez, para convertirse, en contra de su naturaleza, en un derecho de las partes según su prudente arbitrio... (Sentencia de fecha 4 de agosto de 1999, caso: Carmen Teresa Barreto de Jiménez Loyola c/ Freddy Raúl Jiménez).

(...)

Hechas estas consideraciones, esta Sala reitera que el auto para mejor proveer es una actuación facultativa que la Ley concede al juez, ... con el único fin de que pueda completar su ilustración y conocimientos sobre los hechos, como antecedente necesario de su sentencia, permitiéndosele despejar cualquier duda o insuficiencia que le impida formarse una clara convicción de los hechos de la causa...

En nuestro criterio, la ampliación de medios probatorios propuesta respecto de las partes, también debe ser aplicable a las posibilidades aclaratorias tanto del Tribunal de Primera Instancia como del Tribunal de Alzada. Insistimos que no encontramos una justificación válida, razonable, que nos permita sostener la limitación de los medios probatorios, aun más cuando se trata de una actividad oficiosa del Tribunal en la búsqueda de la verdad. Asimismo, debemos reiterar que, en el contexto de las facultades aclaratorias, el Tribunal no puede suplir la actividad procesal y probatoria de las partes.

El reconocimiento de la ampliación de facultades judiciales aclaratorias encuentra su manifestación más clara en las normas postconstitucionales, en las que se permite que el Tribunal pueda practicar cualquier medio probatorio.⁴² En este orden de ideas, la Sala de Casación Social, en sentencia No. 1037, del 7 de septiembre de 2004, caso Naif Enrique Mouhammad Rojas contra Ferretería EPA, con respecto a la procedencia de las diligencias aclaratorias, y el límite de los medios probatorios, estableció que:

En efecto, de conformidad con la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, el Juez debe orientar su actividad jurisdiccional dándole prioridad a la realidad de los hechos (artículo 2), para ello, está obligado a inquirir la verdad por todos los medios a su alcance, debiendo intervenir en forma activa en el proceso, dándole el impulso y dirección de una manera adecuada a la ley (artículo 5). También ha dispuesto el cuerpo normativo de naturaleza adjetiva en materia laboral, el que los jueces del trabajo (en la búsqueda de esa verdad material) puedan ordenar evacuar otros medios probatorios adicionales a los aportados por las partes, sólo cuando estos sean insuficientes para que el Juez pueda formarse una convicción. Tal enunciado se haya soportado en el artículo 71 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que reza textualmente(...) Sobre tal lineamiento, resulta preciso señalar, que en la búsqueda de esa realidad de los hechos, el Juez puede hacer uso de la facultad contenida en la norma anteriormente transcrita, en la medida en que las pruebas aportadas por las partes sean insuficientes para generarle convicción respecto al asunto sometido a decisión, pero nunca para suplir las faltas, excepciones, defensas y/o cargas probatorias que tienen cada

42 Así, tenemos el artículo 484 de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; artículo 71 de la Ley Orgánica Procesal de Trabajo, artículo 191 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario.

una de las partes del proceso, pues por otro lado el artículo 72 de la misma Ley a dispuesto lo siguiente: En este sentido, se evidencia que la diligencia desplegada por el Juez ad-quem en la búsqueda de la verdad, en el presente caso, estuvo apartada de los parámetros señalados en la Ley, ello en virtud de que habiendo aportado la parte demandada como prueba a su favor una carta de renuncia suscrita por la actora, con lo cual lógicamente pretendía demostrar que no hubo el despido alegado, no debió entonces suplir el Juez de la alzada, las defensas de la parte accionante, por lo que en todo caso, era a la demandante a quien correspondía promover la prueba correspondiente para impugnar y restar valor probatorio a la referida carta de renuncia.

Por tanto, consideramos que el Tribunal, tanto de Primera Instancia como de Alzada, en la búsqueda de la verdad, podrá hacer evacuar cualquier medio probatorio, siempre ello aplicable en cualquier proceso civil (en su sentido más amplio). Como afirmamos anteriormente, estas diligencias aclaratorias del Tribunal estarán destinadas a permitir la prueba, sin suplir cargas probatorias, de hechos ventilados en primera instancia como hechos sobrevenidos.

Por último, nos queda por analizar si, las partes podrían coadyuvar con el juez en aclarar hechos ventilados ante el Tribunal de Primera Instancia (pues, respecto de los sobrevenidos, consideramos que tienen amplias facultades probatorias). Sobre este particular, nos inclinamos por admitir que la parte puede solicitar válidamente al juez la práctica de aquellas pruebas (cualquier medio probatorio) que tiendan a aclarar hechos referidos en Primera Instancia, y del cual en el Juez de Alzada se mantenga la duda sobre la verdad o verosimilitud. Como referimos anteriormente, el Juez, en la oportunidad de decidir, debe estar convencido de la verdad o falsedad (procesal) de las afirmaciones de las partes, y ante la duda tiene el deber (que no discrecional) de realizar diligencias aclaratorias.

Ante tal situación, las partes pueden solicitarle al juez la evacuación de cualquier medio probatorio, para aclarar hechos debatidos en Primera Instancia, y de los cuales todavía persiste una duda razonable. Ante tal solicitud, el Juez de Alzada se encuentra en la obligación de pronunciarse, de forma motivada, sobre la procedencia o no de la misma, atendiendo a los requisitos intrínsecos y extrínsecos de la prueba, y esta vez agregamos dos requisitos adicionales que lo constituyen (i) el análisis sobre la

insuficiencia probatoria del hecho, a pesar de su proactividad probatoria; (ii) la duda sobre la verosimilitud o falsedad del hecho.

Frente a la solicitud de las partes, y cumplidos tales requisitos, el Juez debe acordar la práctica del medio probatorio, todo ello para favorecer la máxima actividad probatoria, pues resulta preferible un exceso razonable en la actividad probatoria, que una limitación de la prueba que contraste con la verdad y la Justicia.

Aunado a lo anterior, nuestra posición encuentra apoyo legal en el artículo 484 de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en el cual se permite que las partes puedan solicitar al Juez la evacuación de cualquier medio de prueba para el mejor esclarecimiento de la verdad. En efecto, el artículo 484, en su parte pertinente, establece:

... El juez o jueza debe conducir la prueba en búsqueda de la verdad, tendrá los poderes de conducción, corrección a las partes y podrá admitir o rechazar las preguntas si estimare que son inconducentes o impertinentes. Asimismo, podrá ordenar, a petición de parte o de oficio, la evacuación de cualquier otra prueba que considere necesaria para el mejor esclarecimiento de la verdad.

Por último, es menester considerar que otras normas adjetivas, como el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, no prohíben expresamente que las partes puedan solicitar al Tribunal de Alzada la evacuación de medios probatorios, para el mejor esclarecimiento de la verdad, y así el jurisdicente pueda tener un panorama probatorio claro en la oportunidad de dictar la decisión.

De esta forma, razones de orden legal y constitucional, de interpretación garantista de las normas sobre prueba y recursos, deben conllevar a la posibilidad de evacuación de cualquier medio de prueba, a instancia de parte o de oficio, y en el contexto del recurso de apelación, para que el juez pueda decidir sobre la base de la verdad de los hechos debatidos, para así lograr la justicia, que constituye el máximo fin del proceso, a tenor del artículo 257 de la Constitución.

6. CONCLUSIONES

La consagración constitucional de normas procesales refleja el valor Justicia propugnado por el artículo 2 de la misma Constitución. Tal elevación normativa permite aplicar interpretaciones amplias, de carácter garantista, de normas procesales, y en nuestro caso, de la institución de la prueba y su incidencia en el recurso de apelación.

Ciertamente la ley adjetiva debe constituir una herramienta organizadora del proceso, y por ello, establece una fase de introducción, de instrucción y de decisión, lo cual garantiza el derecho de defensa de las partes. Ahora bien, ello no debe aplicarse en perjuicio del derecho a la prueba de las partes y del Juez.

No resulta preciso que las partes dejen exclusivamente en manos del Juez la realización de diligencias probatorias o aclaratorias. Al contrario, la práctica ha venido demostrando que el juez conoce el contenido del expediente en la oportunidad de decidir, oportunidad en la cual ya le habrán precluido todas las posibilidades de ordenar diligencias probatorias o aclaratorias. Ante tal situación, probatoria o aclaratoria, por insuficiencia probatoria, y sin llegar a suplir carga probatoria, correspondería a la parte interesada llevar al proceso, aunque sea de Alzada, la prueba de las afirmaciones oportunamente aducidas en juicio, y que resulten fundamentales para adoptar una decisión en segunda instancia.

La jurisprudencia nacional ha mantenido una posición restrictiva en cuanto a los medios probatorios utilizables en la segunda instancia; no obstante ello, su restricción viene dada por una interpretación literal de las normas pertinentes, sin hacer un mayor análisis garantista de las normas procesales, y especialmente probatorias, a la luz del enorme progreso constitucional respecto del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa. Con esto no estamos proponiendo un libertinaje procesal; al contrario, estamos optimizando un derecho constitucional de contenido garantista. Realizamos la anterior aclaratoria porque las normas procesales buscan establecer un orden en el proceso, garantizar la igualdad procesal de las partes, garantizar la seguridad jurídica, pero ello no debe oponerse al valor Justicia proclamado por la Constitución.

Esta propuesta de apertura probatoria tiene como objetivo ampliar el margen de pruebas en el contexto del recurso de apelación, manteniendo

do una reglamentación estricta en cuanto a la admisibilidad del medio probatorio; en otras palabras, no se trata de admitir el medio probatorio cuando ha sido promovido pura y simplemente por el interesado, porque ello sería premiar la negligencia procesal, y castigar a la parte que ha puesto su mejor desempeño en la primera instancia, y en justa medida, ha logrado convencer al Juez. Al contrario, se busca garantizar el derecho a la defensa y la tutela judicial efectiva, en cuanto que el litigante que, con la debida diligencia y por alguna causa extraña ajena a su propia actuación procesal, no logró convencer al juez de la Primera Instancia, quedando la posibilidad de que, ante el Juez de Alzada, se pueda aclarar aquellos hechos que quedaron ambiguos en la sentencia recurrida.

En vista de lo anterior, podemos enumerar las siguientes conclusiones

(i) El artículo 520 del Código de Procedimiento Civil efectivamente limita el derecho a la prueba de hechos nuevos, a 3 medios probatorios (el documento público, el juramento y el mecanismo probatorio de posiciones juradas), por lo que las partes podrán promover tales pruebas, dentro del plazo allí señalado, y cumpliendo en todo caso con los requisitos intrínsecos y extrínsecos de la prueba (a saber, que sea promovida de forma legal, y el medio de prueba sea legal, pertinente y conducente). Para ello, la parte promovente deberá, en el acto de promoción, justificar razonadamente la debida legalidad y pertinencia de la prueba, y corresponderá al juez revisar todos los requisitos intrínsecos y extrínsecos para proveer sobre su admisión o inadmisión, y de ser admitida, realizar los preparativos de su evacuación. Tal limitación probatoria es inconstitucional, por lo cual proponemos una ampliación de los medios de prueba para acreditar, ante el Tribunal de Alzada, los hechos sobrevenidos que surjan luego del lapso de promoción en la Primera Instancia, hasta la oportunidad de promoción de medios probatorios en Segunda Instancia.

(ii) El juez estará facultado para dictar autos para mejor proveer, de carácter aclaratorio sobre los hechos probados por las partes en la Primera Instancia, o bien sobre hechos sobrevenidos, lo cual le permitirá al Juez de Alzada aclarar cualquier ambigüedad que haya surgido con ocasión de las pruebas tanto en primera instancia como en segunda instancia por las partes. Sobre la base de este criterio, el Juez podría utilizar no sólo los mecanismos aclaratorios indicados en el artículo 514 del Código

de Procedimiento Civil, sino que también podría utilizar cualquier medio probatorio (legal o libre) que le permita aclarar aquellos hechos que quedaron ambiguos para la etapa de decisión.

(iii) En atención a un criterio garantista, y a la interpretación amplia que necesariamente debe imprimirse a la tutela judicial efectiva como derecho procesal constitucional y al valor de la Justicia que propugna el artículo 2 de la Constitución, las partes pueden coadyuvar con el juez en la aclaración de aquellos hechos que no quedaron suficientemente probados ante el Tribunal de Primera Instancia, y que conforme a la insuficiencia probatoria establecida en la sentencia de primera instancia, y con la finalidad de buscar el mejor y mayor acercamiento a la verdad material, pueden coadyuvar para que el Juez de Alzada pueda tener claridad sobre la verosimilitud o verdad (por supuesto, procesal) de los hechos probados por las partes.

En este caso, como ya lo mencionamos, no se puede privilegiar o aplaudir la negligencia de la parte para la prueba de sus afirmaciones; por ello, la potestad aclaratoria de las partes deberá ponderarse por el Juez con suma exhaustividad, con el fin de no permitir el ingreso de hechos, no probados en la Primera Instancia; en otras palabras, las partes deberán fundamentar con la mayor precisión ante el Juez de Alzada que dicho mecanismo aclaratorio resulta útil para aclarar hechos determinados en la sentencia del juez a quo, y en razón de su pertinencia, legalidad y conducencia, el Juez de Alzada permitirá o no el ingreso del mecanismo aclaratorio. Es evidente que el mecanismo aclaratorio de la parte es de un espectro tan amplio como el del Juez, de manera que no sólo se encuentra limitado a los tres medios probatorios típicos y tradicionalmente aceptados (documento público, juramento y posiciones juradas), sino que más bien, en aras de garantizar una instancia revisiva plena, que busca la Justicia, por encima de formalidades no esenciales, se permitirá que tales aclaratorias, cuando cumplan los requisitos intrínsecos y extrínsecos, permitan al Juez un conocimiento pleno, sin ambigüedad alguna, de revisar, verificar la existencia de vicios en la sentencia, y pueda así dictar una sentencia sobre el fondo.

Evidentemente, si el juez puede utilizar mecanismos aclaratorios, nos preguntamos, entonces por qué las partes no podrían utilizar tales mecanismos aclaratorios. Debemos insistir que, con ello no debe premiarse

la actitud del litigante negligente, que no probó activamente en la fase instructoria de primera instancia, pues de ser este el caso, se rebasaría el límite de la aclaratoria, para llegar a la prueba, lo cual evidentemente se encuentra proscrito en una instancia revisiva, a menos que se trate de hechos sobrevenidos, surgidos luego de precluida la fase de promoción de pruebas de la primera instancia. Pero, ante afirmaciones insuficientemente probadas, por una causa no imputable a la parte, se le debe permitir a la misma que pueda aclarar, ampliar, complementar, para que el Juez de Alzada tenga a disposición todos los elementos fácticos que le permitan dictar una decisión revisora justa.

Asimismo, ante la posibilidad aclaratoria de las partes ante el Tribunal de Alzada, se debe garantizar la plena defensa de la otra parte, por lo cual resultará útil permitir a la parte no promovente de medios aclaratorios, que alegue todo cuanto corresponda, a fin de ilustrar debidamente al juez sobre la admisibilidad del medio aclaratorio propuesto.

El valor Justicia establecido en la Constitución no debe involucrar una vulneración de otros derechos constitucionales, como el de defensa, por lo cual, en todo caso, nos inclinamos en que el Juez de Alzada deberá permitir a la partes, promovente y no promovente, alegar todo cuanto consideren pertinente, para que el Juez pueda tomar una decisión sobre la admisibilidad del medio aclaratorio. Si, luego de la incidencia alegatoria previa de las partes, el Juez de Alzada llegase a la conclusión de que el medio propuesto, antes que aclaratorio, es probatorio, deberá ser rechazado (*rectius*: inadmitido), a menos que se trate efectivamente de un medio probatorio que tienda a acreditar un nuevo hecho sobrevenido. De lo contrario, si la parte quiere probar una afirmación, controvertida en la fase de introducción de la causa, deberá correr con las consecuencias que suponen la aplicación de las reglas de la carga de la prueba, caso en el cual, deberá sucumbir ante la ausencia de prueba.

Estamos conscientes de que tal proposición supone líneas fronterizas entre la prueba y la aclaración muy sutiles, que pueden llegar a premiar al litigante negligente en la primera instancia; no obstante ello, quedará en manos del Juez, como lo está la decisión del recurso, determinar si tal situación constituye un medio de prueba o un medio aclaratorio.

Insistimos, una interpretación amplia y garantista de las pruebas en segunda instancia supondrá una plena garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, la protección del valor Justicia, y la búsqueda de la

verdad por parte del órgano jurisdicente, sin cortapisas e interpretaciones restrictivas que, en definitiva, pueden llegar a perjudicar el interés de las partes en juicio.

Aunado a lo anterior, la interpretación amplia propuesta en este estudio no contrasta con la regulación legal actual, sino que más bien busca adaptar la interpretación de tales normas al garantismo constitucional. En efecto, las normas adjetivas actuales, tanto preconstitucionales como postconstitucionales, sólo determinan una limitación del derecho a la prueba en la segunda instancia, en virtud de considerar al recurso de apelación como una instancia revisiva, y no una segunda primera instancia. Pero ello no supone una negación de la posibilidad aclaratoria de hechos a instancia de la parte, y ese ha sido el reflejo de los ordenamientos jurídicos foráneos de avanzada, en los que existe una mejor regulación del derecho a la prueba en segunda instancia, con el mínimo de restricciones, según se puede evidenciar de las normas transcritas en el apéndice del presente estudio.

En Venezuela, no encontramos norma que prohíba a las partes la proposición de medios aclaratorios. Evidentemente el principio dispositivo debe permitir una interpretación amplia, posibilitando a las partes la promoción de nuevos medios probatorios en la segunda instancia.

7. BIBLIOGRAFÍA

ARAGONESES, Pedro y Marta GISBERT: *La Apelación en los Procesos Civiles (Antecedentes, Legislación, Doctrina, Jurisprudencia y Formularios)*. Ediciones Civitas. Madrid, 2008.

BAUDIN, Patrick: *Código de Procedimiento Civil*. Ediciones Paredes. Caracas, 2010-2011.

BELADIEZ ROJO, Margarita: *Los Principios Jurídicos*. Editorial Aranzadi. Pamplona, España, 2010.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *Objeto del Proceso y Cosa Juzgada en el Proceso Civil*. Civitas. Navarra, 2005.

BELLO TABARES, Humberto E. T.: *Tratado de Derecho Probatorio*. Ediciones Paredes. Caracas, 2007.

- BELLO TABARES, Humberto E. T. y Dorgi D JIMENEZ RAMOS: *Tutela Judicial Efectiva y Otras Garantías Constitucionales Procesales*. Ediciones Paredes. Caracas, 2009.
- BERNAL PULIDO, Carlos: *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2005.
- BLANCO GOMEZ, José Luis: *Sistema Dispositivo y Prueba de Oficio*. Ediciones Jurídicas Ibañez. Bogotá, 1994.
- BLANCO VALDES, Roberto L.: *El Valor de la Constitución*. Alianza Editorial. Madrid, 2006.
- BREWER-CARIAS, Allan R.: *La Constitución de 1999 y la Enmienda Constitucional No. 1 de 2009*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011.
- CALAMANDREI, Piero: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Librería El Foro. Buenos Aires, 1996.
- CARNELUTTI, Francisco: *Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano*. Bosch Casa Editorial. Barcelona, España, 1942.
- CORTES DOMINGUEZ, Valentín , Vicente GIMENO SENDRA y Víctor MORENO CATENA: *Derecho Procesal Civil*. Editorial Colex. Madrid, 2001.
- COUTURE, Eduardo: "Prueba en Segunda Instancia", en *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo III. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 2003
- _____ : *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1977
- DE SANTO, Víctor: *Tratado de los Recursos*. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1987.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando: *Teoría General de la Prueba Judicial*. Biblioteca Jurídica Dike. Bogotá, 1993.
- _____ : *Teoría General del Proceso*. Editorial Universidad. Buenos Aires, 2004.
- ESPARZA LEIBAR, Iñaki: *El Principio del Debido Proceso*. J. M. Bosch Editor. Barcelona, España, 1995.
- F. FEO, Ramón: *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano*. Editorial Biblioamericana. Argentina-Venezuela, 1953.

- FERRAJOLI, Luigi: *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Editorial Trotta. Madrid, 2007.
- : *Derechos y Garantías, la ley del más débil*. Editorial Trotta. Madrid. 2004.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas Ediciones. Madrid, 2001.
- GASCON ABELLAN, Marina: *Los Hechos en el Derecho. Bases Argumentales de la Prueba*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 1999.
- GUIMARAES RIBEIRO, Darci: *La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva, Hacia una Teoría Procesal del Derecho*. J. M. Bosch Editor. Barcelona, España, 2004.
- GUASP, Jaime y Pedro ARAGONESES: *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Civitas Ediciones. Madrid, 2002.
- HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo: *Código de Procedimiento Civil*. Editorial Torino. Caracas, 1997.
- LIEBMAN, Enrico Tullio: *Manual de Derecho Procesal Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1980.
- LORETO, Luis: *Ensayos Jurídicos*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1987.
- MARCANO RODRIGUEZ, Rafael: *Apuntaciones Analíticas sobre las Materias Fundamentales y Generales del Código de Procedimiento Civil*. Artes Gráficas Rehyma. Caracas, 1960.
- MICHELLI, Gian Antonio: *La Carga de la Prueba*. Editorial Temis. Bogotá, 1989
- MONTERO AROCA, Juan: *La Prueba en el proceso Civil*. Civitas Ediciones. Madrid, 2002.
- MONTERO AROCA, Juan, Juan Luis GOMEZ COLOMER, Alberto MONTON REDONDO y Silvia BARONA VILAR: *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*. Tirant Lo Blanch. Valencia, España, 2009.
- NIEVA FENOLL, Jordi: *La Valoración de la Prueba*. Marcial Pons, Madrid, 2010.

- _____ : *Enjuiciamiento Prima Facie*. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona, España, 2007.
- _____ : *La Cosa Juzgada*. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona, España, 2006.
- ORTELLS RAMOS, Manuel , Ricardo Juan SANCHEZ y Juan CAMARA RUIZ: *Derecho Procesal. Introducción*. Edisofer Libros Jurídicos. Madrid, 2006.
- ORTIZ ORTIZ, Rafael: *Teoría General de la Acción Procesal en la Tutela de los Intereses Jurídicos*. Editorial Frónesis. Caracas, 2004.
- PALACIO, Lino Enrique: *Manual de Derecho Procesal Civil*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2008.
- PETT GUERRA, Luis Alberto: *Estudios sobre el Debido Proceso. Una visión global: Argumentaciones como derecho fundamental y humano*. Ediciones Paredes. Caracas, 2011
- PEYRANO, Jorge W. : *El Proceso Civil, Principios y Fundamentos*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1978
- PICATOSTE BOBILLO, Julio: *Los Recursos y Otros Medios de Impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Bosh Editores. Barcelona, España, 2009.
- PICO I JUNOY, Joan: *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. J.M. Bosch Editor. Barcelona, España, 1997.
- _____ : *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil*. J.M. Bosch Editor. Barcelona, España, 1996.
- PRIETO CASTRO, Leonardo : *Manual de Derecho Procesal Civil*. Imprenta Sáez. Madrid, 1956.
- RAMOS MENDEZ, Francisco: *Derecho y Proceso*. Librería Bosch. Barcelona, España, 1978.
- RAMOS ROMEU, Francisco: *Las Medidas Cautelares Civiles, Análisis Jurídico-Económico*. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona, España, 2006.
- RENGEL-ROMBERG, Arístides: *Trata de Derecho Procesal Civil Venezolano según el nuevo código de 1987*. Organización Gráficas Capriles. Caracas, 1999.

RIVERA MORALES, Rodrigo: *Recursos Procesales - Civil, Penal, Agrario, Laboral, Niños y Adolescentes*. Librería Jurídica. Rincón G. Barquisimeto, Venezuela, 2009.

ROSENBERG, Leo: *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1955.

SERRA DOMINGUEZ, Manuel: *Jurisdicción, Acción y Proceso*. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona, España, 2008.

TARUFFO, Michelle: *La Prueba*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 2008.

——— : *La Prueba de los Hechos*. Editorial Trotta. Madrid, 2002.

VALLINES GARCÍA, Enrique: *La Preclusión en el Proceso Civil*. Civitas. Madrid, 2004

VESCOVI, Enrique: *Los Recursos Judiciales y demás Medios Impugnativos en Iberoamérica*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1988.

——— : *Teoría General del Proceso*. Editorial Temis. Bogotá, 1984.

Debido Proceso (Realidad y Debido Proceso - El Debido Proceso y la Prueba). Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2003.

Pruebas y Oralidad en el Proceso. Librería Jurídica. Rincón G. Barquisimeto, Venezuela, 2007.