



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

**ALCANCE DE LAS FACULTADES PROBATORIAS DEL JUEZ
AL EXAMINARSE LA INSUFICIENCIA EN LA OFERTA
PROBATORIA DEL PROCESO LABORAL**

Autor: URIEL YVAN MARIN BECERRA.

Tutor: Rodrigo Rivera Morales

San Cristóbal, enero de 2012



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

**ALCANCE DE LAS FACULTADES PROBATORIAS DEL JUEZ
AL EXAMINARSE LA INSUFICIENCIA EN LA OFERTA
PROBATORIA DEL PROCESO LABORAL**

**Trabajo de Grado para Optar al Título de Especialista en
Derecho del Trabajo.**

Autor: URIEL YVAN MARIN BECERRA.

Tutor: Rodrigo Rivera Morales

San Cristóbal, enero de 2012.

ACEPTACIÓN DEL TUTOR

Por la presente hago constar que he leído el Proyecto de Trabajo de Grado presentado por Uriel Yván Marín Becerra, para optar al Título de **Especialista en Derecho del Trabajo**, cuyo título es **ALCANCE DE LAS FACULTADES PROBATORIAS DEL JUEZ AL EXAMINARSE LA INSUFICIENCIA EN LA OFERTA PROBATORIA DEL PROCESO LABORAL**

Así mismo hago constar que acepto asesorar al estudiante, en calidad de Tutor, durante el desarrollo del Trabajo hasta su presentación final y evaluación.

En San Cristóbal, a los 9 días del mes de enero de 2012

Rodrigo Rivera Morales

C. I. 1.705.230

AGRADECIMIENTOS

A Dios Todo Poderoso.

A mi Familia.

A la Universidad Católica del Táchira.

A mi Tutor, Doctor Rodrigo Rivera Morales.

A la Licenciada Daysi Magali Ramírez Peñalver.

ABREVIATURAS

COPP	Código Orgánico Procesal Penal
CPC	Código de Procedimiento Civil
CRBV	Constitución República Bolivariana de Venezuela
CSJ	Corte Suprema de Justicia
LOT	Ley Orgánica del Trabajo
LOPA	Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos
LOPTRA	Ley Orgánica Procesal del Trabajo
LOTSJ	Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia

ÍNDICE

Aceptación del Tutor.....	iii
Agradecimiento.....	iv
Abreviaturas.....	v
Resumen.....	viii
Introducción	1
CAPITULO I	
EL PROBLEMA	4
Planteamiento del problema.....	4
Formulación	6
Sistematización.....	6
Objetivos de la investigación	7
Justificación	8
CAPITULO II	
ANTECEDENTES.....	10
Bases Teóricas.....	24
Bases Legales.....	27
Términos Básicos	34
CAPITULO III	
Aspectos dogmáticos de la actividad probatoria	36

Principios.....	59
CAPITULO IV	
La Actividad Probatoria.....	72
CAPITULO V	
El alcance de las facultades probatorias del Juez.....	80
CAPITULO VI	
Supuestos de la actividad probatoria del Juez.....	93
Conclusiones	105
Bibliografía	107



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA
VICE-RECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

**ALCANCE DE LAS FACULTADES PROBATORIAS DEL JUEZ AL
EXAMINARSE LA INSUFICIENCIA EN LA OFERTA PROBATORIA DEL
PROCESO LABORAL**

**Autor: Uriel Yván Marín Becerra.
Tutor: Rodrigo Rivera Morales.
Año: 2012**

RESUMEN

En la tendencia actual del derecho se quiere superar el dilema de verdad material y verdad formal. Para ello, la doctrina ha elaborado la teoría del juez director del proceso con facultades para impulsarlo y buscar la verdad material. El legislador ha acogido esos criterios y ha otorgado facultades interventoras en el proceso, entre ellas la de iniciativas probatorias. En este sentido el legislador en la Ley Orgánica del Procesal del Trabajo consagró estas facultades, específicamente en los artículos 71 y 156. El instituto de insuficiencia probatoria es novedoso en el ordenamiento jurídico nacional, lo que significa que debe construirse en la práctica judicial, generando una correcta aplicación lo cual contribuiría a fortalecer la tutela efectiva de los trabajadores. Las razones esenciales que justifican la realización de esta investigación, responden fundamentalmente a que en el marco del debido proceso, aplicable en todos los escenarios jurídicos, todo proceso debe garantizar los derechos y garantías de las partes, acorde con el contenido axiológico de una Constitución de Estado Social de Derecho y Justicia, por lo que una institución de la naturaleza de la insuficiencia probatoria puede quebrantar la garantía de la imparcialidad y del prejuzgamiento. La ubicación exacta en el momento procesal, y la construcción del razonamiento lógico y fáctico aplicable en el caso concreto, para declarar la insuficiencia probatoria sin que se lesione la obligación de imparcialidad es una garantía al justiciable del debido proceso. La investigación realizada es del tipo documental exploratoria, habiéndose revisado fuentes doctrinales, legales y jurisprudenciales para satisfacer los objetivos planteados.

INTRODUCCIÓN

La Constitución de 1999 se inscribió en lo más avanzado del llamado “constitucionalismo social”, como expresión de un Estado Social de Derecho. En ella se plasma un reconocimiento amplio de los derechos fundamentales, pero también se le añade un *plus* con relación a los sectores más débiles de la población. El constituyente reconoce que de nada vale la consagración de derechos si no hay los instrumentos procesales para garantizar su efectiva tutela, por lo que constitucionalizó un conjunto de principios y garantías procesales.

El legislador ordinario en su obligación de adecuar la legislación a las disposiciones constitucionales, produjo la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la cual vino a llenar un vacío en los mecanismos procesales de protección de los derechos sustantivos de los trabajadores venezolanos en el proceso. Esta ley recogió las tesis modernas del procesalismo con el fin de llevar a término un proceso ágil, rápido, expedito y justo.

Dentro de las novedades procesales, encontramos que el legislador previó la facultad expresa para el juez de ordenar medios probatorios adicionales por considerar que la oferta probatoria es insuficiente para producir convicción. Por ello, se analiza si es la admisión de prueba el momento procesal adecuado para que el juez realice esta valoración y cuál es el alcance de ella. Se examina, también, dentro del marco del debido proceso, si es un mandato exclusivo para el juez o si éste puede advertir a la parte que le incumbe la carga de la prueba del hecho, o puede advertir a todas las partes.

Con este estudio se pretende demostrar que el juez, en el proceso

laboral, no es un sujeto pasivo, ni un director formal del proceso, sino que es un director material que posee un conjunto de facultades de iniciativa probatoria que debe ejercitar a fin de obtener la verdad material. Se establece que el juicio que hace el juez en el momento de admisión de prueba es inquirir la verdad por todos los elementos probatorios, constituyendo una ponderación de los medios y no de los resultados. Por otra parte, se argumenta que el desarrollo de la facultad jurisdiccional no constituye una subversión de la carga de la prueba.

Para tratar el desarrollo del tema en primer capítulo se abordaron los conceptos generales de la prueba, como: objeto de la prueba, carga de prueba, supuestos de hechos y finalidad de la prueba; en el segundo capítulo se examinará lo relativo a los principios generales de la prueba: contradicción, comunidad de la prueba, preclusión, bilateralidad, control de la prueba, de la Igualdad probatoria, de la lealtad y probidad probatoria, de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos, de la Imparcialidad, del deber de las partes de colaborar en la prueba, de la Idoneidad y Pertinencia de la prueba; en el tercer capítulo se tratará lo relativo a la ubicación sistemática de la facultad de inquirir la verdad; en el cuarto capítulo, lo concerniente al alcance de la expresión “búsqueda de la verdad por intermedio de la gama probatoria” y los supuestos en los que se podrá indicar, y finalmente un cuerpo de conclusiones.

La investigación tuvo una etapa descriptiva, que comprende el tratamiento legal de la institución en estudio, para efectuar un estudio morfológico de aquella y ver su comportamiento. Se hizo un análisis teórico de las bases procesales en la consagración de la institución jurídica estudiada y se sometió a confrontación con el funcionamiento de las formas

actuales, para establecer si satisfacen los requerimientos o deben ser expandidas.

La investigación utilizó el método interpretativo y sistemático, desde la perspectiva del derecho constitucional, pero en una dimensión procesal, para observar las inter-relaciones, identificando las afectaciones que pueden ocurrir en los derechos de las partes. Finalmente, se compara la influencia que ejerce la cultura constitucional sobre las formas procesales y la protección efectiva de los derechos y garantías procesales en el marco del debido proceso.

CAPITULO I

PROBLEMA

Planteamiento del Problema

No hay duda que la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPTRA) constituye una respuesta a la apremiante y necesaria transformación de la administración de justicia en el país, en especial de la justicia laboral. El proceso laboral se caracterizaba por ser un proceso excesivamente escrito, lento, pesado, formalista, oneroso y muy alejado de la justicia. Esta situación generó una profunda crisis que obligaba a una transformación radical de la justicia laboral. Indudablemente, que era necesario sustituir el modelo de justicia vigente, ritualista y formalista y sin contenido humano, por un proceso humanizado que privilegie la justicia social y haga efectiva la justicia laboral en aras del equilibrio necesario que debe existir entre el capital y el trabajo¹.

En la Ley Orgánica del Trabajo se asume la concepción que el juez no es un sujeto procesal pasivo sino activo. No debe ser un espectador de la actividad de las partes sino que debe ser un real director formal y material. Dos aspectos marcan la actividad del juez en el proceso: 1. El juez debe tener por norte la verdad estando obligado a inquirirla por los medios a su disposición, y 2. el Juez es el rector del proceso y debe impulsarlo hasta su

¹ MORA DÍAZ, Omar (2004). "Ley Orgánica Procesal del Trabajo", en obra colectiva *Ley Orgánica Procesal del Trabajo*, Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, (serie normativa N° 4), Volumen I, p.41

conclusión²; todo ello conforme a los artículos 5 y 6 LOPTRA entre otros, para hacer efectiva esa dirección formal y material del juez, el artículo 71 de LOPTRA, le concede facultades de conducirse activamente en el debate probatorio y extenderse hasta buscar la verdad, a su vez el artículo 156 de LOPTRA también da las facultades en este caso al juez de juicio la evacuación de cualquier otra prueba que considere necesaria para el esclarecimiento de la verdad. Conforme a la redacción de la norma se configuran un conjunto de dudas y problemas que deben ser resueltos en ánimo de mejorar la efectividad del proceso y garantizar el debido proceso.

La norma esta compuesta por unos conceptos indeterminados que dificultan la aplicación de la norma, tanto en su oportunidad como en su alcance. Pues, en sentido estricto, inicialmente las pruebas sólo podrá ser evaluadas al final del proceso que es, en definitiva, cuando entran en juego las reglas de apreciación y valoración de la carga de la prueba y los resultados de la prueba; o sea, en la fase de juicio; pero el juez de sustanciación también puede manejar las pruebas sin llegar a valorarlas en pro de buscar la autentica justicia social.

² TSJ. SALA SOCIAL, sentencia N° 469, de fecha 02 de junio de 2004, expediente N° 04-280 Ponente Alfonso Rafael Valbuena Cordero, caso: Abner Adolfo Aranguren Montiel y otros contra PDVSA: "La Ley Orgánica Procesal del Trabajo desarrolla y da vida a los principios constitucionales contenidos en la disposición Cuarta Transitoria de la Carta Magna, el proceso del trabajo, es oral, público, contradictorio, en donde el operador de justicia no es un convidado de piedra en el proceso, el nuevo Juez del Trabajo participa en el proceso en una forma dinámica y como se resalta en la exposición de motivos de la Ley Adjetiva Laboral: '...el principio del << Juez Director del Proceso >> , permite concebir la función jurisdiccional como una actividad dinámica, donde las iniciativas relativas al proceso están distribuidas por el legislador entre las partes y el Juez. Ha quedado atrás la concepción del Juez mercenario, que solo hacía aquello que las partes le habían solicitado y mientras ello no sucediere, debía mantenerse impasible...'. Tomado www.tsj.gov.ve/decisiones.

Formulación

En el examen de la cuestión hay que partir de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales, tener presente su ubicación sistemática en el proceso y delimitar el alcance de la norma que prevé las facultades del juez para inquirir la verdad. En este sentido el problema se plantea así. ¿Cuál es el momento procesal adecuado para que el juez aplique sus facultades probatorias para ordenar pruebas adicionales con la finalidad de inquirir la verdad? ¿El alcance es de una actividad exclusiva del juez o podrá conforme a las reglas de la carga de la prueba, ordenar a las partes la evacuación de prueba o pruebas cuya práctica considere necesarias para esclarecer la verdad?

Sistematización

El problema que se va a investigar se ubica, fundamentalmente, en el derecho probatorio, desde dos puntos de vista: a) como juicio del juez que valora la insuficiencia respecto de los medios de prueba propuestos con relación a los hechos alegados y pueda ir más allá; b) como facultad probatoria para acreditar los hechos invocados. Por supuesto, está inserto en el Derecho Procesal, específicamente, en el Derecho procesal laboral.

Con soporte en el problema planteado sistemáticamente se pueden formular las siguientes consideraciones: ¿Cuáles son los hechos en sentido abstracto que deben probarse en el proceso laboral? ¿Qué valoración realiza el juez sobre los medios probatorios? ¿Qué debe entenderse facultades probatorias del juez por su obligación de inquirir la verdad? ¿Con relación a qué hechos debe apreciarse la necesidad de ampliar las pruebas para buscar o esclarecer la verdad? ¿Es posible declarar la insuficiencia probatoria

cuando hay ausencia probatoria? ¿Cuáles son los límites del juez para evitar la parcialidad? ¿Puede o debe el juez ordenar a alguna de las partes o ambas, la actividad de promover medios probatorios adicionales?

Objetivos

Objetivo General

Determinar el alcance de las facultades probatorias del juez laboral para inquirir la verdad.

Objetivos Específicos

1.- Identificar el momento procesal adecuado para valorar la necesidad de ampliar los medios ofrecidos por las partes.

2.- Determinar los supuestos en la que el juez puede ordenar la inclusión de nuevos medios de pruebas.

3.- Describir las formas de delimitación de los hechos objeto de inquirir la verdad.

4.- Examinar las formas de delimitación de las pruebas consideradas insuficientes.

5.- Describir la conducta del juez en el momento procesal de la orden de ampliar con nuevas pruebas conforme al debido proceso.

6.- Describir las circunstancias en las que el juez puede ordenar a la parte que evacúe aquellas pruebas que él estime necesarias.

Justificación

En los marcos actuales de las garantías procesales establecidas en la Constitución de 1999, el proceso se define como un instrumento de realización de la justicia, lo que implica que el juez debe buscarla verdad material. Para hallar esa verdad requiere ejercer facultades probatorias que le permitan la aprehensión de los hechos históricos. Por ello, un análisis e interpretación correcta de las instituciones procesales para lograr ese cometido, es indudablemente un objetivo deseable en la administración de justicia, desde este punto de vista la presente investigación se justifica en el plano institucional.

Por otra parte, no se puede ocultar que en la problemática planteada hay un telón de fondo en la que se expresan intereses antagónicos propios del sistema, esto es, los del trabajador y los del empleador, ambos con una racionalidad sistémica contradictoria. Además, la institucionalidad jurídica otorgada en facultades del juez laboral para inquirir la verdad puede inducir el riesgo de prejuzgar y deteriorar la imparcialidad, aunado a situaciones que lesionarían el derecho fundamental al debido proceso y a las garantías constitucionales. Por esto, es imprescindible delimitar el alcance de la facultad procesal juzgadora de inquirir la verdad, de manera que su aplicación sea en el marco del debido proceso. En este sentido, dada la relevancia social del hecho laboral, es obvio que un estudio que tenga por finalidad el examen de cuestiones frecuentemente discutidas, coadyuva a despejar dudas y aportar elementos de seguridad jurídica.

Este estudio es factible de desarrollar porque la búsqueda fundamental se sitúa en el análisis histórico y comparado de la institución de la presunción y su aplicación en la duración del contrato de trabajo. De manera, que con

los conocimientos teóricos existentes y los parámetros que se han ido generando en la doctrina nacional, académica y jurisprudencial, se puede realizar un estudio y análisis satisfactorio y alcanzar los objetivos planteados.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

Antecedentes de la Investigación

Constitucionales

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 89 reconoce al trabajo como hecho social, y consagra al mismo tiempo la protección que el Estado debe garantizar, todo esto bajo una perspectiva progresista que concibe a la actividad económica como generadora de bienestar social, es por ello que se establece toda una serie de consideraciones encaminadas a la consolidación de la protección a el Derecho del Trabajo.

En primer lugar, se consagra la intangibilidad y la progresividad de estos derechos, asumiendo principios a nivel constitucional que aseguran el respeto a las condiciones laborales en general; enunciados tales como: “El principio de la norma más favorable”, “El principio de la primacía de la realidad sobre las apariencias”, se vislumbran y en la práctica deben servir como auténticos mecanismos que salvaguarden al valor justicia en el ámbito del trabajo. El marco constitucional venezolano de 1999 revela en forma clara y precisa la intención del legislador de garantizar procesos laborales exitosos, en donde la verdad material y la justicia prevalezcan al mero formalismo.

El alcance de la justicia depende del proceso y es precisamente en la etapa probatoria, en donde a través de la actividad desarrollada por las partes y la pericia del juez, la verdad es desentrañada. Como ya se ha mencionado, en razón a la nueva visión social de la Constitución Nacional de 1999, el legislador respondió a la necesidad legislativa imperante con la promulgación de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la cual contiene aspectos innovadores entre los cuales se encuentra la orden de inquirir la verdad por todos los medios que estén a su alcance, lo cual se analizará ampliamente en el presente trabajo de investigación.

Además la Constitución regula en forma expresa la duración de las jornadas de trabajo, haciendo hincapié en el derecho al descanso semanal y las vacaciones remuneradas, junto a otros aspectos tales como el salario, el derecho a la sindicalización y otros; a fin de incluirlos y cristalizarlos en la dimensión constitucional venezolana.

Legislativos

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo señala en el artículo 2 como principios rectores del proceso laboral, la brevedad, oralidad, contradicción, inmediatez, publicidad, uniformidad, celeridad, gratuidad, concentración, equidad y prioridad de la realidad de los hechos. Principios hacia los cuales debe orientarse la actuación del juez en la consecución del proceso tomando en cuenta que la justicia laboral será gratuita, por lo que no se puede establecer ningún tipo de arancel por los servicios del tribunal. Igualmente, en su artículo 5 obliga al juez a inquirir la verdad por todos los medios a su alcance, concretamente medios probatorios; y en consecuencia, el artículo

10 establece que el juez debe apreciar las pruebas según las reglas de la sana crítica, siempre aplicando la norma más favorable al trabajador.

El legislador se refiere a los medios de prueba, de su promoción y evacuación como aquellos que van a acreditar los hechos expuestos por las partes y al final producirán certeza al juez para tomar su decisión. Señala como medios de prueba admisibles en el proceso laboral, aquellos que indique la propia Ley Orgánica Procesal del Trabajo, el Código Civil, Código de Procedimiento Civil y otras leyes. Sin embargo hace la salvedad para excluir las posiciones juradas y juramento decisorio como medios de prueba en éste proceso.

La oportunidad para promover pruebas será en la audiencia preliminar, tal y como lo plasma el artículo 73 LOPTRA, sin embargo la propia ley en el artículo 71 menciona aquellos casos en que los medios de prueba resultan insuficientes, caso en el cual se podrá ordenar la evacuación de medios probatorios adicionales. De allí, que se puede vislumbrar la posibilidad que tiene el juez de adicionar medios de prueba cuando hay insuficiencia de la misma en el proceso laboral y siente la necesidad por obligación legal de inquirir la verdad.

Doctrinales

El artículo 70 de la Ley Orgánica del Trabajo, establece cuales son los medios de prueba admisibles en juicio solo quedando excluidos como integrantes del acervo probatorio laboral las posiciones juradas y el juramento decisorio. Se puede notar, una amplia aceptación de medios en el proceso laboral con el propósito de que el debate probatorio sea lo más

nutrido posible. Permitiéndole al juez una apreciación real de los hechos para de ese modo conseguir una justicia eficaz.

Sin embargo, en el supuesto en que los medios aportados por las partes resultaren insuficientes para la formación de un criterio adecuado a fin de solucionar el conflicto, el artículo 71 de la LOPTRA prevé como facultad probatoria del juez por obligación, la evacuación de medios probatorios adicionales a través de auto contra el cual no se oirá recurso alguno. Es importante, aclarar la posición del juez laboral en el proceso como parte activa en el mismo, director e impulsador del proceso, la misma ley procesal autoriza al juez a llevar a cabo el impulso de oficio de los procedimientos laborales, dejando a un lado la actitud pasiva del juez que solo se conforma con examinar las actuaciones y pruebas traídas al proceso por las partes interesadas al litigio.

El juez tiene la facultad incluso de promover el empleo de medios alternativos para la solución del conflicto y no obstante todas estas facultades la LOPTRA consagra y reafirma el vínculo existente entre el juez y lo alegado y probado en autos. La doctrina internacional ha reconocido en numerosas ocasiones la imperante necesidad de ampliar las iniciativas probatorias de los jueces, es precisamente esta una de las razones de ser de los artículos 5 y 71 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. El Derecho Laboral es un derecho eminentemente social, en consecuencia en los procesos de esta materia se nota un tajante interés público que debe ser tomado en cuenta y traducido en forma efectiva con miras a la garantía de derechos del trabajador. Se hace necesario en estos procesos un juez sin limitaciones y que emprenda las facultades otorgadas por la ley, más no aquel juez pasivo que se conforma con hacer lo solicitado por las partes.

Ahora bien ante esta condición activa e impulsadora que se le reconoce al juez laboral, es decir, como rector del proceso coinciden el artículo 14 del Código de Procedimiento Civil y el 6 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo imponiendo al juez el deber de impulsar el proceso una vez que este ha sido introducido por la parte salvo los casos de suspensión por alguna causa legal. La carga de la prueba en todo caso, corresponde a quien afirme hechos configurativos de su pretensión o en todo caso, aquel que alegue hechos nuevos para contradecir la pretensión en su contra.

Jurisprudenciales

Sentencia del Juzgado Primero de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial del Trabajo del estado Aragua. 20 de diciembre de 2.010: Franklin Antonio Moisés Carvajal Vs. Adriática de Seguros C.A.

En consecuencia de lo anterior, se indica que es deber de todo Juez transitar por un proceso lógico para arribar a la solución de los casos que debe decidir, en el cual enlaza no solamente las directrices constitucionales, legales y reglamentarias vigentes, sino las orientaciones jurisprudenciales vinculantes, así como también las percepciones que directamente obtiene de la celebración de la Audiencia, Principio de Inmediación; todos los indicios y presunciones; el cúmulo probatorio aportado a los autos; y así todos y cada uno de los factores que sumados generan en el Juez la convicción necesaria para que en uso de sus atribuciones y con el más alto sentido de la Justicia dicte una sentencia que pone fin a una controversia establecida. Ahora bien, conforme a la normativa procesal vigente, con especial atención al artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo que impone al Juez la

obligación de apreciar las pruebas según las reglas de la sana crítica, en el entendido que deben aplicarse la lógica y reglas de experiencia que, según el criterio del Juez, sean ajustables al caso, sin que en modo alguno ello signifique juzgar arbitrariamente o con ausencia de motivación, encuentra quien decide que la parte actora ciertamente demostró la prestación personal del servicio que alega. Y ASI SE DECIDE. Igualmente, en vista que los Jueces contamos con amplias atribuciones para inquirir la verdad de cada caso que es sometido a nuestro análisis, se aplica el Principio de la Primacía de la Realidad sobre las formas o apariencias, contenido en el artículo 89 numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el artículo 2 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo; señalándose al efecto que se ha denominado al contrato de trabajo, contrato-realidad, pues existe, no en el acuerdo abstracto de voluntades, sino en la realidad de la prestación del servicio y porque es el hecho mismo del trabajo y no el acuerdo de voluntades, lo que demuestra su existencia". (DE LA CUEVA, M. "Derecho Mexicano del Trabajo", Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., Décima Edición, México, 1967, pp. 455-459). Así, independientemente de la denominación que la accionada le haya dado a la relación que le unió durante más de veinte (20) años con el demandante, es deber del Juez en un Estado Social, desenmascarar las situaciones que pretendan simular al contrato de trabajo.

Sentencia del Juzgado Primero Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Táchira. 21 de Abril de 2004. Asmir Eugenia Amodio de Bonilla Vs. Cooperativa Florencia R.L.

Por otra parte el juez laboral, es un juez facultado con amplios poderes para inquirir la verdad por todos los medios posibles, en base a los principios rectores del proceso, por lo que el mismo no puede cerrar sus ojos ante una

denuncia en la que se ve involucrado el orden público, pues el fin primordial de la administración de justicia, es la solución de las controversias en un estricto apego a la equidad y al bien común, además el juez está en la obligación de observar todos y cada uno de los componentes del expediente y los elementos discutidos en la audiencia preliminar, pudiendo discrecionalmente en apego a las facultades conferidas por la ley tomar las medidas encaminadas a un mejor desarrollo del proceso, por lo que en base a todas las consideraciones anteriores, esta alzada estima conveniente confirmar la decisión del tribunal de instancia, así se decide.

Sentencia del Juzgado Segundo de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción del estado Lara. 05 de abril de 2005. Recurrido: Alduve José García Zambrano.

Con vista a que en la instalación de la Audiencia Oral y Pública de Juicio celebrada en la fecha 03/02/2005 el abogado MARINO VACCARI, debidamente inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 37.808, en su condición de apoderado actor presentó excusas a este Juzgado por no haber obtenido de su representado original alguno que versare sobre las copias fotostáticas consignadas como prueba en dicho asunto y dado que al momento de la evacuación de las pruebas el abogado JESÚS DA SILVA, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 32.441 actuando en su condición de apoderado de la demandada impugnó dichas copias, este Juzgador cumpliendo con su deber de inquirir la verdad y de impulsar el proceso como rector del mismo, acordó de oficio trasladarse y constituirse en la sede del Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL), Ursat-Lara-Portuguesa-Yaracuy, obteniendo como resultado que la historia médica a la cual pertenecen las

documentales promovidas corresponden a la historia clínica de otra persona, por esta razón ofició a la Unidad de Terapia del Dolor Neuropático y Músculoesquelético del cual se obtuvo la misma respuesta, y en virtud de la conducta temeraria del ciudadano ALDUVE JOSÉ GARCÍA ZAMBRANO, al desplegar la actividad los órganos de administración de justicia teniendo la certeza de que litigaba sin razón valedera, y siendo este juzgador respetuoso de su obligación de tomar las medidas necesarias para prevenir y sancionar la falta de lealtad y probidad en el proceso, así como todo acto contrario a majestad de la Justicia y al respeto que se deben los litigantes, acordó la apertura de un procedimiento de multa contra el ciudadano ALDUVE JOSÉ GARCÍA ZAMBRANO, venezolano, mayor de edad, de este domicilio, titular de la cédula de identidad N° 11.580.268 y así se decide.

Sentencia del Juzgado Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Lara. 25 de enero de 2005. Jesús Amado Devia Soto Vs. Variedades y Carnicería Yuriluc S.R.L.

De allí deviene el principio de la comunidad de la prueba, en donde llegada la oportunidad de la evacuación y el testigo no es presentado, tal incomparecencia no puede calificarse como desistimiento porque como ya se ha establecido previamente, la prueba es del proceso, tampoco debe calificarse como una renuncia a la prueba, porque no se ha consumado y allí es perfectamente claro que tal incomparecencia solo produce que el acto quede desierto, pero no el medio probatorio, ya que el mismo juez puede inclusive de oficio fijar una nueva oportunidad atendiendo al principio de que el Juez debe inquirir la verdad.

Sentencia del Juzgado Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Miranda. 02 de mayo de 2011. Norka Gutiérrez Vs. Mercal C.A.

En este mismo sentido, Devis (1993, 114 y 115), concluyó señalando lo siguiente:

Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos. Se refiere este principio a la necesidad de que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial, estén demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los interesados o por el juez, si éste tiene facultades, sin que dicho funcionario pueda suplirlas con el conocimiento personal o privado que tenga sobre ellos, porque sería desconocer la publicidad y la contradicción indispensable para la validez de todo medio probatorio. (...) El juez puede, en cambio, utilizar el conocimiento privado que tenga de los hechos relacionados con el proceso civil o penal o de otro orden, para decretar oficiosamente pruebas con el fin de acreditarlos, cuando la ley se lo permita. (Devis, H., Teoría general de la prueba judicial, Bogotá: Diké).

En estos términos, Devis insistió en el deber del juez de fundamentar sus decisiones conforme a lo alegado y probado por las partes, con abstracción de sus convicciones personales; sin embargo, consideró la iniciativa probatoria del juez como partícipe importante en la aportación probatoria, siempre que la ley lo faculte para ello.

De conformidad con lo antes expuesto, el sistema de Derecho y justicia venezolano impone al juez el deber de participar de modo activo en la materialización de la justicia, instituyendo la obligación de inquirir la verdad a través de todos los medios legales a su disposición. En este sentido, el juez es legalmente investido de facultades de dirección e instrucción que lo facultan para ejercer una iniciativa propia en el allegamiento de medios de

pruebas al proceso, principales o sucedáneas, adicionales a los ofrecidos por las partes litigantes. Estos poderes probatorios forman parte del poder de dirección e instrucción del proceso, y tienen una naturaleza ciertamente inquisitoria, dirigida a la búsqueda de la verdad material de los hechos sometidos a juzgamiento, más allá de la iniciativa, la voluntad o la disposición de las partes.

El juez es, pues, investido legalmente de poderes más o menos amplios de dirección e instrucción del proceso judicial, de modo de “actualizar la vigencia del Derecho”³; los cuales dependen principalmente del interés social que causa el hecho juzgado. De esta manera, cada subsistema del Derecho adjetivo está influido por reglas y principios particulares que atribuyen al juez la iniciativa probatoria propia, necesaria para la búsqueda de la verdad.

Así pues, el ordenamiento jurídico venezolano establece varios modos especializados de participación del juez en la instrucción cognitiva. Particularmente, el proceso laboral se encuentra especialmente influido por principios eminentemente tuitivos y proteccionistas, que dependen fundamentalmente del establecimiento de la verdad material de los hechos para tutelar efectivamente el hecho social trabajo; por lo que el juez está llamado a participar de manera oficiosa en la búsqueda de los elementos de convicción que considere relevantes para la resolución de la causa en Derecho y justicia.

Así pues, al respecto de los poderes probatorios del juez del trabajo, el artículo 71 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo establece lo siguiente: Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes

³ COUTURE, E. Estudios de derecho procesal civil, t3, Buenos Aires, 1978, Depalma, p. 25.

para formar convicción, el Juez en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la evacuación de medios probatorios adicionales, que considere convenientes. El auto en que se ordenen estas diligencias fijará el término para cumplirlas y contra él no se oirá recurso alguno.

En el orden de las ideas anteriormente expuestas, el investimento del juez de determinados poderes inquisitorios de dirección e instrucción del proceso judicial es determinante para la satisfacción de los fines del Estado; ya que constituye el mecanismo de realización de la justicia estatal y de tutela efectiva de los derechos e intereses ciudadanos. Por lo tanto, considera este juzgador de alzada que la juez de la recurrida debió considerar de forma ponderada y armónica el ejercicio de sus potestades probatorias para la búsqueda de la verdad y la tutela efectiva de los derechos e intereses de los justiciables.

Sentencia del Juzgado Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Zulia. 20 de julio de 2009. Rómulo Raga Vs. Megasystem´s R&C, C.A.

Al respecto, cabe añadir, en vista de los alegatos expuestos por la parte accionada en la audiencia de apelación, conforme a los cuales el juez de al recurrida debió desplegar su actividad probatoria para poder demostrar que los depósitos que aparecen en la cuenta del demandante se corresponden a pagos efectuados por la demandada, hacer referencia a la sentencia de la Sala de Casación Social de fecha 07 de septiembre de 2004 (Caso Ferretería EPA C. A.), en la que se señala que si bien los artículos 2, 5 y 11 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, otorgan a los jueces laborales la potestad para que estos, conforme al principio de la primacía de la realidad de los hechos sobre las apariencias, indaguen y establezcan la verdad material y no

la verdad formal, no es menos cierto que esta facultad debe hacerse dentro de las atribuciones y lineamientos que la misma ley adjetiva laboral señala, pues si 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**, enunciado se haya soportado en el artículo 71 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que reza textualmente: “Artículo 71: Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la evacuación de medios probatorios adicionales, que considere convenientes. El auto en que se ordenen estas diligencias fijará el término para cumplirlas y contra él no se oirá recurso alguno.”.(Negrillas de la Sala en el texto consultado).

Sobre tal lineamiento consideró preciso la Sala de Casación Social señalar en la sentencia comentada, que **en la búsqueda de la 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 una de las partes del proceso, pues, por otro lado el artículo 72 de la misma Ley ha

dispuesto lo siguiente: “Artículo 72: Salvo disposición legal en contrario, la carga de la prueba corresponde a quien afirme hechos que configuren su pretensión o a quien los contradiga, alegando nuevos hechos...”. (Destacado de la Sala en el texto consultado)

Es entonces que lo pretendido por la parte demandante y expuesto en la audiencia ante la Alzada, está apartada de los parámetros señalados en la Ley, ello en virtud de que habiendo aportado la parte demandante como prueba a su favor una solicitud de información, con lo cual lógicamente pretendía demostrar la existencia y el origen de la remuneración que a su decir percibía el demandante, no debía pretender que el Juez de la causa, supliera la actividad probatoria que debió desplegar, por lo que en todo caso, era al demandante a quien correspondía promover la prueba correspondiente para demostrar que los depósitos efectuados en la cuenta del demandante correspondían a pagos que reunieran las características propias del salario y que tenían su origen en la empresa accionada, por lo que si el a-quo hubiera procedido de esa manera, hubiese violentado, en criterio de la alzada, el orden público laboral, al quebrantar el principio de la igualdad procesal de las partes en el proceso y con ello las normas antes señaladas.

Sentencia del Juzgado Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. 12 de febrero de 2008. Artemio Antonio González Díaz Vs. VPS Seguridad Integral C.A.

Sobre tal lineamiento, resulta preciso señalar, que en la búsqueda de la 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 una de las partes del proceso, pues, por otro lado el artículo 72 de la misma Ley ha dispuesto lo siguiente: “Artículo 72: Salvo disposición legal en contrario, la carga de la prueba corresponde a quien afirme hechos que configuren su pretensión o a quien los contradiga, alegando nuevos hechos....”.

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.

Dicho en otras palabras, al haber señalado la parte demandante en su escrito que la relación de trabajo había terminado por un despido, y luego habiendo contestado la demandada bajo el alegado que la relación culminó por la renuncia del accionante, para lo cual promovió carta de renuncia suscrita por el propio trabajador, y cumplir así con la exigencia contemplada en el artículo 72 de la Ley Procesal, debió el Juez de Alzada, atenerse a lo alegado y probado en autos por las partes...”.

Por su parte, la disposición legal del artículo 6 Parágrafo Único, de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, dispone “...El Juez de Juicio podrá ordenar el pago de conceptos, como prestaciones o indemnizaciones, distintos de los requeridos, cuando éstos hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que

corresponden al trabajador de conformidad con esta Ley y con lo alegado y probado en el proceso, siempre que no hayan sido pagadas...”

Así, observa esta Sentenciadora, que a la luz del análisis tanto del precedente jurisprudencial como de la norma transcrita del artículo 6 ejusdem, si bien es cierto que el Juez laboral (Juez de Juicio) tiene entre sus facultades el condenar cantidades que efectivamente no fueron requeridas por el trabajador o cantidades mayores a las accionadas, no es menos cierto que tal facultad encuentra su límite en los alegatos, defensas y probanzas aportadas al proceso, tal como lo dispone la parte final del artículo en comento, el cual debe ser interpretado en concordancia con otras disposiciones legales que prevén las cargas procesales de las partes como es la Carga de alegación y la carga de la prueba, específicamente en los artículos 69 y 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, todo lo cual se encuentra claramente delimitado e interpretado en las sentencias indicada supra. ASÍ SE ESTABLECE

Bases Teóricas

Conceptos generales de la prueba

Objeto de la prueba

Hay muchas definiciones acerca del objeto de prueba, sin embargo tomando en cuenta la opinión mayoritaria de la doctrina se puede decir que son todos aquellos hechos o situaciones (materiales o conductas humanas) que se alegan como fundamento del derecho que se pretende y que sean de interés para el juicio y que puedan ser susceptibles de demostración

histórica⁴. También se puede hacer referencia a la definición del maestro DEVIS ECHANDIA⁵, que escribe “que por objeto de prueba se entiende aquello sobre lo que puede recaer la prueba, como se puede ver es una noción objetiva y abstracta sin relación con las pretensiones de las partes”. En el proceso laboral el objeto de la prueba son todos aquellos hechos que sean constitutivos de la relación laboral o del nacimiento de derechos laborales, así como los que impiden o extinguen tales derechos.

Carga de la prueba

En este sentido, el maestro DEVIS ECHANDÍA⁶ dice que la carga de la prueba es: “una noción procesal que consiste en una *regla de juicio*, que indica a las partes la *autorresponsabilidad* que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman, aparezcan demostrados y que, además, *le indica al juez cómo debe fallar* cuando no aparezcan probados tales hechos” (incursiva nuestro). Es importante distinguir que el problema de la carga se vincula a la cuestión de la necesidad de probar, pero esto no implica que la producción de la prueba esté imperiosamente ligada a la necesidad de la prueba. Si bien es cierto que la parte que soporta la carga de la prueba tiene necesidad que aparezca probado el hecho, tampoco es menos cierto que su prueba puede producirse por la actividad oficiosa del juez o de la contraparte. No obstante, hay conceptos relacionados con ella, como: inversión de la carga de la prueba, carga dinámica y distribución de la carga de la prueba que deben ser tomados en cuenta en el caso concreto.

⁴ RIVERA MORALES, Rodrigo. (2006). *Las pruebas en el derecho venezolano*, 4ª Edición. Barquisimeto: Editorial Jurídica Rincón .p.138.

⁵ DEVIS ECHANDÍA, H. (1993). *Teoría General de la Prueba Judicial*, 4ª Edic. Medellín: Editorial Biblioteca Jurídica DIKE, Tomo I. p. 155.

⁶ IBÍDEM, p. 424.

Supuestos de hecho

El supuesto de hecho es una premisa que, en el caso de que se cumpla, lleva a una o más consecuencias. Tanto en el ámbito científico como en el jurídico, la consecuencia de un supuesto de hecho es la aplicación de la Ley.

Finalidad de la prueba

La finalidad de la prueba es permitir al juez el conocimiento la realidad de los hechos que se ventilan en el juicio, para que este lleve a cabo el pronunciamiento que ponga fin a la controversia suscitada.

Principios generales de la prueba

En el derecho moderno se reconoce la existencia de un conjunto de principios que informan la aplicación del derecho ordinario. Algunos de estos están constitucionalizados y prevalecen sobre la norma. Estos en forma general son: Principio del control de la prueba, principio de libertad probatoria, principio de la igualdad probatoria, principio de la comunidad de prueba, principio de la licitud de la prueba, principio de la inmediación probatoria, principio de publicidad.

Bases Legales

Ley Orgánica Procesal del Trabajo

Artículo 1. La presente Ley garantizará la protección de los trabajadores en los términos previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes, así como el funcionamiento, para trabajadores y empleadores, de una jurisdicción laboral autónoma, imparcial y especializada.

Parágrafo Único: La designación de personas en masculino tiene, en las disposiciones de esta Ley, un sentido genérico, referido siempre, por igual, a hombres y mujeres.

COMENTARIO: La Constitución Nacional de la Republica Bolivariana de Venezuela consagra una amplia y precisa protección al trabajo en los distintos aspectos que integran la relación laboral y el contenido del derecho del trabajo. De esta forma la Ley Orgánica Procesal del Trabajo asume esta protección constitucional y desarrolla legislativamente las bases sentadas en la carta magna todo esto con miras a garantizar una jurisdicción autónoma, imparcial y especializada.

Artículo 2.- El juez orientará su actuación en los principios de uniformidad, brevedad, oralidad, publicidad, gratuidad, celeridad, inmediatez, concentración, prioridad de la realidad de los hechos y equidad.

COMENTARIO: La enunciación de los principios rectores, en un primer grupo: la uniformidad, brevedad, oralidad, publicidad, gratuidad, celeridad, inmediatez y concentración como principios del proceso en general, que

dotan al mismo de los atributos necesarios para cumplir con su misión como herramienta que permite la consecución de la justicia. Asimismo, en este artículo se hace mención de la prioridad de la realidad sobre los hechos y de la equidad, recordándose que en el Derecho laboral es una rama de carácter social y estos dos últimos principios se encuentran vinculados estrechamente a la naturaleza social a que se ha hecho referencia y que es propia de este tipo de derechos.

Artículo 3. El proceso será oral, breve y contradictorio, sólo se apreciarán las pruebas incorporadas al mismo conforme a las disposiciones de esta Ley, se admitirán las formas escritas previstas en ella.

COMENTARIO: Este artículo reafirma la sujeción del proceso a las normas probatorias consagradas en el marco de la Ley.

Artículo 4. Los actos del proceso serán públicos, salvo que expresamente esta Ley disponga lo contrario o el tribunal así lo decida, por razones de seguridad, de moral o de protección de la personalidad de alguna de las partes.

COMENTARIO: Consagra la publicidad de cada uno de los actos que integran el proceso laboral (salvo disposición legal contraria) la publicidad del proceso como característica predominante de los procedimientos laborales se justifica en virtud del carácter social y el interés público presente en los mismos.

Artículo 5. Los jueces, en el desempeño de sus funciones, tendrán por norte de sus actos la verdad, están obligados a inquirirla por todos los medios a su alcance y a no perder de vista la irrenunciabilidad de derechos y beneficios acordados por las leyes sociales a favor de los trabajadores, así como el carácter tutelar de las mismas; y por tal causa, tienen que intervenir

en forma activa en el proceso, dándole el impulso y la dirección adecuados, en conformidad con la naturaleza especial de los derechos protegidos.

COMENTARIO: El presente artículo es la base del presente trabajo de tesis y establece normas de actuación para los jueces ya que a través de la ley se le conceden amplias facultades para cumplir con la obligación impuesta; el juez se erige como director del proceso, es decir, un papel meramente activo que debe ser guiado de alguna forma, esto es precisamente lo que hace el artículo in comento; ya que primeramente establece como norte de las actuaciones del juez la verdad, y el respeto por los beneficios y derechos acordados por leyes sociales, con el respectivo carácter de irrenunciabilidad propio de esta clase de leyes.

Artículo 6. El Juez es el rector del proceso y debe impulsarlo personalmente, a petición de parte o de oficio, hasta su conclusión. A este efecto, será tenida en cuenta también, a lo largo del proceso, la posibilidad de promover la utilización de medios alternativos de solución de conflictos, tales como la conciliación, mediación y arbitraje. Los Jueces que han de pronunciar la sentencia deben presenciar el debate y la evacuación de las pruebas, de las cuales obtienen su convencimiento.

Parágrafo Único: El Juez de Juicio podrá ordenar el pago de conceptos, como prestaciones o indemnizaciones, distintos de los requeridos, cuando éstos hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador de conformidad con esta Ley y con lo alegado y probado en el proceso, siempre que no hayan sido pagadas.

COMENTARIO: Establece expresamente el carácter del juez como rector del proceso, sus facultades en materia probatoria así como para la utilización y los medios alternativos de resolución de los conflictos.

Artículo 9. Cuando hubiere duda acerca de la aplicación o la interpretación de una norma legal o en caso de colisión entre varias normas aplicables al mismo asunto, se aplicará la más favorable al trabajador. En caso de duda sobre la apreciación de los hechos o de las pruebas, se aplicará igualmente la que más favorezca al trabajador. La norma adoptada se aplicará en su integridad.

COMENTARIO: La Ley establece el principio de la norma más favorable como regulador en aquellos casos de multiplicidad de aplicación de normas en relación a un mismo hecho.

Artículo 10. Los Jueces del Trabajo apreciarán las pruebas según las reglas de la sana crítica; en caso de duda, preferirán la valoración más favorable al trabajador.

COMENTARIO: El juez debe usar los elementos de la sana crítica en su valoración: la lógica, el método reflexivo y las máximas de experiencia; por supuesto, siempre que se presente la duda debe favorecer al trabajador.

Artículo 11. Los actos procesales se realizarán en la forma prevista en la ley; en ausencia de disposición expresa, el Juez del Trabajo determinará los criterios a seguir para su realización, todo ello con el propósito de garantizar la consecución de los fines fundamentales del proceso. A tal efecto, el Juez del Trabajo podrá aplicar, analógicamente, disposiciones procesales establecidas en el ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta el carácter tutelar de derecho sustantivo y adjetivo del Derecho del Trabajo,

cuidando que la norma aplicada por analogía no contraríe principios fundamentales establecidos en la presente Ley.

COMENTARIO: El objetivo principal del proceso aboral conforme a esta Ley es asegurar la consecución de los fines esenciales para todo proceso, verdad y justicia ; y para el alcance de los mismos se prevé la sujeción de los procesos laborales a lo establecido en la Ley.

Artículo 69. Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto a los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

COMENTARIO: En el proceso se debaten circunstancias fácticas que entrañan en sí, la solución del conflicto que se plantea, es esta precisamente la misión del juez al dictar sentencia de manera tal, que debe emplear y valorar adecuadamente los medios de prueba para así alcanzar la certeza necesaria para pronunciarse adecuadamente sobre los hechos controvertidos.

Artículo 70. Son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina la presente Ley, el Código de Procedimiento Civil, el Código Civil y otras leyes de la República; quedan excluidas las pruebas de posiciones juradas y de juramento decisorio.

Las partes pueden también valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán de la forma preceptuada en la presente Ley, en lo no previsto en ésta se aplicarán, por analogía, las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código de Procedimiento Civil, Código Civil o en su defecto, en la forma que señale el Juez del Trabajo.

COMENTARIO: Se consagran los medios de prueba admitidos por la Ley excluyéndose solamente, al juramento decisorio y las posiciones juradas, pues en esos casos específicos y en materia laboral tales medios podrían constituirse en un arma de doble filo ya que no ofrecen garantía alguna, sobre todo si se toma en cuenta el descenso de los valores éticos que se ha experimentado en las sociedades últimamente.

Artículo 71. Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la evacuación de medios probatorios adicionales, que considere convenientes.

El auto en que se ordenen estas diligencias fijará el término para cumplirlas y contra él no se oirá recurso alguno.

COMENTARIO: Se establece la facultad del juez de ordenar por medio de un auto la declaratoria de necesidad de nuevas pruebas, considerándose esta como una de las facultades derivadas de la obligación de inquirir la verdad, y de las más representativas del papel activo y rector del juez en el proceso laboral.

Artículo 72. Salvo disposición legal en contrario, la carga de la prueba corresponde a quien afirme hechos que configuren su pretensión o a quien los contradiga, alegando nuevos hechos. El empleador, cualquiera que fuere su presencia subjetiva en la relación procesal, tendrá siempre la carga de la prueba de las causas del despido y del pago liberatorio de las obligaciones inherentes a la relación de trabajo. Cuando corresponda al trabajador probar la relación de trabajo gozará de la presunción de su existencia, cualquiera que fuere su posición en la relación procesal.

COMENTARIO: La regla general es que “quien afirme un hecho debe probarlo”, sin embargo, la Ley consagra a favor del trabajador y en razón a su situación de debilidad económica una presunción de existencia de relación de trabajo (independientemente de su posición en la relación laboral) debe tenerse en cuenta los principios laborales de la norma mas favorable y el de la primacía de la realidad sobre las apariencias.

Artículo 73. La oportunidad de promover pruebas para ambas partes será en la audiencia preliminar no pudiendo promover pruebas en otra oportunidad posterior salvo las excepciones establecidas en esta Ley.

COMENTARIO: La preclusión a la que se hace referencia afecta la facultad probatoria de promoción una vez culminada la audiencia preliminar (momento preclusivo).

Artículo 156. El Juez de Juicio 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; también podrá dar por terminados los actos de examen de testigos, cuando lo considere inoficioso o impertinente.

COMENTARIO: Nuevamente se establece la facultad del juez de juicio, en este caso preciso de ordenar la evacuación de nuevas pruebas, también lo puede acordar a instancia de parte, siempre y cuando exista la necesidad de esclarecer la verdad.

Términos Básicos

AUDIENCIA PRELIMINAR: Es una etapa del proceso laboral que permite el ejercicio de la función de conciliación o de aproximar a las partes a otros medios de solución de conflictos; y realizar actividades saneadoras y de promoción de pruebas.

CONTROVERSIA: Es una discusión larga y reiterada, es el pleito que se pretende solucionar en el proceso.

HECHOS CONTROVERTIDOS: Es el conjunto de hechos materiales o psíquicos que sirven de presupuesto a las normas jurídicas aplicables en cada proceso, en vista de las peticiones o excepciones de las partes o del efecto jurídico perseguido y que la ley exige por medios autorizados.

EVACUACIÓN DE PRUEBAS: Es el procedimiento que para formar el medio probatorio. Son actos procesales para que los diversos medios concretos aducidos o decretados de oficio se ejecuten en el proceso.

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES: son los criterios establecidos en la Constitución que sirven e informan para la interpretación del ordenamiento.

DEBIDO PROCESO: El Debido Proceso puede ser definido como el conjunto de "condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial".

LITIS: En español es litigio, significa la contienda judicial entre las partes en que una de ellas mantiene una pretensión a la que la otra se opone. También se llama litis al juicio, pleito, proceso.

PROCESO LABORAL: Es toda aquella consecución de actos cuya finalidad es dar solución a los conflictos que pueden presentarse en la relación jurídica existente entre patrono y trabajador.

PRUEBAS: Es la demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho. Tiende a la persuasión o convencimiento que debe producir en el juez llamado a resolver sobre lo plantado y discutido en el juicio.

MEDIO DE PRUEBA: Son los distintos elementos del juicio producidos por las partes o diligenciados por el juez a fin de establecer la existencia de ciertos hechos en el proceso.

OBJETO DE PRUEBA: Es demostrar la veracidad y certeza de ciertos hecho.

CAPÍTULO III

ASPECTOS DOGMÁTICOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

El Objeto de la Prueba

Son muchas y diferentes las definiciones que se han dado sobre el objeto de la prueba. Ello ha generado confusiones acerca de conceptos relacionados pero esencialmente distintos, tales como: objeto, necesidad y carga de la prueba. Es imprescindible clarificar el concepto para su delimitación en el proceso en el caso concreto.

Por ejemplo, CARNELUTTI⁷ sostiene que el objeto de las pruebas judiciales son las afirmaciones de las partes en los alegatos de demanda o defensa. El profesor DEVIS ECHANDÍA⁸ un poco para despejar las dudas precisó así esos tres conceptos: a) *por objeto* de la prueba entiende que es aquello sobre lo que puede recaer la prueba, como se puede ver es una noción *objetiva* y *abstracta*, sin relación con las pretensiones de las partes, ni en el caso concreto procesal; b) *por necesidad* es lo equivalente al tema de la prueba (*thema probandum*), es decir lo específico de cada proceso en materia probatoria, tiene relación con el proceso concreto pues es lo que debe probarse en él; c) *carga* viene determinado por el interés que tiene cada una de las partes de probar en el proceso para que le sirva de fundamento de una decisión judicial favorable.

⁷ CARNELUTTI, Francesco. (1979). *La Prueba Civil*, Buenos Aires: Editorial DEPALMA, p. 38.

⁸ DEVIS ECHANDÍA, H. *Teoría General de la Prueba Judicial*, ob. cit. Tomo I, p. 143. En el mismo sentido opina el profesor RIVERA MORALES, Rodrigo (2006). *Las pruebas en el derecho venezolano*, ob. cit., pp. 138-139.

MICHELI⁹ expresa que: a) la afirmaciones contenidas tanto en la demanda como en la contestación de ella, recaen sobre la existencia o inexistencia de hechos; y b) para el juez, quien es quien al final decidirá, el objeto de la prueba lo constituyen siempre los hechos sobre los cuales recaen las afirmaciones. Puede notarse que a pesar de las divergencias, se coincide que el objeto de la prueba son los hechos que se alegan como fundamento del derecho que se pretende, esto puede ser desde la demanda como desde la contestación y reconvención. Acerca de esta cuestión, escribe STEIN¹⁰ afirmando que: si bien son los hechos y no su afirmación los que constituyen el objeto de la prueba, en realidad el órgano judicial únicamente se encuentra directamente frente a los hechos en el reconocimiento judicial, mientras que en el resto de casos los hechos se le presentan como afirmaciones de las partes o de terceros.

El profesor PARRA QUIJANO¹¹ afirma, que son objeto de la prueba judicial las realidades susceptibles de ser probadas, sin relación con ningún proceso en particular; se trata de una noción objetiva y abstracta. Parece pues, conteste la doctrina, en que constituyen objeto de prueba los hechos que el sistema jurídico establece, en abstracto y no respecto un caso concreto, como presupuestos de determinadas consecuencias o efectos jurídicos. El objeto de la prueba: son hechos. Obviamente, cobran realidad material en el caso concreto con los hechos acaecidos y son los relatados por las partes y sobre los cuales fundamentan su petición.

⁹ MICHELLI, Gian Antonio, (2004). *La carga de la prueba*, Bogotá: Editorial Temis, p, 112 y ss. Antes nos ha dicho (p.103) que es correlativo de las partes probar la afirmación misma. De manera que el interés es bilateral con relación a la afirmación, así como también el interés de probar.

¹⁰ Idem. Antes nos ha dicho (p.103) que es correlativo de las partes probar la afirmación misma. De manera que el interés es bilateral con relación a la afirmación, así como también el interés de probar.

¹¹ PARRA QUIJANO, J. (2001), *Manual de Derecho probatorio*, Bogotá: Editorial Librería del Profesional p. 85.

En la doctrina nacional se ha asentado el concepto que el objeto de la prueba “es demostrar la veracidad y certeza de ciertos hechos”¹². En cuanto a la jurisprudencia nacional ésta ha sido reiterativa, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 6 de Febrero de 1969 fijó: “La relación litigiosa queda constituida y circunscrita, en cada caso concreto, por los hechos alegados en la demanda y su contestación”¹³. En conformación con el principio de veracidad, pues tratará de probarse la verdad de las afirmaciones.

Puede afirmarse que objeto de la prueba es todo lo que es susceptible de probarse en un proceso y que tienen relevancia jurídica, los cuales son hechos materiales o situaciones jurídicas de las que emanan derechos y excepcionalmente las normas jurídicas. Mientras, debe considerarse como tema de la prueba lo que debe probarse en un litigio determinado, esto es, la materia a la que se ocupa la actividad probatoria en el proceso y sobre la cual se persigue convencer al juez.

Tratándose de elaborar una definición aplicable al objeto de la prueba judicial, tomaremos la que da el profesor RIVERA MORALES¹⁴, de este modo: “son todos aquellos hechos o situaciones (materiales o conductas humanas) que se alegan como fundamento del derecho que se pretende y que sean de

¹² BELLO LOZANO, H. (1966), *Pruebas*. Caracas: Editorial Estrados, Tomo I, p.14

¹³ Es un criterio que ha reiterado el más alto tribunal de justicia vid. SALA CONSTITUCIONAL-TSJ, 11 de noviembre de 2005, en Exp. N° 05-1314. SALA CASACIÓN CIVIL. Sentencia de 3 de agosto de 2004. AA20-C-2003-000621 “que el de autos es un típico caso de petición de principios, al dar la recurrida por probado lo que debe ser precisamente objeto de prueba. SALA CASACIÓN PENAL, Sentencia de 2 de MARZO de 2006 RC EXP. No. 05-0336 (AUTO) Por su lado, el artículo 356 trata del interrogatorio de expertos y testigos a quienes el Presidente les concederá la palabra ‘para que indique lo que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de prueba’. Ambas disposiciones tratan de que los testigos deben declarar sobre lo que saben de los hechos objeto de prueba, objeto del proceso, por lo que la Corte no podía acoger las declaraciones de dos personas que no declararon sobre el objeto de prueba puesto que ese hecho no les consta, no lo vieron, no lo oyeron. Fueron infringidas ambas disposiciones porque los dos testigos no se refirieron al hecho objeto de prueba sino a otro hecho, es decir, a lo que les dijo (IDENTIDAD OMITIDA), de lo que se concluye que no podían ser apreciados como elemento suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia y para fundamentar la comisión del hecho punible y la culpabilidad de mi defendido...”. www.tsj.gov.ve

¹⁴ RIVERA MORALES, Rodrigo. (2006), *Las pruebas en el derecho venezolano*, ob. cit. p. 141.

interés para el juicio y que puedan ser susceptibles de demostración histórica”. Lo que indica que lo que debe probarse depende de los supuestos de hecho contenidos en las normas que se invocan y se le atribuyen las consecuencias jurídicas.

Vale la pena detenerse en analizar el tipo de supuestos de hechos definidos en las normas¹⁵. En primer lugar, debe decirse que no son uniformes y se presentan en varias formas, depende incluso del ámbito jurídico; en segundo lugar, su configuración se relaciona en sentido unívoco con la relación jurídica que sustenta, así: constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos. Acéptese que son posibles muchas clasificaciones de los tipos de hechos. No obstante, es importante para los efectos del proceso complejo, distinguir entre los hechos definidos descriptivamente y los hechos definidos valorativamente¹⁶.

En el primer caso, la identificación del supuesto de hecho se realiza a través de datos empíricos. Situación que se problematiza cuando se trata de aplicar la norma en un concurso casual y simplemente establecer la relación causal. Tómese, por ejemplo la enfermedad laboral por envenenamiento de mercurio industrial, en primer lugar hay que demostrar que la enfermedad se produce por el elemento (veneno o tóxico) “V”, elemento del proceso industrial, indudablemente aquí hay que mirar una relación determinística, lo cual supone la descripción y los hechos del fenómeno que ha de ser explicado (resultado) en su concreta configuración) *“Con el contacto de la sustancia “S” (inhalación o contacto de piel) lentamente se produce una lesión de los vasos sanguíneos mayores y menores, que provoca edema pulmonar, esclerodermatosis, afecciones del sistema nervioso central y destrucción del periférico, atrofia del músculo esquelético, lesión de los vasos*

¹⁵ FERRER BELTRÁN, Jodier, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid: Editorial Marcial Pons, p. 49.

¹⁶ IBÍDEM, p. 48.

*arteriales pulmonares y con ello la muerte*¹⁷. En estos casos, es obvio, que esas facetas son “*hechos*” del fenómeno, máxime si se producen en forma escalonada y se pasa de un estado a otro.

Con relación a los segundos, son es los que están presentes términos indeterminados y valorativos para definir el supuesto de hecho al que se vincula la consecuencia jurídica. Esas normas son, por ejemplo, en donde se incorporan nociones como daño grave, el cuidado propio de un buen padre de familia, honor, contra la moral y buenas costumbres, cumplir con las obligaciones de evitar el riesgo y el peligro, entre otras. Esto significa analizar hechos que puedan ser valorados con el alcance e interpretación que en el caso concreto se le pueda dar.

Así pues, que el concepto de objeto de prueba debe responder a la pregunta ¿Qué podría probarse?, es fundamentalmente de carácter fáctico, responde propiamente a la probática; el de tema de la prueba a la pregunta ¿Qué debe probarse en este proceso?; y el de carga de la prueba debe responder a la pregunta ¿Quién tiene interés en probar y cómo se decide la falta o ausencia de la actividad de probar?

La carga de la prueba

Ordenan tanto la Constitución como las leyes procesales, que el juez en el proceso debe decidir en todos los casos, aun cuando un hecho relevante para la decisión permanezca dudoso; no puede por eso el juez negarse a pronunciar, emitiendo un simple *non liquet*; el juez debe decidir, y decidir sobre el fondo reconociendo o rechazando la demanda. De ello viene

¹⁷ GÓMEZ BENITEZ, José M. (1987). *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Barcelona,: Editorial Tirant lo Blanch, p. 77.

la consecuencia de que debe sucumbir (*provare o soccombere*) aquella de las partes que “habría debido” probar el hecho que queda incierto.

Esto conduce a plantear diversos interrogantes: ¿A cuál de las partes le atañe probar un determinado hecho? ¿Cuál de las partes resulta afectada por no aparecer probado ese determinado hecho? ¿Es legítima una sentencia que afecta a una parte que no pudo probar un hecho real, que hubiera variado la decisión de haberse probado, porque le resultaba muy difícil? ¿Qué sucede con la tendencia moderna del derecho a que el proceso deba estar encaminado a buscar la verdad, y para el juez la obligación de inquirirla? ¿Cómo se puede explicar que renunciemos al conocimiento de un hecho por los medios permitidos por la ley y lo sustituyamos por el famoso slogan de la “carga de la prueba”, para dictar una sentencia que sea injusta y no corresponda con la verdad? Finalmente, ¿cómo queda el criterio clásico de carga de la prueba con la aplicación de las amplias facultades probatorias del juez laboral?

Algunos doctrinarios han criticado el concepto de carga de la prueba, porque se ha vinculado un poco a la idea de obligación. Esto porque la obligación en principio puede ser exigida coercitivamente o se aplica en sustitución una sanción, lo que significaría que la parte que no pueda probar por ser difícil y costosa, sería sancionado por no probar su derecho mediante una sentencia que le priva su auténtico derecho, ¡vaya contradicción!¹⁸ Pero también hay que evaluar que si el proceso tiene como norte la verdad concebido en la Constitución, el Código de Procedimiento Civil y en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, ¿cómo puede estar sometida al criterio de carga de la prueba como regla de valoración?

¹⁸ Por todos DEVIS ECHANDÍA, H. (1993), *Teoría General de la Prueba Judicial*, Medellín: Editorial Dike, Tomo I, pp. 396-408.

De todo lo expuesto se pueden inferir dos aspectos básicos que se deben tener en cuenta con relación al problema de la carga de la prueba, que son: a) Probar es esencial para el resultado del proceso (artículo 12 y 254 C.P.C y 10 LOPTRA), actividad que compete primariamente a las partes – *onus probandi*¹⁹ (de nada sirve el derecho si no se prueba, cuestión que se manifiesta en muchas máximas romanas: *actore non probante reus absolvitur*– si el demandante no prueba se absuelve al demandado–, *onus probandi incumbit actori* –la prueba incumbe al actor–, *non ius déficit, sed probatio*– no falla el derecho, sino la prueba–, *reus in exceptione fit actor* - cuando el demandado propone excepciones debe probar-), cuestión que se matiza en el proceso venezolano porque el juez tiene facultades probatorias por la obligación o en razón de hallar la verdad (artículos 401 y 514 C.P.C.; 5, 71 y 156 LOPTRA; b) La finalidad del proceso es la realización de la justicia como garantía de los derechos de la persona; debe verse, entonces, el proceso como la tutela judicial efectiva de los derechos de las personas. Tiene que compatibilizarse el interés privado con el interés público; la imparcialidad con el deber de buscar la verdad; la igualdad ante la ley y en contra de la desigualdad social y económica²⁰.

Este principio, en puridad, conduce a mirar el interés que existe en la prueba por parte de las partes, en el fondo se plantea el interés bilateral de la prueba. Esto es, que cada una de las partes debe aducir la prueba de los hechos, puestos como base de las respectivas pretensiones²¹. Sin embargo, debe manifestarse que visto de esa manera de nada soluciona el problema cuando hay hechos inciertos, es decir, cuando la prueba es incompleta o

¹⁹ *Onus, oneris*, sustantivo latino que significa carga o peso, *Onus probandi* es un fragmento de una norma atribuida en mayor enunciado al jurista CELSIO JUVENCIO.

²⁰ Es claro que el sistema debe propiciar a través de los mecanismos legislativo y judicial el equilibrio social material, una de estas formas es precisamente suplir, dentro del marco de las garantías, esa debilidad, otorgando ciertas facultades al juez para que en el proceso pueda existir un equilibrio.

²¹ MICHELLI, Gian Antonio, (2004), *La carga de la prueba*, Bogotá: Editorial Temis, p. 47.

cuando hay insuficiencia de prueba. Puede observarse que tiene una doble acepción que se manifiesta en momentos concretos; por un lado, interesa a las partes, en el sentido de carga constituye un llamado a la conducta que debe regir a las partes para la concreción de sus pretensiones; por otro lado, es una regla para el juzgador o regla de juicio porque le indica como debe fallar cuando hay hechos inciertos o hay insuficiencia de prueba o existe la necesidad de nuevas pruebas²².

Es importante, para manejar el problema de la carga de la prueba, reflexionar sobre las respuestas que se deben dar a las preguntas: ¿A quién le corresponde probar un supuesto de hecho? ¿Quién resulta afectado en el proceso por no aparecer probado determinado hecho? ¿Tiene legitimidad una sentencia favorable a una parte que se justifica por que la otra, a pesar de existir el hecho que hubiera variado la decisión, no pudo probarlo por lo difícil que le resultaba probarlo? ¿Valor en sentencia de la prueba ordenada por el juez? Hoy la Constitución y la ley imponen la obligación que los juicios se decidan en función de la verdad y la justicia. Entonces, ¿Cómo explicar que se renuncie al conocimiento de un hecho y se utilice el sucedáneo de prueba (que es precisamente la carga de la prueba), para dictar una sentencia que puede no corresponder a la verdad o que sea injusta? No obstante, se debe mirar los criterios conceptuales en los que ha descansado este concepto de carga de la prueba.

Es necesario aproximarse a una definición de la misma. MICHELI²³ la define como “el comportamiento necesario del sujeto para que un fin jurídico sea alcanzado”. Expuso el autor citado que la tradición romana recogida por

²² DEVIS ECHANDÍA, H. (1993), *Teoría General de la Prueba Judicial*, ob. cit. tomo I, p. 424. Sobre esa base ha sostenido que “la regla de la carga de la prueba es de naturaleza *sustitutiva*, puesto que reemplaza a la prueba en el momento de la decisión, vale decir es un sucedáneo de la prueba que faltó o resultado insuficiente”.

²³ MICHELLI, Gian Antonio, (2004), *La carga de la prueba*, ob. cit. p. 60.

el legislador liberal del s. XIX, funda el concepto de carga de la prueba sobre la necesidad práctica de cada una de las partes de alegar y probar en el proceso aquellos hechos en los cuales la norma jurídica reúne el efecto deseado. Partiendo de esa definición se afirma que la carga procesal “es un poder de las partes de disponer del material de hecho sobre el cual se fundan las respectivas pretensiones”. Se plantea la tesis de la libertad de las partes de organizar su conducta en función de los fines perseguidos. Por ello, algunos autores lo explican como un poder disponible de las partes, quizá un poco acercándose a la idea de la carga como un derecho subjetivo de aquellas. Se puede aseverar que, más que un poder o facultad (subjetivo), es una relación jurídica que surge por la relación procesal, que si bien contiene una pauta de conducta para las partes, puesto, que en defensa de sus pretensiones deben probar los hechos que alegan; no es menos cierto que forma parte de las reglas de juicio para el juzgador, y una obligación para él, lo que le imprime determinado sello objetivo. No hay que olvidar que el legislador ha establecido algunas normas de juicio para el juzgador cuando en determinadas situaciones hay duda o hechos inciertos, como en duda sentenciar a favor del demandado, y en igualdad de circunstancias favorecer al poseedor (véase artículo 254 CPC) o favorecer al trabajador (10 LOPTRA). Véase que en la noción de MICHELI, se conjuga la actividad de las partes en función del interés propio con la regla de juicio para la aplicar la norma.

Es cierto, como lo señalaba CARNELUTTI²⁴, que la carga de la prueba afecta directamente a la búsqueda de los hechos, que en última instancia son el sustento, en el proceso concreto, de la verdad y la justicia. Cuando las pruebas son presentadas en el proceso ya no pertenecen a los sujetos procesales, sino que forman parte de la comunidad de la prueba y caen bajo la potestad del juez para someterlas a su apreciación y análisis y deducir de

²⁴ CARNELUTTI, F. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Editorial Ediar. tomo II, p. 624.

ellas los elementos de su convicción. Puede observarse que el rigor como se había venido manejando la regla de la carga de la prueba se ve matizada por el principio de la adquisición procesal y comunidad de la prueba. De manera que lo crucial o crítico para las partes es la búsqueda de la prueba de los hechos y su presentación al proceso. Allí es donde se pueden involucrar la desigualdad, la deslealtad, la indefensión, por ello, siendo tan sensible este momento, el juez debe actuar en resguardo de la igualdad real de las partes, la lealtad y probidad debida en el proceso y la garantía en general del derecho de defensa.

En concepción ideológica liberal y bajo una visión privatista del proceso se ha formado una concepción jurídica de carga de la prueba, respondiendo un poco a la idea de una supuesta neutralidad. El profesor DEVIS ECHANDÍA²⁵ dice que: “La noción de carga forma parte definitivamente de la Teoría General del Derecho, pero su aplicación ocurre en el campo del derecho procesal”. CARNELUTTI²⁶ escribe que existe carga “cuando el ejercicio de una facultad aparece como condición para obtener una determinada ventaja”, de lo que se infiere que es necesario el ejercicio de esa facultad. De estas definiciones puede inferirse que la carga de la prueba consiste en que la parte que tiene una pretensión procesal y se ampara en una determinada norma, debe soportar la carga de probar los presupuestos de hecho de la misma.

No obstante, se sostiene, en este trabajo, la tesis que el concepto carga debe vincularse a los valores constitucionales de justicia, solidaridad y responsabilidad, además, que el derecho a la defensa exige la posibilidad material de probar. De manera, que la noción de carga y su distribución atañe a los valores que informan, en general, al derecho. No se pueden

²⁵ DEVIS ECHANDÍA, H. *Teoría General de la Prueba Judicial*, ob. cit. tomo I. p. 415.

²⁶ CARNELUTTI, F. *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo II, ob. cit. p. 65

soslayar, en el momento del proceso probatorio o de decidir, esos principios de la teoría general del derecho, el Juez, entonces, deberá considerar todos los factores en juego, como: el objeto de la controversia, las condiciones de las partes, la dificultad o facilidad de la prueba, entre otros, que le permitan hacer una valoración justa en cuanto a quien le corresponde probar. En este sentido el juez debe ejercer sus facultades probatorias para despejar las dudas y llegar a la verdad con las pruebas aportadas, en su defecto, sino no le son suficientes, está facultado de solicitar nuevas pruebas como consecuencia de su obligación de inquirir la verdad.

En cuanto al fondo del problema de la distribución de la carga de la prueba, deben tenerse en cuenta dos aspectos fundamentales de la noción de carga de la prueba, que precisamente desarrolla el tratadista DEVIS ECHANDÍA²⁷, en la siguiente forma:

1º) Por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica como debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un *non liquet*, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos;

2º) Por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.

²⁷ DEVIS ECHANDÍA, H. *Teoría General de la Prueba Judicial*, ob. cit. tomo I. p. 424.

En este sentido, el profesor PARRA QUIJANO²⁸, dice que la carga de la prueba es: “una noción procesal que consiste en una *regla de juicio*, que indica a las partes la *autorresponsabilidad* que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman, aparezcan demostrados y que, además, *le indica al juez cómo debe fallar* cuando no aparezcan probados tales hechos” (incursiva nuestro). Es importante distinguir que el problema de la carga se vincula al problema de la necesidad de probar, pero esto no implica que la producción de la prueba esté imperiosamente ligada a la necesidad de la prueba. Si bien es cierto que la parte que soporta la carga de la prueba tiene necesidad que aparezca probado el hecho, tampoco es menos cierto que su prueba puede producirse por la actividad oficiosa del juez o de la contraparte.

Es indudable que la regla de la carga de la prueba le facultad al juez a decidir, cuando el hecho no aparece demostrado, en contra de quien correspondía la carga y no la cumplió; allí tiene el resultado adverso quien le correspondía probar y no lo hizo. No obstante, basados en los valores de la justicia y la verdad, asumimos la tesis que el juez debe procurar, con las facultades otorgadas por la ley procesal consistentes en decretar oficiosamente la producción de pruebas, investigar los hechos y llegar a la verdad por obligación legal MORELLO²⁹ expresa que el juez espectador quedó en la historia. Su rol es hoy diligente, interesado en el resultado útil de lo que personalmente haga; vigila, orienta, explora y gestiona prueba. Conforme con los principios establecidos en la Constitución Nacional de 1999, existen condiciones supremas que deben estimular a los jueces a ejercitar, *in*

²⁸ PARRA QUIJANO, J. *Manual de Derecho probatorio*, ob. cit. p. 160.

²⁹ MORELLO, Augusto. (2001), *La prueba*, Buenos Aires: Librería Editora Plantense. p. 185. Cfr. LIEBMAN, T. E. (1980) *Manual de derecho procesal civil*, Buenos Aires: Editorial EJE, p. 285, escribe que “cómo ocurre naturalmente que cada parte, en el desarrollo de su actividad defensiva, sea conducida a alegar y probar los hechos favorables a sí misma; éste es, pues, el criterio más lógico para distribuir la carga de la prueba, aun cuando termine por endosar la prueba aquella de las partes que pueda darla con mayor facilidad...”.

concreto, poderes que ya les habían sido atribuidos, en especial, en la búsqueda de la verdad y la justicia acatando obligaciones legales impuestas.

La Constitución Nacional en su artículo 49, en el ordinal 1º, refiriéndose a las pruebas dice: "... de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa". Se asume que allí están presentes tres aspectos: a) derecho de acceder a las pruebas, esto es, poder ver las pruebas en su contra, hacer el contradictorio; pero el término "acceso" tiene un carácter general, lo que significa que es equivalente al concepto "acceso de justicia" y debe dársele el sentido más amplio, de suerte que el juez tiene que velar como hacer efectivo ese derecho en determinadas situaciones que limitan ese derecho de acceso a la prueba; b) disponer del tiempo adecuado, que la prueba no sea intempestiva y clandestina, allí están involucrados el problema de los lapsos procesales y c) los medios adecuados para ejercer su defensa, en esto se implican los principios de la disponibilidad de la prueba, la lealtad probatoria y la defensa idónea; de suerte que aquellos obstáculos que obstruyan la disponibilidad, o que contengan deslealtad y falta de probidad, e incluso vislumbren una carencia de idoneidad, de alguna manera deben ser superados y removidos por el Tribunal. La norma constitucional *in comento* expresa formas que garantizan el derecho de defensa, que indudablemente es un bien que debe protegerse en todo grado e instancia. Corresponde al juez evaluar si hay un menoscabo de ese derecho y si en su apreciación existe esa disminución, debe restablecer el equilibrio y la efectividad del derecho, sin que pueda ser acusado de parcialidad.

En el Anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica en el artículo 129 se combina el principio dispositivo con facultades de iniciativa probatoria del juez, la norma dice:

Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión. La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del Tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias en la producción de la prueba.

Es claro que el proceso moderno implica dos nociones básicas, a saber: por un lado, la de derecho subjetivo procesal cuyos titulares son las partes, por tanto pueden ser o no ejercitados por las mismas; por el otro, la de carga procesal, que es como la otra cara de la moneda, o sea del no ejercicio del derecho subjetivo con lo cual se puede generar una consecuencia negativa o perjuicio. Con el ejercicio se obtiene una ventaja en el sentido jurídico, pero si no se ejercita puede ocurrir un perjuicio.

Como regla de juicio funciona cuando hay falta de prueba, pero en todo caso el juez debe mirar la comunidad de la prueba y la adquisición procesal de la misma; la pretensión y los alegatos aducidos, la posibilidad de ejercer sus facultades probatorias, los deberes de lealtad y probidad probatoria, porque puede ocurrir que una parte obstaculice y no colabore en la prueba teniendo mayor facilidad para aportarla. Debe entender el juez que además de ellos, tiene reglas de valoración, en Venezuela las leyes procesales contemplan el empleo del método de la sana crítica para formar su convicción (artículos 10 LOPTRA, 507 CPC, 22 COPP).

El moderno derecho procesal florece en la aclaración de la verdad en el proceso, para ello abre las puertas a las posibilidades inquisitivas e impone,

con reservas, el deber de colaboración en al prueba³⁰. En un Estado social constitucional y democrático la justicia es un valor e interés del conjunto social, de manera que la controversia desde el punto de vista individual y egoísta minusvaliza la justicia, puesto, que la deja en un mar de dudas y de quien más puede. El proceso no puede seguir siendo –ni el juez- una marioneta que se mueve si las partes tiran del hilo³¹. En la visión moderna del proceso, en el marco del estado social de derecho, con relación a la regla de la carga de la prueba, no es suficiente manejar solo el criterio conforme a la cual el actor tiene la carga de acreditar los hechos constitutivos del derecho que invoca y el demandado los extintivos, impositivos o modificativos que opone a aquellos.

Como se ha indicado en la doctrina imperante en el proceso moderno la teoría de la carga de la prueba se ha resuelto de modo directo en una regla de juicio para el juez, regla que le fija como debe decidir cuando un hecho no ha sido probado, y de modo sólo indirecto en una regla de conducta para las partes.

Esta regla es aplicada al final del proceso, cuando llega la hora de dictar sentencia, el juzgador puede considerar que, respecto de él y de su certeza, cada uno de los hechos afirmados por las partes se encuentra en una de estas posibles situaciones³²:

- 1) El hecho afirmado por la parte existió, dado que ha sido probado y generado certeza, por lo cual el Juez dará la formula “Está probado que...”, pudiendo ser en sentido constitutivo, descriptivo o normativo, y declarar la consecuencia jurídica prevista en la norma de la que el hecho es supuesto fáctico. 2) El hecho afirmado por la parte no existió, dado que ha sido probado

³⁰ GOZAINI, Osvaldo, (2002). “Clasificación de los hechos a los fines probatorios”, en obra colectiva *La prueba*, en homenaje a Hernando Devis Echandía, Bogotá: Edita Universidad Libre de Colombia, p. 31.

³¹ MORELLO, Augusto, *La prueba: tendencias modernas*, ob. cit. p. 60.

³² MONTERO AROCA, J. *La prueba en el proceso civil*, ob. cit. p. 112.

y generado certeza, por lo cual el Juez dará la formula “Está probado que no... ”, y declarará que no ha lugar a la consecuencia jurídica prevista en la norma de la que el hecho es supuesto fáctico. 3) El hecho afirmado no ha llegado a ser probada su existencia o inexistencia, por tanto, no se ha producido la certeza sobre el mismo ni positiva ni negativamente. El juez tiene que dictar sentencia sobre el fondo relitigio, estimando o desestimando la demanda, sin que sea posible el *non liquet*.

El problema surge en el tercer supuesto, pues, el Juez tiene el deber inexcusable de sentenciar (artículo 19 CPC y 158 LOPTRA). Como el derecho le impone el deber de sentenciar, incluso impone sanciones (art. 830 CPC y párrafo único del art. 158 LOPTRA), es lógico que el derecho le diga como solucionar el problema que se le presenta cuando hay falta de prueba sobre un hecho. Allí aparece la doctrina de la carga de la prueba como regla de juicio para el juez, pues las normas fijan las consecuencias de la falta de prueba de los hechos (carga de la prueba en sentido material). Así, cuando hay falta de prueba el juez ha de preguntarse a cuál de las partes perjudicará está circunstancia y cuál debió probarla, de manera que el juez ante un hecho no probado -independientemente de a quien le correspondía la carga formal de probarlo- debe decidir a cuál de las partes debe sufrir las consecuencias de esa falta de prueba, siempre y cuando dicha falta de prueba o insuficiencia de la misma, esté conectada con la convicción del juez, porque si no es así coincide podría crear incertidumbre lo cual obliga al juez a solicitar la prueba para inquirir la verdad.

En la sistemática de las leyes procesales puede percibirse que las normas sobre la carga de la prueba (artículo 254 CPC), están colocadas como normas reguladoras de sentencia y no de prueba, salvo en la ley procesal laboral que se ubica en el orden de las normas rectoras de la

actividad probatoria y que indica claramente la actividad que debe desplegar a quien se le asigna la carga en situaciones fácticas concretas, lo cual obviamente incide en la sentencia.

Sobre esta teoría se pueden hacer algunas observaciones. En primer orden, conforme a nuestras normas procesales (Procesal Civil, Laboral, Agrario, Menores y Adolescentes) los jueces tienen iniciativas o facultades probatorias (facultad-deber), concretamente en los artículos 401 y 514 en el Código de Procedimiento Civil, artículos 5, 71 y 156 de la LOPTRA, realizables cuando haya duda u oscuridad, por lo que el fundamento de la teoría de la carga de prueba como regla de juicio para el juez por insuficiencia o falta probatoria salta endeble por los aires, pues, si ocurre la duda o la falta de prueba que llene de convicción, se debe a la negligencia o ignorancia del juez incumplir con esa facultad-deber; a menos que, se dé por los límites sociales del conocimiento, esto es, que no haya elementos científicos para demostrar una relación –esto en cuanto el problema probatorio sea para establecer una relación causal de tipo determinístico, podríamos citar como ejemplo, una responsabilidad por exposición a un producto químico en el proceso productivo.

En segundo orden, si dicha regla de juicio para el juez, le orienta en cuanto a la conducta de las partes en materia probatoria de sus afirmaciones de hecho, surgen un par de preguntas: ¿Qué sucede cuando el Juez no cumple su deber-facultad, dejando sólo a las partes la actividad probatoria? Es claro que el juez no puede suplir defensas de las partes, ni en sus actividades; pero, si tiene el deber de verdad y de justicia. Cuando hay duda, es decir, no se está en los supuestos 1º (*está probado que el hecho existió*) y 2º de la tesis (*no está probada la existencia del hecho*), el juez tiene que ejercer su facultad-poder y no puede eludir esa obligación. No se trata de

suplir la negligencia de algunas de las partes, si no que partiendo de la comunidad procesal tiene la obligación de la realización de la justicia. La segunda pregunta que podemos formularnos es ¿qué sucede cuando no hay suficiente conocimiento científico para establecer una relación de causalidad determinística? ¿Basta, para el establecimiento entre ambos de una relación de causalidad a los efectos de sentencia condenatoria, con la comprobación de la sucesión repetida de un factor (acción humana) y de una consecuencia (resultado lesivo), siempre que no sea posible hallar otra explicación más convincente para dicha consecuencia? Más aún, ¿basta con que esa sucesión repetida de un factor y de una consecuencia sea comprobada en un número estadísticamente relevante de casos?

Sobre la idea de la carga dinámica o de la facilidad de la prueba se ha venido insistiendo en la actualidad. CAPELLETTI³³ planteó que el proceso es un fenómeno social de masa y debe ser reglamentado como instituto de bienestar (atendiendo al fin público de la jurisdicción y a la tutela del interés general, no sólo el de las partes). En este sentido la *litis* debe buscar la justicia para lograr la paz y convivencia social.

La Constitución, las leyes procesales y los discursos políticos hablan de “la igualdad ante la ley”, esto no deja de ser sino una mera enunciación formal que se debe hacer efectiva en el caso concreto. Por ello, con justa razón en reacción contra la igualdad formal se acuñó la siguiente frase: “*Tratar como “iguales” a personas que económica y socialmente están en desventaja, no es otra cosa que una ulterior forma de desigualdad y de injusticia*”³⁴. En el proceso puede darse, de hecho, la desigualdad cuando se

³³ CAPELLETTI, Mauro. (1974) *Proceso, Ideologías, sociedad*, Tr. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Edic. Jurídicas Europa-América (E.J.E.A.). y (1996), *Acceso a la justicia*, México: Editorial Fondo de Cultura Económica.

³⁴ Tratar como iguales a los desiguales es una injusticia mayor.

impone la carga de la prueba a una parte a quien le resulta muy difícil conseguirla.

Expresa, el procesalista colombiano PARRA QUIJANO³⁵ que “la verdadera igualdad, en el marco de un proceso y con relación a la carga de la prueba, es la que tiene en cuenta en determinados casos, a quien le queda más fácil probar un hecho determinado, para que ella la desahogue”. Cuando existe, sin duda, obstáculo para conseguir la prueba y hay una desigualdad manifiesta, el juez debe poner en cabeza de quien le queda más fácil la carga de la prueba, para ello debe utilizar sus facultades de director del proceso. Parece adecuado citar algunos criterios de jurisprudencia colombiana que cita el autor comentado.

Ha dicho el Consejo de Estado:

Cuando un agente de los cuerpos armados del estado infiere un daño con un su arma de fuego, se presume que ésta es de dotación oficial; la prueba en contrario es de cargo de la entidad demandada. Sobre la anterior presunción se monta otra, el daño causado con arma de fuego de dotación oficial se presume cometido por una falla del servicio, es lo que se ha denominado el régimen de la falla presunta. (Sent. 21-04-1994. Exp. 6991).

Obsérvese el siguiente caso concreto:

Cuando una gran empresa tiene un sistema centralizado en ordenador de todas las operaciones y es demandada por un pequeño suministrador, cuyo único documento y prueba es una albarán que dice firmado por un ex empleado de aquélla que se encuentra ilocalizable, si aplicáramos los criterios anteriores y la gran empresa se hubiera limitado a negar la recepción de la mercancía, tendríamos que llegar normalmente a la absolución de la demanda por falta de pruebas. El criterio de la facilidad supondría, en este caso, que sería muy sencillo para la demandada no limitarse a negar y a adoptar una actitud

³⁵ PARRA QUIJANO, J. *Manual de Derecho probatorio*, ob. cit. p. 155.

procesal negativa, sino actuar positivamente presentando la “sábana” diaria del ordenador para acreditar que en aquel día no se realizó esa operación. Si para la empresa demandada es más fácil que la del demandante realizar la prueba, a ella debe incumbirle la carga. (Montero Aroca, Juan. Ortellis Ramos, Manuel. Gómez Colomber, Juan Luis. Derecho Jurisdiccional, Proceso Civil, p. 221).

La Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en cierta forma ha dejado entrever un respaldo al criterio de que *la prueba debe ser suministrada en determinados casos* (subrayado nuestro) por la parte a quien le queda más fácil, en efecto en una acción de tutela dijo: Secundariza los derechos fundamentales y excluye criterios de dinámica probatoria que abogan por un delicado equilibrio de la carga de la prueba habida consideración de la posibilidad y facilidad probatoria³⁶.

Obsérvese que por obra jurisprudencial y legislativa se han ido admitiendo una serie de supuestos de acomodación de la regla general de la distribución de la prueba a los casos concretos, tales supuestos pueden definirse como de normalidad, flexibilidad y facilidad. Al punto que algunas legislaciones hacen enunciaciones como en España en el artículo 217.6 “*Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio*”. Por vía jurisprudencial en diversos países se ha elaborado una doctrina acerca de estos aspectos, por ejemplo en Argentina, CS, Fallos, 308 (1):733 “La posibilidad de la adquisición de las evidencias no está limitada por ninguna valla, y pueden obtenerse precisamente de cohecho o *dejado de hacer* por quien estaba en mejor situación para llevarla a cabo, adecuadamente”³⁷. En España se argumenta que la doctrina de la facilidad valora las posibilidades

³⁶ IDEM.

³⁷ MORELLO, Augusto, *La prueba: tendencias modernas*, ob. cit. p. 88.

probatorias concretas de las partes, desplazándola carga de una a otra según criterios de mayor facilidad o dificultad probatoria para una u otra parte, mejor disponibilidad para probar, mayor proximidad a la fuente de prueba o conocimiento de ésta³⁸.

También, por vía legislativa en forma específica en algunos países se hace por medio de una norma que establece cual parte probará un hecho determinado, por ejemplo, la contenida en el artículo 173 del C. Co. Que estipula que el porteador de mercaderías es responsable cuando las mercancías hayan sufrido pérdida o menoscabo, *a menos que pruebe* que se debe a caso fortuito, fuerza mayor, vicio propio, por su naturaleza o por causa del remitente o de su consignatario; también con relación a la responsabilidad extracontractual en los daños de animales o cosas que para eximirse de la responsabilidad el dueño debe probar que el hecho ocurrió por causa de la víctima o de un tercero (arts. 1192-1193 C.C.); también se establece en forma indirecta por medio de presunciones, por ejemplo, en Código Civil en el artículo 789 se estatuye que la buena fe se presume siempre; y quien alegue la mala, deberá probarla. Así mismo, la Ley Orgánica del Trabajo, en su artículo 65, indica que la relación de trabajo se presume su existencia entre quien preste un servicio personal y quien lo reciba. Con esto se fundamenta que estas formas no son contrarias al derecho, ni a la tradición jurídica venezolana. En la legislación moderna se acentúa esta tendencia tomando en cuenta una serie de factores como: normalidad³⁹, proximidad y facilidad⁴⁰.

Es preciso considerar en las tendencias las respuestas a las situaciones de la llamada sociedad de consumo y riesgo. En la extensión del consumo y

³⁸ JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA. SSTS 23-9-1986; 25-6-1987, 13-2-1992, 24-10-1994 Y 28-11-1996 Y 2-12-1996.

³⁹ Los criterios de normalidad devienen fundamentalmente de las máximas de experiencia

⁴⁰ MUNOZ SABATÉ, Luis. (1974). *Técnica probatoria*, Bogotá: Editorial Temis, p. 52.

en la globalización de la economía se producen riesgos y resultados dañosos difíciles de identificar y establecer la relación causal del daño con el producto defectuoso. Máxime cuando los inversionistas y empresarios miran el efecto inmediato y práctico y no se detienen a ver los resultados colaterales o efectos largo plazo, como es el caso de los pesticidas, alimentos manipulados genéticamente, contaminación ambiental y alimentaria por insumos químicos, portadores de medicamentos y hormonas (carne animal), algunos con efectos mutagénicos, teratogénicos y carcinogénicos. Frente a esto la doctrina ha dicho que quien crea un riesgo, aunque su actuar originario sea lícito, debe asumir y soportar las consecuencias derivadas de dicho actuar del que se beneficia⁴¹. Así, en las leyes protectoras del trabajador se asume esa presunción (Art 70 LOPCYMAT)

Es justo que quien se aproveche de una actividad que conlleva riesgo o hay incertidumbre, sea quien deba sufrir las consecuencias perjudiciales que se deriven de la misma, salvo que pruebe que adoptó todas las medidas que la prudencia, la diligencia y las sugerencias del nivel de ciencia permiten exigir al titular de la misma⁴².

⁴¹ Cfr. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, (1999) *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p 31 y ss. ; PÉREZ DEL VALLE, Carlos, (2001). "Problemas dogmáticos en la protección penal de los consumidores" en obra colectiva *Protección penal de consumidores y usuarios*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pp. 79 y ss. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel y RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa, (1995). *El caso de la Colza: Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 88 ss.

⁴² JURISPRUDENCIA. En España hay varias decisiones en este sentido, así tenemos: STS 12 de julio de 1994 (RJ 1994, 6390), que dice "partiendo de la efectiva causación de años, si el demandado no demuestra que su conducta fue correcta y la adecuada a las circunstancias, a él hay que responsabilizarlo del resultado, pues entonces cabe sustentar que concurrió una acción u omisión capaz de originarlo"; STS de 15 de noviembre de 2004 "La aplicación de la teoría del riesgo desplaza la carga de la prueba, de tal manera que correspondía a la recurrente demostrar con plenitud que obró con la mayor y más atenta diligencia a fin de evitar el resultado dañoso ocasionado". En Argentina se han producido interesantes casos con relación a la negligencia médica o mala praxis. El médico debe demostrar que cumplió con todos los elementos científicos y prácticos del caso, que el riesgo era controlable y que el daño era inevitable. Cfr. MORELLO, A. *La prueba: Tendencias modernas*, ob. cit. p. 122, 268 y 339. Caso Kasdorf S. A. vs. Provincia de Jujuy CSJ, marzo 22 de 1990.

Finalmente, en el proceso está involucrado el interés público y como se expresó anteriormente la prueba tiene una función de interés público, puesto que ayuda a la convicción del juez para que pueda sentenciar conforme a la verdad y a la justicia. Ese interés público le imprime a la distribución de la carga un sentido distinto al prevaleciente en la visión privatista e individualista del proceso. Por ello, el juez, en determinados casos, no puede soslayar su iniciativa probatoria y debe hacer uso de sus facultades para producir en el proceso delimitadas pruebas acatando la obligación impuesta de inquirir la verdad.

¿Puede el juez exigir que una determinada parte colabore para averiguar determinado hecho? Por supuesto que sí. Cuando se trató el principio del deber de colaboración de las partes en las pruebas, se indicaron las normas que otorgan tal facultad al juez. Pero, además de esas posibilidades afirmamos que el juez puede con base a principios de la veracidad, la lealtad y probidad exigir la colaboración a las partes para la demostración de ciertos hechos que estén relacionados con el proceso, el juez debe exigir y ordenar hacer, sin violentar derechos de las partes. Tal como expresa MORELLO⁴³:

La búsqueda de la verdad jurídica objetiva no compatibiliza con un juez desidioso, que deja de hacer aquello que en el área de la prueba *debe hacer*, ejerciendo en plenitud los poderes que la ley adjetiva le provee, con los límites y la prudencia de no lesionar la garantía de la defensa (bilateralidad, igualdad) ni los valores superiores (por ejemplo: el derecho de la privacidad) que pueden ser menoscabados.

En la ley procesal laboral venezolana, en el artículo 72 LOPTRA, se establece la regla general sobre la carga de la prueba, que se resume en

⁴³ MORELLO, Augusto, *La prueba: Tendencias modernas*, ob. cit. p. 186.

que cada parte debe probar los hechos alegados, bien como pretensión o excepción, de acuerdo con la norma jurídica invocada como aplicable, pues constituyen los presupuestos de hecho contenidos en la norma cuya consecuencia jurídica se pretende.

No obstante, la norma *in comento* distribuye la carga de la prueba, asignándole al empleador dos aspectos: la causa de despidos y los pagos liberatorios. Se advierte, también, que tiene una carga negativa en cuanto se establece la presunción a favor del trabajador, lo que implica que le corresponde al empleador desvirtuar los hechos base de la presunción⁴⁴.

Los principios de prueba que se pueden afectar con actividad probatoria del juez laboral

⁴⁴ JURISPRUDENCIA. SALA DE CASACIÓN SOCIAL. Sentencia del 10 de Junio de 2003. “En el caso que nos ocupa y en atención a los criterios jurisprudenciales emanados de esta Sala en los cuales se sigue conjuntamente las previsiones contenidas en los artículos 1.354 del Código Civil y 506 del Código de Procedimiento Civil, se considera que el juez distribuyó correctamente la carga probatoria, puesto que el demandante al reclamar tales circunstancias de hecho especiales como son horas extras, días de descanso y feriados trabajados, debió y no lo hizo, probar los presupuestos de hecho de los cuales pudiera derivarse dichos conceptos; por otro lado, el demandado al negar y rechazar el alegato expuesto por el actor en su libelo con relación a los conceptos precedentemente señalados, no tenía otra fundamentación que dar, sino la de exponer las razones de hecho y derecho que consideró pertinentes para enervar la pretensión del trabajador, en este sentido expresó “que el trabajador no estaba a disposición de la empresa durante las veinticuatro horas del día de cada uno de los meses y años que duró la relación laboral, en virtud de que las partes tenían que atenerse a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Trabajo en lo que respecta a la jornada de trabajo,” alegando con ello que la empresa por razones técnicas no prestaba servicio en horarios nocturnos, por lo que mal podía generarse las horas extraordinarias nocturnas reclamadas. Esta situación se configura, porque la demandada al fundamentar el rechazo de los alegatos esgrimidos por el trabajador en su libelo, de la manera que lo hizo, se convierten dichos hechos controvertidos en hechos negativos absolutos, es decir, aquellos que no implican a su vez ninguna afirmación opuesta, ya que son indeterminados en tiempo y espacio, siendo por lo tanto de difícil comprobación por quien niega, por lo que corresponde a la parte que los alegó, en este caso el trabajador, aportar las pruebas que considere pertinentes a fin de demostrar la ocurrencia de tales hechos, correspondiéndole luego al sentenciador determinar con los elementos probatorios cursantes en autos, en virtud del principio de la comunidad de la prueba, la procedencia o no de los conceptos demandados, atendiendo igualmente al uso de las presunciones establecidas a favor del trabajador”. www.tsj.gov.ve/decisiones , tomado 26-20-2006.

La obligación del juez laboral contemplado en el artículo 5 de LOPTRA, en aparentemente afecta a diversos principios de carácter general que informan la actividad probatoria. Por ello, se hace imprescindible examinar el contenido de los principios que se afectan con el fin de elaborar una interpretación acorde con las garantías constitucionales y procesales, en especial del debido proceso. A tal efecto, se analizan por separado esos principios que tienen afectación

Principio de contradicción de la prueba

El fundamento de este principio, encuentra asidero en el derecho de defensa consagrado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el mismo exige que toda prueba deba ser incluida al proceso con pleno conocimiento de la parte contraria para que de esta forma dicha parte pueda hacer valer sus propios intereses. Es un principio de rango constitucional y tiene alcance en cualquier proceso o actividad administrativa, está íntimamente relacionado con el derecho de defensa, previsto en los ordinales 2º y 3º del artículo 49 ya mencionado. Comprende este principio el derecho que tiene la parte contra quien se presenta prueba de tener la oportunidad procesal para conocerla, oponerse, intervenir en su práctica y contraprobar.

La contradicción de la prueba forma parte del derecho de defensa, no sólo éste se refiere al derecho de presentar pruebas, sino también a

cuestionar las pruebas que le presenten en contra. Expresa el profesor CABRERA ROMERO⁴⁵:

“el rechazo de una prueba propuesta por una de las partes, constituye la contradicción y puede asumir dos formas: Una, la oposición a la admisión, la cual tiene un sentido preventivo, se está tratando de que no reciba el medio en el proceso, de que el mismo no forme parte de la instrucción. La otra, la impugnación tiene un sentido correctivo. La prueba necesariamente se va a incorporar al expediente y lo va a hacer válidamente, ya que no habrá defectos ni en la forma de promoción, ni en su evacuación; pero se persigue eliminar la eficacia probatoria de tal medio de prueba de incorporación indefectible, se busca que los hechos que pudo trasladar al proceso, no se aprecien, por no ser plenamente ciertos”.

Es de considerar que en el procedimiento laboral y en todos los procesos de tipo oral en general, este principio se cumple inexorablemente, puesto que las pruebas deben ser presentadas en audiencia oral ya sea preliminar, de juicio o definitiva, no teniendo validez ni eficacia aquellas que no sean debatidas en esta audiencia. El significado de la contradicción es el de debatir la prueba, bien desde su admisión hasta la práctica de la misma, ejerciendo los derechos específicos en cada etapa del proceso.

Principio de preclusión

Puede definirse como la pérdida de la oportunidad para el ejercicio de facultades de promoción, impugnación y evacuación de pruebas. Según

⁴⁵ CABRERA R., J. (1998). *Contradicción y control de la prueba legal y libre*. Caracas: Edit. Jurídica ALVA, p. 30.

COUTURE⁴⁶ “implica la clausura; acción y efecto de extinguirse el derecho a la realización de un acto procesal, por haberse dejado pasar la oportunidad de verificarlo o por haberse realizado otro incompatible con aquel”. El principio de la preclusión vislumbra al proceso como una serie de etapas en donde cada una de ellas supone la clausura de la anterior sin posibilidad de renovación.

Conforme la ley procesal laboral en el artículo 73 LOPTRA la oportunidad de promoción para las partes se agota en la audiencia preliminar (en su inicio). Lo que significa que en aplicación del artículo 71 *ejusdem*, en cuanto a la insuficiencia de prueba, la actividad no se refiere a las partes, sino a facultades u obligación específica del juez, que él puede ordenar o exigirselas a las partes.

Principio de control de la prueba

Este principio supone aquella facultad que tienen las partes de tener conocimiento de los medios de prueba antes de su evacuación, de manera tal que puedan oponerse a la admisión de los mismos cuando resulten ser manifiestamente impertinentes e ilegales. Al mismo tiempo este principio se encuentra estrechamente vinculado al principio de la publicidad y contradicción⁴⁷.

Refiriéndose al control de la prueba CABRERA ROMERO⁴⁸ argumenta:

⁴⁶ COUTURE, E. (1976). *Vocabulario Jurídico*, Buenos Aires: Edit. Depalma, p. 465

⁴⁷ RIVERA MORALES, Rodrigo (2006). *Las pruebas en el derecho venezolano*, ob. cit. p. 89.

⁴⁸ CABRERA R., J. E. (1998). *Contradicción y control de la prueba legal y libre*. ob. cit., p. 30.

Pero en materia de pruebas, existe otra institución que también emana del derecho de defensa, la cual es el control de la prueba. El ejercicio del principio de control requiere que las partes tengan la posibilidad de conocer antes de su evacuación los medios de prueba promovidos, así como el momento señalado para su recepción en autos, a fin de que asistan a la evacuación y hagan uso de los derechos que permitan una cabal incorporación a la causa de los hechos que traen los medios.

El juez al ordenar la evacuación de medios probatorios adicionales lo debe hacer mediante de auto expreso que motive su decisión y que fije el término para cumplirlas. De esta forma se está garantizando que las partes puedan ejercer el derecho al control de la prueba. Debe entenderse que la impugnabilidad no se refiere al control sino al auto, por lo que las partes podrán alegar la impertinencia, inconducencia e incluso la ilegalidad de la prueba.

Principio de igualdad probatoria

La igualdad probatoria es un aspecto del principio general que rige las relaciones entre los ciudadanos, el Estado y el ordenamiento jurídico, que es la igualdad ante la ley. Específicamente, en el artículo 21 de la Constitución Nacional se define que todas las personas son iguales ante la ley, y en el ordinal 2º se dispone, que la ley debe garantizar las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva. Cuestión que es ratificada con los valores y principios contenidos en el artículo 26 de la Constitución.

Las partes en el proceso cuentan oportunidades idénticas para solicitar prácticas de prueba, iguales oportunidades para impugnar o rechazar la prueba contraria, en términos generales se podría decir que la igualdad probatoria equivale a que los términos y recursos que se le reconoce a una parte, de igual forma a la otra. Sin embargo en la actualidad, las tendencias modernas indican que deben reconocerse ciertas excepciones a la aplicación del mencionado principio especialmente, en casos en donde existe una evidente desigualdad social que dificulta en consecuencia la facultad y el deber de probar los hechos en el proceso.

En las relaciones laborales, producto de la estructura del sistema económico, hay desigualdades evidentes. Por ello, el legislador para mantener la igualdad predicada desde la Constitución, establece normas que favorecen al débil jurídico, ahora llamado débil económico, bien disponiendo presunciones favor del trabajador implicando la inversión de la carga probatoria, o bien otorgando al juez amplias facultades probatorias para buscar la verdad material por mandato legal.

Principio de la necesidad de la prueba

En todo proceso, la prueba juega un papel fundamental, es por ello que su presencia en el mismo es imprescindible para la existencia del mismo, pues a través de la prueba la verdad histórica llega a conocimiento del juez y este pueda aplicar correctamente los criterios de valoración que le permitan la consecución de la verdad material y la justicia.

Principio de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos. Como anteriormente se ha referido las pruebas se constituyen en el eje del proceso, por ende, en consecuencia la sentencia debe basarse exclusivamente en los hechos demostrados por las pruebas aportadas por las partes y las traídas al proceso en virtud de las facultades probatorias que le son reconocidas al juez como rector del proceso, en ningún momento el juez podrá sustituirlas con el conocimiento personal y privado que tenga de las mismas, es decir, el juez no puede confundir las facultades probatorias que se le conceden en el proceso para añadir elementos privados llenos de subjetividad que atentarían contra la existencia de jueces parciales y objetivos que son en definitiva garantía para la libertad y los derechos de los individuos⁴⁹.

Comenta el maestro DEVIS ECHANDÍA⁵⁰ que este principio representa una inapreciable garantía para la libertad y los derechos del individuo, que de otra manera estarían en manos de jueces parciales y a merced de decisiones que no podrían ser revisadas por el superior. En etapas superadas, recordemos los abusos en la época del absolutismo en la cual el juez era sumiso al monarca y tenía plena libertad para probar y juzgar, por eso la desconfianza revolucionaria en los jueces (Cfr. Montesquieu⁵¹), también la experiencia de Rusa con Stalin, de la Alemania de Hitler, de las dictaduras o regímenes en los cuales esté el poder judicial sumiso, los jueces cometen muchas arbitrariedades. Por eso, esta prohibición es consustancial con las garantías democráticas.

⁴⁹ IBÍDEM, p. 35.

⁵⁰ DEVIS ECHANDÍA, H. (1993). *Teoría General de la Prueba Judicial*, ob. cit. tomo I, p. 115.

⁵¹ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. (1971). *El espíritu de las leyes*, Medellín: Editorial Oveja Negra (Colección cuadernos de teoría y práctica), pp. 17-18

Principio de imparcialidad

El juez no puede inclinarse a favor de ninguna de las partes. Esto implica que tiene que mantener la imparcialidad objetiva y subjetiva. Esto no menoscaba que el juez aplique normas que brindan mayor protección al trabajador. Lo que le está negado es que su actuación sea de favorecer a una de las partes al margen de la legalidad. La actuación del juez debe caracterizarse por la ordenación de su conducta hacia la verdad, lo que se quiere es un juez capaz de garantizar los derechos dejando a un lado cualquier clase de subjetivismo. Lo anteriormente dicho en el ámbito de las pruebas se traduce a que el criterio que debe mantener el juez durante todo el proceso debe ser el de averiguar y constatar la verdad de lo ocurrido. El deber primordial de los jueces es el de garantizar el derecho a la defensa y mantener la igualdad de las partes en el proceso.

En el ámbito de la aplicación por obligación de las facultades probatorias a fin de inquirir la verdad, puede incurrirse en quebrantamiento de la imparcialidad objetiva. Conviene recordar que el sentido constitucional que tiene la imparcialidad en sus dos dimensiones objetiva y subjetiva, es de garantizar a los justiciables, que los jueces que intervengan en las resoluciones de las causas se acerquen sin prevenciones ni prejuicios en su ánimo. Vale decir, conforme a la doctrina, que la imparcialidad objetiva se configura como ausencia de toda *idea preconcebida*. En este sentido, es obvio, que una valoración previa sin prudencia puede incurrirse en infringir ese deber de imparcialidad objetiva.

De suerte, que el examen que se realice a los medios probatorios tiene que ser objetivo, sobre elementos fácticos, sin entrar hacer prejuzgamientos sobre el fondo de la causa. Tiene que ser exclusivamente sobre la

potencialidad de los medios para llevar convicción y que permitan esclarecer realmente el conocimiento de los hechos en la búsqueda de la verdad material.

Principio del deber de las partes de colaborar en las pruebas

Este principio se colige de la finalidad del proceso que es la verdad y la justicia. Está la base constitucional en los artículos 26 y 257. De las normas procesales también se infiere esa obligación, específicamente de los artículos 12, 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil. En LOPTRA en el art. Se establece ese deber de colaboración de las partes, así: *“El Juez puede extraer conclusiones en relación con las partes, atendiendo a la conducta que éstas en el proceso, particularmente, cuando se manifieste notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del juez estarán debidamente fundamentadas”*. Las partes deben colaborar en el proceso, en el ordenamiento jurídico existen numerosas normas que regulan y guían la conducta de las partes como es el caso de evitar la obstrucción negativa del proceso, la dilación y cualquier otra forma de obstaculización en general.

Existen toda una serie de deberes que le corresponden a las partes con miras a la colaboración en el proceso, tales como: (a) Deber de exhibición (b) Deber de firmar para el cotejo (c) Deber de la reconstrucción de hechos, inspecciones y reproducciones (d) Deber de prueba incorpore (e) Deber de declarar.

Obsérvese LOPTRA en su artículo 122 que del incumplimiento del deber de colaboración en la actividad probatoria, puede el juez inferir presunciones desfavorables. Esto es parte de la aplicación del principio de probidad y lealtad procesal, pues, una actitud negligente puede ser demostrativa de carencia de ética en la defensa de los derechos confiados, o puede también esconder astucia o marrullería cuestión que no puede tolerarse en el proceso.

Principio de idoneidad y pertinencia de la prueba

Este principio es una limitación al principio de la libertad de medios probatorios, pero necesario, pues, está vinculado a principios procesales de economía y celeridad procesal y al de inmaculación de la prueba. La pertinencia y la idoneidad o conducencia son conceptos que no deben confundirse con relación a la valoración de la prueba, ni entre sí. La pertinencia se refiere a la correspondencia o relación entre el medio y el hecho por probar, por ejemplo, la prueba de testigos para probar el hecho de una perturbación de posesión. La idoneidad o la conducencia se define como la correspondencia que existe entre el medio, la finalidad de probar y lo permitido por la ley, es decir, que sea capaz de conducir hechos al proceso⁵², por ejemplo, no es idónea la prueba de testigos para obligaciones superiores a dos mil bolívares (Bs. 2.000,00) o inspección judicial para probar perturbaciones mentales.

Regularidad de la aportación de la prueba

⁵² CABRERA R., J. (1998). *Contradicción y control de la prueba legal y libre*, ob. cit. p. 98.

La aportación de la prueba al proceso debe hacerse conforme a las reglas estatuidas en las leyes procesales respectivas. La regularidad se da en la promoción y en la evacuación, esto es, el sometimiento a las formas procesales de modo, tiempo y lugar. Así que una prueba es regular cuando se promueve en la oportunidad procesal establecida en la ley, bajo el modo que ella establece y ante el tribunal competente. Obviamente, que no se agota en la promoción, sino que deben cumplirse las reglas correspondientes a la evacuación⁵³.

En el proceso laboral, el artículo 73 LOPTRA regula la oportunidad de promoción; el modo, por lo general, es específico de cada prueba, véase por ejemplo, la regulación de los documentos privados emanados de terceros – artículo 79 *eiusdem*- se promueven bajo el modo de la prueba testimonial. Es evidente que la regularidad es una garantía y exigencia del debido proceso

Hechos controvertidos y exclusión de hechos

Nuestro ordenamiento jurídico procesal no señala expresamente cuáles son los hechos controvertidos, pero de la doctrina y de la ley se extrae que son aquellos invocados por las partes y sobre los cuales hay desacuerdo. El hecho controvertido es aquel relacionado con el objeto del litigio, que habiendo sido promovido oportunamente es posible, pertinente y no está prohibido ni eximido por la ley, es rechazado por las partes oportunamente⁵⁴.

⁵³ RIVERA MORALES, Rodrigo, (2006). *Las pruebas en el derecho venezolano*, ob. cit. p. 209.

⁵⁴ JURISPRUDENCIA. SALA DE CASACIÓN SOCIAL, Sentencia Nro. 102 del 10/05/2000. "La oportunidad de presentar en juicio documentos privados, como lo son un listado de efectos a pagar, o las actuaciones de parte en otro juicio, precluye con la conclusión del lapso de promoción de prueba, por tanto, al ser extemporáneas dichas probanzas, no pueden influir en lo decidido, y cualquier omisión

Esto conduce obligatoriamente a considerar que los puntos de prueba deben fijarse de conformidad con los hechos sustanciales controvertidos en el juicio y que sean directamente pertinentes y necesarios a la decisión que debe pronunciarse⁵⁵.

Esto obliga, en materia civil, a examinar si los hechos controvertidos deben ser aquellos sobre los cuales haya expreso rechazo o es válido considerar que pueden ser rechazados tácitamente. Si examinamos con detenimiento el artículo 361 CPC (proceso escrito) y el artículo 868 (proceso oral) reflexionamos que la parte demandada debe expresar con claridad su admisión o rechazo de los hechos. Por supuesto, está más claro en el artículo 868, pues, el tribunal fija oportunidad para que las partes expresen si convienen en alguno o algunos de los hechos que trata de probar la contraparte⁵⁶. De igual forma, el juez de juicio laboral debe ordenar que se omita toda declaración o prueba sobre aquellos hechos en que aparezcan claramente convenidas las partes, según lo preceptuado en el artículo 75 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. En los tribunales nacionales en los

no impide al acto de sentenciar alcanzar el fin al cual estaba destinado. Por otra parte, el listado de los efectos a pagar no subsana la falta de alegación de los hechos que sustentan la demanda, pues sólo pueden ser objeto de prueba los hechos oportunamente alegados por las partes. En el caso del demandante, la oportunidad de alegación de los hechos constitutivos de la pretensión es el libelo de demanda y, en todo caso, terminada la contestación a la demanda precluye la oportunidad de alegar nuevos hechos relativos al fondo de la controversia."

⁵⁵ JURISPRUDENCIA. C.S.J. Sent. 2-05-1885. "Se plantea en este recurso un caso de casación sobre los hechos, concretamente, el de la prueba improcedente, la cual, en la doctrina de la Sala, es aquella que no figura dentro del elenco de pruebas permitidas por la Ley para la demostración en juicio de los hechos pertinentes; o aquella cuya eficacia o aptitud se encuentra en ciertos casos restringida en atención a la naturaleza o cuantía del asunto; o la que es diferente a la exigida necesariamente por la Ley para la demostración de determinados hechos; o la que se promueve para desvirtuar hecho que la propia ley considera intangibles. En general, aparte de esas hipótesis que podrían calificarse de típicas, se considera que la prueba es improcedente cuando no existe adecuación entre el hecho por probar y el medio probatorio utilizado". Tomado en PIERRE TAPIA, O. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Año 1985, N° 5, p. 123.

⁵⁶ Examinado la legislación extranjera, observamos que en La LEC (España) hay precisión en cuanto a la finalidad de la narración de los hechos en la demanda (art. 399.3), y para la contestación se exige la carga de pronunciarse sobre los hechos (art. 405.4.2 y 407.2) y en la audiencia previa (art.426.6) el juez requerirá a las partes sus precisiones sobre los hechos, incluso, advirtiéndole que el silencio conlleva la conformidad. Véase en los artículos 110 (demanda) y 120.2 (contestación) del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, se pide exposición concreta y detallada de los hechos y pronunciamiento categórico sobre la veracidad de los hechos alegados.

procedimientos escritos se acostumbra una coletilla, que más o menos es “Se rechazan todos los hechos narrados por la parte demandante y la realidad es la que exponemos a continuación, en la etapa probatoria demostraremos nuestro derecho-”. Cuestión que es genérica y atentatorio contra los deberes de lealtad y probidad procesal; además que dificulta la delimitación del objeto de la controversia y los hechos objeto de prueba. En LOPTRA en el artículo 135 hay la exigencia de contestar con especificidad a los hechos, pues, se tendrán como ciertos aquellos que no haya determinación específica, por supuesto, y que no hayan sido desvirtuados por ninguno de los elementos del proceso.

En cuanto los hechos excluidos, la ley procesal laboral sigue las pautas generales del derecho probatorio, de manera que los hechos admitidos por las partes no forman parte del debate probatorio; de igual forma, los hechos imposibles no son objeto de prueba.

CAPÍTULO IV

LA ACTIVIDAD PROBATORIA.

Promoción u Oferta de Pruebas

La oportunidad para promover las pruebas conforme lo dispone el artículo 73 de LOPTRA es en la audiencia preliminar.

La oportunidad de promover pruebas para ambas partes será en la audiencia preliminar, no pudiendo promover pruebas en otra oportunidad posterior, salvo las excepciones establecidas en esta ley.

Conforme a la redacción de la norma no deja lugar a dudas que después de la audiencia preliminar no se puede promover pruebas, salvo las excepciones establecidas por la propia ley, como es el caso de la facultad que tiene el Juez, como director del proceso, de ordenar evacuar alguna prueba (artículos 73 y 156 *ejusdem*).

Se ha discutido si las pruebas pueden promoverse en el transcurso del desarrollo de la audiencia preliminar, expresándose el principio de unidad del acto recordando que la audiencia preliminar es una sola, indistintamente en las veces en que se prolongue ese último acto. Por ello, se argumenta que es posible promover pruebas durante las prolongaciones porque de no ser así se rompe con la unidad y concentración de la audiencia preliminar y el derecho a la defensa de las partes.

Por otra parte, el artículo 156 *eiusdem* permite la promoción y evacuación de cualquier otra prueba que sea necesaria para el esclarecimiento de la verdad, lo que significa que se trata sobre hechos dudosos que puedan ser clarificados mediante prueba; también, es posible cuando sean sobre hechos sobrevenidos, pero solo es facultad otorgada al juzgador.

Conforme al arquetipo de proceso oral se considera que junto con el libelo de demanda puede el demandante ofertar pruebas⁵⁷, sin que puedan tildarse de extemporáneas. No obstante, el demandado no puede ofertarlas en su contestación, lo cual rompe con el equilibrio o igualdad de partes. Con la fórmula acogida por el legislador se subvierte la lógica del proceso, puesto que el demandado tiene que hacerlo con anterioridad a la contestación de la demanda, en la cual revela sus alegatos y defensas, de suerte que su oportunidad de promover precluye con anticipación a éstas⁵⁸. Lo cual es incoherente con la lógica del ejercicio del derecho de defensa y altera el orden lógico del proceso, pues, primero debe fijarse el tema de la controversia, dado que en la contestación pueden admitirse hechos que no serán tema de debate.

⁵⁷ NEWMAN G., Julio. C. (1999). *La oralidad en el Procedimiento Civil y el Proceso por audiencias*, Mérida: Colegio de Abogados del Estado Mérida, pp. 22-23. Cfr. DUQUE CORREDOR, Román J. (1999). *Apuntaciones sobre el Procedimiento Ordinario*, Caracas: Ediciones Fundación Projusticia, tomo II, pp. 392-395. En el mismo sentido, con especificidad en el proceso laboral véase VILLASMIL B., Fernando y VILLASMIL V., María (2003). *Nuevo procedimiento laboral venezolano*, Maracaibo: Librería Europa, p. 135.

⁵⁸ VILLASMIL B., Fernando y VILLASMIL V., María (2003). *Nuevo procedimiento laboral venezolano*, ob. cit. p. 135, opina que "para el demandado el ofrecimiento de pruebas es anterior a la explanación de sus alegatos y defensas y ello subvierte la lógica del proceso donde el debate probatorio se realiza después de haber quedado establecido el *thema litigandum*".

Admisión de las Pruebas

Acorde con el artículo 75 LOPTRA el juez de juicio debe pronunciarse sobre la admisión de las pruebas promovidas, para lo cual debe examinar la legalidad y la pertinencia. El juez de sustanciación tiene la obligación, de no pronunciarse, pudiendo constituir esto un quebrantamiento de normas procesales y de denegación de justicia.

En cuanto a la oposición a la admisión de pruebas no se encuentra consagrado en la ley, se plantea como interrogantes: ¿Pueden las partes oponerse a la admisión de las pruebas? ¿Ante qué Tribunal pueden las partes proponer la oposición? ¿En qué oportunidad pueden hacerlo?

Debe recordarse que la posición atiende a dos conceptos jurídicos, íntimamente relacionados con la legalidad y la celeridad y economía procesal: el de la legalidad y de la impertinencia⁵⁹. Interpuesta la oposición, como sucede en el proceso civil, -y sin necesidad de pruebas-, casi de inmediato la misma debe ser decidida.

En el proceso laboral, vemos que cada parte, impide a la que se considere afectada con determinados medios probatorios, de oponerse a su admisión, y podrá hacerlo con base al art. 49 constitucional que consagra el derecho de las partes a acceder a las pruebas y de disponer de los medios necesarios para el ejercicio de su defensa: La ley limita que la inadmisibilidad se apoye en ilegalidad o impertinencia, no trata otros elementos que la doctrina y normas procesales incluyen como causales para la inadmisión de

⁵⁹ CABRERA ROMERO, J. E (1997), *Contradicción y control de la prueba legal y libre*, Caracas: Editorial Jurídica Alva, p. 35.

pruebas, como son la inidoneidad y la inconducencia. Cuestión que debe ser de alguna manera aclarada por la jurisprudencia de casación.

La referida oposición no acarrea el trámite de incidencia alguna, por lo que el Juez es libre de admitirla, indistintamente de que luego no la valore en la definitiva. En cuanto a la oportunidad, puede ser desde el día de la contestación a la demanda y antes de que el Tribunal de Juicio providencie su admisión⁶⁰.

Alcance de las Facultades Probatorias del Juez en la Obligación de Inquirir la Verdad en el Proceso Laboral

Acerca de esta temática se han presentado opiniones diversas. Así quienes opinan en contrario, argumentan que el operador de justicia en fase de sustanciación, no se encuentra en capacidad de determinar si los medios probatorios ofertados por las partes tienen contundencia para formar convicción, puesto que no se ha visto su resultado⁶¹. El fundamento de esta corriente es que no es el momento idóneo porque el juez de sustanciación no conocerá bien el proceso ni puede adivinarse el resultado de las pruebas propuestas⁶². Para nuestro entender, la obligación de buscar la verdad es

⁶⁰ BELLO TABARES, Humberto, "Análisis crítico del régimen probatorio previsto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. (2004). *Ley Orgánica Procesal del Trabajo*, Caracas: Tribunal Supremo de Justicia (serie normativa N° 4), p.727.

⁶¹ BAUMEISTER T., Alberto. "Consideraciones sobre el régimen de las pruebas en el nuevo proceso laboral ordinario de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT). (2004). *Ley Orgánica Procesal del Trabajo*, ob. cit. p. 694. Cfr. BELLO TABARES, Humberto, "Análisis crítico del régimen probatorio previsto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. (2004). *Ley Orgánica Procesal del Trabajo*, ob. cit. p. 737.

⁶² Similares argumento se adujeron frente al instituto de insuficiencia de prueba que se consagró en la LEC en el artículo 429.1.II, "Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria", por ejemplo, MONTERO AROCA, Juan. "El procedimiento probatorio". (2000).

para todo juez laboral, ya sea de sustanciación, de juicio o superior. Llamen la atención que el momento debe ser posterior a la etapa probatoria, una vez que se conocen los resultados. Por lo general, ese es el tratamiento que se ha dado bajo la figura de autos para mejor proveer, pero esta solución no es viable en el procedimiento oral por lo que al concluir el debate debe dictarse sentencia, a menos que pueda suspenderse para la práctica de estos medios complementarios.

Las opiniones favorables se basan en la idea de que la norma en cuestión es una manifestación del juez como director del proceso, ejerciendo la función de colaboración con las partes para evitarles perjuicios del defectuoso modo de asumir su iniciativa en la proposición de las pruebas⁶³. Hay que ver que el juez no es un simple espectador del proceso y que tiene una obligación impuesta por Ley. No obstante, se advierte que esa facultad debe ser empleada por el juez con prudencia, evitando que pueda verse afectada la deber de imparcialidad o que pueda vulnerarse el derecho de defensa de las partes.

Momento Procesal de la Declaratoria de Insuficiencia Probatoria y la Posibilidad de Ordenar Medios Probatorios Adicionales

La redacción de la norma no es clara y permite diversas interpretaciones. Desde el punto de vista literal tendría que concluirse, en principio, que es en la audiencia preliminar el momento procesal para hacer el examen y dictar la declaratoria de insuficiencia probatoria. Cuestión que no

En *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° VII, pp. 288-289. Hace comentarios fuertes, expresando que el sentido de la norma es la desconfianza hacia el abogado, que sin dudas tiene base autoritaria.

⁶³ HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo. (2003). *Nuevo proceso laboral*, Caracas: Ediciones Liber, pp. 216-217

parece lógica, pues, el juez de sustanciación, mediación y ejecución no es el que debe formarse convicción, pues si bien las recibe, no decide sobre ellas⁶⁴.

En examen sistemático, no queda duda que el pronunciamiento debe ser del juez de juicio, pues, es éste quien se forma convicción para la decisión. El juez de juicio es quien hace la valoración de las pruebas y sus resultados, por tanto, conforme a la sistemática existente en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo es a él a quien corresponde hacer la declaración de insuficiencia probatoria.

Conforme al artículo 74 LOPTRA, el juez de sustanciación, mediación y ejecución, lo que hace es incorporar las pruebas al expediente y envía al juez de juicio, a quien compete la admisión y la evacuación.

En el artículo 75 LOPTRA, está regulado lo atinente a la admisión. De allí se puede desprender, en sana interpretación, que el momento de examen es este, pues se va a mirar su pertinencia y su legalidad. Hay una especie de precognición sobre los medios probatorios, dado que se tiene que determinar si son pertinentes o no, esto es, si están relacionados con el hecho controvertido que pretende probar. Véase que lo que se examina son los medios. En este examen se deberá determinar si tiene potencialidad para probar los hechos que han señalado como objeto del medio probatorio. Visto así, la valoración de la insuficiencia se refiere a los medios y no a los resultados. Se trata de formular un juicio provisional, específicamente, sobre la capacidad del medio para producir los resultados esperados, es decir, potencialmente capaz para probar el hecho que se pretende. Es dable afirmar que se trata de una especie de conjetura que se argumenta en el

⁶⁴ BELLO TABARES, Humberto, "Análisis crítico del régimen probatorio previsto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. (2004). *Ley Orgánica Procesal del Trabajo*, ob. cit. p. 737.

momento de admisión, la cual expresa que al concluir el juicio ese medio no fue suficiente para sostener cualquier fórmula como: “está probado que...” o “no está probado...”, por tanto, no se podría afirmar con certeza si existe o no el hecho.

No obstante, hay que manifestar que a pesar de la logicidad de esta última interpretación, parece que el hecho de que el ofrecimiento de pruebas sea anterior a la contestación de la demanda indica que no se refiere al resultado de la prueba, pues no se valora en ese momento, sino a la potencialidad del medio o medios para trasladar los hechos que formen convicción.

Recursos Contra la Decisión de Insuficiencia Probatoria

El artículo 71 *in comento* califica a la decisión del juez sobre insuficiencia probatoria de inimpugnable. Es coherente esta disposición con los principios de celeridad y economía procesal que rigen el modelo oral del proceso. Además, está conteste con el mandato que ordena al juez la búsqueda de la verdad y la obligación de inquirirla por todos los medios a su alcance.

No obstante, pueden surgir algunos interrogantes, entre ellos: ¿si la decisión es inmotivada podrá impugnarse? Debe sostenerse que si, porque se trata de una infracción de ley que afecta la esencialidad del acto. La norma exige que el juez emita decisión motivada sobre este aspecto. Así que, para que el acto sea válido es necesario que la decisión posea motivación, esto significa que es esencial para la validez del acto. En este caso deberá solicitarse la nulidad y pedir la reposición al estado de decisión.

La ausencia de motivación expresa conforma materialmente una arbitrariedad y quebrantamiento del debido proceso, concretamente en lo previsto en el numeral 1º del artículo 49 constitucional.

Como se trata de una especie de anticipación de resultado, no cabe duda que el fundamento lo debe encontrar el juez en las máximas de experiencia y en el hecho notorio judicial. La motivación debe tener un fundamento fáctico, pues se trata de una hipótesis reflejada en la insuficiencia probatoria que se declare, por ello debe tener un asidero cultural.

Se puede señalar que el uso del término inimpugnable lo utiliza el legislador en el sentido de que no es apelable. Esto es, si cumple con los requisitos de ley no puede impugnarse mediante el recurso de apelación. Pero, es obvio, que si el acto está afectado de nulidad absoluta porque se ha omitido una forma esencial, la petición de nulidad es procedente, en cuyo caso la decisión es nula. Por principio general del contenido de la sentencia, ésta debe ser motivada, así lo dispone el artículo 159 LOPTRA⁶⁵. La decisión judicial es un acto solemne y trascendental que amerita requisitos de obligatorio cumplimiento y cuya omisión se sanciona con nulidad. El juez tiene que demostrar que su decisión es producto de un acto reflexivo y no es arbitrario.

⁶⁵ Véase que en el Código de Procedimiento Civil se exige la motivación en el artículo 243 y el artículo 244 establece como efecto la nulidad cuando carece de los requisitos del artículo 243. Pero, además, el quebrantamiento de lo dispuesto en ambos artículos es motivo de casación conforme al artículo 313 numeral 1º. En la doctrina se está conteste que la ausencia de motivación afecta de nulidad a la sentencia. Cfr. RIVERA MORALES, Rodrigo (2003). *Nulidades procesales civiles y penales*, San Cristóbal: Editorial Jurídica Santana, pp. 496-499.

CAPÍTULO V

EL ALCANCE DE LAS FACULTADES PROBATORIAS DEL JUEZ

A tal efecto, este estudio se reduce a lo dispuesto en el art. 71 LOPTRA.

En la revisión de la doctrina española, que trata la insuficiencia de pruebas en el momento de admisión de pruebas, y las facultades del juez de ordenar nuevas, se encontró que la mayoría de los autores coinciden en expresar que dicho escenario no tiene por objeto resolver un problema de insuficiencia probatoria en sentido estricto, porque ésta es una cuestión que sólo puede ser valorada al final del proceso que es, en definitiva, cuando entran en juego las reglas sobre la carga de la prueba⁶⁶.

Hay que ver que la insuficiencia probatoria en el momento de admisión de pruebas no trata de que en ese momento el juez valore un resultado probatorio –porqué no lo hay-, sino de conjeturar acerca de si los hechos controvertidos podrán ser o no probados con los medios probatorios ofertados, o harían falta otros para a fin de inquirir la verdad procurando convencimiento.

Obsérvese que es una especie de pronóstico antes de la práctica del medio probatorio, pues, se está conjeturando un resultado incompleto porque el medio no fue capaz de cubrir la plenitud de la prueba. En ese juicio

⁶⁶ HERNÁNDEZ REDONDO, José A. (2004). "Artículo 429.I.II LEC: ¿Es el momento adecuado para que el juez valore la insuficiencia probatoria?", en obra colectiva *Problemas actuales de la prueba civil*, Barcelona: Editorial J. M. Bosch, p. 287.

provisional y anticipado el juez ha de ponderar los hechos objeto de prueba y los medios de prueba propuestos y admitidos para acreditarlos.

El definir del alcance de la expresión contenida en el artículo 71 de LOPTRA, lo que realmente se establece son límites en la interpretación que se le debe dar. Se toman al máximo, en el sentido de lo que más que se puede dar; y en la misma forma lo mínimo.

Resulta importantísimo resaltar el contenido del artículo 156 de LOPTRA, puesto que el alcance de las facultades del juez, no solo lo lleva a su actividad probatoria en pleno ejercicio de sus funciones, sino también a ordenar a las partes a petición de ellas mismas la evacuación de otras pruebas que él considere necesarias para esclarecer la verdad, quiere decir esto, que no limita a las partes a las pruebas señaladas en el escrito probatorio consignado en el inicio de la Audiencia Preliminar.

Delimitación de los Hechos Objeto del Juicio de Insuficiencia Probatoria

Si bien el artículo 71 LOPTRA no hace referencia directa a los hechos controvertidos, en un análisis sistemático e integral de los artículos 69, 71, 72, 135 y 151 LOPTRA, permite entender que los hechos son los expuestos por las partes, esto es, el hecho en el proceso, es en realidad lo que se dice acerca de un hecho: es la enunciación de un hecho⁶⁷. Por ello, lo que requieren prueba con nuestras afirmaciones en relación con tales hechos⁶⁸. Debe percibirse que los hechos como tales, o sea, como fenómenos exteriores al hombre tienen su existencia bajo diversas formas

⁶⁷ TARUFFO, Michelle (2002). *La prueba de los hechos*, Madrid: Editorial Trotta, pp. 114 y ss.

⁶⁸ SERRA DOMÍNGUEZ, M. (1969). *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona: Editorial Ariel, p. 359.

correspondientes, pero en el caso concreto reviste una forma específica que es independiente de lo que pensemos sobre ella.

Por supuesto, estas afirmaciones han de referirse a hechos concretos, determinados y jurídicamente relevantes, es decir, desde el punto de vista de la norma que establece la consecuencia jurídica invocada por la parte. Ahora bien, en sana lógica jurídica, el juez no podrá realizar su facultad de decretar medios probatorios adicionales o advertir a las partes sobre todos los hechos afirmados o alegados, sino que ha de realizar una demarcación positiva y negativa de los mismos.

Demarcación Positiva: Relevantes y Controvertidos

La decisión del juez debe versar sobre hechos que las partes han anunciado en demanda o contestación, por lo que no podrá introducir hechos distintos (artículo 72 LOPTRA). Esto constituye un límite a esa facultad judicial de declarar la insuficiencia probatoria de los medios aportados, lo cual se enmarca en la observancia de los principios dispositivo y de aportación de parte.

Como se ha indicado los hechos tienen que ser relevantes. El criterio para determinar la relevancia es, obviamente, el normativo. Se trata de examinar los supuestos de hecho que contiene la norma invocada o aplicable. En el primer caso no hay problema, pues, son las partes quienes exigen la consecuencia jurídica determinada que se establece en la norma que solicitan se aplique. En el segundo caso, es que el juez no está vinculado a las normas que las partes invocan, a él le corresponde aplicar el derecho. En este caso si hay dificultades, porque supone un examen mayor

de la causa y determinar que normas son aplicables, lo cual podría presuponer una especie de adelantamiento de opinión.

Siguiendo la doctrina nacional⁶⁹ y extranjera⁷⁰ el mejor indicador para determinar los hechos relevantes es la *causa petendi*, es decir, cuáles son los hechos constitutivos alegados por el demandante y los impeditivos, extintivos y modificativos alegados por el demandado.

Los hechos constitutivos, son los hechos específicos que ocurren para originar el derecho que cada una de las partes alega como base de su pretensión. Estos hechos tienen que ver, básicamente con lo que es esencial, para la formación del derecho, es decir, son aquellos hechos que concurren para que el derecho nazca en una persona determinada y en los cuales se evidencian que se manifiesta, por ejemplo, el objeto del contrato, la causa del contrato o también de aquellos que son exigidos por la ley para la validez del acto, por ejemplo, presencia de funcionarios y testigos. Por su parte, los hechos impeditivos son aquellos que afectan la validez de un acto jurídico, es decir, que si están presentes en el acto jurídico lo hacen ineficaz. Por ejemplo, la incapacidad; un menor no puede contratar por sí mismo. El contrato que se realice con incapaz es anulable. La carga de la prueba corresponde a quien alega el hecho impeditivo; sin embargo, corresponde su carga a quien pretenda ampararse en ellos para contrarrestar la pretensión de la otra parte⁷¹. En casos de minoridad hay una excepción prevista en el Código Civil en el artículo 1.348⁷². CARNELLUTI⁷³ sugería que el hecho

⁶⁹ RIVERA MORALES, Rodrigo, (2006). *Las pruebas en el derecho venezolano*, ob. cit. pp. 30-37. HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo. (2003). *Nuevo proceso laboral*, ob. cit. p. 217.

⁷⁰ DEVIS ECHANDÍA, H. *Teoría General de la Prueba Judicial*, ob. cit. tomo I. p. 436. PARRA QUIJANO, J. *Manual de Derecho probatorio*, ob. cit. p. 123. GOZAINI, Osvaldo, "Clasificación de los hechos a los fines probatorios", en obra colectiva *La prueba*, en homenaje a Hernando Devís Echandía, ob. cit. p. 31.

⁷¹ JURISPRUDENCIA. T.S.J. Sent. 21-03-2000. Expediente N° 99-761. "Caducidad de la acción de retracto arrendatario. en RAMÍREZ y GARAY. JTR. N° 525-00. pp 556-557

⁷² JURISPRUDENCIA. Veamos algunos criterios que ha manejado el más alto tribunal acerca de hechos impeditivos CSJ. Sent. 12-5-92: "No es cierto que la afirmación de la demandada antes transcrita constituye

impeditivo era efectivamente un hecho complementario, en cuanto da vida a una situación jurídica, no contrastante con la preexistente. El hecho impeditivo en la dinámica de la prueba puede, o bien convalidar la situación jurídica, o bien la invalidación de la misma⁷⁴. Los hechos modificativos son aquellos que impiden los efectos originales en la constitución del derecho. No tienen que ver con las condiciones específicas de la relación (esencia) sino con las formas de desarrollo o cumplimiento. Desde este punto de vista se dice que estos hechos alteran *los accesorios*, o sea las condiciones de desarrollo o cumplimiento de la relación jurídica, por ejemplo: plazos, calidad de la cosa, entre otros. Algunos autores expresan que en realidad los hechos modificativos son sustitutivos de la situación jurídica inicial, manteniendo la esencia de la relación jurídica. Sería objetable, que pueda ocurrir que una situación jurídica inicial se transforme por otra. Y, finalmente, los hechos extintivos son aquellos que ponen fin a un derecho. Se tiene en principio lo contemplado en el artículo 1.282 y siguientes del Código Civil que trata de la extinción de las obligaciones y la prescripción la cual está estipulada en el artículo 1.952 *eiusdem*, que es la forma de adquirir un derecho o liberarse de una obligación. En este caso probarse el hecho del transcurso del tiempo en

un hecho impeditivo, sino que conceptualmente es parte de la contradicción de la demanda, formulada al principio de manera general y que luego se particulariza en relación con los diversos aspectos del libelo. Helecho impeditivo no puede resultar de la afirmación, formulada por parte de la demandada, de un hecho que comporte la negativa de otro contenido a su vez en el libelo. Al alegar el demandado que gozaba de salud la persona de quien el actor afirma la insania, no hace sino contradecir este hecho, sin invocar ninguno nuevo. Según la doctrina más calificada, el hecho impeditivo lo constituye el supuesto de una norma que, en caso de actualizarse, exigiría en óbice para los hechos constitutivos invocados por el actor resulten eficaces para generar sus efectos normales. Así, en la reclamación de una obligación contractual: si el demandado alega que el consentimiento fue arrancado con violencia, es claro que este hecho invocado por él, al demostrarse impediría la consecuencia normal del contrato, o sea la exigibilidad de las obligaciones nacidas por su virtud. En este supuesto sí corresponde al demandado probar su aserto; pero la situación de especie es completamente diferente. En tal sentido se ha pronunciado esta Sala en su decisión de fecha 26-7-65 en la cual asienta: "La serie de hechos que el recurrente enumera como alegados por el demandado al contradecir la demanda, en manera alguna llegan a constituir una excepción que el demandado estaría obligado a probar. Son simplemente, hechos dirigidos a confirmar la contradicción que a las causales de abandono e injuria grave hizo el demandado, de manera que, aun no probados en juicio, en nada alterarían la contradicción de los hechos formulada en la contestación a la demanda y que obligaría a la actora a probar los hechos fundamentales de su acción". Tomado en PIRRE TAPIA, O. ob. cit. N° 5, año 1992, pp. 283-285.

⁷³ CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo I, ob. cit. p. 425.

⁷⁴ MICHELLI, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, ob. cit. p. 286.

la forma exigida por la ley y que no haya existido interrupción. En la relación laboral, esta se extingue por las causas establecidas por ley y obviamente, algunas obligaciones por la forma general de extinción.

Por otra parte, han de tratarse de hechos controvertidos en los que el juez deba fundamentar su fallo. En este sentido, en el proceso civil, sea cualquiera su naturaleza, la insuficiencia probatoria sólo cabe plantearse respecto de los hechos que, afirmados por las partes, son negados o contradichos por la otra.

Demarcación Negativa: Irrelevantes, No Contradictorios, Notorios y Presuntos

El juez no podrá dictar insuficiencia probatoria sobre hechos no necesitados de prueba. Así que carecería de sentido que el juez dictase decisión respecto de hechos accesorios o no ser necesitados de prueba por no ser controvertidos. Los hechos, que se llaman “superfluos”, accesorios de lo principal no son necesitados de pruebas, a menos que se justifique para la construcción indiciaria porque no hay medio para probar el hecho fundamental, lo que supone la posibilidad de diversos hechos menores indicadores. En todo caso, debe tenerse presente que los hechos irrelevantes, que no inciden sobre lo principal, no deben ser objeto de insuficiencia probatoria. Deben guardar relación directa con la tutela judicial que se pretende obtener en el proceso.

Los hechos deben ser controvertidos. Los hechos admitidos por las partes no requieren prueba. Por tanto, al no estar necesitados de prueba, de

por sí son probatorios, no requieren de la declaratoria de insuficiencia, menos aún de buscar verdad ya existente.

Así mismo, los hechos notorios, aquellos de notoriedad absoluta y general, no están necesitados de prueba, En estos hechos se aplica supletoriamente, conforme al artículo 70 LOPTRA, las normas del Código de Procedimiento Civil, el cual el artículo 506, dispone que los “hechos notorios no son objeto de prueba”. Los requisitos, que en diversas ocasiones ha expresado la Sala Constitucional⁷⁵, son: general y absoluto. General, en el sentido, que no se limite a un pequeño ámbito territorial; y absoluto, que no sea privativo de un grupo o categoría personas, sino que pueda ser conocido socialmente.

Debe entenderse que cuando se alega por una de las partes la notoriedad de un hecho, la otra puede bien cuestionar del hecho, sobre la realidad de lo tenido por notorio. Es sostenible, como lo escribe el profesor RIVERA MORALES⁷⁶, que al ser cuestionado el hecho por su notoriedad el juez debe decidir sobre este aspecto en sentencia, puesto que constituye una actividad valorativa, por tanto se puede inferir que sobre el hecho notorio cuestionado no puede haber declaratoria de insuficiencia probatoria. Si se cuestiona la existencia del hecho, en este caso se trata de problemas fácticos, por tanto, si se puede hacer uso de la insuficiencia, pero únicamente referida a la posible insuficiencia respecto a la inexistencia del hecho, pero no acerca de si el hecho es o notorio.

En cuanto a las presunciones, puede perseguir los hechos bases que fundamentan la presunción de favorabilidad al trabajador, pues, ese tipo de

⁷⁵ JURISPRUDENCIA. SALA CONSTITUCIONAL. TSJ. Sentencia de 13 de febrero de 2003 en expediente N° 02-0667. Tomado en ALVAREZ ALVAREZ, Aníbal. (2004). *Jurisprudencia Constitucional*, Caracas: Ediciones Homero, pp. 72-74.

⁷⁶ RIVERA MORALES, Rodrigo (2006). *Las pruebas en el derecho venezolano*, ob. cit. pp. 189-195

presunción tiene un carácter absoluto conforme lo dispone el artículo 119 LOPTRA. Ahora, bien como lo expresa el profesor RIVERA MORALES⁷⁷, la presunción resulta de una inferencia por aplicación del método deductivo aplicando máximas de experiencia, partiendo del hecho base ya conocido y probado, para llegar al hecho desconocido. Por ello, si el “hecho base” – conocido- es objeto de prueba, el juez podrá valorar la posible insuficiencia probatoria de ese hecho, pero no acerca del “hecho ignorado o desconocido”. Adviértase que la insuficiencia probatoria es sobre los medios propuestos y no sobre los resultados. Con base a estos argumentos expuestos, debe predicarse que si el “hecho base” no es controvertido, por tanto, no es objeto de prueba, el juez no podrá valorar si existe o no la vinculación precisa y directa entre éste y el hecho desconocido, ya que se esta operación es de valoración de prueba que ocurre en sentencia definitiva.

Delimitación de la Prueba Estimada Insuficiente

El segundo de los aspectos o elementos que ha de tenerse en cuenta es la prueba propuesta regularmente en el proceso. La expresión de la norma (artículo 71 LOPTRA) no deja dudas, se refiere a los medios probatorios ofertados, no a la insuficiencia de la prueba practicada, para ésta lo procedente es lo estipulado en el artículo 156 *eiusdem*. De igual forma, el deslinde de la prueba que se estima insuficiente ha de hacerse desde un punto de vista positivo y desde un punto de vista negativo.

⁷⁷ IBÍDEM, pp. 815 y ss.

Delimitación Positiva

Pertinencia

La prueba propuesta debe ser pertinente, es decir, destinada a probar hechos de la controversia. Esto significa que la primera valoración que debe realizar el juez es verificar su pertinencia, su utilidad para el proceso⁷⁸. Es obvio, que si no tiene relación con los hechos del litigio deben ser desechados esos medios.

Idoneidad

Se predica la idoneidad a la capacidad del medio para transportar los hechos que pretende probar, por lo que se refiere a la entidad y cualidad que deben revestir los medios de prueba que se propongan para que sean admitidos y presten utilidad al proceso⁷⁹. Por supuesto, el análisis de idoneidad es previo al examen de suficiencia probatoria.

Necesidad

Conforme al contenido del artículo 71 en concordancia con el artículo 69 igualmente de LOPTRA, la insuficiencia supone la necesidad de acreditar los hechos que no podrán ser probados suficientemente con los medios

⁷⁸ IBÍDEM, p. 132 y 197.

⁷⁹ BARONA VILLAR, S. (2001). "El proceso civil", en obra colectiva *El proceso Civil en la LEC*, (coord. Escribano Mora, F.), Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, tomo IV, p. 3218.

propuestos. Por ello, en forma discrecional el juez puede ordenar la evacuación de medios probatorios adicionales que considere convenientes o sugerir a las partes la diligencia de otros medios a fin de inquirir la verdad.

Regularidad

Los medios probatorios propuestos deben llegar al proceso, en forma regular, lo que significa que deben ser promovidos conforme a las normas procesales. Esto es, allegados en la oportunidad señalada por la ley, bajo la modalidad prevista y ante el tribunal competente. Hay que tener presente que la valoración se realiza sobre los medios propuestos, porque no se trata de suplir negligencia de las partes ni la ausencia de actividad probatoria. Debe existir el respeto absoluto a la legalidad procesal, porque quebrantarla significa violación del debido proceso. Es predicable que no puede entenderse este instituto como un posible trámite de subsanación de los defectos de las pruebas por no cumplir los requisitos legales.

Obviamente, no puede versar sobre la prueba ilícita, puesto que la Constitución en el artículo 49 establece la nulidad, ni tampoco puede tratar sobre pruebas prohibidas por la ley.

Delimitación Negativa

La insuficiencia no es ausencia

En el proceso civil, en general, se predica que el juez no puede sustituir

las actividades de las partes, rige fundamentalmente el principio dispositivo. Así el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil es contundente al fijar que el juez “Debe atenerse a los alegado y probado en autos, sin sacar elementos de convicción fuera de estos, ni suplir excepciones o argumentos de hechos no alegado ni probado”.

Acorde con la redacción de la norma que consagra la insuficiencia probatoria –artículo 71 LOPTRA-, pareciera que debe comprender sólo los supuestos en que las partes han desarrollado una cierta actividad probatoria y no debe entenderse que comprenda los supuestos de ausencia de proposición de prueba tendente a acreditar algún hecho controvertido en el litigio⁸⁰.

Debe observarse que se está frente ante una excepción de la carga de la prueba como lo manda el artículo 72 LOPTRA. Tampoco se trata de que el juez suplante la negligencia de la parte respecto al cumplimiento de su carga de probar los hechos que alega. Se trata que los medios propuestos sean valorados como insuficientes para formar convicción. Es decir, con los medios que fueron ofrecidos para probar tales hechos no son suficientes para llevar los hechos al acervo probatorio y formar convicción, por ello deben acompañarse de otros medios. Por ejemplo, un informe médico no concluyente sobre enfermedad derivada del trabajo prestado, pudiera pedirse experticia.

⁸⁰ ABEL LLUCH, Xavier. (2003). “Las diligencias finales de oficio del artículo 435.2 LEC. www.laley.net, 3 de noviembre, considera este autor que el juez no puede suplir la desidia, desinterés o inactividad de las partes, pues no se trata de subsanar la inexistencia de pruebas o las propuestas inadecuadamente por las partes por no ajustarse en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se trae este comentario con relación ala doctrina española acerca del instituto de insuficiencia de prueba consagrado en la LEC en el artículo 429.1.

Sobre los elementos probatorios de autos.

El juez sólo ha de tener en cuenta los elementos probatorios existentes en autos, porque el juez va a ponderar si los medios probatorios ofrecidos son suficientes o insuficientes para formar convicción. Por otra parte, puede considerarse que es posible hacer una distinción entre fuentes y medios de prueba; es decir, el tribunal podría señalar medios de prueba que estime convenientes, pero relativos a fuentes que consten en los autos y aportados por las partes. Esta última es una interpretación que surge de los criterios que han privado en el otorgamiento de facultades probatorias al juez. Véase el artículo 401 del CPC, en el cual se toma el criterio de instrumento citado o testigo mencionado, lo que significa que de alguna manera hace la distinción, pues se limita a traer la fuente al proceso.

Posición del Juez en este Momento Procesal

Precisado el alcance que debe dársele en interpretación a la expresión de insuficiencia probatoria o “cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción”, es imperioso establecer el alcance de la facultad que el artículo 71 LOPTRA confiere al juez en este momento.

En primer lugar, hay que partir de que la LOPTRA no atribuye al órgano jurisdiccional una posición meramente pasiva en el desarrollo de la actividad probatoria: no es un mero espectador de lo que las partes realizan⁸¹. Hay

⁸¹ BAUMEISTER T., Alberto. “Consideraciones sobre el régimen de las pruebas en el nuevo proceso laboral ordinario de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT). (2004). *Ley Orgánica Procesal del Trabajo*, ob. cit. p. 695, escribe que “se le da al Juez la potestad de actuar activamente en el debate

que descartar algunas ideas que se han ventilado en foros⁸², como que es una presunción que hace el juez, o que es un esfuerzo de imaginación. Uno y otro resultan subjetivos y sin fuerza argumentativa conceptual, ya que en el primer caso no hay hecho base que pueda conectarse con una máxima de experiencia para descubrir un hecho; en el segundo, supone apoyarse en elementos intuitivos que le son negados a la función jurisdiccional.

Se trata de formular un juicio provisional partiendo de elementos racionales: los hechos controvertidos y relevantes, y las pruebas, tanto las propuestas y admitidas como aquellas no propuestas y que el juez considera necesarias para acreditarlos.

Por ello, es posible calificar este momento como una actividad del juez, en ejercicio de sus facultades, en la cual examina los medios probatorios y su potencialidad de probar, formulando un juicio de valor, de carácter provisional, sobre la suficiencia o insuficiencia del resultado que puede arrojar la práctica de la prueba en juicio.

En definitiva, es dable sostener, que el juez realizará un juicio hipotético sobre la insuficiencia de los medios probatorios propuestos y admitidos, para probar los hechos que son controvertidos. El juez no hace cambio a modifica la proposición de prueba de las partes, sino que completa la propuesta de las partes.

probatorio". BELLO TABARES, Humberto, "Análisis crítico del régimen probatorio previsto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. (2004). *Ley Orgánica Procesal del Trabajo*, ob. cit. p. 736, refiriéndose, entre ellas al artículo 71 LOPT, manifiesta que "De las normas transcritas es evidente que el juez no es un convidado de piedra; por el contrario, tiene la potestad de actuar activamente en el debate probatorio...".

⁸² Concretamente en jornadas de Derecho Procesal en Barquisimeto, en mayo 2006, se habló de algunos términos que no caben que por la lógica jurídica en la sistematización no son aplicables.

CAPÍTULO VI

SUPUESTOS EN LOS QUE SE PODRÁ INDICAR EL EJERCICIO DE LAS FACULTADES PROBATORIAS DEL JUEZ

Motivación de la Decisión de Insuficiencia

Se ha dicho que uno de los elementos integrantes de la norma que se ha estudiado es la motivación de la decisión que declare la insuficiencia probatoria y ordene la evacuación de medios adicionales por obligación de inquirir la verdad. La motivación tiene que sustentarse en elementos fácticos con relación a los medios probatorios propuestos y los hechos controvertidos. El problema radica en que como justificar una declaratoria de esa naturaleza que implica una limitación al principio dispositivo. Esto plantea dos interrogantes claves, a saber: ¿Es con relación a una de las partes o a ambas partes? ¿La motivación puede sustentarse en el principio de favorabilidad del trabajador?

Respecto a la primera pregunta se responde indicando que el juez debe aplicar el principio de imparcialidad y su análisis debe ser integral bajo el prisma de la comunidad de prueba. Esto es, la oferta de pruebas asegura el ingreso a la comunidad de prueba de lo propuesto por ambas partes, de manera que el juez hacer una valoración sobre la comunidad de medios propuestos. Por supuesto, esto no excluye que si una de las partes tiene suficiencia probatoria, pues a sus medios no hay que añadirle completo porque ellas cumplen su finalidad.

Con relación a la segunda pregunta se debe responder que no se trata de favorecer al trabajador, sino de buscar la verdad. Los medios no se promueven de oficio con el fin de favorecer a una de las partes, sino de esclarecer la situación y llegara formar convicción para decidir. La favorabilidad se aplica como una regla en caso de duda, es decir, practicadas las pruebas se obtiene un resultado y si de éste se nos forman dudas, obligatoriamente debe aplicarse el principio y favorecer al trabajador. Es simplemente en caso de duda inclinar la balanza para el lado del trabajador.

La motivación del juez para decidir sobre insuficiencia probatoria tiene que fundamentarse en la ponderación que haga de la potencialidad de los medios probatorios ofertados para probar los hechos que se pretenden con ellos. De manera, que el juez podrá hacer uso de esa facultad cuando considere que un medio es prueba es necesario para acreditar los hechos si los propuestos, siendo útiles y pertinentes, no son suficientes para acreditar los hechos. Por ejemplo, cuando los litigantes han celebrado un contrato verbal y las partes proponen como medio de prueba testigos, pero existen datos en soportes informáticos.

Por otra parte, el juez debe justificar la necesidad de la otra prueba como complemento de la propuesta, indicando en qué reforzará al medio propuesto. Por ejemplo, en enfermedad del trabajador en qué complementa la experticia el informe dado por el médico tratante.

La motivación exigida es una forma de ejercer control para evitar la arbitrariedad y la parcialización a favor de una de las partes. En la a motivación por insuficiencia se aplican como criterio sustentador las máximas de experiencia relativas la suficiencia y complemento de prueba. Con la motivación se detectan si existen, efectivamente, argumentos que justifiquen la declaratoria de insuficiencia y la orden de evacuar otros medios

probatorios.

Sobre que hechos debe versar la actividad probatoria propuesta por el juez

Como se ha expuesto *ut supra* el juez sólo puede valorar los hechos alegados por las partes y que sean controvertidos. Tiene esos límites. No puede traer a litigio hechos no alegados por las partes, ni el conocimiento privado que tenga sobre ellos. De suerte que la valoración que realice será exclusivamente en la relación hechos alegados y que se pretenden probar con medios probatorios ofrecidos oportunamente.

Con base al principio de la comunidad de la prueba⁸³, el juez debe pensar en los hechos en forma de comunidad, estos es, hay unos que se afirman como los constitutivos del hecho base de la pretensión y otros como extintivos, o impeditivos, o modificativos, de manera que para formar convicción tiene que evaluarlos a todos. En este sentido, la insuficiencia debe predicarse sobre los hechos controvertidos en forma integral. Por supuesto, debe correlacionarlos con los hechos que aparezcan admitidos o que sean notorios.

Visto así, la posible insuficiencia habrá de valorarse respecto de todos los medios de prueba propuestos por los litigantes (y admitidos por el juez) y

⁸³ CHIOVENDA, J. (1977). *Principios de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Edit. Reus. Tomo II, p. 280. En referencia al principio de adquisición procesal escribió que “las actividades procesales pertenecen a una relación única, por lo que los resultados de la actividad procesal son comunes entre las partes”. Siguiendo esa doctrina RIVERA MORALES, Rodrigo. (2006). *Las pruebas en el derecho venezolano*, ob.cit. p. 90, expresa “El principio de la comunidad de la prueba, también llamado de la adquisición, se refiere a que la prueba pertenece al proceso; en este sentido, ya no es la prueba de quien la aportó, sino que pertenece a la comunidad procesal concreta”.

sobre los hechos controvertidos y que se pretenden probar. No puede proponerse medios dirigidos a incorporar otros hechos.

Riesgo de prejuzgar el fallo y quebrantamiento de la imparcialidad

Es criterio de algunos comentaristas expresar que es un instituto peligroso por la dificultad de controlar la actividad del juez⁸⁴, además de indicarse que contrasta con la doctrina tradicional del *civil law*⁸⁵, lo cual incide en riesgo para el deber de imparcialidad del juez.

Sobre este instituto, en términos generales, en la doctrina extranjera un sector⁸⁶ dice que se trata de un sistema en donde el juez se convierte en inquisidor a la búsqueda de la verdad material, concurriendo el riesgo de prejuzgamiento e incluso de quebrar la igualdad de armas; otro sector, indica que es muy lejana la posibilidad de quebrantar la imparcialidad porque antes de la práctica de la prueba no se sabe a quién puede beneficiar o perjudicar⁸⁷.

Es obvio, que la selección de hechos que se podrían ver afectados por la insuficiencia probatoria implica un juicio de valor que podría mermar la imparcialidad en cuanto podría suponer la indicación de hechos aducidos por una de las partes y no por la otra.

⁸⁴ BAUMEISTER T., Alberto. "Consideraciones sobre el régimen de las pruebas en el nuevo proceso laboral ordinario de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT). (2004). *Ley Orgánica Procesal del Trabajo*, ob. cit. p. 696, escribe que "se le da al Juez la potestad de actuar activamente en el debate probatorio". BELLO TABARES, Humberto, "Análisis crítico del régimen probatorio previsto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. (2004). *Ley Orgánica Procesal del Trabajo*, ob. cit. p. 737.

⁸⁵ HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo. (2003). *Nuevo proceso laboral*, ob. cit. p. 216.

⁸⁶ MONTERO AROCA, J. (2005). *La prueba en el proceso civil*. 4ª Edición. Navarra: Editorial Thomson-Civitas, p. 176

⁸⁷ PICÓ i JUNOY, J (2003). *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, Barcelona: Editorial J. M Bosch, p. 169-172.

Pero, puede verse que resultaría una contradicción que se negase una valoración de la potencialidad del medio probatorio, cuando el juez tiene amplias facultades para ordenar pruebas tal como lo prevé el artículo 156 de LOPTRA, o por aplicación supletoria los artículos 401 y 514 del Código de Procedimiento Civil, en razón de su obligación de inquirir la verdad en pro de alcanzar el convencimiento necesario para sentenciar.

El problema radica, realmente, en el ejercicio ilimitado y arbitrario que puede realizar el juez en uso de sus facultades. Pues, no hay unos límites establecidos taxativamente por la norma autorizante. Estos límites tienen que construirse a partir de un examen sistemático, sana crítica, ecuanimidad, responsabilidad, y por la elaboración doctrinaria de la Sala de Casación Social.

En definitiva, las partes tiene la carga de probar sus afirmaciones sobre los hechos identificadores de su *causa petendi*. La valoración de insuficiencia probatoria ni supone que el juez pierda su condición de “tercero imparcial” en el proceso, puesto asume la carga de la prueba de ningún hecho ni se coloca en la posición de ninguna de las partes, tan solo tiene el deber de buscar el convencimiento con la búsqueda de la verdad. El pronunciamiento sobre la insuficiencia de los medios de prueba y, en definitiva sobre la necesidad de otras pruebas, es una actividad valorativa esencialmente judicial que en ningún caso corresponde a las partes. Las partes previamente al juicio ponderarán si los medios de prueba que van a proponer son suficientes para acreditar las afirmaciones que realizan sobre los hechos identificadores de la *causa petendi*. Sin embargo, la valoración de la insuficiencia probatoria respecto de los hechos necesitados de prueba en el proceso (que no coinciden con los identificadores de la *causa petendi* de cada parte), y se realizará teniendo en cuenta los medios propuestos – y admitidos- por ambas

partes, es una función que corresponde al órgano jurisdiccional y no a quien ostenta la condición de parte.

Si podría calificarse de quebrar la imparcialidad si pudiese ordenar la necesidad de prueba ante la ausencia de proposición de pruebas o de negligencia manifiesta de alguna de las partes. Así la Sala Social ha puntualizado unos aspectos que no dejan lugar a dudas que coinciden con las tesis sostenidas en este trabajo. A tal efecto transcribimos:

Sentencia de 7 de septiembre de 2004, expediente N° AA60-S-2004-000408 “Sobre tal lineamiento, resulta preciso señalar, que en la búsqueda de la 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 una de las partes del proceso, pues, por otro lado el artículo 72 de la misma Ley ha dispuesto lo siguiente: “Artículo 72: Salvo disposición legal en contrario, la carga de la prueba corresponde a quien afirme hechos que configuren su pretensión o a quien los contradiga, alegando nuevos hechos...”. 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. Dicho en otras palabras, al haber señalado la parte demandante en su escrito que la relación de trabajo había terminado por un despido, y luego habiendo contestado la demandada bajo el alegado que la relación culminó por la renuncia del accionante, para lo cual promovió carta de renuncia suscrita por el propio trabajador, y cumplir así con la exigencia contemplada en el artículo 72 de la Ley

Procesal, debió el Juez de Alzada, atenerse a lo alegado y probado en autos por las partes. Por lo que con tal proceder, violentó el Juez de la recurrida el orden público laboral, al quebrantar el principio de la igualdad procesal de las partes en el proceso y con ello las normas antes señaladas, en consecuencia, de conformidad con el artículo 179 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se decreta la nulidad de la sentencia recurrida,

Criterios que se han ido consolidando como pacíficos, pues, en sentencia posteriores han sido ratificados, así lo contiene decisión de la Sala Social de fecha 6 de abril de 2006 N° AA60-S-2005-001390.

**¿Puede el Juez conforme a la carga de la prueba indicar a la parte su
deficiencia de prueba?**

Esto va a depender del criterio que se asuma sobre el concepto “carga de la prueba”. Si se toma en sentido de aporte, es decir, conforme lo dispone el artículo 72 LOPTRA –Cfr. 506 CPC- cada parte tiene que probar sus afirmaciones de hechos. En este sentido el juez puede hacer una valoración de las afirmaciones de las partes y examinar si los medios probatorios ofrecidos tiene esa potencialidad de llevar con plenitud los hechos al proceso y formar convicción. Caso distinto es si se entiende la carga de la prueba como juicio de valoración, porque la valoración se hace al final, y el juez lo que hace es examinar quien tenía que probar.

Debe sostenerse la tesis que con base al artículo 72 LOPTRA que asigna una regla de carga de la prueba, en correspondencia con los artículos 5, 6, 71 y 156 *eiusdem*, el juez puede sugerir y ordenar a las partes la

evacuación de ciertas pruebas. Cuestión que no es contradictoria, porque en la ley se contienen normas que autorizan para ello, por ejemplo, la exhibición –artículo 82 *eiusdem*-. Este criterio puede fundamentarse, también, en el sistema arbitral en el cual el Tribunal Arbitral podrá requerir a cualquiera de las partes para que aporte pruebas adicionales⁸⁸. Así que si el juez puede hacerlo por sí, se infiere que puede instar a las partes a nuevos aportes de medios probatorios que sean complementarios

Controles sobre la actividad probatoria del juez laboral

En general, la actividad del juez está sometida a los controles de todo poder público: constitucionalidad, en el sentido que es garante de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos y tiene el deber de aplicar la Constitución como norma superior; la legalidad, sometido a la ley; y a los recursos jurisdiccionales, esto es, al doble grado de jurisdicción.

La Constitución contiene un modelo de proceso⁸⁹ que irradia a todo el sistema procesal. Es decir, todo proceso y procedimiento debe cumplir las garantías procesales que la Constitución consagra a las personas. Por supuesto, las actividades dentro del proceso deben satisfacer esos principios y garantías. Así, pues, la actividad probatoria del juez en el proceso laboral

⁸⁸ HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo. (2003). *Nuevo proceso laboral*, ob. cit. pp. 216-217, expresa que “Bajo la forma prevista en el reglamento general del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, el juez puede, en la Audiencia Preliminar, en el decurso probatorio, habiendo inteligenciado la situación probatoria .antes o después del cierre de la instrucción- instar a la parte a quien atañe la carga de la procesal, o simplemente instar a las partes en términos generales para que presenten prueba eficaz o más idónea y convincente sobre hechos de la litis, particularmente los fundamentales, presuponiendo desde luego que la parte interesada en acatar esa instancia o invitación del juez la que resulte perjudicada por la ausencia de prueba sobre ese hecho crucial detectado por el Juez”

⁸⁹ GOZAINI, Osvaldo (2001). *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires: Ediciones Culzoni-Rubiani. Cfr. RIVERA MORALES, Rodrigo. (2002). “Aspectos constitucionales del proceso”, en obra colectiva *Nuevos Estudios de Derecho Procesal*, libro homenaje a José Andrés Fuenmayor: Caracas; Edita Tribunal Supremo de Justicia (colección libros homenaje N°8), pp. 332-341.

no puede estar por encima de las normas constitucionales, sino sometido a ellas, de suerte que si produce quebrantamiento de las mismas incurre en vicio sustancial que afecta la vida del acto procesal en donde se haya producido ese quebrantamiento.

Los controles que se tienen sobre la actividad del juez en el proceso son generales y no parcelados en momentos procesales. Así, si en los actos se omiten aspectos esenciales o se produce quebrantamiento de derechos constitucionales se afectan de nulidad absoluta, por supuesto, que siempre debe resguardarse lo esencial de la finalidad del proceso laboral.

El poder discrecional del juez no significa arbitrariedad, se desarrolla en el marco de la Constitución y las leyes, porque salirse de él, significa violación constitucional o trasgresión de la ley.

Control Jurisdiccional

Se llama control jurisdiccional a la actividad que se despliega por medio de los medios impugnativos establecidos por la ley ante el propio juez o ante el superior. Ahora bien, esos medios impugnativos normalmente son los recursos procesales que se interponen contra decisiones o actos judiciales ante el mismo juez o ante otro superior, para que se rectifiquen los errores formales o se reparen los agravios, mediante la revocación de las decisiones erradas o injustas.

Expresa VÉSCOVI⁹⁰ que: “Si los actos son irregulares o injustos (es decir

⁹⁰ VESCOVI, Enrique. (1988). *Los recursos Judiciales y los demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Editorial Depalma, p.14

anormales), se habrá desviado la finalidad común, mostrando un vicio que se traducirá en injusticia o ilegalidad: *incorrección o defectuosidad en el actuar procesal*⁹¹. Se trata de previsiones saneatorias o correctivas y cuando las partes dirigen su actividad en procura de la corrección o eliminación jurisdiccional del posible defecto o injusticia del acto cumplido, hacen valer un poder de impugnación.

Los recursos son un medio de impugnación dirigido al control de la actividad jurisdiccional. Esta función de vigilancia de los jueces civiles no debe ser olvidada; corresponde a la Sala de Casación Civil la vigilancia de la actividad jurisdiccional, no en el aspecto administrativo y disciplinario, atribuido a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, sino en lo que es propio de tal actividad, la resolución de los conflictos de intereses. Las Salas de Casación no controlan todos los aspectos de la decisión judicial, sino que enfoca su vigilancia en la correcta aplicación del derecho por los jueces de instancia, por lo cual la finalidad de control judicial está generalmente indiferenciada de la defensa del derecho.

Los recursos actuales tienen por fin público la defensa del derecho, procurando que su aplicación siempre conduzca a un resultado justo, la unificación de la jurisprudencia, entendida ésta como la certeza de las interpretaciones mediante las cuales el mandato legal se mantiene acorde con los cambios sociales, y el control de la actividad jurisdiccional⁹¹.

Siendo los recursos los principales instrumentos de control del poder judicial, evitándose así el abuso y la arbitrariedad del Juez a la hora de aplicar el derecho. El recurso es un acto procesal mediante el cual la parte en

⁹¹ RIVERA MORALES, Rodrigo (2006). *Los recursos procesales*. 2º Edición. San Cristóbal: Editorial Jurídica Santana, p. 76.

el proceso, o quien tenga legitimación para actuar en él, pide que se subsanen los errores que le perjudican, cometidos por una resolución judicial.

Por definición cualquier acto del proceso es impugnabile, por supuesto, conforme a las estipulaciones prescritas por la ley, por ejemplo, el plazo. En el caso de los recursos estos se dirigen contra las decisiones judiciales, las cuales en principio todas son recurribles, salvo que la ley estipule lo contrario.

En el caso de análisis, cuando el juez laboral ordene la inclusión de nuevos medios de prueba de carácter adicional se dispone, en el artículo 71 LOPTRA, que la decisión de declaratoria de insuficiencia es inimpugnabile, así como el auto que ordene la práctica de las diligencias acordadas. Por mandato de la ley no puede impugnarse por medio de los recursos ordinarios. Pero no es absoluta la inimpugnabilidad, puesto que no podría sostenerse que un acto procesal violatorio de garantías y derechos no puede ser impugnado. Existen vías como la de nulidad de acto e incluso el amparo constitucional contra decisiones judiciales.

Control de las Partes

Las partes en todo grado e instancia del proceso conservan sus garantías procesales constitucionales. Si bien el legislador puede limitarlas, no puede afectar su esencia. Así en la Constitución se prevé el doble grado de jurisdicción, pero la forma de ejercerlo es propia de previsión legal. De manera, que si bien la declaratoria de insuficiencia probatoria no admite recurso ordinario incidental, pues se trata de una interlocutoria, nada impide

que en apelación de sentencia definitiva se exponga la afectación de derechos fundamentales en dicho acto.

Pero, también, debe saberse que en los actos del juez las partes pueden ejercer sus derechos y garantías procesales, por ejemplo, si se ordena llamar a testigos podrá ejercer su derecho a impugnar el medio, a ejercer el contradictorio o repregunta, en fin todos aquellos derechos que le concede la ley. El juez no podrá negar tales derechos, pues el ejercicio de sus iniciativas probatorias no significa suspensión o cese del derecho de las partes a contradecir, a alegar y controlar.

CONCLUSIONES

PRIMERO: La Ley Orgánica Procesal del Trabajo establece (artículo 71 y 156) junto a la obligación del órgano jurisdiccional de controlar la legalidad y pertinencia de las pruebas propuestas por las partes, la posibilidad de que controle su insuficiencia para formar convicción, sin que ello suponga una vulneración del principio de aportación de parte, puesto que al juzgador lo faculta la obligación de inquirir la verdad derivada del artículo 5 LOPTRA.

SEGUNDO: La configuración actual de la prueba en el proceso civil, máxime en el proceso laboral, no supone la pasividad del juez. Este es el director material del procedimiento, no un mero director formal del mismo, ello derivado del artículo 6 en concordancia con los artículos 5, 10, y 11 de la LOPTRA los cuales amparan la actividad desarrollada por el juez laboral.

TERCERO: El juez laboral pasa a ser dentro del Poder Judicial, el funcionario con más poder de actuación, investigación y análisis para la consecución de la convicción necesaria al sentenciar, ello por el mandato expreso de inquirir la verdad contemplado en el artículo 5 LOPTRA. Esto incluso arropa hasta al juez de sustanciación, mediación y ejecución, así como al juez superior; ya que el artículo 5 LOPTRA establece la palabra “Los jueces.....”. Ahora bien, para el juez de sustanciación, su facultad de inquirir la verdad, lo alindera al manejo de las pruebas, puesto que tal instancia solo permite las funciones mediadoras a fin de solucionar la controversia; no pudiendo nunca valorar judicialmente ningún medio probatorio, menos aún ordenarlo.

CUARTO: La actividad probatoria del juzgador, no supone que el juez vaya a prejuzgar el fallo ni que pueda asumir la posición de las partes, puesto que la valoración de la insuficiencia probatoria no viene referida a los resultados que puedan arrojar los medios de prueba. Supone, por el contrario, el desarrollo de las facultades del órgano jurisdiccional de valorar la insuficiencia de los elementos probatorios propuestos, para solicitar medios adicionales en busca de convencimiento.

QUINTO: El juez en todo momento debe mantener su deber de imparcialidad y de garante de los derechos y garantías de las partes. Las partes pueden ejercer sus derechos de contradicción, control e impugnación de la prueba sobre los medios adicionales ordenados por el juez, recordando que lo no impugnado es la decisión de ordenar la evacuación de pruebas adicionales; a lo cual, personalmente considero que también se puede atacar con acción de amparo si se presume violatoria de derechos fundamentales.

SEXTO: Se hace evidente el avance en el ámbito jurídico dado por la promulgación, implementación y aplicación de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, consecuente con el cambio social influenciado con la premisa de humanización de la Justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL LLUCH, Xavier. (2003). "Las diligencias finales de oficio del artículo 435.2 LEC. www.laley.net
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Aníbal. (2004). *Jurisprudencia Constitucional*, Caracas: Ediciones Homero
- BARONA VILLAR, S. (2001). "El proceso civil", en obra colectiva *El proceso Civil en la LEC*, (coord. Escribano Mora, F.), Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- BAUMEISTER T., Alberto. "Consideraciones sobre el régimen de las pruebas en el nuevo proceso laboral ordinario de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPTRA). (2004). *Ley Orgánica Procesal del Trabajo*. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia (serie normativa N° 4).
- BELLO LOZANO, H. (1966), *Pruebas*. Caracas: Editorial Estrados.
- BELLO TABARES, Humberto, "Análisis crítico del régimen probatorio previsto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. (2004). *Ley Orgánica Procesal del Trabajo*, Caracas: Tribunal Supremo de Justicia (Serie normativa N° 4).
- CABRERA R., J. (1997). *Contradicción y control de la prueba legal y libre*. Caracas: Editorial. Jurídica ALVA.
- CARNELUTTI, F. (1979). *La prueba Civil*, Buenos Aires: Ediciones DEPALMA.
- CAPPELLETTI, Mauro. (1974) *Proceso, Ideologías, sociedad*, Tr. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Edic. Jurídicas Europa-América (E.J.E.A.).
- (1996), *Acceso a la justicia*, México: Editorial Fondo de Cultura Económica
- CHIOVENDA, J. (1977). *Principios de Derecho Procesal Civil*, II Tomos. Madrid: Edit. Reus.
- CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. (1984). (Copia de Gaceta Oficial) Caracas: Edit. La Torre.

- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- CORTEZ D., V. et allia. (2000). *Derecho Procesal Civil*, Madrid: Edit. COLEX.
- COUTURE, E. (1976). *Vocabulario Jurídico*, Buenos Aires: Edit. Depalma.
- (1981). *Fundamentos del derecho Procesal*, Civil. Edic, Depalma.
- DEVIS ECHANDÍA (1993); *Teoría General de la prueba Judicial*, Editorial Dike, Medellín, Colombia.
- (1994) *Compendio de Derecho Procesal*, 8ª edición, Tomo I y II, Medellín: Editorial DIKE.
- DUQUE C., R. (S.F.). *Apuntaciones sobre el Procedimiento Ordinario*, Editorial Sherwood, Caracas.
- ESCOVAR L., R. (2001). *La motivación de la sentencia y su relación con la argumentación jurídica*. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios, Caracas.
- FABREGA, J. (2000). *Teoría General de la Prueba*, 2ª Edic. Bogotá: Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- FERRER BELTRÁN, Jodier, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid: Editorial Marcial Pons.
- GÓMEZ BENITEZ, José M. (1987). *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Barcelona,: Editorial Tirant lo Blanch
- GOZAINI, Osvaldo, (2002). "Clasificación de los hechos a los fines probatorios", en obra colectiva *La prueba*, en homenaje a Hernando Devis Echandía, Bogotá: Edita Universidad Libre de Colombia.
- (2001). *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires: Ediciones Culzoni-Rubiani
- HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo (2003), *Nuevo Procesal Laboral Venezolano*, Ediciones Liber, Caracas,
- HERNÁNDEZ, FERNÁNDEZ Y BAPTISTA (1998), *Metodología de la Investigación*, 2ª Edición, México: Editorial McGrawHill.

- HERNÁNDEZ REDONDO, José A. (2004). "Artículo 429.I.II LEC: ¿Es el momento adecuado para que el juez valore la insuficiencia probatoria?", en obra colectiva *Problemas actuales de la prueba civil*, Barcelona: Editorial J. M. Bosch
- LARENZ, Karl (1979). *Metodología de la Ciencia del derecho*, Barcelona: Editorial Ariel
- LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, G. O. N° 5.152 de 19 de junio de 1997.
- LEY ORGÁNICA PROCESAL DEL TRABAJO, G. O. N° 37.504 de 13 de agosto de 2002.
- LIEBMAN, T. E. (1980) *Manual de derecho procesal civil*, Buenos Aires: Editorial EJE
- MARÍN BOSCAN, Francisco (2003), *Curso de procedimiento Laboral venezolano*, Barquisimeto: Editorial Jurídicas Rincón.
- MONTERO A., J. (1998). *La prueba en el proceso civil*, 4ª Edición. Editorial Thompson-Civitas. Madrid.
- MORA DÍAZ, Omar (2004). "Ley Orgánica Procesal del Trabajo", en obra colectiva *Ley Orgánica Procesal del Trabajo*, Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, (serie normativa N° 4).
- MORELLO, Augusto. (2001), *La prueba; tendencia modernas*, Buenos Aires: Librería Editorial Platense.
- MUNOZ SABATÉ, Luis. (1974). *Técnica probatoria*, Bogotá: Editorial Temis
- NÚÑEZ RINCÓN HERACLIO (1983), *Derecho Procesal del Trabajo*, Caracas: Editorial FullColor.
- PARRA Q., J. (2001). *Manual de Derecho Probatorio*, Bogotá: Edic. Librería del Profesional.
- PICÓ JUNOI., Joan. et allia (2004), *Problemas actuales de la prueba civil*, Editorial J. M. Bosch, Barcelona.
- J (2003). *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, Barcelona: Editorial J. M Bosch

- QUICENO A, F. (2000). *Valoración Judicial de las pruebas* (compilación de varios autores). Bogota: Edit. Jurídica de Colombia.
- RIVERA MORALES, 2004; Rodrigo Rivera Morales, *Las pruebas en el derecho venezolano, Editorial Jurídica Santana, San Cristóbal.*
- (2003). *Nulidades procesales civiles y penales*, San Cristóbal: Editorial Jurídica Santana
- (2002). "Aspectos constitucionales del proceso", en obra colectiva *Nuevos Estudios de Derecho Procesal*, libro homenaje a José Andrés Fuenmayor: Caracas; Edita Tribunal Supremo de Justicia (colección libros homenaje N°8)
- SÁNCHEZ ARANGUREN, Basilio (1979) *Métodos de investigación*, Editorial Eneva, Caracas.
- STANDOP, EWALD (1976). *Cómo Preparar monografías e informes*, Editorial Kapelusz, Buenos Aires.
- TORRES, Iván Darío, (2002) *El Nuevo proceso laboral*, Editora Cromotip, Caracas.
- VV.AA. *Comentarios a la Ley Orgánica Procesal del Trabajo*, 2 volúmenes, Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.
- VILLASMIL BRICEÑO, Fernando y VILLASMIL VELÁZQUEZ, María (2003), *Nuevo procedimiento laboral venezolano*, Editorial Librería Europa, Maracaibo.
- YOUNES J., S. (2000). *Credibilidad y certeza de la prueba judicial*. Bogotá: Edit. LEYER