

“Activismo garantista: la justicia como leitmotiv”

Deilin A. Griman N.

Abogada

Resumen: *El presente artículo tiene como propósito realizar una propuesta armonizadora de las visiones antagónicas del activismo y el garantismo, como maneras de ver el quehacer jurisdiccional, partiendo del contraste de ambas, y atendiendo al componente axiológico, que no debe desvincularse del ámbito procesal, dado el carácter instrumental del proceso en la materialización del valor de la justicia. Y en este sentido, se destacan algunos aspectos de cada una de esas proposiciones teóricas, que han sido perfilados por diversos autores, haciendo a su vez algunas observaciones, aspirando a aportar una visión que vaya más allá de lo teórico, y permita en la práctica la ejecución de ciertas potestades oficiosas por parte del juzgador, sin menoscabo de los derechos fundamentales de los justiciables, mediante mecanismos procesales diseñados para garantizar la imparcialidad, el control y contradicción de las pruebas y la recurribilidad de las providencias judiciales dictadas en el marco del ejercicio de las potestades oficiosas por parte de los jueces.*

Palabras Clave: *Activismo, Garantismo, Potestades Oficiosas, Imparcialidad, Carga Dinámica de la Prueba.*

Abstract: *The purpose of this article is to make a harmonizing proposal of the antagonistic visions of activism and guaranteeism, as ways of seeing the jurisdictional task, starting from the contrast of both, and attending to the axiological component, which should not be separated from the procedural scope, due to the instrumental character of the process in materializing the value of justice. And in this sense, some aspects of each of these theoretical propositions are highlighted, which have been outlined by various authors, making in turn some observations, aspiring to provide a vision that goes beyond the theoretical, and allows in practice the execution of certain ex officio powers by the judge, without prejudice to the fundamental rights of the defendants, through procedural mechanisms designed to guarantee impartiality, control and contradiction of the proofs and the appealability of the judicial decisions issued in the framework of the exercise of the ex officio powers by the judges.*

Key words: *Activism, guaranteeism, ex officio powers, Impartiality, dynamic burden of proof.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

I. GENERALIDADES SOBRE EL ACTIVISMO Y EL GARANTISMO

II. GARANTISMO Y ACTIVISMO: “DIÁLOGO DE SORDOS”

III. EL “ACTIVISMO GARANTISTA” COMO UNA ALTERNATIVA

1. *Imparcialidad del Juzgador.* 2. *Actividad Probatoria de Oficio.* 3. *De la prohibición constitucional de indefensión y consecuente garantía del contradictorio.* 4. *De la Impugnabilidad de las Providencias Oficiosas/ Inexistencia de Providencias Inimpugnables.* 5. *Cargas Probatorias Dinámicas.* 6. *Redistribución de la Actividad Probatoria: Propuesta de Apertura de Incidencia.*

IV. CONCLUSIÓN

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

El título del presente trabajo parecería a primera vista una *contradictio in adiectio*, porque es como atribuir a una forma de ver la administración de justicia el adjetivo calificativo característico de la posición teórica que se le considera opuesta, pero lo que se pretende es armonizarlas, en aras de rescatar los aspectos que de una, pueden ser adaptados a la otra, con el propósito de concretar el fin del derecho, que junto al bien común y la seguridad jurídica hacen una trilogía, esto es, la justicia¹.

Asumiendo un discurso, si se quiere, un poco pragmático, sin abandonar ni desmeritar los esfuerzos teóricos, puede afirmarse que el proceso no debería verse sólo como un concepto abstracto, ajeno a la materialización real y tangible de los elementos axiológicos que informan el ordenamiento jurídico, pues no debe perderse de vista que cuando se crean y aplican normas, éstas van dirigidas a realidades concretas que van más allá de los tribunales y tienen relevancia para la vida social, esto es, para la cotidianidad de los ciudadanos a quienes regulan.

En este sentido, no debe perderse de vista a la justicia como fin esencial del ordenamiento jurídico y a su vez del proceso², entendiéndolo por justicia el restablecimiento de la paz social transgredida por el conflicto de intereses que se somete a consideración del órgano jurisdiccional, conforme a derecho, para garantizar que éste sirva realmente como instrumento para el alcance de dicho objetivo³ pues hay que tener en cuenta que el proceso es para los justiciables el mecanismo que permite obtener la tutela jurisdiccional, como bien apunta

¹ RUIZ Rodríguez Virgilio “Derecho, bien común, seguridad y justicia” Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, Revista de Filosofía año 52 núm. 149 julio-diciembre 2020. Publicado en: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiXiemIpsPzAhWTRDABHWOZDjkQFnoECAIQAQ&url=https%3A%2F%2Fdia.net.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo_%2F7648033.pdf&usg=AOvVaw1j-J0v4prxa63Cz60_GmYF Consultada el 11 de octubre de 2021 “Tal vez, el sentido más propio y tradicional de la justicia es como fin del derecho. Aquí el deber ser del derecho, el derecho justo, se entiende como aquel que persigue y consigue la realización del valor de la justicia. Si el derecho se puede considerar como un instrumento razonable para la convivencia social es porque vale la pena para algo. Parece una convicción común que el derecho se acepta como instrumento coactivo para organizar la convivencia social, en cuanto que sirve a la justicia. La justicia es el fin, el instrumento para obtenerla es el derecho.”

² CUENCA Humberto. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I Universidad Central de Venezuela. Ediciones de la Biblioteca, Caracas, 1981, p. 199: “Toda la normativa que regula el proceso tiende a reparar un derecho lesionado, a declarar una situación jurídica justa o la restitución o resarcimiento de lo que es debido. Por ello, derivado del carácter instrumental de la ciencia que lo estudia, el proceso no es un fin en sí mismo sino el instrumento para realizar la justicia”.

³ PICO I Junoy Joan. “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado”. Ponencia presentada al “Congreso Internacional de Derecho Procesal” celebrado en Lima del 29 al 31 de octubre de 2003, y publicada en *Derecho Procesal Civil*. Congreso Internacional, Lima, 2003, pp. 55-66; también en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 2004, núm. 4, pp. 253-270. Y en su versión italiana cfr. *Il diritto processuale tra garantismo ed efficacia: un dibattito mal impostato*, en “Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia”, T. I, edit. Giuffrè, Milano, 2005, pp. 213 a 230. p. 110 “Esta formulación del proceso civil encuentra su fundamento constitucional en el deber del juez de velar por la efectividad en la tutela de los intereses discutidos en el proceso para lograr, de este modo, lo que, por ejemplo, el artículo primero de la Constitución Española proclama como valor superior del ordenamiento jurídico: la “justicia”, que constituye, sin duda alguna, el objetivo final de la función jurisdiccional. La “justicia”, como valor superior del ordenamiento jurídico, representa un ideal de la comunidad, un objetivo a alcanzar por el ordenamiento jurídico, por lo que, si existe un interés público en que el resultado del proceso sea “justo”, el Estado debe poner al servicio de los jueces todos los medios y poderes necesarios para que puedan alcanzar dicho fin”.

Micheli⁴ esa tutela que brinda el Estado a través de los tribunales es la que permite garantizar el efectivo acatamiento de las normas o el restablecimiento de su eficacia en caso de haberse producido una transgresión.

Ese carácter instrumental del proceso, ha sido insertado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el artículo 257⁵ que, al ser analizado en concordancia con el artículo 2⁶ del Texto Constitucional, pone de relieve la importancia del valor de la justicia como principio axiológico que informa la actividad jurisdiccional, por lo que al hacerse referencia a la justicia en relación con el proceso, no se trata solo de un desiderátum metafísico sino de un mandato dirigido a los órganos del poder judicial que tiene gran relevancia e implicación social.

Si bien es cierto que mucho se ha escrito sobre el tema de la justicia, sin haberse agotado el debate sobre su conceptualización, no es menos cierto que cuando el constituyente y el legislador hacen referencia a ella, lo hacen desde una perspectiva teleológica, procurando que en la aplicación del derecho al caso concreto se adopten las decisiones más adecuadas para el restablecimiento de la situación jurídica infringida.

Desde esta óptica más cercana a la realidad social y armonizando el proceso con el valor de la justicia, Calamandrei⁷ señaló lo perjudicial de ver el fenómeno procesal desde una pers-

⁴ MICHELI Gian Antonio. Curso de Derecho Procesal Civil-Tomo I “Jurisdicción y Acción”, Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA) Buenos Aires, 1970, p. 3 y 4: “Al Estado le corresponde institucionalmente asegurar la actuación del derecho subjetivo en los casos en que el mismo no sea voluntariamente observado por los coasociados. Cuando tal actuación tiene lugar a través de la intervención del juez, órgano estatal, la ley habla de “tutela jurisdiccional de los derechos”. El juez prosigue, en efecto, en esta hipótesis la obra del legislador, poniendo en práctica los remedios necesarios para obtener en concreto la reafirmación del mandato establecido por el Estado-legislador. La “tutela jurisdiccional de los derechos” consiste por eso en la actividad de determinados órganos estatales, los jueces, que, en el ejercicio de su poder conferido por el Estado ponen en práctica, en el caso singular, determinados remedios previstos por la ley, en forma de asegurar la observancia del derecho objetivo. Por tanto, este último tiene una vigencia, independientemente de que la circunstancia de que para la observancia de la norma sea necesario obtener la intervención del juez; pero, por otra parte, la posibilidad de obtener aquella “tutela jurisdiccional” del juez califica el contenido de la norma misma y, por consiguiente, la situación subjetiva reconocida. La ley hace referencia por eso a la “tutela jurisdiccional de los derechos” aun cuando probablemente sean tuteladas, a través del proceso civil, situaciones subjetivas que no alcanzan la calificación de verdaderos y propios derechos. La “tutela jurisdiccional” en nuestro ordenamiento positivo, es considerada, pues como una cosa extrínseca y eventual, respecto de la situación jurídica que debe ser tutelada, pero la única posibilidad de obtenerla concurre a calificar y a definir el ámbito y el contenido de la situación misma”.

⁵ Artículo 2. Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

⁶ Artículo 257. El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

⁷ CALAMANDREI Piero, “*Proceso y justicia*”, Traducción de Santiago Sentís Melendo en: *Revista de Derecho Procesal*. Argentina. Editor: Hugo Alsina. 1952. p. 18: “El pecado más grave de la ciencia procesal de estos últimos cincuenta años ha sido, a mi entender, precisamente éste: haber separado el proceso de su finalidad social; haber estudiado el proceso como un territorio cerrado, como un mundo por sí mismo. Haber pensado que se podía crear en torno al mismo una especie de

pectiva desprovista de consideraciones axiológicas, y más exactamente, del valor justicia, pues como se ha venido señalando, el proceso va dirigido al restablecimiento de la paz social, y sin justicia es imposible que se pueda alcanzar la paz.

Ese enfoque axiológico ha sido reforzado en el foro venezolano, entre otras, por la interpretación que del artículo 2 de la Carta Magna se hizo en la sentencia del caso *Asodevipri-lara*⁸ en el cual se sentaron las bases para la aplicación del concepto de Estado Social de Derecho y de Justicia en la resolución de casos concretos, y posteriormente en jurisprudencia reiterada⁹ se ha hecho referencia a la justicia material como principio aplicable a la resolución de controversias en las cuales el derecho objetivo vigente puede resultar un obstáculo para el alcance del valor justicia en el caso concreto.

soberbio aislamiento separándolo cada vez de manera más profunda de todos los vínculos con el derecho sustancial, de todos los contactos con los problemas de sustancia; de la justicia, en suma”.

⁸ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 85 de fecha 24 de enero de 2002 con ponencia de Jesús Eduardo Cabrera Romero. “A juicio de esta Sala, tales antecedentes son importantes para entender la vigente Constitución Venezolana, que establece un Estado Social de Derecho y de Justicia, término (Estado Social de Derecho) que fue acuñado por Hermann Heller en 1929 en su obra *Rechtsstaat oder Diktatur* (Traducción al castellano: Estado de Derecho o Dictadura). Heller, va a oponer el Estado Social de Derecho al Estado de Derecho liberal y formalista, que consideraba la norma como un instrumento técnico para regular las relaciones humanas, pero sin ninguna referencia a valores y contenidos concretos, situación notoriamente conocida en Venezuela, y que impide que el Estado sea el motor de la transformación social. De allí, que desde los comienzos de la consolidación del concepto de Estado Social, lo importante es entender la ley en base a principios tendentes en lo posible a alcanzar el bien común, y no como una normativa que se aplica por igual a realidades desiguales. Esto es básico comprenderlo, ya que el no hacerlo conduce a la injusticia.” <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.HTM>.

⁹ Sentencia de la Sala Constitucional de nuestro Alto Tribunal, N° 2231 de fecha 18 de agosto de 2003, caso: Said José Mijova Juárez, en el cual se estableció la posibilidad que tiene el propio Tribunal de resolver su fallo si se percata que éste viola derechos o garantías constitucionales. ...el Juez se encuentra legitimado para revocar su propia sentencia al ser advertido de un error que conduzca a la lesión de un derecho constitucional que agreda a una de las partes o a un tercero, pues no tiene sentido que reconociendo su propio error con el que ha causado un daño y, en consecuencia, haya transgredido normas constitucionales, provoque un perjuicio al justiciable, cuando en sus manos tiene la posibilidad en aplicación inmediata y directa de la Constitución de asegurar la integridad de dicho texto. De manera que, no obstante la prohibición que puede inferirse del anterior razonamiento, del estudio planteado en la presente situación se observa, que si bien la Sala ha emitido un pronunciamiento con carácter definitivo, que aun cuando no prejuzgó sobre el mérito era definitiva, puso fin al juicio, al haber declarado terminado el procedimiento por abandono de trámite, no puede dejar de advertirse que la decisión se adoptó prescindiendo de un elemento esencial que haría improcedente tal declaratoria, como lo es, la diligencia presentada por el representante judicial del quejoso el 13 de febrero de 2003, solicitando pronunciamiento definitivo en la causa, y que no se agregó a los autos por el ya aludido error incurrido por la Secretaría de la Sala. Siendo ello así, mal podría mantenerse un pronunciamiento que tiene una connotación sancionatoria, fundamentada en un falso supuesto, esto es, en una inactividad no incurrida i por la parte afectada, por lo que necesariamente y, vista la peculiaridad del caso, constatado que no se analizaron en su totalidad los elementos necesarios para la decisión adoptada, esta Sala, en aras el principio constitucional de la justicia material como valor preeminente sobre el carácter formal normativo, y con fundamento en criterio anterior expuesto en un caso de igual similitud (vid. S. S.C. 115/2003), aplica la disposición contenida en el artículo 206 del Código de Procedimiento Civil y, en consecuencia, revoca el fallo dictado por esta misma Sala, el 19 de mayo de 2003, mediante el cual se declaró terminado el presente procedimiento. Así se decide. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/2231-180803-02-1702.HTM>.

Aunque debe advertirse que tal invocación de la justicia material no está exenta de cuestionamientos éticos y jurídicos, pues mal empleada puede dar lugar a la arbitrariedad.

En este sentido, además del aspecto axiológico, el proceso no solo ha sido influenciado como se dijo, por la conceptualización del Estado Social de Derecho y de Justicia, sino también por la constitucionalización de las garantías procesales que al adquirir rango constitucional también vienen acompañadas de una serie de poderes-deberes del juez que han venido siendo desarrollados con mayor amplitud por la jurisprudencia en los últimos años.

Cabe destacar que en la tendencia “constitucionalizante” del derecho procesal, se entiende que los principios y valores que inspiran al texto fundamental deben regir al proceso, aún mas allá de lo que positivamente se haya establecido en la legislación adjetiva, en virtud del principio de supremacía constitucional establecido en el caso venezolano en el artículo 7¹⁰ de la Constitución de 1999, siendo con ello justificada la actuación oficiosa de los jueces en resguardo de los mismos, pues en el capítulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela concerniente a la garantía de la constitución se estableció como obligación a todos los jueces de la República el aseguramiento de la integridad de la Carta Magna, pudiendo proceder de oficio tomando las decisiones correspondientes, a través de la potestad de control difuso¹¹ prevista en su artículo 334, que dispone:

Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución. En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente. Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella.

En el texto constitucional como se ha visto, al dotarse a los jueces con la facultad de control difuso de la constitucionalidad, ello da lugar a que todo juez ordinario sea a su vez juez constitucional, para la resolución de las controversias sometidas a su consideración, y por ello se justifica la actuación oficiosa del juez que opera en resguardo de los principios procesales insertos en la constitución. La actividad del juzgador en ciertos casos pudiera ir contra la ley cuando ésta es preconstitucional, por ejemplo, en aplicación de la referida potestad de control difuso de la constitucionalidad; pero no puede dejarse de lado el hecho de que los particulares a su vez deberían contar con mecanismos que permitan ejercer control sobre la legalidad del acto jurisdiccional (entendido en sentido amplio como toda providencia judicial), en cuanto manifestación del poder estatal que es, debido a que el abuso en el ejercicio de cualquier potestad pública pudiese comportar una lesión de derechos fundamentales.

¹⁰ Artículo 7. La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución

¹¹ FARIAS Rodríguez María “Control difuso y el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes”, *Revista de Derecho Constitucional*, Editorial Sherwood, N° 9, Caracas enero-diciembre 2004. p. 163: “La institución del control difuso es un control por vía de excepción, que se manifiesta en forma indirecta y constituye la posibilidad que tiene todo juez de la República de ser juez de la constitucionalidad de las leyes, de oficio o a instancia de parte. Esta institución permite a cualquiera de las partes en un proceso, solicitar la inaplicabilidad de una ley que se estime inconstitucional, en cuyo caso, el juez debe aplicar con preferencia la Constitución e inaplicar la ley en el caso concreto, pero sólo en el ejercicio de un proceso particular donde la cuestión de constitucionalidad es una cuestión incidental”

En este sentido, más allá de lo que es el control difuso de la constitucionalidad, que como es bien sabido es un mecanismo aplicable para la resolución de casos concretos, resulta interesante plantearse la actividad oficiosa que pudiera realizar el juez, para garantizar la integridad de la constitución a través de algún proveimiento cautelar, o incluso en el marco de una decisión de fondo a través de un *obiter dictum* en el que resuelva puntos no planteados por las partes, pero que puedan ser resueltos en procura del interés general.

Un ejemplo de ello lo constituye la sentencia N° 2010-1719 de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo: caso María Milagros Hernández vs. Alcaldía del municipio Girardot del estado Aragua de fecha 16 de noviembre de 2010, con ponencia de Emilio Ramos, en la que además de decidir sobre una demanda de contenido patrimonial, la Corte de oficio ordenó la reparación de una alcantarilla para evitar que se produjese otro hecho lesivo de la integridad física de otros ciudadanos que pudiesen verse afectados por la negligencia de la Administración¹² lo cual es un ejemplo de cómo puede irse más allá del concepto tradicional de congruencia marcado por el principio dispositivo, donde el juez no solo resuelve sobre la base de los alegatos planteados por las partes, sino que puede proceder también como garante de la constitución, en resguardo del interés general, con base en los elementos de autos, sin que ello constituya ultrapetita.

¹² “Lo anterior evidencia el cambio de la percepción que, en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración se plantea en la actualidad, donde inexorablemente se parte de la necesidad de atención y satisfacción de los intereses individuales involucrados en cada caso en concreto pero en plena observancia -a los fines de la satisfacción y ponderación- de los intereses colectivos relacionados. Resulta claro que la doctrina plantea que en el Derecho Administrativo moderno “(...) los intereses sociales no están organizados bipolarmente entre los individuales (atribuidos de pleno al Derecho administrativo) y los públicos (atribuidos a la política, como consecuencia de la asunción que de ellos ha realizado la Administración del Estado), sino que también hay que tener en cuenta los intereses colectivos, entendidos como aquellos que afectan a una comunidad o grupos concretos (los vecinos, los usuarios de un servicio público, los consumidores). Intereses que, aunque tengan una vertiente individual, sólo tienen verdadero sentido desde su perspectiva colectiva (...)” (Vid. NIETO, Alejandro, “La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo”, *Revista de Administración Pública*, Número 76, enero-abril 1975, Madrid, España, pp. 9-35). Es decir, el Contencioso Administrativo actual se fundamenta en su razón de ser originaria, a saber, la protección y ponderación de los intereses colectivos y generales involucrados en cada caso, donde se deja de lado la visión individualista de los derechos y se busca la satisfacción de aquellos derechos colectivos que si bien no participan procesalmente hablando en los juicios que se entablan son sin duda los destinatarios de las tutelas y derechos del Contencioso Administrativo; sin descuidar al administrado que acude a satisfacer una necesidad particular. En el caso de marras, lo anterior se materializa no sólo con la declaratoria de procedencia de la pretensión expuesta por la demandante correspondiente al pago del daño moral reclamado, sino interpreta este Juzgador, en consecuencia, la necesidad de resguardar toda aquella colectividad indeterminada que pudiese sufrir un daño similar o igual a la de la accionante mientras no se mantenga en las condiciones adecuadas las instalaciones de agua en las que falleció el ciudadano Luis Enrique Hernández. Bajo estas consideraciones, en aras de la protección y satisfacción del interés colectivo involucrado en el presente caso, pese a que la parte demandante no requirió en su demanda la reparación y mantenimiento de dicha instalación, considera necesario este Juzgador, ordenar a la Alcaldía del Municipio Girardot del estado Aragua a que proceda de forma inmediata a la reparación de la referida alcantarilla, ubicada en la Avenida Bolívar, Sector Tapa-Tapa del Municipio Girardot del estado Aragua y que adopte las medidas tendientes al mantenimiento en condiciones óptimas para la prestación del servicio que presta, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda tener HIDROCEN-TRO. Así se decide.” El texto íntegro del fallo puede consultarse en <http://jca.tsj.gov.ve/DECLISIONES/2010/NO-VIEMBRE/1478-16-AP42-G-2006-000070-2010-1719.HTML>

Para llegar a la conclusión de que el juez puede dictar de oficio todas aquellas medidas que sean necesarias para el efectivo restablecimiento del orden constitucional hay que dejar de lado las posiciones tradicionales de la rigidez positivista y acercarse a lo que Zagrebelsky¹³ denomina el Derecho por Principios, aproximarse a una ponderación de los intereses en juego, para brindar una solución cónsona con la realidad social a la que se va a dirigir el mandato contenido en la sentencia, y ello no es exclusivo del referido autor, cuyos planteamientos resultan demasiado aventureros para algunos, sino también para Ferrajoli¹⁴ que también de-

¹³ Zagrebelsky Gustavo “El derecho dúctil” Editorial Totta. Traducción de Marina Gascón Octava Edición. Madrid 2008, p. 121 y 122: “El derecho como disciplina práctica está necesariamente anclado a la realidad. Contrariamente a lo que a primera vista podría parecer, los principios no determinan el ordenamiento sólo a través de derivaciones deductivas que imiten torpemente a las ciencias lógico-formales. Ex principiis derivaciones podría valer si se reconociese únicamente su primera dimensión, la de normas que condicionan el desarrollo de todas las demás normas. Bajo esta perspectiva podrían encontrarse de acuerdo -quizás significativamente- tanto las doctrinas positivistas como las del iusnaturalismo puramente racionalista. Pero estaríamos ante una perspectiva parcial que ignora la otra y más alta dimensión de los principios como criterios de valor de la realidad. La concepción del derecho «por principios» tiene, por tanto, los pies en la tierra y no la cabeza en las nubes. La tierra es el punto de partida del desarrollo del ordenamiento, pero también el punto al que éste debe retornar. Naturaleza práctica del derecho significa también que el derecho, respetuoso con su función, se preocupa de su idoneidad para disciplinar efectivamente la realidad conforme al valor que los principios confieren a la misma. Así pues, las consecuencias prácticas del derecho no son en modo alguno un aspecto posterior, independiente y carente de influencia sobre el propio derecho, sino que son un elemento cualificativo del mismo”. No se trata en absoluto de asignar a lo «fáctico» una prioridad sobre lo «normativo», sino de mantener una concepción del derecho que permita que estos dos momentos no sean irrelevantes el uno para el otro, como, por el contrario, sucede en el positivismo. La importancia de esta temática resulta evidente en todos los problemas relativos a la validez de las normas jurídicas. Si el derecho debe volver a la realidad, es decir, si debe operar en cada caso concreto conforme al valor que los principios asignan a la realidad, no se puede controlar la validez de una norma teniendo en cuenta exclusivamente lo que ésta dice. No basta considerar el «derecho de los libros», es preciso tener en cuenta el «derecho en acción»; no basta una «validez lógica» es necesaria una «validez práctica». ¿Cuántas veces el significado en abstracto de una norma es diferente de su significado en el caso concreto?, ¿cuántas veces las condiciones reales de funcionamiento de una norma tuercen su sentido, en ocasiones invirtiendo la intención del legislador? Siempre que se produce esta desviación, el «derecho viviente», o sea, el derecho que efectivamente rige no es el que está escrito en los textos, sino el que resulta del impacto entre la norma en abstracto y sus condiciones reales de funcionamiento.

¹⁴ FERRAJOLI Luigi “Garantismo: Debate sobre el Derecho y la Democracia”. Segunda Edición. Traducción de Andrea Greppi. Editorial Trotta. 2009. p. 92-93: “En esta perspectiva, sin embargo, como ya he dicho en el S 4.1, el juicio constitucional, aunque basado en la ponderación entre varios principios constitucionales, no es distinto, en el plano epistemológico, de cualquier otro juicio jurisprudencial. Se trata en todo caso de un juicio vinculado a la «verificación» de sus presupuestos, aunque sea en el sentido aproximado y relativo que es propio de toda determinación jurisprudencial. Podemos incluso admitir que el juicio constitucional de ponderación implica generalmente pero no siempre (basta pensar en la indeterminación de muchísimos tipos penales) un espacio mayor de discrecionalidad que el juicio ordinario de subsunción. Pero este espacio es siempre una cuestión de grado, cuya medida, como he sostenido en diversas ocasiones, depende de la semántica del lenguaje de las normas o de los principios aplicados'. Si es verdad, como ha afirmado José Juan Moreso, que para el juez constitucional existe una pluralidad de «mundos constitucionalmente posibles», es igualmente cierto que también para el juez ordinario existe una pluralidad de mundos legislativamente posibles. En cualquier caso, también la jurisdicción, tanto ordinaria como constitucional, implica siempre, por la presencia de espacios inevitablemente abiertos a la discrecionalidad interpretativa y a la valoración probatoria, una específica esfera de lo decidible: la ligada precisamente a la decidibilidad de la verdad procesal, y en particular al carácter opinable de la

fiende en su trabajo sobre el garantismo la posibilidad de que se realice la interpretación y ponderación de los principios constitucionales para la resolución de casos por parte del juez.

Debe tenerse en cuenta que en esa visión, la constitución tiene un papel constitutivo del ordenamiento jurídico, ya que los principios fundamentales presentes en las disposiciones constitucionales no son susceptibles de ser interpretados de acuerdo con los métodos tradicionales del artículo 4¹⁵ del Código Civil, sino que entra en juego la ponderación de los criterios éticos que le permitan al juzgador asumir una posición pragmática que se adapte a la realidad social, entendiendo que el Derecho en su aplicación a través de la sentencia no sólo va dirigido a las partes que integran la relación procesal, sino que incide a su vez en el contexto en el que pueda afectarse el interés general.

Un ejemplo claro lo sería la interpretación de los principios de libertad e igualdad cuando se enfrenta a una gran corporación contra los entes encargados de proteger la libre competencia; para quienes representan a la corporación, cualquier acto administrativo antimonopolio que le impida ejercer exclusivamente la explotación de un determinado rubro acarrearía una limitación a su libertad económica; no obstante, entra en juego la protección de los pequeños emprendedores para que éstos puedan incursionar en el mercado en igualdad de condiciones para colocar sus productos.

Es entonces cuando el juez, en este ejemplo, contencioso administrativo, se encuentra ante una labor eminentemente ética, en la que no sólo está decidiendo sobre la legalidad de un acto administrativo de efectos particulares, sino que entran en juego una serie de variables de carácter económico y social que deberían ser ponderadas al hacer la interpretación de los principios constitucionales invocados por las partes.

Para la resolución de los casos concretos se requeriría entonces construir conceptos operacionales de los principios constitucionales, quedando completamente descartado el método silogístico, y dando lugar a que el juez defina a los efectos de la resolución del caso cómo debe entenderse cada principio invocado.

Por ejemplo, en el caso planteado, el juez debe determinar en su decisión el alcance del concepto de libertad: ¿libertad para que una sola corporación pueda explotar un rubro, o libertad para que todos accedan al mercado? Claro está que para ello no solo debe analizarse el concepto de libertad sino también el de igualdad, para que a través de la ponderación de ambos pueda establecerse de modo concreto si el acto administrativo lesiona efectivamente el principio constitucional de la libertad en su vertiente económica, como sostendría la corporación recurrente, o si por el contrario, el acto administrativo estaría encaminado a tutelar la libertad de competencia en igualdad de condiciones como sostendría el ente administrativo recurrido.

Dado que la tutela de los principios constitucionales, es el fin de las potestades oficiosas reconocidas por el ordenamiento jurídico, debería entonces entenderse que la interpretación

verdad jurídica y al carácter probabilístico de la verdad fáctica. Obviamente, la jurisdicción dispone de una esfera de lo decidible mucho más estrecha que la que se abre a la legislación, al estar vinculada a la aplicación y no simplemente limitada por el respeto a las normas sobre su producción. Pero la presencia de una esfera de lo decidible va siempre unida al ejercicio del poder.”

¹⁵ “Artículo 4.- A la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador. Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho.” CÓDIGO CIVIL Gaceta N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982.

que de los principios constitucionales se haga, tiene que ponderar necesariamente el impacto social de lo decidido, porque ya el juez no puede concebirse a sí mismo como un tercero imparcial y ajeno a los intereses en juego, cuando su decisión no puede ya ser un mero silogismo cualquiera que afecta solo a las partes que constituyen la relación procesal, sino que puede tener un impacto social de proporciones indeterminadas.

Es por ello que, con la constitucionalización, a su vez se produce un replanteamiento del positivismo jurídico y el iusnaturalismo, ya que este último resurge atenuado, pues el empleo de la noción de “Derechos Fundamentales” trae consigo unas pautas interpretativas propias del sistema axiológico que engendra la creación de las normas constitucionales, tal como lo dijera Ferrajoli¹⁶.

Para quien suscribe el presente artículo, cuando se observa al proceso desde el prisma garantista, y se hace lo propio desde la perspectiva activista, no se trata de observaciones radicalmente opuestas del mismo fenómeno, sino de distintas formas de ver un mismo objetivo del proceso: la justicia, que -como un personaje recurrente de las obras de teatro de Wagner- constituye el *leitmotiv*, es decir, la inspiración que motiva tanto los planteamientos de la corriente activista como los de la garantista en cuanto a la institución procesal, como diría Gordillo¹⁷ “...*Es el discurso y no el mensaje lo que es diferente...*” ya que, si se le preguntara a un defensor de la corriente garantista, el proceso justo sería aquél donde se respetasen todas las garantías a los justiciables, y en caso de repetir la operación con un partidario de la tesis activista, coincidiría -con ciertos matices- en tal aserto.

No se trata aquí de fusionar ambas posiciones, sino más bien de armonizarlas en la aplicación de los preceptos constitucionales y legales, visto que en el foro venezolano los poderes del juez se han ido ampliando peligrosamente, en virtud de actuaciones de algunos administradores de justicia que se arrogan ciertas atribuciones en la resolución de controversias de carácter social¹⁸, o en las que consideran que la norma adjetiva aplicable no se ajusta a los principios constitucionales¹⁹, y por ello se hace necesario un planteamiento teórico crítico de la cuestión, en la búsqueda del punto medio entre el exceso y el defecto en el ejercicio de las facultades jurisdiccionales.

¹⁶ FERRAJOLI Luigi “*Garantismo: Debate sobre el Derecho y la Democracia*”. Segunda Edición. Traducción de Andrea Greppi. Editorial Trotta. 2009. p. 26: “Ésta es, precisamente, la novedad introducida por el constitucionalismo en el cuerpo mismo del derecho positivo y, por tanto, del positivismo jurídico. Una vez superado, con la aparición de las constituciones rígidas, el carácter unidimensional del derecho positivo y el carácter exclusivamente formal de la validez jurídica, la vieja tesis de la interdicción a los juristas de formular juicios críticos sobre la validez y la invalidez de las leyes se transforma en su contrario: es el propio positivismo jurídico el que impone a los juristas y a los jueces, a partir del reconocimiento de las leyes de los principios estipulados en las constituciones como normas de derecho positivo de grado superior, la formulación de juicios jurídicos acerca de la validez sustancial de las leyes (con los inevitables y siempre opinables juicios de valor implícitos) y, por tanto, la crítica del derecho que ellos consideren inválido por contradecir las normas constitucionales”.

¹⁷ NIETO Alejandro, GORDILLO Agustín. “*las limitaciones del conocimiento jurídico*”. Editorial Trotta, España Madrid, 2003. p. 70.

¹⁸ Caso de la sentencia de la Sala Constitucional del 14 de mayo de 2004, caso: Transporte Saet C.A., en la que se condenó a una sociedad mercantil que ni siquiera fue citada para ejercer su defensa en aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo corporativo” y el criterio de la unidad económica, pasando por encima de la garantía constitucional al debido proceso.

¹⁹ Caso de la sentencia de la Sala Constitucional en sentencia N° 446 del 15 de mayo de 2014 en la que se confirmó una decisión dictada por un tribunal en la que se modificó el procedimiento aplicable a la tramitación del divorcio incoado con fundamento en la causal contenida en el artículo 185-A del Código Civil.

Claro está, que la búsqueda de la limitación al poder oficioso del juez no se traduce en una defensa a ultranza del principio dispositivo, en su expresión más recalcitrante, puesto que, al colocarse en ese lado de la acera, pueden quedar impunes con su aplicación rigurosa conductas tan censurables como el fraude procesal cometido, por ejemplo, en una demanda instaurada entre dos sujetos concertados para perjudicar a un tercero.

Es por ello que el juzgador debe encontrar en la ley algunos medios que le permitan ir más allá de las apariencias construidas por las partes, claro está, sin que ello comporte el desconocimiento de las garantías de quienes se puedan ver en desventaja ante la iniciativa oficiosa del juez.

Como bien apunta Barberio²⁰: “*Ni jueces de palo por un lado, ni la Santa Inquisición por el otro. Este contraste, así sugerido, es harina que ni siquiera tiene costal*”. La concesión de poderes al órgano jurisdiccional no puede en ningún caso erigirse como la negación de los derechos fundamentales de los justiciables.

La aspiración de estas líneas es, si se quiere, bastante ambiciosa, pues consiste en realizar un aporte que contribuya en el debate, para replantear teóricamente el alcance y los límites del ejercicio de las potestades oficiosas conferidas a los jueces, para encontrar el justo equilibrio entre la “búsqueda de la verdad” y las garantías establecidas en la constitución y las leyes, en favor de las partes integrantes del conflicto sustancial debatido.

Para avanzar en la concreción de esta tarea armonizadora, se procederá a examinar brevemente los rasgos del activismo judicial y del garantismo, con el objeto de sintetizarlo en lo que se ha venido a denominar en el presente trabajo como “activismo garantista” sin pretender con esto dar por zanjadas las polémicas que se han suscitado al respecto, pues no se intenta inventar el agua tibia, ya Picó²¹ hace más de quince años hizo un valioso aporte en procura de la búsqueda del equilibrio entre las garantías de los justiciables y la administración de una justicia eficaz.

I. GENERALIDADES SOBRE EL ACTIVISMO Y EL GARANTISMO

Antes de hacer una propuesta que parecería un sincretismo herético, a los ojos de los más ortodoxos procesalistas de una y otra corriente, es menester hacer un somero examen de

²⁰ BARBERIO Sergio José. “La Imparcialidad Judicial” en: *Activismo y garantismo procesal*, 1ª ed. Córdoba, Argentina. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009. p. 21.

²¹ Picó I Junoy Joan “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado” Ponencia presentada al “Congreso Internacional de Derecho Procesal” celebrado en Lima del 29 al 31 de octubre de 2003, y publicada en *Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional*, Lima, 2003, pp. 55-66; también en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 2004, núm. 4, pp. 253-270. Y en su versión italiana cfr. *Il diritto processuale tra garantismo ed efficacia: un dibattito mal impostato*, en *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, T. I, edit. Giuffrè, Milano, 2005, pp. 213 a 230. “Por ello, el objetivo de este trabajo es someter a crítica estos nuevos planteamientos, excesivamente ideologizados, para llegar a una solución o postura intermedia entre ambas posiciones doctrinales, logrando así su equilibrio, pues la eficacia del proceso sin garantismo es inadmisibles desde un punto de vista constitucional, y el garantismo sin eficacia tampoco es aceptable si lo que se pretende es lograr la tutela judicial más justa posible, y no puede olvidarse que la “Justicia” también es un valor supremo en la mayoría de los textos constitucionales, ya venga proclamada expresamente o bien lo sea de forma implícita. Por ello, debemos esforzarnos en buscar una postura intermedia, que sin conculcar ninguna garantía constitucional de las partes logre la máxima eficacia del proceso”.

los rasgos característicos de estas posiciones dogmáticas del quehacer jurisdiccional, a fin de dar luces sobre la viabilidad de su conciliación.

Cuando se hace referencia al activismo judicial, el estudio del fenómeno jurisdiccional se hace desde la perspectiva del juez como director del proceso dotado de diversas facultades para contribuir en la solución del conflicto, pero no se trata de algo totalmente novedoso, pues como indica Maraniello²² tiene su antecedente en las Siete Partidas del Rey Alfonso el Sabio, donde en la Partida Tercera Ley 11 Título IV, se le imponía al juez “saber la verdad del pleito por cuantas maneras pudiese” y refiere el mismo autor que: “La locución “activismo judicial” fue posiblemente, usada por vez primera por la Suprema Corte de EEUU, alrededor de 1952 cuando se autoproclamo “activista”²³”

Sin embargo, no han faltado opiniones contrarias a la posibilidad de actuación oficiosa de los jueces, tildándola de autoritaria, resultando particularmente ofensiva la definición de activismo que hace Lozada²⁴ al definirlo:

“el activismo judicial es una forma de comportamiento jurisdiccional arbitrario que consiste en tomar decisiones caracterizadas por dos rasgos: i) son idóneas para realizar valores constitucionales sustantivos (paradigmáticamente, los derechos fundamentales), a costa de ii) interferir injustificadamente en una línea de actuación, actual o potencial, reservada de manera definitiva —es decir, no meramente prima facie— a la legislación o a la administración en virtud de valores constitucionales formales (como la seguridad jurídica, el principio democrático o la división de poderes)”.

Como puede observarse, el referido autor señala como rasgo característico del activismo judicial a la arbitrariedad, y si bien es cierto que cualquier potestad estatal es susceptible de ser ejercida arbitrariamente, no es menos cierto que el ejercicio del poder público en cualquiera de sus ramas debe y puede ser objeto de control, pues la actividad jurisdiccional no escapa del sistema de pesos y contrapesos que señalaba ya hace más de dos siglos Montesquieu en “*El Espíritu de las Leyes*”.

En la definición presentada por Lozada se destaca la “interferencia” del funcionario judicial, como algo negativo, como si éste estuviese llamado a permanecer ajeno de lo que acontece en el proceso, y se alude a que al proceder oficiosamente el juez invade el ámbito de actuación de la función legislativa o administrativa del poder público, constituye una visión completamente sesgada, pues parte de una presunción de mala fe, como si la única posibilidad de ejercicio de las potestades conferidas a los jueces fuese el abuso, lo cual es exagerado, pues no existe un juez dotado de discrecionalidad absoluta para proceder según su libre voluntad, y en este sentido acertadamente apunta Ramos²⁵ el proceso se desenvuelve en un

²² MARANIELLO Patricio “El Activismo Judicial Una Herramienta De Protección Constitucional” Conferencia dada en la provincia de Formosa, organizado por la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Nación, el día viernes 31 de octubre de 2008. Publicado en <http://patriciomaraniello.com.ar/home/wp-content/uploads/2015/01/El-activismo-judicial-actualizado.pdf> consultado el 12/10/2021

²³ MARANIELLO Patricio “El Activismo Judicial una Herramienta de Protección Constitucional”...

²⁴ LOZADA Ali “Activismo Judicial y Derechos Sociales: Un Enfoque Postpositivista” DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 41 (2018) pp. 211-226 <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38431.pdf>. p. 212

²⁵ RAMOS Méndez Francisco. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. José M. Bosch, Editor, S.A. 4ª Edición Barcelona 1990, p. 330 A 331 “Según se ha señalado, el devenir de los actos procesales no es libre y espontáneo, sino reglado y organizado en cauces predeterminados. Precisamente son las normas de procedimiento, las que someten a disciplina al proceso: señalan los cauces a utilizar,

marco normativo reglado que rige cada una de las etapas en que se desarrollan tanto la actividad de las partes como la actividad del juez, y como se ha venido insistiendo, hay que buscar el equilibrio, pues como señala el mismo autor, el excesivo culto a la norma procedimental, desvinculada de sus fines prácticos, es lo que da lugar al formalismo ritual, a la indebida preponderancia de la forma sobre el fondo, que no contribuye al alcance efectivo del valor justicia tantas veces mencionado.

Además, es necesario recalcar que los poderes conferidos al juez tienen a su vez la contrapartida de los deberes y responsabilidades civiles, administrativas y penales que acarrea el ejercicio de la función pública, en el caso venezolano prevista en el artículo 25²⁶ de la Constitución de 1999; no hay tal cosa como un “superpoder” que blinde a los jueces contra las acciones a que puedan dar lugar sus actuaciones, en caso de resultar lesivas de derechos fundamentales, y en este mismo orden de ideas resulta pertinente citar lo afirmado por Peyrano²⁷ “*Entonces, el ocasional y aislado mal uso de las atribuciones que el activismo confía en los jueces no puede constituir un argumento válido para descartar las excelencias de dicha concesión*”.

Llegar al extremo de equiparar a una potestad con su ejercicio abusivo, sería como prohibir la circulación de todos los vehículos automotores, ante la eventual posibilidad de que se produzca el arrollamiento de algunos peatones; es una exageración completamente absurda que no contribuye en lo absoluto a la resolución de los conflictos sociales que está llamado a resolver el poder judicial como vertiente del poder público, llamada a garantizar la paz social.

Puesto que la preocupación por la posibilidad de ejercicio arbitrario de la actividad jurisdiccional oficiosa está latente, es menester resaltar la importancia de la creación y operatividad

establecen el orden de las actuaciones, miden en unidades de tiempo su duración. Todas estas reglas son técnicas, es decir, vienen concebidas en función de la mayor utilidad para el proceso. De aquí que la experiencia aconseja cambiarlas cuando su utilización deviene estéril o disipa los fines del proceso. Estas reglas son también jurídicas, en cuanto que preestablecidas por normas jurídicas que prescriben su observancia, precisamente como garantía. Son en definitiva, “las reglas del juego” a que hay que someterse en el campo procesal. Ahora bien, como norma general, la regla de procedimiento no puede sustantivarse, es decir, convertirse en fin propio por sí misma. Ello conduce al formalismo, defecto que debe ser firmemente rechazado por convertir en fin lo que no es más que un medio. Está claro que el proceso, dado su carácter reglado no puede prescindir de las formas y que incluso éstas, en determinados casos, se convierten en presupuestos necesarios de un determinado acto procesal. De aquí que uno de los conflictos más graves que se plantea cada día en la mecánica del procedimiento es el de lograr el justo equilibrio en la utilización de sus normas, sin atropellar las garantías que suponen, pero también sin exagerar su interpretación literal. Las normas de procedimiento preordenan en principio cualquiera de las expectativas o posibilidades que puedan surgir en un proceso, según el aprovechamiento o utilización que efectúen las partes o el juez, es decir, respetando su libertad de elección. Esto significa que cualquier actividad procesal se ha de desenvolver a través de una norma de procedimiento: la vía de hecho y la fuerza repugnan en una forma organizada de tutela como es el proceso. Ello significa también que la actividad procesal desenvuelta al margen de las normas de procedimiento es ineficaz, en diversa medida según el vicio de que adolezca”.

²⁶ “Artículo 25 Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo; y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.”

²⁷ PEYRANO Jorge W. “Palabras de Apertura Sobre el Activismo Judicial” en: *Activismo y garantismo procesal* - 1a ed. - Córdoba, Argentina. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009. p. 9 y ss.

de mecanismos de control que deben existir sobre la actividad jurisdiccional para evitar los excesos, pues como lo refiere Parés²⁸ pueden producirse arbitrariedades cuando el juez, por ejemplo, en el ámbito del contencioso administrativo, emplea sus poderes para sustituir a la administración, subsanando sus errores o supliendo sus omisiones, lo cual es absolutamente censurable, pero se insiste, la conducta abusiva no está ligada *per se* con las potestades conferidas al órgano jurisdiccional, sino que está estrechamente vinculada con su desenvolvimiento en la práctica, con la calidad ética de los operadores de justicia llamados a ejercerlas dentro del marco de la legalidad, por lo que la desviación de poder -como vicio que es y que no se niega que puede ocurrir- debe y puede ser controlada mediante los procedimientos disciplinarios, administrativos e incluso penales que puedan activarse, para prevenir y sancionar las conductas que contravengan los principios y garantías constitucionales de los justiciables, y por ello deben extremarse los esfuerzos para delimitar adecuadamente no solo las potestades sino las responsabilidades y las consecuencias accesorias que acarree el abuso de las mismas.

Precisado lo anterior, queda clara la distinción entre lo que es el activismo judicial, como conjunto de facultades legalmente atribuidas a los órganos de administración de justicia para actuar oficiosamente en el marco de las previsiones constitucionales y legales, y lo que no es el activismo: arbitrariedad desbordada de los jueces que abusan de su posición; y ello es preciso dejarlo bien demarcado pues si lo que se pretende es la administración de una justicia “*gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles*” como lo dispone el artículo 26 de la Constitución de 1999, ella no sería posible sin la concurrencia de un juez que tenga facultades de dirección oficiosa del proceso para contrarrestar el formalismo ritual que ha venido caracterizando el desenvolvimiento del proceso civil, instituido bajo el influjo del principio dispositivo, pues si bien es cierto que las relaciones sustanciales debatidas pueden corresponder a la esfera privada de los particulares, la jurisdicción sigue siendo una manifestación de la autoridad del estado en la cual está involucrado el interés público.

Asumida la delimitación apuntada del activismo judicial, surge un amplio margen de posibilidades de acción del juez en el proceso, pues como señala Peyrano²⁹ se incorporan

²⁸ PARÉS Alfredo. La resurrección parcial de la fallecida máxima según la cual sustituir a la administración es administrar. Sobre los límites al poder de sustitución del Juez administrativo, sus tentaciones y otros problemas de fondo mucho más graves / En: *Revista de Derecho Público*. Editorial Jurídica Venezolana, 135 (julio-septiembre) Caracas (2013), p. 20-21: “Quizá, nos enfocamos tanto en la tutela de la esfera jurídico-subjetiva, a través de la protección judicial -porque asumimos siempre a los jueces como garantes de nuestros derechos-, que no vimos la posibilidad de que en ciertas ocasiones -sobre todo en momentos aciagos para el Derecho administrativo y la independencia judicial, como los que en nuestro país vivimos actualmente- la propia justicia administrativa sea precisamente quien se erija como la violadora de esos derechos. Esto es, que tengamos que enfrentarnos a una justicia administrativa que se malentende a sí misma como protectora de la Administración pública y que, por tanto, pretende subsanar los errores cometidos por aquella y se abstiene de controlarla, aun ante la violación de derechos subjetivos. Es por este motivo por el que hemos querido resucitar -insistimos, solo parcial y muy parcialmente- la máxima tantas veces aludida, conforme con la cual los jueces no pueden administrar, ni tampoco pueden sustituirse a la Administración. Esta resurrección parcial tiene por único objeto servir como límite al poder de un Juez que se quiere disfrazar de administrador, no ya para tutelar los derechos subjetivos del particular vulnerados por la Administración, sino para remendar o subsanar lo que era competencia inicial -y exclusiva- de aquella y que ejerció violentando derechos subjetivos del ciudadano”.

²⁹ PEYRANO Jorge W. “*Palabras de Apertura Sobre el Activismo Judicial*” en: *Activismo y garantismo procesal* - 1a ed. -Córdoba, Argentina. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009. p. 7 y ss.

nociones como las de las medidas autosatisfactivas, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, la reposición *in extremis*, la medida cautelar innovativa, además de la creación jurisprudencial de soluciones a la medida del caso concreto, muchas veces fuera de regulación, que posteriormente suelen acogerse como soluciones definitivas para casos semejantes en el foro judicial, y sobre las cuales el citado autor añade que se crea una especie de “Derecho Procesal Civil de las posibilidades ilimitadas” el cual delimita el autor de la siguiente manera:

“con el uso de dicha expresión, intentamos significar que el grueso de las invenciones procesales recientemente acuñadas no respeta estrictamente los lineamientos de un sistema dado o inevitablemente se conforman a un molde teórico previo. No son, muchas veces, la derivación racional de un a priori constituido por tal o cual armazón intelectual de conceptos, principios y valores, sino más bien respuestas puntuales -frecuentemente desconectadas entre sí y de difícil inserción en algún sistema procesal conocido- a necesidades acuciantes y rebeldes a una discusión morosa y de cariz meramente teórico”³⁰.

En contraste, y no por ello menos importante, quienes suscriben la tesis garantista ven el proceso desde la perspectiva de los justiciables, quienes aspiran a una solución imparcial del conflicto de intereses en un proceso en el que se respeten todas las garantías, y esa búsqueda del respeto de los principios constitucionales, se refleja no sólo en el ámbito jurídico sino también en el ámbito político, como señala Ferrajoli³¹ al establecer mecanismos que impidan la reforma de disposiciones constitucionales de naturaleza adjetiva y sustantiva consideradas como fundamentales, para evitar que se desvirtúen al ser desarrolladas legislativamente o al ser interpretadas en la resolución de casos concretos.

Otros aspectos reseñados por los defensores del garantismo, denominados también como revisionistas, por su posición contraria a la concesión de facultades oficiosas al juez civil, son los señalados por Picó³² al exponer:

³⁰ PEYRANO, Jorge W. “El derecho procesal de las posibilidades ilimitadas o el fin de los sistemas”, en *Procedimiento civil y comercial. Conflictos procesales*, Rosario, Juris, 2003, t. 2, p. 223. (Citado por PEYRANO J.; *op. cit.*, página 8)

³¹ FERRAJOLI Luigi. “*Garantismo: Debate sobre el Derecho y la Democracia*”. Segunda Edición. Traducción de Andrea Greppi. Editorial Trotta. 2009. p. 102 “Ya he mencionado en el § 5.2 los límites de contenido impuestos por ejemplo por la Constitución italiana y la española a la libertad de manifestación de pensamiento y al derecho de huelga. Añado ahora que los derechos fundamentales establecidos por las leyes ordinarias en materia de trabajo o por el código de procedimiento penal en materia de libertad personal son obviamente modificables mediante leyes ordinarias, si no se encuentran amparadas por específicas disposiciones constitucionales. A su vez, los derechos fundamentales establecidos en una constitución, si no existen normas constitucionales que establecen una rigidez absoluta o un grado de rigidez mayor que el previsto para las restantes normas constitucionales, son modificables a través de los procedimientos normales de revisión constitucional. Una cuestión completamente distinta, de política del derecho, es la de los diferentes grados de rigidez que consideremos justo, deseable o en definitiva oportuno asociar a las diferentes clases de normas constitucionales. Indudablemente, una teoría política de las constituciones bien podría (y a mi entender debería) proponer una diferenciación de los procedimientos más o menos agravados de revisión, en función del valor político asociado a las diferentes normas -procedimentales y sustanciales- contenidos en ellas. Pero es obvio que ésta no es en absoluto una tesis de teoría del derecho, sino una tesis de filosofía política y al mismo tiempo un deseo o una propuesta política, la de quien sostiene (como yo mismo he hecho en diversas ocasiones) que al menos esos derechos fundamentales que consideramos vitales deban ser amparados por una rigidez absoluta, como ya sucede, por lo demás, en muchos ordenamientos”.

³² PICÓ I Junoy Joan. “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado” Ponencia presentada al “Congreso Internacional de Derecho Procesal” celebrado en Lima del

Las ideas expuestas sobre el juez civil totalmente pasivo, como mero resolutor de controversias, responden a un triple planteamiento que debemos analizar críticamente por separado: en primer lugar, partiendo de unos determinados datos históricos, se pretende evitar el modelo normativo de juez previsto en los códigos procesales de los estados europeos fascistas o totalitarios de la primera mitad del siglo XX, al considerarse que son jueces que necesariamente participan de la misma característica autoritaria o fascista. En segundo lugar, se entiende que el juez no debe tener iniciativas materiales en la medida en que estamos ante un proceso civil, en el que se discute un interés puramente privado, por lo que debe dejarse a la "suerte" de las partes. Y en tercer lugar, se menciona la clásica objeción de la imparcialidad del juez y su infracción con la participación activa del mismo dentro del proceso.

Siguiendo el planteamiento reseñado, puede deducirse que los partidarios de esta corriente consideran fundamentalmente, que los principios democráticos y las garantías de la imparcialidad y la igualdad de las partes, se ven en serio peligro ante las potestades oficiosas de las que los jueces podrían abusar, por lo cual -teniendo como desiderátum los valores democráticos- ven en el activismo judicial al fantasma del autoritarismo, que se manifestaría en el proceso a través de la solidaridad del juez respecto de una de las partes, por ejemplo, al acordar una medida autosatisfactiva sin permitir a la parte accionada la previa contradicción de los alegatos y pruebas aportados por la actora.

Como se desprende de los párrafos que anteceden, aunque sin ahondar mucho, puede verse que se trata de dos posiciones verdaderamente distintas, y como se apuntó con anterioridad, el presente artículo quizás se asemeje un poco a aquel llamado a la paz que hiciera Mafalda desde su sillita, con la diferencia de que no es un la búsqueda de algo tan utópico como la paz mundial, sino un acercamiento de los aspectos de ambas corrientes que puedan ser armonizados; he allí la razón por la que se excluyen de este estudio las medidas autosatisfactivas que si bien son emblemáticas de la corriente del activismo judicial, constituyen un punto de imposible armonización de ambos planteamientos teóricos.

II. GARANTISMO Y ACTIVISMO: "DIÁLOGO DE SORDOS"

Suele suceder en las ciencias sociales, y en cualquier disciplina donde exista posibilidad de expresión del pensamiento, que surgen planteamientos antagónicos cuyos representantes defienden a ultranza con la pasión que caracterizaría al autor de una obra filosófica de la Grecia antigua.

El presente trabajo está inspirado, en gran medida, en las ideas vertidas por Alejandro Nieto y Agustín Gordillo³³ en un maravilloso trabajo denominado "las limitaciones del conocimiento jurídico" en donde, gracias a una buena tertulia entre catedráticos, se discierne lo efímero que puede llegar a ser el conocimiento jurídico visto desde las parcelas particulares encerradas en algún método, destacando a su vez la riqueza que se puede extraer de un intercambio abierto de las perspectivas de cada uno.

29 al 31 de octubre de 2003, y publicada en *Derecho Procesal Civil*. Congreso Internacional, Lima, 2003, pp. 55-66; también en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 2004, núm. 4, pp. 253-270. Y en su versión italiana cfr. Il diritto processuale tra garantismo ed efficacia: un dibattito mal impostato, en "Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia", T. I, edit. Giuffrè, Milano, 2005, pp. 213 a 230.

³³ V. NIETO Alejandro, GORDILLO Agustín. Op Cit. p. 14 "...En verdad que en el planeta jurídico no hay un solo metro cuadrado de paz y concordia en el que podamos detenernos un momento a descansar. No hay lugar para la razón convincente de Descartes. El ruido no deja oír las razones o, más precisamente todavía, son las razones las que producen el ruido que nos aturde..."

En este sentido, hay unas ideas allí plasmadas que merecen la pena ser consideradas, y en criterio de quien suscribe serían indispensables para abrir la mente al aparente antagonismo dogmático que se pretende plantear en estas páginas dado que:

*los juristas no solemos dialogar en paz sino diputando a voces. Estamos tan acostumbrados a los duelos forenses y a las controversias académicas que siempre hay un a favor y un en contra. ¿Qué puede pasar entonces si dos profesores amigos reflexionan juntos y no enfrentados?*³⁴

De modo pues, que de esa interrogante puede colegirse que la búsqueda de conocimiento, en un ámbito reflexivo, sirve de puente entre diversos planteamientos para alcanzar, si bien no un concierto absoluto, una visión integral que resulte más productiva a los fines de la concreción de aquellos aspectos que puedan tener en común.

Como en toda disciplina cuya actividad redunde en la creación de conocimiento, en el Derecho siempre se encontrarán posiciones antagónicas, otras más o menos matizadas bajo la denominación, para algunos odiosa, de teorías eclécticas; no obstante, lo cual, puede llegarse a un cierto grado de consenso si los partidarios de las tesis correspondientes ceden terreno a sus contrarios en aquellos puntos en que puedan ser conciliables.

Por ello bien señala Nieva³⁵ que en la materia de lo que denomina como Ciencia Jurisdiccional, pareciera existir un “diálogo de sordos” donde cada quien defiende su punto de vista, sin advertir los puntos convergentes de sus planteamientos con los de los demás juristas, lo cual en este caso dificulta el replanteamiento de los postulados teóricos para el logro del objetivo común de ambas posiciones doctrinales, que como se ha venido aseverando, no es otro que la justicia, aunque algunos desdeñen de ella por considerarla un concepto indeterminado.

Cabría entonces replantearse los roles que juegan las partes y el juez en la relación jurídico-procesal, que sufre una especie de mutación por el influjo de las facultades oficiosas de las que se encuentra revestido el juez -antes tercero ajeno a la actividad de impulso, situado en el vértice superior del triángulo- ocupando ahora de manera simultánea un rol paralelo al de las partes respecto de la sustanciación de la causa, “perturbando” el equilibrio procesal que garantizaría la igualdad de las partes, por lo que partiendo de tal situación que podría ser desfavorable para los intervinientes, se debería proveer a los procedimientos de mecanismos que refuercen el derecho al control y contradicción de las pruebas, así como de las demás actuaciones oficiosas del juez que pudiesen traducirse en la vulneración de las garantías de los justiciables.

III. EL “ACTIVISMO GARANTISTA” COMO UNA ALTERNATIVA

Antes de proseguir debe advertirse que en el presente caso, al tratarse de dos formas de concebir el fenómeno procesal con sus correspondientes partidarios, puede no ser fácil digerir el planteamiento de una síntesis, que arroje una visión como se la denomina acá, de un

³⁴ V. NIETO Alejandro, GORDILLO Agustín. Op Cit. p. 9.

³⁵ NIEVA Fenoll Jordi “*Jurisdicción y Proceso*”. 1ª Edición. Madrid, España. Editorial Marcial Pons. 2009. p. 13 “Existen una serie de puntos clave de la Ciencia jurisdiccional en los que la doctrina, por más que debate, no consigue ponerse de acuerdo. Con frecuencia se trata de un diálogo de sordos, porque pese a que unos y otros autores se lean entre sí, pocas veces se observa que un autor haya convencido a otro con su teoría, y mucho menos si se trata de uno de esos puntos clave a los que me estoy refiriendo. Desde luego, ello podría explicarse a través de diferentes factores puramente psicológicos y sociológicos que tienen la rivalidad por base. Pero en cualquier caso, es de todos conocido lo mucho que cuesta en los «ambientes científicos» -que no en la ciencia- modificar una conclusión”

“Activismo-Garantista”. Pero para facilitar la comprensión de lo que se pretende hacer, se puede pensar en la leche deslactosada, que no es un producto lácteo al cual se le suprime la lactosa sino que se le adiciona lactasa, que es una sustancia que permite al cuerpo humano la digestión de la lactosa presente en la leche completa.

Ese ejemplo alimenticio, permite ilustrar la idea de que el “Activismo-Garantista” que se pretende plantear, no consiste en suprimir las facultades oficiosas conferidas al juez, sino más bien proporcionar a las partes los mecanismos que permitan controlar esa actividad o mitigar las lesiones que de su ejercicio puedan derivarse.

Se acoge como “tesis-base” por así decirlo, al activismo judicial porque se reconoce la importancia que tiene la actividad oficiosa del juez como representante del Estado, que en cuanto tal no debería ser un mero espectador catatónico de la actividad de las partes, sino que debería desempeñar un rol de dirección del proceso, claro está, debidamente limitada por las garantías constitucionales de las partes, las cuales está obligado a salvaguardar.

En este sentido, se considera oportuno resaltar que ninguna atribución otorgada para el ejercicio del poder público es absoluta, y por ello quienes defienden la posición garantista, en lugar de oponerse férreamente a la concesión legislativa de poderes oficiosos a los jueces, podrían ir a la par, generando propuestas que coadyuven a limitar el ejercicio de esas potestades.

Leer las siguientes líneas solo tomará un momento, y ¿qué tan perjudicial podría ser? No lo suficiente para menguar nada del conocimiento del lector. Es por ello que se invita a echar una ojeada libre de prejuicios a una no tan novedosa proposición teórica, que pretende matizar algunos aspectos y constituir un modesto aporte, de la siguiente manera:

1. *Imparcialidad del Juzgador*

En los ordenamientos procesales civiles contemporáneos hay una serie de rasgos comunes, que si bien es cierto son matizados con las particularidades de cada estado, se erigen como principios fundamentales que Taruffo³⁶ designa como “núcleo esencial” que involucra al juez, a las partes y al proceso, destacándose la imparcialidad e independencia de los jueces.

Constituye un punto álgido el de la imparcialidad del juzgador que ejerza las potestades oficiosas que le acuerda la ley, ya que resulta cuestionable la motivación con la que procede - máxime cuando su actividad favorece a la parte que va resultando perdidosa- y podría llegar a considerarse que, por ejemplo, al acordar una diligencia probatoria, podría existir una especie de prejuzgamiento que condicionaría lo decidido en la sentencia definitiva.

Es por ello que juega un papel importante en la búsqueda del equilibrio, la creación de medios procesales dirigidos a asegurar la imparcialidad, o a atacar las manifestaciones de parcialidad, que pudiesen llegar a manifestarse en el devenir del proceso.

La relevancia de la imparcialidad ha sido delimitada por Goldschmidt³⁷ al apuntar que:

³⁶ TARUFFO Michele. “Páginas Sobre Justicia Civil”, Marcial Pons. p. 65 “existe un núcleo esencial de principios irrenunciables que gobiernan la administración de la justicia civil en los ordenamientos evolucionados, y que tienen que ver con el juez, que debe ser independiente e imparcial; con las partes, que deben ver asegurado su acceso a la tutela jurisdiccional y el derecho a defenderse; y con el procedimiento, que debe ser rápido, simple, accesible y eficiente para el ejercicio de los derechos”.

³⁷ GOLDSCHMIDT Werner. “La Imparcialidad Como Principio Básico del Proceso (La Parcialidad y La Parcialidad)” En memoria del 28 de junio de 1940, fecha del fallecimiento de James Golds-

La justicia se basa en la imparcialidad de las personas que intervienen legalmente en la resolución de la causa. Excepto las partes en sentido material, respecto a las cuales la parcialidad es condición esencial, todas las demás personas deben ser tan imparciales como sea posible y en razón directa de su influencia legal sobre el contenido de la resolución. Por ello, hace falta más imparcialidad en el juzgador que en el fiscal o en el perito

En este sentido, el referido autor destaca la importancia de las normas que regulan la recusación y la abstención –en nuestro ordenamiento denominada inhibición– además de las que disponen lo relativo a la carrera de jueces y fiscales, por lo cual es menester acotar que deben establecerse ciertas pautas que permitan garantizar a las partes que ante cualquier manifestación de parcialidad por parte del órgano jurisdiccional se pueda obtener el restablecimiento de la situación jurídica infringida.

A tales efectos se han sugerido una serie de mecanismos tanto en el ámbito normativo como en el ámbito administrativo que pueden coadyuvar a la preservación de la imparcialidad o a remediar las posibles desviaciones que hacia la parcialidad pudiesen ocurrir en el marco del proceso, entre los que Barberio³⁸ señala:

- *“Respeto absoluto por la independencia (inamovilidad, intangibilidad de los sueldos, proflixaxis política, etc.).*
- *Régimen de recusaciones y excusaciones (además, confiabilidad y ánimo en las partes).*
- *Prolijo sistema de incompatibilidades.*
- *Prevaricato: art. 269 C.P.: (resolución contraria a la ley por él citada o por las partes fundado en hechos o resoluciones falsos- doloso). Ante parcialidad deliberada.*
- *Cohecho: art. 256 C.P. (hacer o dejar de hacer algo relativo a su función); art. 257: Del Juez (dádiva o promesa para no resolver o resolver de determinada manera).*
- *Códigos y reglamentos de ética judicial (probidad, decoro y circunspección).*
- *Consejo de la Magistratura 14. Antes (en la selección) y después (en el desempeño).*
- *Concursos adecuados, justos y plurales. No de ocasión.*
- *Formación y capacitación constante.*
- *Cumplimiento del deber de ciencia.*
- *Deber de motivar suficientemente las sentencias.”*

En este mismo orden de ideas, en el foro venezolano lo relativo al aspecto administrativo de la carrera judicial tiene rango constitucional, y en la Carta Magna de 1999 se dispuso en su artículo 255 lo siguiente:

“El ingreso a la carrera judicial y el ascenso de los jueces o juezas se hará por concursos de oposición públicos que aseguren la idoneidad y excelencia de los o las participantes y serán seleccionados o seleccionadas por los jurados de los circuitos judiciales, en la forma y condiciones que establezca la ley. El nombramiento y juramento de los jueces o juezas corresponde al Tribunal Supremo de Justicia. La ley garantizará la participación ciudadana en el procedimiento de selección y designación de los jueces o juezas. Los jueces o juezas só-

chmidt en Montevideo. http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf

³⁸ BARBERIO Sergio José. *“La Imparcialidad Judicial”* en: *Activismo y garantismo procesal*, 1ª ed. Córdoba, Argentina. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009. p. 16 y ss.

lo podrán ser removidos o suspendidos de sus cargos mediante los procedimientos expresamente previstos en la ley. La ley propenderá a la profesionalización de los jueces o juezas y las universidades colaborarán en este propósito, organizando en los estudios universitarios de Derecho la especialización judicial correspondiente. Los jueces o juezas son personalmente responsables, en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisiones injustificados, por la inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación, parcialidad, y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.

Del referido texto se desprende que es un mandato constitucional que la carrera judicial esté enmarcada en el debido proceso, tanto en el ingreso -que debe ser por concurso de oposición- para garantizar la idoneidad de la magistratura, como también en lo relacionado con la separación del cargo, pues la voluntad del constituyente fue que una vez obtenido el cargo en el poder judicial, se obtuviese la estabilidad garantizada por la debida sustanciación de procedimientos legalmente establecidos para la remoción o suspensión del cargo.

En refuerzo de lo anterior, resulta pertinente acotar que estos mecanismos apuntados pueden ser útiles, pero no debe perderse de vista que la mayoría de ellos atienden a temas propios de la administración del poder judicial, y por consiguiente, los cambios que se requieran en éste ámbito están sujetos a la voluntad del poder político.

Otro aspecto que contribuye a reforzar la protección de la debida imparcialidad que debe manifestar el juzgador, es la existencia de elementos reglados en las normas que le confieren las potestades oficiosas, y en este sentido Picó³⁹ hace referencia a que en la legislación española la iniciativa probatoria del juez no es espontánea, y al efecto señala:

Finalmente, la pasividad del juez dentro del proceso suele argumentarse en la necesidad de proteger su debida imparcialidad. Sin embargo, atendiendo a los límites que anteriormente se han indicado sobre la iniciativa probatoria del juez, y en concreto, la imposibilidad de ordenar medios de prueba sobre fuentes probatorias que no consten en los autos, se evita que el juez pueda actuar inquisitivamente, buscando pruebas más allá de las libremente introducidas por las partes. Este límite se recoge correctamente en el art. 429.1.II LEC, cuando exige que la iniciativa probatoria del juez se ciña "a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos.

En el caso venezolano, el control de la actividad oficiosa de los jueces también puede hacerse de acuerdo con la referida pauta exegética, extrayendo los elementos reglados presentes en las normas atributivas de las competencias discrecionales, tales como, por ejemplo, el artículo 450 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes que contiene los principios que rigen el procedimiento ordinario para la protección de estos sujetos de derecho, y en su literal h dispone:

*"h) Iniciativa y límites de la decisión. El juez o jueza sólo puede iniciar el proceso previa solicitud de parte, pero puede proceder de oficio cuando la ley lo autorice y en sus decisiones debe atenerse a lo alegado y probado en autos."*⁴⁰

La precitada norma es un ejemplo de cómo la potestad oficiosa concedida a los jueces de protección de niños, niñas y adolescentes, debe ser desplegada dentro de los márgenes de la legalidad y debe circunscribirse a los límites dentro de los cuales haya sido planteada la controversia, por lo que ese impulso oficioso del proceso no es absoluto ni arbitrario, y lejos de constituir una amenaza para la imparcialidad, se erige como un mecanismo de garantía de

³⁹ PICÓ I Junoy Joan. Op. Cit. p. 125

⁴⁰ Ley Orgánica Para La Protección De Niños, Niñas y Adolescentes Gaceta Oficial N° 5.859 Extraordinaria de fecha 10/12/2007

tutela jurisdiccional efectiva pues el juez puede acordar medidas de protección inmediatas encaminadas a la restitución de situaciones de lesión o amenaza de los derechos de los niños, niñas o adolescentes involucrados.

Adicionalmente, respecto de la imparcialidad también debe considerarse el aspecto de la interpretación que de las normas puede hacer el juzgador en el marco de los preceptos constitucionales y legales que contienen preceptos y conceptos jurídicos indeterminados.

Al respecto, Meroi⁴¹ señala:

“La segunda mitad del siglo XX ha dado a luz un nuevo paradigma jurídico que, entre otras denominaciones, se ha dado en llamar “estado constitucional de derecho” (contraponiéndolo al “estado legal de derecho”) o “neoconstitucionalismo”. Conforme a este paradigma, la Constitución ya no es una mera carta de organización del poder y la declaración de unas libertades básicas sino, antes bien, una norma directamente operativa que contiene el reconocimiento de garantías -positivas y negativas- exigibles jurisdiccionalmente. A su vez, muchas de esas garantías tienen una estructura normativa abierta e indeterminada que impone a quien debe aplicarlas una tarea que excede, ciertamente, la de interpretar una norma. En tales condiciones, y más allá de los juicios de valor que este paradigma suscite, cabe preguntarse cómo juega la tradicional regla iura novit curia. ¿Cuál es el derecho que el juez conoce? ¿Cómo juegan sus preferencias valorativas a la hora de integrar la norma? ¿Cómo se resguarda la imparcialidad? ¿Qué rol compete a las partes en esa determinación normativa? Desde nuestra perspectiva, y dadas las condiciones de la juridicidad actual, es presupuesto de la imparcialidad de la decisión, la posibilidad del más amplio debate entre las partes respecto de la premisa normativa. Es menester reformular la regla iura novit curia permitiendo el contradictorio en la determinación de la regula iuris.”

La perspectiva desde la cual plantea la referida autora el debate sobre la aplicación e interpretación de las normas, resulta muy interesante porque cuestiona esa ficción jurídica de que “el juez conoce el derecho” que tanto daño puede hacer si es llevada al extremo de la arbitrariedad, por lo que esa posibilidad de cuestionarla es perfectamente válida, habida cuenta de que tanto la potestad de control difuso como la interpretación y aplicación del derecho por principios según las premisas del precitado Zagrebelsky, conllevan la creación de un mandato integrador de los conceptos abstractos para dotarlos de contenido concreto para la resolución de situaciones particulares y como manifestación del poder jurisdiccional que es, debería poder ser objeto de control no solo a través del ejercicio de los medios de impugnación, sino como también resalta Meroi⁴²:

Precisamente dentro de estas “reglas del juego” está el “contradictorio”, resignificado en el diseño de un procedimiento que posibilite la refutación de las hipótesis principales y secundarias, que estimule la comparación, que atenúe los riesgos de prejuicios, que favorezca la formación de un juicio ponderado, etc.

En el marco de este planteamiento, surge entonces la necesidad de reforzar el contradictorio, que ya no solo se debe producir y garantizar respecto de las partes consideradas entre sí, sino entre las partes y el juez, que al incorporar nuevas pautas de interpretación para la solución de la controversia debe garantizar la posibilidad de que los intervinientes puedan manifestar lo que a bien tengan señalar, por ejemplo, en una audiencia de sentencia en la cual

⁴¹ MEROI Andrea. “La Imparcialidad Judicial” en: *Activismo y garantismo procesal*, 1ª ed. – Córdoba, Argentina. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009. p. 28-29

⁴² MEROI Andrea. “La Imparcialidad Judicial” en: *Activismo y garantismo procesal*, 1ª ed. – Córdoba, Argentina. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009. p. 28

a diferencia de las audiencias como la prevista en el artículo 158⁴³ de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo donde se expone el dispositivo, se pueda producir un debate argumentativo que verse sobre las pautas dogmática-jurídicas en las cuales el juzgador basará la sentencia, a fin de cumplir la función dialéctica del proceso.

Abordado como ha sido el punto de la imparcialidad y ya al margen de cualquier consideración de orden jurídico, e incluso al margen de la existencia de facultades instructorias, debe tenerse en cuenta que la existencia de vicios éticos y morales en los representantes del Poder Judicial será siempre un elemento que afecte la imparcialidad de los actos decisorios, por lo cual, se insiste en que, atribuir la parcialidad de las providencias judiciales a la sola concesión de las referidas facultades oficiosas es un silogismo, cuando no errado, inexacto, y esto se refuerza con lo que también señala Barbiero⁴⁴ cuando expresa que:

es como el caso de un mal cirujano y su bisturí. Ante el peligro -excepcional- somos partidarios de elegir cuidadosamente, proteger, vigilar, instruir o, cuando haga falta, apartar al cirujano; pero no de privar del bisturí a la cirugía.

Acotado lo anterior, y una vez establecido que no hay una correspondencia absoluta entre la parcialidad y las potestades oficiosas, se considera oportuno señalar que como mecanismo expedito acordado en favor de las partes ante la posible actuación parcializada del órgano jurisdiccional deben impulsarse reformas legislativas, encaminadas a conceder refuerzo de los mecanismos antes apuntados, además de una mayor flexibilidad para las diligencias de apartamiento, que permita proponerlas en cualquier estado y grado del proceso sin limitaciones, sustrayendo la causa del conocimiento del juez de manera inmediata, con una tramitación expedita, acompañada de la exigencia de la debida fundamentación de la denuncia efectuada por la parte que se vea perjudicada, a fin de evitar el empleo malicioso de dicho mecanismo por las partes, para garantizar el equilibrio que debe existir en todo proceso judicial.

2. Actividad Probatoria de Oficio

Ahora bien, para el examen de las potestades probatorias oficiosas a la luz de las garantías constitucionales debe, en primer lugar, hacerse referencia a los principios fundamentales que debe respetar el órgano que se disponga a ejercer la referida actividad oficiosa, los cuales serían el derecho a la defensa, manifestado en la prohibición de indefensión, y la garantía del contradictorio, además de la consecuente impugnabilidad de toda providencia instructoria oficiosa, para colocar contrapeso en el platillo de la balanza correspondiente a los justiciables, que se enfrentan a esa actividad del juez en un plano de desigualdad.

⁴³ “Artículo 158 Concluida la evacuación de las pruebas, el Juez se retirará de la audiencia por un tiempo que no excederá de sesenta (60) minutos. Mientras tanto, las partes permanecerán en la Sala de Audiencias. De regreso en la Sala de Audiencias, el Juez de juicio pronunciará su sentencia oralmente, expresando el dispositivo del fallo y una síntesis precisa y lacónica de los motivos de hecho y de derecho, la cual reducirá de inmediato, en cuanto a su dispositiva, a forma escrita. Si el Juez de juicio no decide la causa inmediatamente, después de concluido el debate oral, éste deberá repetirse de nuevo, para lo cual se fijará nueva oportunidad. En casos excepcionales, por la complejidad del asunto debatido, por causas ajenas a su voluntad o de fuerza mayor, el Juez de Juicio podrá diferir, por una sola vez, la oportunidad para dictar la sentencia, por un lapso no mayor de cinco (5) días hábiles, después de evacuadas las pruebas. En todo caso, deberá, por auto expreso, determinar la fecha para la cual se difirió el acto para sentenciar, a los fines de la comparecencia obligatoria de las partes a este acto.

Parágrafo Único: Constituye causal de destitución el hecho de que el Juez de juicio no decida la causa dentro de la oportunidad establecida en esta Ley.” Ley Orgánica Procesal del Trabajo Gaceta Oficial N° 37.504 de fecha 13 de agosto de 2002.

⁴⁴ V. BARBERIO Sergio José. Op Cit. p. 20.

Debe destacarse que la actividad probatoria oficiosa, o para mejor proveer, no debe suplir la negligencia de la parte a quien incumba probar, infringiendo el deber de mantener a las partes en plano de igualdad, sino que, en defensa de tales potestades, debe distinguirse lo que sería el acervo probatorio, debidamente incorporado a los autos por las partes, de lo que sería el grado de convicción del juez respecto de esos elementos probatorios, ya que solo podría emplearlas en caso de que no resulte del todo claro para el jurisdicente si dichas pruebas son suficientes para acreditar la existencia o inexistencia de los hechos alegados, con lo cual se colige que no puede el juzgador en ningún caso suplir la falta absoluta de pruebas.

En este sentido, resulta pertinente traer a colación lo establecido en el artículo 401 del Código de Procedimiento Civil venezolano, que establece:

“Concluido el lapso probatorio, el Juez podrá de oficio ordenar la práctica de las siguientes diligencias: 1° Hacer comparecer a cualquiera de los litigantes para interrogarlos libremente, sin juramento, sobre algún hecho que aparezca dudoso u oscuro. 2° Exigir la presentación de algún instrumento de cuya existencia haya algún dato en el proceso que se juzgue necesario. 3° La comparecencia de algún testigo que habiendo sido promovido por alguna de las partes, sin embargo, no rindió oportunamente su declaración, o la de cualquier otro que sin haber sido promovido por las partes, aparezca mencionado en alguna prueba o en cualquier acto procesal de las partes. 4° Que se practique inspección judicial en algún lugar, y se forme un croquis sobre los puntos que se determinen; o bien se tenga a la vista un proceso que exista en algún archivo público y se haga certificación de algunas actas, siempre que en el pleito de que se trate haya alguna mención de tal proceso y tengan relación el uno con el otro. 5° Que se practique alguna experticia sobre los puntos que determine el Tribunal, o se amplíe o aclare la que existiere en autos. El auto en que se ordenen estas diligencias fijará el término para cumplirlas y contra él no se oirá recurso de apelación. Cumplidas las diligencias, se oirán las observaciones de las partes en el acto de Informes”.

Haciendo la misma operación realizada anteriormente con la norma contenida en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, se pueden analizar los elementos reglados de la potestad oficiosa conferida al juez civil para la aportación probatoria, y en este sentido se destaca en primer lugar que el precitado artículo indica que el juez “podrá” ordenar la práctica de diligencias y ello debe ser concatenado a su vez con lo dispuesto en el artículo 23 del mismo Código que establece: *“Cuando la ley dice: “El Juez o Tribunal puede o podrá”, se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad.”* Con lo cual se sigue que la práctica de las diligencias oficiosas no es la regla, sino la excepción, es una facultad que puede ser ejercida eventualmente si el juez considera que las circunstancias del caso concreto aconsejan su ejercicio.

Asimismo, es de hacer notar que la actividad oficiosa no es, en este caso, sustitutiva de la actividad de las partes, porque se materializa después de concluido el lapso probatorio, cuando ya han sido determinados a su vez por la conducta de las partes -que pueden convenir parcialmente en algunos hechos- cuáles son los hechos que deben ser probados, y es sobre la base de esos hechos controvertidos e incorporados a los autos que el juez puede despejar puntos dudosos a través de las diligencias para mejor proveer. Ahora bien, las críticas respecto de la inapelabilidad de esta clase de decisiones se harán más adelante.

Por otra parte, en nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 71 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo dispone:

“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.”

La precitada norma resulta más amplia que la del Código de Procedimiento Civil en la concesión de la potestad de iniciativa probatoria oficiosa, pero nuevamente, yendo a sus elementos reglados, se destaca el deber de motivación de la decisión que las ordene, lo cual constituye un mecanismo de control por parte de los justiciables, ya que no bastará que el juez señale que los medios ofrecidos no le crean convicción, sino que deberá justificar en su motivación por qué considera necesaria la incorporación de otras pruebas, pero dispone igual que el artículo anterior, la inapelabilidad de la providencia judicial.

Habida cuenta de ciertos aspectos que pueden ser revisados en el acogimiento legislativo de las referidas potestades, para armonizarlos con los principios constitucionales, tomando cierto tinte garantista, se procede a hacer ciertas observaciones que podrían configurar el planteamiento del tantas veces aquí mencionado activismo-garantista, pues la iniciativa probatoria del juez debe ser encauzada para alcanzar la concreción del valor justicia, con el debido acatamiento de los derechos fundamentales de los justiciables. Por ello se tomaron en cuenta los tres puntos siguientes: la prohibición constitucional de indefensión y la consecuente garantía del contradictorio; la impugnabilidad de los proveimientos oficiosos y la inexistencia de providencias inimpugnables, aspectos que se desarrollarán a continuación.

3. *De la Prohibición constitucional de indefensión y consecuente garantía del contradictorio*

Cabe destacar que, dentro de las garantías procesales inherentes al debido proceso, presentes en nuestro texto constitucional se encuentra el derecho a la defensa contemplado en el numeral 1 del artículo 49 que comprende el derecho de todo ciudadano a acceder a los medios y a la pruebas para ejercer su defensa, lo cual conlleva implícitamente la prohibición de indefensión.

En este sentido, cabe destacar que en la Constitución española de 1978 se hace mención expresa de la prohibición de indefensión al contemplarse en el numeral 1 del artículo 24 que:

*Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*⁴⁵.

Sobre este particular, Garberí señala como rasgo atinente a los fundamentos constitucionales del derecho procesal, por un lado, el derecho a no padecer indefensión, y por otro la obligación judicial de impedir la indefensión, que como él mismo sostiene constituye “*una auténtica obligación que pesa sobre los órganos judiciales de promover la defensa o, si se prefiere, de impedir la producción de indefensión*”⁴⁶.

⁴⁵ CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Aprobada por Las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978 Ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978 Sancionada por S. M. el Rey ante Las Cortes el 27 de diciembre de 1978 <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

⁴⁶ GARBERÍ José. “*Constitución y Derecho Procesal: los fundamentos constitucionales del derecho procesal*” 1ª Edición. Madrid, España. Civitas Ediciones. 2009. p. 225: “De esta obligación también se ha hecho eco La jurisprudencia constitucional, al afirmar que la prohibición de indefensión “requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa en un proceso con todas las garantías, ofreciendo a las partes contendientes el derecho de defensa contradictoria, mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses” (SSTC 13/2006, de 16 de enero, 65/2007, de 27 de marzo).”

En esta misma orientación garantista, Picó⁴⁷ señala que el Tribunal Constitucional español define la indefensión como “*la prohibición o limitación del derecho de defensa que se produce en virtud de actos de los órganos jurisdiccionales que suponen una mengua o privación del derecho de alegar o probar, contradictoriamente, y en situación de igualdad*”.

Con lo cual, siguiendo el tema que ocupa este trabajo, se colige que el juzgador incluso cuando realiza actividad jurisdiccional de impulso, o de aportación probatoria, está vinculado a la obligación de garantizar a los particulares la oportunidad procesal, y el acceso a los medios para ejercer la oportuna defensa de los derechos e intereses que pudieren sufrir las consecuencias derivables de dichas actuaciones; en cuyo caso el órgano jurisdiccional sería -una vez iniciado el proceso con el aseguramiento de las garantías de comparecencia, y debida notificación de los actos a las partes- el único responsable, ya sea con su actuación o por omisión, de la indefensión que pueda causarse a los intervinientes en el proceso, motivo por el cual la garantía del derecho a la defensa no puede ser conculcada en la etapa del proceso en la cual el juez incorpora elementos probatorios, respecto de los cuales las partes deben poder ejercer el correspondiente control y contradicción en su evacuación, e incluso yendo más allá, puede decirse que los justiciables incluso deberían poder objetar la admisibilidad de determinados medios de prueba, pudiendo defenderse de esa iniciativa probatoria tal como lo hacen respecto de la promoción efectuada por la contraparte.

4. *De la Impugnabilidad de las Providencias Oficiosas/ Inexistencia de Providencias Inimpugnables*

De lo expuesto en relación con el ejercicio del derecho a la defensa, se colige la importancia que tiene también la incorporación de medios de impugnación expeditos que permitan la revisión de la providencia gravosa de manera inmediata, ya que diferir la resolución sobre su lesividad hasta el momento del examen de la sentencia definitiva podría resultar tardío para la reparación del gravamen causado.

Por ejemplo, si el juzgador oficiosamente acuerda la evacuación de una prueba que resulta onerosa para alguna de las partes y ésta no goza de la posibilidad de recurrir de inmediato, no habría reparación alguna de ese gravamen cuando ya ha sido evacuada la prueba y ha sido dictada la sentencia.

Como bien apunta Montero Aroca⁴⁸:

“El fundamento de los recursos radica en el reconocimiento de la falibilidad humana y en la conveniencia de que, bien el propio juez o tribunal pueda reconsiderar y rectificar una decisión a la que se considera por la parte desacertada antes de que se convierta en firme”.

Proveer al juez de la facultad de acordar diligencias probatorias de oficio, constituye un voto de confianza por parte del legislador que no puede convertirse en un cheque en blanco, es decir, que dicha actividad debe estar sujeta a control por parte de quienes intervienen en el proceso de manera inmediata, a fin de evitar que una facultad conferida con el propósito de lograr una decisión más fundamentada del caso –entendiendo que lo que se procura es la búsqueda del esclarecimiento de puntos dudosos para una mejor resolución- se convierta por el contrario, en un mecanismo abusivo que pudiese conllevar una innecesaria dilación del proceso en el supuesto de haberse producido por las partes una actividad probatoria suficiente en el lapso destinado para ello.

⁴⁷ PICO I Junoy Joan. “Las Garantías Constitucionales del Proceso”, p. 95.

⁴⁸ MONTERO Aroca Juan. “Tratado de los Recursos en el Proceso Civil”, Tirant lo Blanch, Valencia 2005, p. 38.

Si bien es cierto que el derecho de acceso a la doble instancia se concibe como derecho fundamental solo respecto de la materia penal, como bien señala Picatoste⁴⁹ no es menos cierto que en el caso de procesos no penales, en los cuales las partes se encuentren en total desventaja frente a una actuación del juzgador, debe ponderarse esa situación de desigualdad para evitar la indefensión, y a tal efecto el remedio procesal idóneo sería concederle recursividad inmediata a las partes.

Es por lo antes expuesto, que para un sistema activista-garantista, como el que se propone en este trabajo, resulta de vital importancia que no existan providencias oficiosas que sean inimpugnables de manera inmediata, ya que, como se ha venido apuntando, la posibilidad de revisión de las decisiones judiciales constituye el contrapeso del lado de la balanza del justiciable, frente a las potestades otorgadas al juzgador, con lo cual se procura por un lado garantizar la calidad de la decisión, y por el otro, evitar el empleo arbitrario de dichas facultades por parte del juez, motivo por el cual sería necesario que en el foro venezolano se impulsaran proyectos de reformas legislativas encaminadas a reforzar las garantías de los justiciables, permitiendo la impugnación directa de las actuaciones oficiosas de los jueces, especialmente en materia probatoria, y deslastrando a las leyes de ese vestigio de autoritarismo que parece asomarse en los textos legislativos al señalar que las potestades oficiosas del juez son inapelables, obstaculizando la reparación de los eventuales daños que pudiesen sufrir las partes.

5. *Cargas Probatorias Dinámicas*

Para abordar el aspecto heurístico del proceso debe establecerse, entre otras cosas, ¿quién debe probar? es decir, a quién corresponde incorporar los elementos demostrativos de los hechos o excepciones alegadas con el propósito de obtener una sentencia favorable, pues el principio general que rige en el proceso civil contenido en el artículo 509 del código de Procedimiento Civil, prevé la carga que tienen cada una de las partes de incorporar al proceso las pruebas de sus respectivas alegaciones.

En este sentido, la noción de carga debe ser delineada para comprender mejor su alcance; Goldschmidt⁵⁰ la define como “imperativo del propio interés” pero ese carácter imperioso fue matizado por otros autores al observar que le es facultativo a la parte el accionar de uno u otro modo o incluso el no hacer nada en lo absoluto, y es así como posteriormente Rosemberg dirige el asunto de la carga hacia el sentido práctico del asunto, como lo apunta Calvino⁵¹.

⁴⁹ PICATOSTE Julio. *Los Recursos y Otros Medios de Impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Bosch, p. 32 “Pero por más que nos parezca un derecho alumbrado en profundos sentimientos de defensa y anhelo de justicia, solo podemos hablar de un anclaje constitucional del derecho al recurso cuando del procedimiento penal se trata, mas no respecto del proceso civil; solo en el primer caso el legislador habrá de prever, necesariamente y en todo caso, un sistema de recursos. Y ello es así porque su implantación no obedece solo a razones de política legislativa, sino a exigencias de orden constitucional”.

⁵⁰ GOLDSCHMIDT, J. (1936). *Derecho procesal Civil*, trad. de la 2ª ed. alemana por Leonardo Prieto Castro, Labor, Barcelona. p.203 citado por Calvino Gustavo “La Carga Procesal y el Dinamismo de la Norma Procedimental” *Revista VOX JURIS*, Lima (Perú) 34 (2):, 2017, p. 134. https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiVm_uM6snzAhXjSzABHc5LCtAQFnoECA4QAQ&url=https%3A%2F%2Fdia.net..unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F6222552.pdf&usg=AOvVaw3dbU96rPcl8f5Rqt7p4V87.

⁵¹ ROSEMBERG Leo (1956). *La carga de la prueba*, trad. de la 3ª ed. alemana por Ernesto Krotoschin, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires citado por Calvino Gustavo “La Carga Procesal y el Dinamismo de la Norma Procedimental”... op cit. p. 135.

Se desprende de estas ideas que Rosenberg no comulga con quienes consideran la carga procesal como un imperativo, pues la explica como una actividad movida por una necesidad práctica -y no jurídica- de ganar el pleito que no le genera a otro sujeto ningún derecho correlativo de exigir su cumplimiento.

La delimitación realizada adquiere especial relevancia, pues partiendo de esa concepción de la carga procesal, y particularmente en el ámbito de la prueba, es la parte interesada en hacer valer sus alegatos quien eventualmente realiza por su propia voluntad o desiste, si así lo desea, de la promoción o evacuación de una prueba, si lo estima adecuado.

Otro aspecto a destacar es el resaltado por Devis⁵² que señala su carácter de regla de juicio, de la siguiente forma:

Carga de la prueba es una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables.

Lo dicho sirve de marco para comprender la magnitud del enfrentamiento entre defensores de la posición activista y de los de la garantista, pues basta con asomar el tema de las cargas probatorias dinámicas, que no se circunscribe precisamente al concepto de “carga” en el sentido en que se ha descrito anteriormente, y además constituye una subversión de las reglas positivas establecidas sobre la carga de la prueba, haciendo que en lugar de ser cada una de las respectivas partes la encargada de la demostración de sus alegaciones, le corresponda la actividad probatoria a la parte que según el criterio del juez, al momento de sentenciar, se encuentre en mejor situación de probar, y en este sentido Valentin⁵³ destaca lo siguiente:

“Esta particular carga probatoria no estaría «determinada apriorísticamente» y en forma abstracta y genérica por la ley, sino que sería determinada por el tribunal a posteriori y en cada proceso concreto; no sería estática sino dinámica, yendo y viniendo según cual sea la parte que esté en mejores condiciones de aportar los medios probatorios”.

Siendo la carga de la prueba una posibilidad de acción que la parte tiene facultativamente, y siendo además la aplicación de las normas sobre la carga de la prueba, una herramienta de la cual echa mano el órgano jurisdiccional para determinar en caso dudoso a quién corresponde sufrir las consecuencias de no haber probado, resulta contradictorio que a través de la noción de “carga” paradójicamente se condene a una parte a quien de acuerdo con la reglas del juego no le correspondía realizar actividad probatoria, y por eso siguiendo este hilo conductor Alvarado⁵⁴ complementa lo señalado manifestando:

En otras palabras y recurrentemente: cambiar las reglas del juego después de que el juego terminó, convirtiendo en ganador al claro perdedor según las normas tenidas en cuenta por los jugadores durante todo el desarrollo del certamen, no sólo es actitud tramposa, sino que, en el proceso, viola la garantía de la defensa en juicio. ¡Por mucho empeño justiciero que

⁵² DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. 5a edición. Víctor P. De Zavalía - Editor. Buenos Aires. 1981. p. 426.

⁵³ VALENTIN Gabriel “Análisis Crítico de La Llamada Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas” en *La Fe del Hombre en si Mismo o la Lucha por la Libertad a Través del Proceso* - El Mundo Procesal Rinde Homenaje al Maestro: Adolfo Alvarado Velloso”, p. 724.

⁵⁴ ALVARADO. “El Garantismo Procesal” en: *Activismo y garantismo procesal* - 1ª ed. -Córdoba, Argentina. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009. p. 94-95.

ostente el juez actuante! Reitero conceptos para fijarlos en el lector: como se ha visto hasta aquí, el tema en tratamiento relativo a la incumbencia confirmatoria -que habitualmente se estudia con el nombre de carga de la prueba- no es en sí mismo un tema propio de la confirmación procesal, sino que es, en esencia, una clara regla de juzgamiento dirigida al juez para que sepa a qué atenerse cuando carece de elementos de confirmación acerca de los hechos litigiosos sobre los cuales debe fallar. Y como es obvio, tal regla no sólo debe ser precisa sino de cumplimiento objetivo y acatamiento irrestricto.

En esa caracterización se destaca el hecho de aplicarse la inversión de la carga de la prueba cuando ha concluido la posibilidad de que las partes puedan realizar actividad probatoria alguna, motivo por el cual es comprensible que sus detractores alcen la voz para manifestar su más rotundo rechazo, pues si bien el juez puede en resguardo de la tutela constitucional y en aplicación de los principios constitucionales ir más allá de la mera letra de la ley, no le es dable subvertir el proceso y condenar a una parte por el incumplimiento de una carga que era imposible que pudiese siquiera imaginar que tenía, pues como se dijo, la distribución de esa carga probatoria la hace el juzgador al momento de sentenciar.

Ahora bien, quedando claro que la inversión de la carga de la prueba constituye una subversión procesal que conlleva a la vulneración de las garantías de la parte condenada, valdría la pena detenerse a analizar el propósito con el cual se realiza esa inversión de la actividad probatoria, teniendo en cuenta no sólo las nociones jurídicas abstractas que se conjugan para dar origen al proceso, dejando a un lado el rigor formal de las normas clásicas sobre la distribución de la carga probatoria, ya que en ciertos casos el juez debe atender también a elementos metajurídicos y extraprocesales, que le permitan acercarse a la realidad de los hechos debatidos, en su contexto. En este orden de ideas, el autor Santana⁵⁵ señala:

Es de apuntar que existen factores sociales, políticos o económicos que presionan para distorsionar o impedir el aporte probatorio (...) En estos y otros casos alegados y a su vez comprobados o derivados de la sana y normal apreciación por el Juez, en uso de sus experiencias, debe conducirlo a la apreciación de las dificultades y darle un valor que tome en cuenta estos factores, lo cual va a afectar la consideración de cada prueba.

Si bien es cierto que el referido autor hace alusión a la apreciación judicial de las pruebas, no es menos cierto que los factores metajurídicos pueden ser tenidos en cuenta para la determinación de los sujetos procesales a quienes incumba la aportación probatoria en determinados casos.

Un ejemplo de lo que sería la influencia del factor socio-económico, lo constituye la circunstancia de que sea necesaria la incorporación de una prueba de experticia actuarial, dado el caso, pues conlleva dificultades tanto por la escasez de profesionales instruidos en la materia como por el elevado costo que ello implicaría para una persona natural enfrentada a una compañía de seguros, la cual puede tener esos expertos a su alcance, por lo que resultaría conveniente que esas dificultades pudiesen ser sopesadas por el juez.

En este sentido es que surge la tesis de la carga probatoria dinámica, que como apunta Vargas⁵⁶ fue perfilada en el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal (celebrado en Argentina), donde se declaró entre otras cosas que:

⁵⁵ SANTANA Mujica Miguel. "Pruebas". Caracas. Paredes Editores, 1983, p. 150.

⁵⁶ VARGAS Abraham Luis. "Cargas Probatorias Dinámicas. Sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos" en Activismo y garantismo procesal, 1ª ed. -Córdoba, Argentina. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009. Texto extraído

Constituye doctrina ya recibida la de las cargas probatorias dinámicas. La misma importa un apartamiento excepcional de las normas legales sobre la distribución de la carga de la prueba, a la que resulta procedente recurrir sólo cuando la aplicación de aquélla arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas. Dicho apartamiento se traduce en nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria ceñida a las circunstancias del caso y renuentes a enfoques apriorísticos (tipo de hecho a probar, rol de actor o demandado, etc.). Entre las referidas nuevas reglas se destaca aquélla consistente en hacer recaer el onus probandi sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva. Se debe ser especialmente cuidadoso y estricto a la hora de valorar la prueba allegada por la parte que se encuentre en mejor situación para producirla porque, normalmente, la misma también está en condiciones de desvirtuarla o desnaturalizarla en su propio beneficio”.

No constituye mayor dificultad para la autora de este trabajo aceptar que en ciertas materias el juzgador podría coadyuvar a la disminución de las brechas fácticas existentes entre las partes, para garantizar el equilibrio (bien sea por factores sociales, económicos, o de cualquier otra índole).

Sin embargo, deben tomarse en cuenta algunas críticas formuladas a la tesis de las cargas dinámicas de la prueba, para lograr que se respeten las debidas garantías de las partes, y para que paradójicamente no se dé paso a la desigualdad jurídica que se pretende evitar, poniendo en cabeza de la parte que tendría la mayor facilidad probatoria unas consecuencias derivadas de la falta de aportación de pruebas, de las cuales previamente no ha sido informada por el órgano jurisdiccional.

Dentro de las críticas que manifiesta Terrasa⁵⁷ señala que la aplicación de la regla tiene lugar en el acto jurisdiccional conclusivo, es decir, una vez precluida toda oportunidad para la parte de ejercer cualquier actividad, ya sea de contradicción o de aportación probatoria –en el supuesto en que la parte conviniere en incorporar las pruebas que se le exijan– crítica que se acoge y de la cual considera quien suscribe, podría resolverse mediante la correspondiente apertura de un lapso para que la parte agraviada pueda realizar contradicción o aportación probatoria, si fuere el caso, tal como se señaló anteriormente respecto de la audiencia de sentencia, y a los efectos de la apertura de la incidencia del debate sobre las pruebas.

Refiere el precitado autor⁵⁸, crítico de esta doctrina, que las razones esgrimidas por el órgano jurisdiccional, como sería la de “mayor facilidad” para justificar la modificación de la distribución de la carga probatoria entrarían en el terreno de la “intuición subjetiva del juzgador” lo cual a su criterio sería fuente de arbitrariedad. Dicha crítica no es compartida por quien suscribe, ya que no se puede generalizar ni hacer juicios apriorísticos sobre las razones esgrimidas en cada caso para la aplicación de esa tesis, más aún cuando es deber de los jueces emitir pronunciamientos razonados y fundados, como manifestación de la tutela judicial efectiva, y el incumplimiento de ese deber no es intrínseco a la aplicación de la tesis de las cargas dinámica probatorias.

Es por lo expuesto, que considera quien suscribe que esa operación que realiza el juzgador de reasignar la tarea probatoria no puede ser arropada bajo el concepto de “carga” que

del extenso publicado en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas>

⁵⁷ TERRASA Eduardo. “Cargas Probatorias Dinámicas” en: *Activismo y garantismo procesal*, 1ª ed. – Córdoba, Argentina. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009. p. 61 y ss.

⁵⁸ V. TERRASA Eduardo. Op. Cit. p. 61 y ss.

está sustancialmente ligado al interés propio de cada parte, motivo por el cual no resulta exigible por los terceros la realización de conducta alguna, a diferencia de lo que acontece en el terreno de los deberes jurídicos.

En este sentido, se sigue que el fundamento con el cual el juez, en el caso venezolano, podría requerir a alguna de las partes la incorporación de algún medio probatorio deviene de los deberes de lealtad y probidad contenido en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, y el deber de colaboración contenido en el artículo 505 del mismo texto adjetivo civil.

El mentado deber de lealtad y probidad que deben observar las partes y sus apoderados comprende a su vez el deber de manifestar los hechos conforme a la verdad, y la norma rectora en este sentido sería el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, que dispone:

Artículo 170° Las partes, sus apoderados y abogados asistentes deben actuar en el proceso con lealtad y prioridad. En tal virtud, deberán:

1° Exponer los hechos de acuerdo a la verdad;

2° No interponer pretensiones ni alegar defensas, ni promover incidentes, cuando tengan conciencia de su manifiesta falta de fundamentos;

3° No promover pruebas, ni realizar, ni hacer realizar, actos inútiles o innecesarios a la defensa del derecho que sostengan. Parágrafo Único.- Las partes y los terceros que actúen en el proceso con temeridad o mala fe son responsables por los daños y perjuicios que causaren. Se presume, salvo prueba en contrario, que la parte o el tercero han actuado en el proceso con temeridad o mala fe cuando:

1° Deduzcan en el proceso pretensiones o defensas, principales o incidentales, manifiestamente infundadas;

2° Maliciosamente alteren u omitan hechos esenciales a la causa;

3° Obstaculicen de una manera ostensible y reiterada el desenvolvimiento normal del proceso.

Tal deber de lealtad y probidad tiene dos caras, una que se manifiesta en un quehacer positivo, es decir, en la exposición de los hechos alegados de acuerdo con la verdad, y la otra que se manifiesta en modo de prohibición de alterar u omitir hechos esenciales a la causa, y éste segundo aspecto es el que adquiere mayor fuerza a los efectos del requerimiento que de pruebas adicionales haga el juzgador, pues al estar vedadas las partes para alterar u omitir los hechos que son decisivos para la resolución de la controversia, tienen en contrapartida el deber de cooperar en su esclarecimiento.

Y en refuerzo de lo anterior, se encuentra consagrado en nuestro ordenamiento jurídico el deber de colaboración de las partes, en el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil, que dispone a su vez la posibilidad de extraer indicios de la conducta desplegada por la parte que no contribuya a la aportación de los medios requeridos, y al respecto la norma reza textualmente:

Si para la realización de inspecciones, reproducciones, reconstrucciones y experiencias fuere menester la colaboración material de una de las partes, y ésta se negare a suministrarla, el Juez le intimará a que la preste. Si a pesar de ello continuare su resistencia, el Juez dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, pudiendo interpretar la negativa a colaborar en la prueba, como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria al respecto.

Si la prueba debiere realizarse sobre la persona humana, y hubiere negativa injustificada de ésta a colaborar en la prueba, el Juez dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, pudiendo sacar de la negativa a colaborar en la prueba las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje.

Otra manifestación del deber de colaboración lo constituye la norma que establece la exhibición de documentos, contenida en el artículo 436 del Código de Procedimiento Civil, que dispone:

La parte que deba servirse de un documento que, según su manifestación, se halle en poder de su adversario podrá pedir su exhibición. A la solicitud de exhibición deberá acompañar una copia del documento, o en su defecto, la afirmación de los datos que conozca el solicitante acerca del contenido del mismo y un medio de prueba que constituya por lo menos presunción grave de que el instrumento se halla o se ha hallado en poder de su adversario. El Tribunal intimará al adversario la exhibición o entrega del documento dentro de un plazo que le señalará bajo apercibimiento.

Si el instrumento no fuere exhibido en el plazo indicado, y no apareciere de autos prueba alguna de no hallarse en poder del adversario, se tendrá como exacto el texto del documento, tal como aparece de la copia presentada por el solicitante y en defecto de ésta, se tendrán como ciertos los datos afirmados por el solicitante acerca del contenido del documento. Si la prueba acerca de la existencia del documento en poder del adversario resultare contradictoria, el Juez resolverá en la sentencia definitiva, pudiendo sacar de las manifestaciones de las partes y de las pruebas suministradas las presunciones que su prudente arbitro le aconsejen.

De la precitada disposición normativa se colige, que en nuestro ordenamiento jurídico no siempre quien alega tiene sobre sus hombros la totalidad del peso de la actividad probatoria, pero, se insiste, ello no constituye traslado ni inversión de la carga probatoria, pues la parte que desee solicitar que se intime a la contraria a exhibir documentos deberá acreditar ante el juez elementos que le hagan presumir que realmente la prueba se encuentra en poder de su adversario.

Asimismo, se desprende de las normas adjetivas citadas que la actividad probatoria puede ir más allá de la norma de distribución de la carga de la prueba contenida en el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, aunque no se trata de una inversión propiamente de la carga de la prueba sino de un deber de colaboración en la materialización de pruebas previamente admitidas, como lo señala Valentin⁵⁹:

Dicho de otra manera, la ley no dice que la parte que esté en mejores condiciones de probar tenga que aportar la prueba; dice que, si la prueba es admitida y ordenada por el tribunal, la parte debe colaborar para su efectivo diligenciamiento (por ejemplo, permitiendo el acceso al lugar a inspeccionar). Si se dan los supuestos excepcionales de la norma y si la parte no colabora en ese diligenciamiento, pueden ocurrir las consecuencias negativas que se mencionan.

Ante esta situación se propone de plano, en aras de la búsqueda de soluciones teóricas y prácticas del asunto, que como ofrenda de paz para zanjar las disputas, se abandone por completo el concepto de “carga dinámica” y se reemplace por el de “redistribución de la actividad probatoria” que permite abordar mejor esa posibilidad de que el juez por iniciativa propia requiera (no determine a posteriori) la práctica de una actividad probatoria a la parte que pueda encontrarse en mejor situación, para aportar pruebas de los hechos que considere sea necesario esclarecer, aunque estas no estén dirigidas a la demostración de sus alegatos.

Si bien es cierto que hay situaciones en las cuales la parte actora no tiene facilidad de acceso a determinados medios de prueba, también hay que sopesar el derecho a la defensa y a no autoinculparse, consustancial a la parte demandada, pues habría que ver si al requerirse la práctica de esas pruebas no se estaría buscando por vía mediata la obtención de una confesión judicial, que si bien en el plano del proceso civil no suele invocarse, no es menos cierto que

⁵⁹ VALENTIN Gabriel Op. Cit. p. 732.

en algunos casos civiles pudiesen ventilarse supuestos de hecho vinculados a responsabilidad penal, en cuyo caso podría excepcionarse la parte cuya actividad probatoria es requerida, con fundamento en la previsión constitucional contenida en el numeral 5 del artículo 49 de nuestra Carta Magna.

Al respecto, dentro del marco de las garantías que deben informar el proceso, lo que aquí se propone no sólo es un cambio de denominación de esa facultad oficiosa en el plano teórico, que se quede solo en un aporte al estudio del derecho procesal, sino que adicionalmente en el ámbito normativo se sugiere también el diseño de una incidencia en la cual el juez, motivadamente, indique a las partes los hechos que considera pueden ser probados mejor por alguna de ellas, y se dictamine el lapso prudencial, ajustado a la complejidad del caso, para su incorporación, a fin de que esa actividad probatoria sea desarrollada con apego estricto al principio de contradicción, respetando el derecho a la defensa y a la igualdad de las partes.

6. *Redistribución de la Actividad Probatoria: Propuesta de Apertura de Incidencia*

Tal como se ha venido señalando, la actuación del juzgador no puede estar fuera de los límites constitucionales, es por ello que, si en procura de una aplicación teleológica de las normas sobre la actuación oficiosa del órgano jurisdiccional, se decide desaplicar las normas rígidas establecidas positivamente, acogiendo la tesis aquí denominada como redistribución de la actividad probatoria, debe garantizarse la igualdad de las partes y el debido proceso, para evitar a su vez el incurrir en parcialidad.

Si tuviese que plantearse una reforma legislativa, para incorporar a la arquitectura del procedimiento civil ordinario o cualquier otro procedimiento, esa facultad de “redistribución de la actividad probatoria” lo ideal sería que en aras del resguardo del debido proceso se dictara un auto motivado, inmediatamente después de concluido el lapso probatorio, en el cual el juez dictamine los hechos que en su criterio ameriten una tarea probatoria adicional, señalando con precisión los medios probatorios con indicación de su necesidad y pertinencia, y el lapso que se concede a las partes para su incorporación a los autos, y transcurrido dicho lapso, se fijaría una audiencia para el debate de esas pruebas para posteriormente dictar la sentencia. Tal pronunciamiento debería ser apelable, por las mismas razones esgrimidas en el particular b.2 del presente artículo.

En esa incidencia propuesta, se pone de manifiesto una vez más el rasgo oficioso del activismo, pero con el resguardo del debido proceso característico del garantismo, pues se permite que las partes cuenten con la oportunidad y medios para ejercer su defensa. Lo contrario sería autorizar al órgano jurisdiccional para generar indefensión.

El juzgador, por su saber causal previo puede vaticinar que si la sentencia es dictada privando a alguna de las partes (en este caso la que en su opinión tiene “facilidad probatoria”) de la posibilidad de ejercer sus derechos fundamentales, ello podría acarrear su posterior nulidad y la consecuente reposición de la causa, por lo cual, resulta cónsono con el desiderátum de una mejor administración de justicia, en obsequio de la economía procesal, el empleo de las potestades oficiosas para la apertura de una incidencia, tal como se ha planteado.

IV. CONCLUSIÓN

Como se ha venido apuntando a lo largo del presente escrito, la búsqueda de los elementos convergentes entre los planteamientos jurídicos puede ser de gran ayuda, no sólo para la teoría del proceso en sí misma, considerada en abstracto, sino para el funcionamiento del sistema de administración de justicia, en el cual sus operadores deben armonizar su actuación con los preceptos constitucionales, y muy particularmente, cuando se trata de atribuciones legales que les faculten para proceder de oficio.

Es por ello, que, resumiendo lo que se pretende plantear como alternativa, no basta con darle un voto de confianza a los jueces; debe garantizarse la imparcialidad del juzgador mediante diversos mecanismos diseñados con el objeto de su efectiva materialización, impulsando no solo reformas legislativas, que son necesarias, sino también a través de un reforzamiento de la formación ética de quienes integran el poder judicial, pues como se ha insistido, el abuso de poder no es inherente al poder conferido, sino a la calidad ética y moral de los sujetos dotados de él.

Por otra parte, en relación con la actividad probatoria oficiosa, ésta no debe ejercerse trastocando el derecho a la defensa, que como se apuntó conlleva a la prohibición constitucional de indefensión y la consecuente garantía del contradictorio, y esto se vería reforzado por la recursividad inmediata y la inexistencia de providencias inimpugnables, que dejen a las partes atadas al mero designio del juez hasta que sea examinada en segunda instancia la sentencia definitiva; y en cuanto a la aplicación de la tesis de las cargas dinámicas de la prueba, ya se ha apuntado la necesidad de abandonar la denominación de “carga” que ha sido empleada impropia, como se ha planteado, y adicionalmente se propuso para el ejercicio de esa redistribución de la actividad probatoria, el diseño de una incidencia que garantice el debido proceso de la parte cuya actividad probatoria se pretende provocar.

La propuesta realizada de un “Activismo-Garantista” no pretende constituirse en una gran novedad -tanto como el descubrimiento de la piedra filosofal- ni mucho menos, simplemente se presenta con el mismo ánimo con el que se exhibe una pieza escultórica en una vitrina, para que sea el observador quien decida si es de su agrado.

Quedó fuera de este trabajo el polémico asunto de las medidas autosatisfactivas, porque resulta imposible establecer concesión alguna entre una posición que defiende a ultranza su procedencia y otra que desearía que jamás hubiesen existido, lo cual pone de manifiesto lo apasionante que pueden ser las contiendas doctrinarias en el campo procesal, donde en ocasiones no hay lugar alguno para las posiciones conciliatorias.

Conviene tener siempre en cuenta que el propósito de toda potestad oficiosa debe ser la mejor administración de justicia, entendida ésta como la que resulte más apegada a la tutela efectiva de las garantías de los justiciables, en todo estado y grado del proceso.

En la medida en que todos los sujetos que intervienen en el proceso comprendan que el fin de las potestades oficiosas que se les han conferido a los jueces no es otro que servir de garantía a la mejor administración de justicia, su ejercicio constituirá verdadera expresión de un “Activismo-Garantista”.

BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO “El Garantismo Procesal” en: Activismo y garantismo procesal - 1ª ed. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, Argentina. 2009.

BARBERIO, Sergio José. “*La Imparcialidad Judicial*” en: Activismo y garantismo procesal - 1ª ed. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, Argentina. 2009

CALAMANDREI, Piero. “*Proceso y justicia*” Traducción de Santiago Sentís Melendo en: *Revista de Derecho Procesal*. Editor: Hugo Alsina. Argentina. 1952. p. 18

CUENCA, Humberto. *Derecho Procesal Civil*. Tomo 1, Universidad Central de Venezuela. Ediciones de la Biblioteca, Caracas, 1981, p. 199

FARIAS, Rodríguez María “Control difuso y el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes” *Revista de Derecho Constitucional*, Editorial Sherwood, N° 9, Caracas enero-diciembre 2004. p. 163.

FERRAJOLI, Luigi. “*Garantismo: Debate sobre el Derecho y la Democracia*”. Segunda Edición. Traducción de Andrea Greppi. Editorial Trotta. 2009.

GARBERÍ, José. “*Constitución y Derecho Procesal: los fundamentos constitucionales del derecho procesal*” 1ª Edición. Civitas Ediciones. Madrid, España. 2009. (SSTC 13/2006, de 16 de enero, 65/2007, de 27 de marzo).”

GOLDSCHMIDT, Werner. “La Imparcialidad Como Principio Básico del Proceso (La Partialidad y La Parcialidad)” En memoria del 28 de junio de 1940, fecha del fallecimiento de James Goldschmidt en Montevideo. http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf

LOZADA, Ali. “Activismo Judicial y Derechos Sociales: Un Enfoque Postpositivista” DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 41 (2018) pp. 211-226 <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38431.pdf>. p. 212.

MARANIELLO, Patricio. “El Activismo Judicial Una Herramienta De Protección Constitucional” Conferencia dada en la provincia de Formosa, organizado por la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Nación, el día viernes 31 de octubre de 2008. Publicado en <http://patriciomaraniello.com.ar/home/wp-content/uploads/2015/01/El-activismo-judicial-actualizado.pdf> consultado el 12/10/2021

MEROI, Andrea. *La Imparcialidad Judicial en: Activismo y garantismo procesal - 1ª ed.* –Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, Argentina. 2009.

MICHELI, Gian Antonio. *Curso de Derecho Procesal Civil-Tomo I “Jurisdicción y Acción”* Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA) Buenos Aires, 1970, p. 3 y 4.

NIETO, Alejandro, GORDILLO, Agustín. “*las limitaciones del conocimiento jurídico*” Madrid, España Editorial Trotta 2003. p. 70

NIEVA, Fenoll Jordi. “*Jurisdicción y Proceso*”. 1ª Edición. Madrid, Editorial Marcial Pons. España. 2009.

PARÉS, Alfredo. “La resurrección parcial de la fallecida máxima según la cual sustituir a la administración es administrar. Sobre los límites al poder de sustitución del Juez administrativo, sus tentaciones y otros problemas de fondo mucho más graves” / En: *Revista de Derecho Público*. Editorial Jurídica Venezolana, 135 (julio-septiembre) Caracas: (2013) p. 20-21.

PEYRANO, Jorge W. “*Palabras de Apertura Sobre el Activismo Judicial*” en: *Activismo y garantismo procesal - 1ª ed.* Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, –Córdoba, Argentina. 2009. p. 9 y ss.

PICO I Junoy Joan. “*El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado*”. Ponencia presentada al “Congreso Internacional de Derecho Procesal” celebrado en Lima del 29 al 31 de octubre de 2003, y publicada en *Derecho Procesal Civil*. Congreso Internacional, Lima, 2003, pp. 55-66; también en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, núm. 4, 2004, pp. 253-270. Y en su versión italiana cfr. “Ildirittoprocessoaletra garantismo edefficacia: un dibattito mal impostato”, en *Studi di dirittoprocessoalecivile in onore di Giuseppe Tarzia*, T. I, edit. Giuffrè, Milano, 2005, pp. 213 a 230. p. 110

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. “*Derecho Procesal Civil*”. Tomo I. José M. Bosch, Editor, S.A. 4ª Edición, Barcelona 1990, p. 330 A 331.

RUIZ RODRÍGUEZ, Virgilio. “*Derecho, bien común, seguridad y justicia*” Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, *Revista de Filosofía* año 52 núm. 149 julio-diciembre 2020. Publicado en: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiXiemIpsPzAhWTRDABHWOZDjkQFnoECAIQAQ&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F7648033.pdf&usg=AOvVaw1j-J0v4prx63Cz60_GmYF Consultada el 11 de octubre de 2021.

SANTANA MUJICA, Miguel. “*Pruebas*”. Caracas. Paredes Editores, 1983, p. 150.

TERRASA, Eduardo. “*Cargas Probatorias Dinámicas*” en: *Activismo y garantismo procesal* - 1ª ed. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, -Córdoba, Argentina. 2009.

VARGAS, Abraham Luis. “*Cargas Probatorias Dinámicas. Sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos*” en *Activismo y garantismo procesal* - 1ª ed. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, -Córdoba, Argentina. 2009. Texto extraído del extenso publicado en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas>.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Editorial Trotta. Traducción de Marina Gascón Octava Edición. Madrid 2008, p. 121 y 122.