

¿EN EL PROCEDIMIENTO MARÍTIMO VENEZOLANO EXISTE EL *DISCOVERY*?

DR. SALVADOR YANNUZZI.*

SUMARIO

Aclaratoria inicial. 1. ¿Qué es el Discovery? 2. El Discovery y el ordenamiento venezolano. 3. Mecanismos del Discovery. 3.a) La prueba documental. 3.b) Las deposiciones. 4. Conclusiones 5. Bibliografía.

* Profesor de las asignaturas Prácticas de III Nivel (UCAB), Teoría General de la Prueba y Pruebas en el Proceso (UCAB - UCV). Jefe del Departamento de Derecho Privado y Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

ACLARATORIA INICIAL

Si revisamos el procedimiento civil que nos rige, encontramos que existe un mecanismo establecido en el Código de Procedimiento Civil que tiene por objeto que los litigantes o, inclusive, terceros deban exhibir documentos que se encuentren en su poder, previa intimación, para que los presenten en el juicio, cuya finalidad, en el caso de que la solicitud se haga al contrario, es dejar constancia del contenido de los documentos cuya exhibición fue solicitada y admitida por el tribunal, o tener como cierto su contenido, de acuerdo a lo señalado por el peticionario, bien aportando una copia del documento o afirmando los datos que de él conozca el solicitante, por lo que es necesario que el solicitante aporte una prueba que constituya una presunción grave de que el instrumento se halla o ha hallado en poder del adversario, y agrega la norma la consecuencia de la falta de presentación del instrumento, que es tener como exacto su texto, tal como aparezca en la copia aportada o tener como ciertos los datos afirmados por el solicitante sobre el contenido del documento. En caso de presentarlo, se agregará al expediente, si su poseedor no lo requiere para otros menesteres, o se compulsará y se dejará constancia de su tenor o se reproducirá, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 502 del Código de Procedimiento Civil.

En el caso de que el documento se encuentre en poder de terceros, la normativa no establece las mismas consecuencias, pero podría acarrear una responsabilidad que el interesado en que se aporte el documento al expediente, o se compulse su contenida, estaría en capacidad de exigir, habida cuenta de la obligatoriedad que impone la norma.

Sin embargo, en los dos supuestos planteados, se realiza de manera *intralitem*, ya que no es posible llevarlo a cabo antes del juicio, por las restricciones legales, aunque hemos sostenido que de manera

excepcional podría activarse este mecanismo para conservar un documento que pudiera desaparecer, debido a que quien lo posea podría destruirlo, inclusive, con fundamento en disposiciones legales.¹

En materia marítima existe también una posibilidad de solicitar exhibiciones de documentos, grabaciones y registros, por lo que cabe preguntarse si ello puede enmarcarse dentro del *Discovery* o *Disclosure*, que se utiliza en países del *Common Law*, especialmente en el Reino Unido y en los Estados Unidos de América.

Por ello, la intención de este trabajo es establecer el alcance del *Discovery*, y si en el Decreto con fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo (en lo adelante El Decreto) está contemplado el uso de este procedimiento para anticipar pruebas entre las partes.

1. ¿QUÉ ES EL *DISCOVERY*?

Si hacemos una revisión del procedimiento civil federal de los Estados Unidos, nos encontramos que previa a la proposición de la demanda, las futuras partes reciben de la contraria, la mayor información sobre los aspectos que se ventilarán en la controversia que se tiene previsto incoar, lo que permite que puedan estar al tanto sobre la certeza y solidez de los argumentos de los futuros litigantes, lo que a su vez -en la mayoría de los casos- les evita alguna sorpresa derivada de los hechos que se discutirían en el juicio. Todo esto se realiza con un procedimiento denominado *Discovery* o *Disclosure*.²

¿Cuál es la finalidad de ello? El objetivo de este procedimiento es hacer mucho más fluido el juicio en ciernes, debido a que las futuras partes -con ello- asumirán un nivel de conciencia sobre los fundamentos en los que el contrario está proyectando implementar su defensa, lo que les permite reconducir su posición argumentativa, buscar una solución

¹ El artículo 44 del Código de Comercio establece la posibilidad de destruir documentos, por cesar la obligación de conservarlos. Por ello, pensamos que pudiera usarse anticipadamente el mecanismo de la exhibición para resguardar su contenido o el interesado podría accionar por la vía de Amparo Constitucional, ante la amenaza de que se le conculquen derechos tutelados por la Constitución, como lo es el derecho a la prueba lo que conllevaría a la limitación del derecho a la defensa. En este caso, ello permitiría evitar la destrucción del documento que serviría de prueba de un hecho relevante para el juicio.

² Regulado en las reglas 26 a 37 de las *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP).

concertada a la problemática o desistir de proponer el juicio si así lo considerara el futuro demandante, ante su debilidad frente a la fortaleza del futuro adversario.

Ahora bien, ¿qué es el *Discovery*? Carlos Sánchez López lo define como “*el procedimiento procesal a través del cual cada una de las partes puede obtener información de las otras, de cara a concretar el objeto de la controversia, determinar sus posiciones, y recopilar pruebas para el posterior proceso judicial*”.³ De acuerdo a dicha definición, lo relevante del *Discovery* es la posibilidad de pesquisar los elementos en que se van a fundar los contrarios, bien sean las afirmaciones que tienen previsto articular y las pruebas con las que comprobarán esas afirmaciones. De allí que, para el citado autor, los mecanismos más importantes del *Discovery* lo constituyen la aportación de documentos y las *depositions*,⁴ los que analizaremos más adelante.

2. EL *DISCOVERY* Y EL ORDENAMIENTO VENEZOLANO

Christian Herrera Petrus⁵ expresa que en las regulaciones del *common law*, especialmente en los Estados Unidos, no se exige un vínculo de relevancia tan claro en relación con los hechos alegados al entablarse el procedimiento (en los *pleadings* iniciales) porque estos son meramente indicativos y no delimitan definitivamente el debate procesal. Obviamente que ello contrasta con las disposiciones que regulan el ingreso de las pruebas al proceso en Venezuela, las que deben tener congruencia con los hechos que se debaten en el juicio,⁶ de otra manera no serían admisibles, como regla general, y de admitirse por error o duda

³ Carlos Sánchez López, “Discovery”. Tomado de la página web <https://sands.legal/blog/que-es-el-discovery/>, el 15 de mayo de 2020.

⁴ Ibidem.

⁵ Christian Herrera Petrus, “Reflexiones sobre el discovery y otros aspectos probatorios del common law en el arbitraje internacional desde la perspectiva del jurista continental”. <http://afarbit.org/reflexiones-sobre-el-discovery-y-otros-aspectos-probatorios-del-common-law-en-el-arbitraje-internacional-desde-la-perspectiva-del-jurista-continental/?lang=es>.

⁶ La excepción la constituye el procedimiento laboral en Venezuela, porque la Ley Orgánica de Procedimientos del Trabajo exige que el material probatorio deben aportarlo las partes en la audiencia preliminar, y por disponerlo la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, debe ofrecerse en la instalación de dicha audiencia, cuando aún no se ha contestado la demanda.

sobre la pertinencia, legalidad, conducencia o legitimidad, se desecha en la sentencia de mérito, si efectivamente estuviera contaminada con algunas de las condiciones indicadas. La excepción la constituye el adelanto de pruebas, mediante el retardo perjudicial por temor fundado de que el hecho pueda modificarse o desaparecer,⁷ en razón de que en ese procedimiento no se explanan hechos y se limita a evacuar las pruebas en las que el solicitante pueda tener interés, por lo que no es posible determinar la pertinencia de la prueba que se aspira obtener; solamente el juez que sustancie dicho procedimiento podría pronunciarse sobre la legalidad en algunos casos. También podría anticiparse la captura de un hecho que pudiera tener relevancia, mediante la inspección ocular *extralitem*.⁸

Continúa afirmando Christian Herrera Petrus,⁹ que de acuerdo con la *Rule 26* de las *Federal Rules of Civil Procedure*, para solicitar el *discovery* a la contraparte o a terceros basta con que el material probatorio buscado “*appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence*”;¹⁰ nuevamente cabe el comentario realizado acerca de la admisibilidad de los medios de prueba que pretendan utilizar las partes para trasladar los hechos al proceso, de acuerdo a nuestra legislación. En caso de que se tengan dudas sobre la pertinencia de la prueba que se pretende obtener, debe admitirse a fin de no conculcar el derecho de defensa que incumbe a la parte, pero todo esto se desarrolla dentro del proceso; mientras que en el *Discovery*, como afirma Christian Herrera Petrus,¹¹ la conexión requerida con los hechos alegados de principio es solo tenue. La fijación definitiva de los hechos que configuran la contienda litigiosa se producirá en el juicio, ante juez y jurado,¹² como resultado de la previa exhibición de documentos y demás materiales.¹³

⁷ Procedimiento regulado en los artículos 813 - 818 del Código de Procedimiento Civil.

⁸ Ver artículos 1428 del Código Civil y 938 del Código de Procedimiento Civil.

⁹ Christian Herrera Petrus, Ob. Cit.

¹⁰ Traduce “pareciera razonablemente calculado para conducir al descubrimiento de evidencia admisible”.

¹¹ Christian Herrera Petrus, Ob. Cit.

¹² En el sistema judicial venezolano no existe la figura del jurado.

¹³ Actualmente, en el procedimiento venezolano no se admite la exhibición de cosas, lo que estaba previsto en el Código de Procedimiento Civil anterior. Las disposiciones vigentes

Por ello, es en el juicio propiamente donde se determinará la relevancia de las pruebas.

Entre los beneficios que puede conllevar el *Discovery* para los que mantienen la discrepancia, señala el citado autor que puede favorecer la igualdad procesal de las partes, evitando o limitando que una se imponga a la otra como consecuencia de sus mayores recursos económicos. Esta conclusión es relativa, porque la circunstancia de que una de las partes tenga una gran capacidad económica no modificaría los hechos, simplemente el *Discovery* permite conocer de antemano en qué elementos basaría la defensa. Obviamente que aquel que tenga mayores posibilidades económicas puede contratar una mejor defensa, en el sentido de que el equipo de abogados sea más avezado que los del contrario, e investigar más detalladamente los hechos. Agrega Herrera Petrus,¹⁴ que como consecuencia de solicitar al contrario todos los materiales relativos a la disputa, impide el despliegue de actuaciones procesales sorpresivas que puedan mediatizar el sentido del veredicto del jurado (en nuestro caso del juez) sobre la base de un golpe de efecto durante el juicio. Como consecuencia de lo anteriormente indicado, es evidente, como lo expresa el autor de referencia, que el *Discovery*, favorece soluciones transadas o negociadas de los conflictos, porque permite a los litigantes evaluar mejor sus posibilidades de éxito en el pleito, al conocer con exhaustividad el material probatorio que valorará el jurado o el juez en los ordenamientos continentales.

De lo reseñado se desprende que en los procedimientos judiciales del *common law* existe una fase preliminar para examinar el material probatorio del contrario que no existe de manera obligatoria en Venezuela, y es bastante improbable que las partes se avengan a realizar un procedimiento extrajudicial en el que muestren el material probatorio, debido a que la cultura de litigio no está diseñada para ello. Es importante destacar que de acuerdo con nuestra legislación se pudieran anticipar algunas pruebas en el caso de que el hecho que se pretenda probar tenga la posibilidad de modificarse o desaparecer, y de no captarse

solamente permiten la exhibición de documentos que estén en posesión de las partes o de terceros.

¹⁴ Christian Herrera Petrus, Ob. Cit.

anticipadamente haría nugatoria o desmejoraría la defensa del interesado en aportar dicha prueba, pero es una actividad que propondría una de las partes, aunque debe citarse al contrario para que tenga la posibilidad de controlar las pruebas que se pretenden evacuar, pero no sería una actividad que realizarían de consuno las futuras partes.

En esa fase preliminar, en el *Discovery*, es una obligación¹⁵ para las partes colaborar recíprocamente, y para los terceros un deber,¹⁶ para la obtención del material probatorio que eventualmente se utilizará en el juicio, cuya inobservancia acarrea severas sanciones para el infractor o el que niegue su cooperación.¹⁷ En el ordenamiento venezolano, si bien está contemplado normativamente el deber de lealtad de las partes, de sus apoderados y abogados asistentes, simplemente les anuncia la existencia de su responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por su actuación temeraria o de mala fe;¹⁸ en consecuencia no se le puede exigir coercitivamente a alguna de las partes en el juicio que colabore con el contrario en la producción de un material probatorio, simplemente el juez puede interpretar de la negativa a colaborar en la prueba, como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria, es decir, es una facultad del juez poder fijar el hecho si existieren causas para ello, lo que debe razonar.

En el *Discovery* se pueden distinguir, a grandes rasgos, tres fases, en la primera cada parte debe suministrar al contrario los nombres de las personas que tengan información relevante sobre los hechos relacionados con el juicio; en la segunda fase, recíprocamente, las partes se entregarán información relativa a los peritajes que serán utilizados

¹⁵ Entendemos por obligación, los compromisos que se le imponen a las partes derivadas de la relación procesal, cuyo cumplimiento puede exigirse coercitivamente. En el caso del material probatorio, hay situaciones en las que la falta de cooperación de la parte que pueda suministrar la prueba, puede traerle consecuencias desfavorables, como lo es tener por cierto lo afirmado por el solicitante; o la falta de cooperación de una parte, puede permitirle al juez interpretar que la negativa a colaborar, confirma la exactitud de las afirmaciones del contrario.

¹⁶ En nuestra legislación son los compromisos que le corresponden a los terceros con el proceso, que de no cumplirlos se les puede sancionar. Un ejemplo de ello, es el testigo contumaz, a quien se le puede imponer una multa o arresto proporcional.

¹⁷ El objetivo de la sanción es evitar que se incumpla con el suministro de la información.

¹⁸ Ver el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil. En la Ley Orgánica de Procedimientos Laborales, existe una norma con la misma redacción, pero con el agregado de que el juez puede sancionar al infractor.

durante el juicio; en la tercera fase, las partes se informarán acerca de los nombres de los testigos y de la documentación que será aportada como prueba durante el juicio.

No existe en el ordenamiento venezolano un procedimiento o mecanismo que permita imponer a las partes para que realicen una actividad probatoria determinada y menos que sea anterior a un juicio,¹⁹ salvo que previamente lo hayan establecido ellas mismas, mediante un pacto probatorio,²⁰ lo que probablemente esté conectado con una relación contractual previa, en la que se estipule un mecanismo de conciliación.²¹ En el procedimiento marítimo venezolano, como veremos, las exhibiciones se solicitan después de contestada la demanda y no previamente a la proposición del juicio.

3. MECANISMOS DEL *DISCOVERY*

Tal como se indicó precedentemente, y como lo señala Carlos Sánchez López,²² los mecanismos esenciales del procedimiento del *Discovery* están constituidos por la aportación de la prueba documental y por las deposiciones (*depositions*), que corresponden a las actividades que se cumplen en la tercera fase, tal y como se ha indicado anteriormente. Procederemos a continuación a revisar a que se refiere cada una de ellas.

3.a) La prueba documental

El documento por su propia naturaleza hace alusión a una creación humana, ya que siempre va a contener una manifestación del pensa-

¹⁹ La excepción sería el juicio de retardo perjudicial por temor fundado, al que se ha hecho referencia precedentemente.

²⁰ En Venezuela no existe una regulación para que las partes celebren pactos probatorios en los que se desplacen la carga de la prueba, o se exija de alguna de ellas una actividad determinada para demostrar un hecho. Sin embargo, encontramos normas en que permiten que las partes acuerden evacuar una prueba en la que tengan interés en cualquier estado y grado de la causa (Art. 396 del Código de Procedimiento Civil). Sin embargo, estimamos que estos pactos son válidos, siempre y cuando se refieren a derechos disponibles y no hagan más onerosa la carga a quien se le desplaza, siguiendo en ello la normativa italiana.

²¹ En el Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, existe un mecanismo de conciliación, pero no hay referencia alguna al avance de pruebas o al intercambio de material probatorio.

²² Carlos Sánchez López, Ob. Cit.

miento, independientemente de la clasificación en que pueda situársele y del soporte que lo contenga.

No existe un acuerdo en la doctrina para conceptualizar al documento, y para tratar de establecer de qué se trata, ubicamos algunas definiciones de documento que podrían enfocarnos para entender qué es la prueba documental. Devis Echandía, expresa que documento es *“toda cosa que sea producto de un acto humano, perceptible con los sentidos de la vista y el tacto, que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera”*;²³ el citado autor, enuncia que el contenido del documento *“puede ser declarativo – representativo, cuando contenga una declaración de quien lo crea u otorga o simplemente lo suscribe, como es el caso de los escritos públicos o privados; pero puede ser únicamente representativo (no declarativo), cuando no contenga ninguna declaración, como ocurre en los planos, cuadros o fotografías. Por tanto el documento no es siempre un escrito”*.²⁴ Más adelante, Devis señala que *“la inmensa mayoría de los autores, tanto civilistas como penalistas, se deciden por la tesis que nosotros defendemos y consideran el documento como un objeto susceptible de percepción visual, que representa un hecho y tiene, por esto mismo, significación probatoria”*.²⁵ Carlos Viada y Pedro Aragonese indican que documento es todo *“objeto físico susceptible de ser llevado a la presencia del juez”*,²⁶ lo que obviamente es un concepto muy amplio, ya que todo lo que pueda ser trasladado constituiría un documento. Carnelutti lo define como *“una cosa representativa, o sea capaz de representar un hecho”*; podemos agregar que se trata de un hecho que corresponde a la objetivación del pensamiento que por el documento se puede conocer. Para Antonio Parra Quijano, documento *“es cualquier cosa que sirve por sí misma para ilustrar o comprobar por vía de representación, la existencia de un hecho cualquiera o la exteriorización de un acto*

²³ Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo II. Victor P. De Zavalía – Editor. Buenos Aires. 1981. Pág. 486.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Ídem. Pág. 491

²⁶ Carlos Viada – Pedro Aragonese, *Curso de derecho procesal penal*. Tomo I. Madrid 1968. Pág. 385.

humano”; indiscutiblemente que el documento corresponde a una creación humana mediante la cual se manifiesta el pensamiento.

Ahora bien, la prueba documental puede estar en manos de la parte o de un tercero y no solo nos referimos a la documentación física, ya que en la situación social en la que nos desenvolvemos no es posible interactuar sin sistemas informáticos, por lo que en el *Discovery*, de ser el caso, deben suministrarse bases de datos con los documentos almacenados que contengan información relacionada a lo que se discute, así como establecer las bases o mecanismos para pesquisar información necesaria o relevante para el asunto. No obstante ello, por otra parte, no se puede obviar que en algunos casos, de acuerdo a la legislación venezolana, hay restricciones contempladas en la ley para la divulgación de ciertos documentos o para su uso, supuesto en el cual no pudiera utilizarse en un proceso, salvo que se cumplan con las exigencias establecidas para poder divulgar el contenido del documento. En efecto, existen prohibiciones legales para incorporar a un proceso las cartas misivas, si no constan las autorizaciones del remitente y del destinatario, y de incorporarse se considerarán ilícitas por lo que no podrían usarse en juicio, si no constan las aquiescencias a que se refieren los artículos 1.371, 1.372 y 1.373 del Código Civil, por lo que no deberían darle ingreso al proceso o desecharlas en la sentencia de mérito en el supuesto de que se hubieran admitido.²⁷ Tampoco podría usarse el mecanismo de la exhibición documental, ya que ello comportaría una violación de la garantía constitucional de la inviolabilidad de la correspondencia, y se trataría de una artimaña a fin de hacer ingresar una misiva al proceso sin que se hubieren otorgado las autorizaciones exigidas por la ley. En ese sentido se pronunció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la decisión proferida el 24 de septiembre de 2003,²⁸ mediante la cual procedió a inadmitir una exhibición documental, por cuanto era un tercero el autor de la carta misiva, y no constar en autos su consentimiento,

²⁷ Debe recordarse que en Venezuela la admisión de las pruebas es provisoria, en el sentido de que si la prueba promovida no es evidentemente ilegal o impertinente se le da entrada, salvo su apreciación en la sentencia de mérito. Consideramos que ello es aplicable también a la prueba ilegítima y a la inconducente.

²⁸ Ramírez & Garay. *Jurisprudencia venezolana*. Editorial Ramírez & Garay. Tomo 191. Caracas, Pág. 199. Aproseder en amparo. Sentencia número 2575.

tal como lo dispone el artículo 1372 del Código Civil, lo que nos parece procedente.

Por otra parte, hay informaciones que se encuentran en documentos de terceros que gozan de reserva, y tampoco podrían presentarse en un proceso si no se otorgan las autorizaciones respectivas, como lo serían las correspondientes a las transacciones bancarias, las que para ser divulgadas deben contar con el beneplácito de la Superintendencia de Bancos, de acuerdo a las regulaciones establecidas por dicho Organismo.²⁹

También debe señalarse que existen documentos que están amparados por el secreto profesional como es el caso de las historias médicas, los documentos de contabilidad que reposen en los archivos de un profesional de la contaduría, los que no pueden ser divulgados sino a petición de la autoridad competente. En efecto, la Ley del Ejercicio de la Contaduría, en el ordinal 1ª de su artículo 11, prescribe que los contadores públicos deberán observar, en el ejercicio de las actividades que les son propias, las siguientes normas de ética: “1) *Guardar el secreto profesional, quedando en consecuencia prohibida la divulgación de información o la presentación de evidencia alguna obtenida como consecuencia de estas funciones, salvo ante autoridad competente y solo en los casos previstos en otras leyes*”; por lo que constituye una limitante. Otro tanto acontece con los Administradores Comerciales, quienes por mandato legal deben observar el sigilo profesional.

No puede perderse de vista, que pueden encuadrarse en el género documental tanto las filmaciones, fotografías y grabaciones,³⁰ que en

²⁹ Hay que aclarar que en la normativa procesal venezolana, las personas jurídicas están obligadas a suministrar información sobre datos o hechos acreditados en documentos, libros, archivos o papeles en general que lleven Bancos, Oficinas Públicas, Sociedades civiles o mercantiles, a requerimiento del tribunal, las que no podrán rehusar a informar invocando causa de reserva. Ver artículo 433 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, por una resolución de la Superintendencia de Bancos de Venezuela, las entidades bancarias no pueden suministrar información alguna hasta que ese Organismo lo autorice, aunque existe una lista de funcionarios que están habilitados para requerir información obviando esa autorización, en la que no se encuentran los tribunales civiles.

³⁰ No obstante que la tendencia en la doctrina jurisprudencial venezolana es la de otorgarle la condición de prueba libre. Ver sentencia N° RC00769 del 24 de octubre de 2007, proferida por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia.

algunos casos podrían constituir pruebas válidas,³¹ pero en otros casos podrían ser ilegítimas.³²

Si analizamos el artículo 12 de El Decreto encontramos que se permite tramitar de manera anticipada, a la oportunidad de la sustanciación de pruebas en el procedimiento marítimo, algunos medios de prueba, cuyo presupuesto de procedencia responde al peligro de que desaparezca el medio probatorio;³³ sin embargo, este adelanto probatorio no es previo al juicio, como se apuntó precedentemente, sino que se realiza una vez se ha iniciado el proceso, antes de la audiencia oral que prevé la normativa. Pensamos que la solicitud debe hacerse antes de la audiencia preliminar que corresponde convocar al juez, oportunidad en la cual las partes anunciarán los medios que pretenden utilizar para comprobar las afirmaciones de hecho que hayan realizado.³⁴ Sin embargo, la prueba documental no está prevista entre las que pueden valerse las partes; pero, de acuerdo a la previsión del artículo 16 de El Decreto permite dejar constancia del contenido del documento en el adelanto de pruebas antes del juicio, mediante la realización de una inspección judicial *extralitem*, la que debe ser instruida por un juez. Por tanto, no comparte de la naturaleza del *Discovery*, en la que no interviene el juez, salvo en algunas circunstancias en las que pudiera haber una desavenencia insalvable entre las partes.

Con respecto a los medios de prueba que pueden sustanciarse antes del juicio tenemos que puede promoverse la inspección judicial para cuya instrucción se aplicará la normativa prevista en el Código de

³¹ Un ejemplo de ello, es el caso de las grabaciones ordenadas por la normativa legal o las obtenidas con el consentimiento de la persona o aquellas que se hayan realizado de manera voluntaria.

³² Como serían aquellas obtenidas interceptando las comunicaciones, sin las debidas autorizaciones o aquellas obtenidas violando la privacidad. Sobre este tema puede consultarse a Salvador Yannuzzi. “La Prueba Ilegítima en Venezuela”, en *III Jornadas Aníbal Dominici. Derecho Probatorio. Homenaje al Dr. Ricardo Henríquez La Roche*. Talleres Gráficos de Lito Formas. Septiembre 2011.

³³ Consideramos que cuando El Decreto se refiere a la desaparición del “medio probatorio”, ello constituye un error de concepto, ya que el medio de prueba es el instrumento que la ley le otorga a los sujetos procesales para trasladar el hecho al expediente, que es el que puede modificarse o desaparecer. El medio de prueba este nominado en la ley.

³⁴ Sobre este aspecto puede consultarse Salvador Yannuzzi. *Régimen de pruebas en el procedimiento marítimo venezolano*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas. 2015.

Procedimiento Civil, con el agregado de que debe citarse a aquel a quien se aspira oponer la inspección, salvo la imposibilidad de llevar a cabo la citación, lo que establecerá el juez, caso en el cual se designará un defensor judicial a fin de atender la evacuación de esa inspección. Igualmente, de acuerdo a la remisión que hace el artículo 3 de El Decreto, consideramos que podría promoverse un Retardo Perjudicial³⁵ por temor fundado de que el hecho que se pretende probar pueda modificarse o desaparecer por el transcurso del tiempo, pero estimamos que estaría excluida la prueba documental, las pruebas libres y la confesión provocada por el mecanismo de posiciones juradas.³⁶

Por tanto, insistimos, no existe en el procedimiento marítimo venezolano, ni en el ordenamiento procesal venezolano, un mecanismo que permita exigir la presentación previa al juicio de la prueba documental que se encuentre en posesión de alguna de las partes o de terceros.³⁷ Aunque en el artículo 9 de El Decreto se establece la posibilidad de que las partes pueden solicitar al tribunal que ordene a la otra la exhibición de documentos, grabaciones o registros que estén bajo la custodia o control del requerido, no se trata -como afirma un sector de la doctrina- del *Discovery*, porque esta petición se realiza y se instruye *intralitem* y no es previa al juicio. También pueden solicitar las partes, inspección de naves, de mercancías, documentos o cualquier otro objeto que esté relacionado con lo debatido en el juicio, cuya negativa permite al juez extraer las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje, siempre y cuando el motivo fuere injustificado, como lo dispone el artículo 13 de El Decreto³⁸, pero todo ello se realiza una vez iniciado el juicio.

³⁵ Ver nota 8.

³⁶ Sobre este aspecto puede consultarse a Salvador Yannuzzi, *Régimen de pruebas en el procedimiento marítimo venezolano*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas. 2015.

³⁷ Hemos hecho referencia a que se puede exigir la presentación a una de las partes de un documento que se halle en poder del adversario. Igualmente, se puede requerir a un tercero la presentación de un documento que se encuentre en su poder, relativo al juicio; pero todo ello se realiza en un acto procesal, en la secuela del juicio, en presencia del juez, por lo que no es extrajudicial, como es el *Discovery*.

³⁸ La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia ha relacionado la facultad concedida al juez por disposiciones que contengan ese supuesto, con la teoría de los actos propios, que permite extraer conclusiones de la conducta de la parte en el juicio, inclusive en etapa probatoria. Ver sentencia 176 del 20 de mayo de 2010. Compilación de Jurisprudencia Venezolana Ramírez & Garay. Tomo 269. Pag. 543.

En consecuencia, consideramos que las exhibiciones e inspecciones a que se refiere El Decreto, no pueden asimilarse al *Discovery* regulado en el *common law*, e insistimos que estas se llevan a cabo dentro del juicio, mientras los mecanismos a los que estamos haciendo referencia se llevan a cabo extrajudicialmente, antes del inicio del juicio, en donde no interviene el juez, salvo en circunstancias muy excepcionales.

3.b) Las deposiciones

Cuando en el *Discovery* se refiere a las deposiciones (*depositions*), está aludiendo a la declaración oral que deben prestar las propias partes o los testigos. Algunos consideran que este mecanismo es de la mayor importancia y utilidad porque permite recoger una significativa información sobre hechos que interesan para el futuro juicio. Estas deposiciones se realizan en una sesión contradictoria, previo el juramento de aquel que debe prestar la declaración, sin la presencia del juez, las que quedan registradas por un medio mecánico de reproducción, declaración que se transcribe posteriormente y esa acta contentiva de la deposición se aporta al juicio. Obviamente que el interrogatorio está relacionado con los hechos objeto de la controversia, que pueden obtenerse de la documentación aportada y que estén vinculados de alguna manera con el que presta la declaración, por lo que de esta se obtienen elementos que pueden servir para tratar de fijar otros hechos adicionales. Sin embargo, el declarante puede abstenerse de contestar las preguntas en las que deba guardar el secreto profesional o que se trate de incriminarlo. Se permite el control de la deposición y el contrario puede hacer las repreguntas que estime convenientes, a los fines de ampliar, aclarar o invalidar el dicho del deponente. Obviamente, que la declaración de los testigos permite a las partes, evaluar el conocimiento que tiene quien expone sobre los hechos o el eventual interés que pudiera tener en las resultas del juicio. Por otra parte, permite a los interesados evaluar la posibilidad de comprobar los hechos, ya que la información que reciban de los testigos les puede permitir acopiar un material probatorio importante para demostrar la veracidad de los hechos que alegarán en el juicio. Otro tanto, se puede señalar de la declaración que presten las partes, ya que le permite al contrario fijar hechos antes del inicio del proceso; sin embargo, es de advertir que en Venezuela no se permite

provocar la confesión de la parte por el mecanismo de las posiciones juradas, sino dentro del juicio, de manera exclusiva. Efectivamente, de manera expresa, está excluida en el procedimiento de retardo perjudicial por temor fundado de que desaparezcan las pruebas.³⁹

Si bien el artículo 12 de El Decreto, permite que en el procedimiento marítimo se adelante la deposición de testigos, esto se realiza antes de la audiencia oral, es decir, que ya el procedimiento se ha iniciado, por lo que se llevarán a cabo delante del juez, quien debe juramentar el testigo,⁴⁰ y dejar recuerdo de la declaración mediante un medio mecánico, para reproducirla posteriormente en la audiencia oral, pero quien dirigió la prueba fue el juez, dentro de la causa, y todo ello se llevó a cabo en un acto procesal. Igualmente, mediante el procedimiento de retardo perjudicial por temor fundado, puede alguna de las partes anticipar la declaración de un testigo, siempre y cuando existan causas que justifiquen el adelanto de la deposición, pero en este caso también se realiza en un acto procesal, en presencia del juez, lo que constituye una diferencia total con el *Discovery*.

Lo que más se aproxima, en el ordenamiento venezolano, a una deposición como la del *Discovery*, es la que se realiza en materia penal, ante el Fiscal encargado de la investigación, pero no se hace en presencia de la parte contraria y se lleva a cabo ante un funcionario facultado por la ley para tomar la declaración. La aproximación es porque la declaración no se lleva a cabo en un acto procesal.

En consecuencia, las actividades probatorias previstas en el procedimiento marítimo venezolano, necesariamente deben llevarse a cabo con la intervención de un juez, lo que no es propio del *Discovery* cuyas actuaciones se realizan anticipadamente al juicio, y son las partes quienes llevan adelante la sustanciación de las deposiciones y la pesquisa con los documentos que el contrario ha aportado.

³⁹ Debe recordarse que en este procedimiento solamente se limita a evacuar las pruebas promovidas por el solicitante, si el tribunal las admite. No existe relación alguna de hechos, y las posiciones juradas deben formularse con miras a la pertinencia de los hechos que tengan relación con el mérito de la controversia. Al no haberse articulados los hechos por las partes, no podría determinarse si están ajustadas a lo que se va a discutir en el futuro juicio.

⁴⁰ En Venezuela es una condición para la validez de la prueba de testigos, que se encuentre debidamente juramentado.

4. CONCLUSIONES

De acuerdo a lo expuesto, en el procedimiento marítimo venezolano no existe la figura del *Discovery*, por lo que las exhibiciones y declaraciones de testigos se realizan una vez iniciado el procedimiento, en presencia del juez, en un acto que este fije al efecto, mientras que en el *Discovery* se realiza de manera anticipada al inicio del procedimiento y no interviene el juez, salvo situaciones muy excepcionales.

En el *Discovery* se le puede exigir a las partes que declaren, mientras que en nuestro ordenamiento jurídico, ello no es posible, porque la intención de la declaración de parte es provocar la confesión, cuyo objetivo es fijar los hechos relativos al mérito de la controversia, que sean pertinentes, lo que se determinará cuando los litigantes hayan trabado la litis, al haber contestado la demanda el accionado, oportunidad en la cual se tendrá certeza de los hechos que se están controvertiendo. En todo caso, las posiciones juradas (mecanismo para provocar la confesión) debe hacerse en un acto procesal, presenciado por el juez de la causa, quien debe juramentar a la parte; mientras que declaración de parte en el *Discovery* es extraprocesal, y no interviene el juez, sino en casos de excepción.

En el ordenamiento venezolano no se permite evacuar de manera anticipada la prueba documental, porque por su naturaleza no desaparece, salvo que se conozca que pueda destruirse o que ha transcurrido el lapso legal para conservarla; por ello, la prueba documental no se anticipa y se aporta en el juicio, a los fines de que el contrario la acepta o proceda a su impugnación por las causales establecidas en la ley. Solamente establece la legislación la posibilidad de que se solicite el reconocimiento de firma extendida en un instrumento privado, caso en el cual se puede tachar de falso y seguir el procedimiento respectivo, pero todo ello dentro de ámbito judicial y no extraprocesal. En cambio, es de la esencia del *Discovery* el mecanismo de la aportación de la prueba documental, antes y fuera del proceso.

Como colofón de lo expuesto, debe concluirse que en el procedimiento marítimo venezolano no existe el *Discovery*.

5. BIBLIOGRAFÍA

- HERRERA PETRUS, Christian, “Reflexiones sobre el discovery y otros aspectos probatorios del common law en el arbitraje internacional desde la perspectiva del jurista continental”. <http://afarbit.org/reflexiones-sobre-el-discovery-y-otros-aspectos-probatorios-del-common-law-en-el-arbitraje-internacional-desde-la-perspectiva-del-jurista-continental/?lang=es>.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo II, Víctor P. De Zavalía – Editor. Buenos Aires. 1981.
- RAMIREZ & GARAY. *Jurisprudencia venezolana*. Tomos 191 y 269. Editorial Ramírez & Garay. Caracas.
- _____ Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje.
- SÁNCHEZ LÓPEZ, Carlos, “Discovery”. Tomado de la página web <https://sands.legal/blog/que-es-el-discovery/>, el 15 de mayo de 2020.
- VIADA, Carlos, y ARAGONESES, Pedro, *Curso de derecho procesal penal*. Tomo I, Madrid, 1968.

PALABRAS CLAVE:

Discovery.
Prueba.
Anticipada.
Documento.
Declaración.

KEY WORDS:

Discovery.
Proof.
Anticipated.
Document.
Statement.