

TEMAS DE DERECHO PROCESAL Vol. I
LIBRO HOMENAJE A FELIX S. ANGULO ARIZA

Fernando Parra Aranguren
Editor



Tribunal Supremo de Justicia
Colección Libros Homenaje, N° 10
Caracas/Venezuela/2003

**KHW2569
T278
V. 1**

**Estudios de Derecho Procesal: Libro Homenaje a Félix S. Angulo
Arisa / Fernando Parra Aranguren, editor.- Caracas: Tribunal
Supremo de Justicia, 2003.**

2 v. (666 p.) - (Colección Libros Homenaje, N° 10)

ISBN:

1. Derecho Procesal - Venezuela.

**El Tribunal Supremo de Justicia no se hace responsable
por el contenido de los artículos firmados**

© República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia
Colección Libros Homenaje, N° 10

Fernando Parra Aranguren, Director

Depósito Legal lf:

ISBN:

Depósito Legal lf:

ISBN:

Fernando Parra Aranguren
-Editor-

TEMAS DE DERECHO PROCESAL
LIBRO HOMENAJE A
Félix S. Angulo Ariza

Volumen I

Tribunal Supremo de Justicia
Colección Libros Homenaje, Nº 10
Caracas/Venezuela/2003

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA CONSTITUCIONAL

Dr. Iván Rincón Urdaneta
Presidente del Tribunal y de la Sala
Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero
Vicepresidente de la Sala
Dr. José M. Delgado Ocando
Dr. Antonio García García
Dr. Pedro Rondón Haaz

SALA POLITICOADMINISTRATIVA

Dr. Levis Ignacio Zerpa
Presidente de la Sala
Dr. Hadel Mostafá Paolini
Vicepresidente de la Sala
Dra. Yolanda Jaimes Guerrero

SALA ELECTORAL

Dr. Alberto Martini Urdaneta
Presidente de la Sala
Dr. Luis Martínez Hernández
Vicepresidente de la Sala
Dr. Rafael Hernández Uzcátegui

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Dr. Franklin Arrieché Gutiérrez
Primer Vicepresidente del Tribunal
y Presidente de la Sala
Dr. Carlos Oberto Vélez
Vicepresidente de la Sala
Dr. Antonio Ramírez Jiménez

SALA DE CASACIÓN PENAL

Dr. Alejandro Angulo Fontiveros
Presidente de la Sala
Dr. Rafael Pérez Perdomo
Vicepresidente de la Sala
Dra. Blanca Rosa Mármol de León

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Dr. Omar Alfredo Mora Díaz
Segundo Vicepresidente del Tribunal
y Presidente de la Sala
Dr. Juan Rafael Perdomo
Vicepresidente de la Sala
Dr. Alfonso Valbuena Cordero

Contenido Volumen I

Iván Rincón Urdaneta , <i>Palabras Preliminares</i>	9
Fernando Parra Aranguren , <i>Presentación</i>	13
Félix S. Angulo Ariza , <i>Curriculum Vitae</i>	31
Carlos Siso Maury , <i>Discurso pronunciado en homenaje al Doctor Félix S. Angulo Ariza, Venezolano Ilustre</i>	35
Julio R. ALFONZO SOTILLO , <i>Una aproximación al concepto de empresa y de grupo de empresas en la Legislación Laboral venezolana</i>	51
Ricardo BARONI UZCÁTEGUI , <i>Efectos procesales que se derivan del artículo 235 del Código Orgánico Tri- butario en el contexto de los juicios contenciosos tri- butarios</i>	73
Humberto Enrique Tercero BELLO TABARES , <i>El fraude procesal y la conducta procesal de las par- tes como prueba del fraude</i>	101
Alberto BLANCO-URIBE QUINTERO , <i>Amparización y colectivización del proceso tributario</i>	191

Carlos DELGADO OCANDO , <i>Notificación e intervención del Procurador (a) General de la República en los juicios en donde la República no es parte, sino tercero</i>	263
Alejandro DISILVESTRO , <i>Breves comentarios en relación con la citación en el proceso ordinario laboral</i>	297
María CANDELARIA DOMÍNGUEZ GUILLÉN , <i>Comentarios sobre el procedimiento de privación de guarda</i> .	311
Ramón ESCOVAR LEÓN , <i>La potestad de revisión constitucional como deus ex machina, (Enfoque crítico)</i>	343
Carmen Graciela FRANCISCO MATERÁN , <i>El interdicto restitutorio como una forma de garantizar la tutela judicial efectiva de los terceros en caso de ser despojados de su posesión por una medida cautelar de secuestro</i>	387
José Andrés FUENMAYOR , <i>¿Suposición falsa o falso supuesto? (Análisis parcial del acápite del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil)</i>	431
Guido GARBATI GARBATI y Alejandra LEÓN PARADA , <i>La inspección judicial y las nuevas tendencias en el Derecho Procesal venezolano</i>	457
José Valentín GONZÁLEZ P. , <i>Sobre la satisfacción extraprocesal de la pretensión, la reposición administrativa y la garantía del Non Nis In Ídem</i>	481
Luis Alfredo HERNÁNDEZ MERLANTI , <i>La ficción procesal –sin proceso– que establece el artículo 187 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Sobre las consecuencias procesales de la falta de participación de los despidos justificados</i>	491

Gonzalo HIMIOB SANTOMÉ , <i>Sobre el principio de la improcedencia del cargo oficial y el enjuiciamiento de altos funcionarios por la comisión de los crímenes previstos en el Estatuto de Roma</i>	525
Dorgi Doralys JIMÉNEZ RAMOS , <i>Análisis del procedimiento contencioso en asuntos de familia y patrimoniales en materia de niños y adolescentes</i>	543
Salvador LEAL WILHELM , <i>El contencioso-administrativo funcional</i>	587
Orlando MONAGAS RODRÍGUEZ , <i>Privación judicial preventiva de libertad</i>	609
César Augusto MONTOYA , <i>El Derecho en el tercer milenio</i>	635
Hugo NEMIROVSKY , <i>Notas sobre la prueba de informes en el Proceso Penal venezolano</i>	649

Palabras Preliminares

El número 10 de nuestra *Colección Libros Homenaje*, **Temas de Derecho Procesal**, está dedicado al Profesor Doctor Félix S. Angulo Ariza, ex Magistrado de la Alta Corte Federal y de Casación, y de la Corte Suprema de Justicia, luego de haber permanecido durante treinta y tres años, salvo breves interrupciones, en el Poder Judicial, donde ingresó como miembro de la Corte Suprema del Distrito Federal en 1926. Nacido en Guanare, Estado Portuguesa, el 28 de mayo de 1890, falleció en Caracas el 26 de diciembre de 1971.

Tres años antes de su fallecimiento, en 1968, el Muy Ilustre Colegio de Abogados del Distrito Federal celebró una sesión solemne para rendirle tributo: el discurso que pronunciara en esa oportunidad Carlos Siso Maury se reproduce en este libro con la debida autorización, tanto del autor como de la organización gremial patrocinante del acto. Doce años después de su muerte, la Fiscalía General de la República y la Universidad Central de Venezuela publicaron la obra **Derecho Procesal Penal**, *Libro Homenaje al Doctor Félix S. Angulo Ariza*. Hoy, cuando se cumplen veinte años de esa publicación, hemos decidido preparar ésta con miras a renovar, en los nuevos integrantes de la comunidad jurídica, el recuerdo de este polifacético venezolano que brilló como juez, orador, escritor, profesor, maestro, legislador y procesalista.

Fue miembro del personal docente de la Facultad de Derecho –hoy de Ciencias Jurídicas y Políticas– de la Universidad Central de Venezuela entre 1928 y 1958, cuando comenzó a disfrutar del beneficio de la jubilación, luego de enseñar Derecho Penal, Derecho Mercantil, Economía

Política, Derecho Romano, Derecho Civil, Derecho Constitucional y Derecho Procesal Penal (desde 1937). Allí, señala Siso Maury, “formó parte de un grupo de brillantes profesores, como Alejandro Urbaneja, Juan José Mendoza, Lorenzo Herrera Mendoza, Caracciolo Parra León, Rafael Pizani, Germán Suárez Flamerich, Luis Felipe Urbaneja y otros, que tanta fama dieron al Claustro universitario por su sabiduría” y se desempeñó, además, como Vicerrector, encargado del Rectorado, “cuando en un gesto de delicadeza sin precedentes, el Ejecutivo Nacional no quiso sustituir al distinguido Rector, para ese entonces gravemente enfermo, *Doctor Antonio José Castillo*, promotor y creador de la actual Ciudad Universitaria”. Su magisterio se prolongó hasta 1967, en las universidades Católica Andrés Bello y Santa María.

Como Legislador tuvo destacada participación no sólo en la elaboración del Código Civil de 1942 sino en la defensa del Tratado de Límites con Colombia. En el primero, por haber sido “designado ponente de la mayoría parlamentaria, para estudiar sus innovaciones y adaptar el texto definitivo (...), defendió en el seno de esa mayoría parlamentaria casi todos los cambios sugeridos, y sólo salvó su voto en el punto referente al matrimonio de los leprosos, previa esterilización del hombre, por chocar esa disposición con sus arraigadas convicciones religiosas”. En el otro, al lado de los ilustres compatriotas Esteban Gil Borges y José Santiago Rodríguez, “llevó la palabra con elocuencia y ajustó los argumentos a la realidad del momento (...al superar) el concepto de nacionalismo recalcitrante, pues, dentro de su gran sentido patriótico, comprendió que la estabilidad fronteriza, la cooperación económica y la comunidad de intereses raciales y espirituales abrían paso a una nueva etapa para estas dos naciones”.

Como Procesalista, la mayoría de las reformas parciales que sufriera el antiguo Código de Enjuiciamiento Criminal, fueron pedidas por él desde su cátedra universitaria, “entre otras, la materia relativa a las cuestiones prejudiciales, que aparecían deficientemente tratadas en el Código de 1926; la procedencia del Recurso de Casación contra la decisión del Juez Superior revocatoria del auto de detención, por no haber mérito para proseguir la averiguación, por estar prescrita la acción, o, por no ser punibles los hechos averiguados”.

La obra recoge treinta y cinco estudios sobre diversos temas de derecho adjetivo –penal, civil y especial– elaborados por personas dedicadas a diferentes áreas de la actividad profesional: Unos se dedican al asesoramiento y al litigio; otros se desempeñan como docentes; y un tercer grupo, en la judicatura. Algunos de ellos prestan sus servicios en este Tribunal Supremo de Justicia como funcionarios.

Queremos agradecer, para terminar, la colaboración de quienes contribuyeron a la elaboración de esta obra y a quienes no pudieron hacerlo, cualesquiera fueran las razones que se lo impidieron, por una parte; y, por la otra, esperar que esta publicación, **Temas de Derecho Procesal**, *Libro Homenaje a Félix S. Angulo Ariza*, sea acogida con la misma aprobación que las publicadas anteriormente.

Caracas, 11 de julio de 2003

Iván Rincón Urdaneta

Presentación

I. Estudios de Derecho Procesal, *Libro Homenaje a Félix S. Angulo Ariza*, reúne treinta y cinco colaboraciones –una de ellas colectiva– sobre temas diversos de derecho adjetivo. Algunos de sus autores están dedicados a la actividad docente, otros pertenecen a instituciones académicas diferentes a las universidades; y, finalmente, un tercer grupo ejerce su profesión de abogado.

II. Félix S. Angulo Ariza nació en Guanare, el 28 de mayo de 1890, y falleció en Caracas, el 26 de diciembre de 1971, a los ochenta y un años de edad. Se graduó de Doctor en Ciencias Políticas en la Universidad Central de Venezuela, Casa de Estudios donde enseñó entre 1934 y 1958, habiendo regentado la cátedra de Procedimiento Penal (antes de Enjuiciamiento Criminal) desde 1937, de la cual asimismo fue titular en las universidades Santa María y Católica Andrés Bello. En la judicatura estuvo entre 1926 y la fecha de su muerte en el Poder Judicial, con breves interrupciones en las cuales ocupó destacadas posiciones en el Poder Ejecutivo y fue Diputado al Congreso Nacional, donde se destacó por su participación en la elaboración del Código Civil de 1942.

Tres años antes de su fallecimiento, el Muy Ilustre Colegio de Abogados del Distrito Federal patrocinó un acto en su honor. Doce años después, en 1983, el Ministerio Público y la Universidad Central de Venezuela publicaron un libro en su homenaje. Veinte años después, el Tribunal Supremo de Justicia difunde esta nueva obra en su honor

para que su nombre sea recordado –y conocido– por las nuevas generaciones de profesionales.

III. Luego de esta Presentación y del *Curriculum Vitae* del homenajeado, se difunde, de Carlos Siso Maury (**Dr. Félix S. Angulo Ariza, Venezolano Ilustre**), con la debida autorización tanto del autor como del Ilustre Colegio de Abogados del Distrito Federal, el discurso que pronunciara en la Sesión Solemne que la organización gremial celebrara en 1968, tres años antes de su fallecimiento, para homenajear al distinguido Jurista, fue publicado en Caracas, Editorial Sucre, 1972. Allí destaca sus primeros años hasta la obtención de su título de Doctor en Ciencias Políticas, su actividad como Juez, Orador y Escritor, Profesor y Maestro, Legislador, Pocesalista, Abogado en ejercicio y termina con párrafos relacionados con su vida privada.

IV. Se divulgan, por orden alfabético de los autores, los siguientes ensayos preparados especialmente para esta obra del distinguido venezolano:

1. Julio R. Alfonzo Sotillo (**Una aproximación al concepto de empresa y de grupo de empresas en la legislación laboral venezolana**) considera que el tema estudiado está conformado por múltiples facetas y que constituye una de las realidades más relevantes en el mundo del derecho. Sin pretender agotarlo, expone algunas reflexiones sobre la materia, el principio de unidad económico que la informa, de Grupo Económico y de sus repercusiones en el campo de las relaciones laborales, a la luz de los principios consagrados en la legislación laboral venezolana. Luego se refiere al grupo de empresas y analiza el Principio de la Unidad Económica que lo informa, la responsabilidad solidaria entre los integrantes del mismo y su alcance.

2. Ricardo Baroni Uzcátegui (**Efectos procesales que se derivan del artículo 235 del Código Orgánico Tributario en el contexto de los juicios contenciosos tributarios**) destaca que, de conformidad con el artículo 230 del Código que comenta, “quien tuviere un interés personal y directo podrá consultar a la Administración Tributaria sobre la aplicación de las normas tributarias a una situación concreta”. Ante la materialización de esta hipótesis, señala, la consultada, a su

criterio, podrá responder o negarse a hacerlo con fundamento en las causales determinadas en el artículo 231 *eiusdem*. Colocados en la primera hipótesis, esto es, que el órgano emite su parecer, indica, ¿qué sucederá si del mismo “se desprenden efectos que de una u otra manera afecten los derechos (...) de los contribuyentes en general”? Considera que, “ante esta situación, lo lógico sería pensar que el consultante o cualquier persona que se considere afectada en su esfera de derechos subjetivos por la opinión dada por la Administración Tributaria, pudiera recurrir a la Jurisdicción con competencia en lo contencioso tributario para impugnar esa opinión, y es allí donde reside el objeto de este trabajo, es decir, determinar si las consultas que se son evacuadas por la Administración Tributaria son recurribles o no, ya que (...) el artículo 235 del Código Orgánico Tributario excluye expresamente a las consultas tributarias del control judicial”.

3. Humberto E. T. Bello Tabares (**El fraude procesal y la conducta procesal de las partes como prueba del fraude**), luego de definir el fraude procesal, explica su fundamento jurídico y lo configura en el proceso de acuerdo con la ley adjetiva. Seguidamente, se refiere a las diversas categorías de fraude procesal y la tramitación adecuada para atacarlo, terminando con la revisión de la sentencia fraudulenta o dolosa y el efecto de la declaratoria del fraude o dolo procesal. La última sección de su ensayo la dedica a la prueba del fraude o dolo procesal y el análisis de la conducta de las partes como indicios de su existencia.

4. Alberto Blanco-Urbe Quintero (**Amparización y colectivización del proceso tributario**) “toma como punto de partida el análisis sistemático y concordado de la parte dogmática de la Constitución, con énfasis en los principios de supremacía de la Constitución y de preeminencia y progresividad de los derechos humanos, particularmente enfocados hacia la concretización del Estado de Justicia y sus manifestaciones de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, en el proceso tributario, poniéndose de relieve, con la revisión de la experiencia jurisprudencial, lo que aparenta ser una tendencia hacia la sustitución (o complementación) del Recurso Contencioso Tributario por la Acción de Amparo, por un lado; y, por el otro, el empleo progresivo del proceso tributario, tanto por vía de Recurso Contencioso Tributario,

como por la Acción de Amparo, como acciones judiciales colectivas para la protección de intereses transindividuales (difusos y colectivos) y de intereses individuales homogéneos”.

5. Carlos Delgado Ocando [**Notificación en intervención del Procurador(a) General de la República en los juicios en donde la República no es parte sino tercero**] expone “la necesidad de una interpretación sistemática “sede *materiae*” de las normas que regulan la intervención del Procurador(a) General de la República en los juicios en que la República no sea parte”, al tiempo que “establece un esquema de lo que debe ser esta intervención”. Con este fin, aclara que, en “los juicios en donde la República no es parte originaria, su posición procesal *ab initio* no es otra que la de un tercero ajeno inicialmente al proceso, lo cual no impide que pueda o aun deba llegar a ser parte (...) sobrevenida” y, de conformidad con la ley adjetiva, esté en condiciones de “intervenir como tercero en la causa ya pendiente”.

Lo anterior, afirma, no deja lugar a dudas pues, si es parte, la actuación de la República estaría regida “por las pertinentes disposiciones (...) del referido Decreto-Ley y por las normas contenidas en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y además, no se hablaría de notificación, sino de citación”. La circunstancia de que la nueva ley “regule la posibilidad de intervención de la República en calidad de tercero o parte sobrevenida, obliga a un análisis concordado de tales disposiciones legales con las normas contenidas en (... el) Código de Procedimiento Civil, sobre intervención de terceros en la causa, sin lo cual resulta imposible establecer el verdadero alcance que puede llegar a tener la notificación del Procurador(a) General de la República en tales procesos, la posibilidad y forma de intervención en los mismos, así como los efectos procesales que se puedan derivar para la República”.

6. Alejandro Disilvestro (**Breves comentarios en relación con la Citación en el Proceso Ordinario Laboral**) reseña “cómo ha sido tratado el tema de la citación en las distintas leyes que han regulado el juicio laboral” porque ello ha ocasionado la existencia de distintos modos de citar, situación que “se aclara con la promulgación y entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT) al

establecerse en ésta un procedimiento de notificación del demandado para hacerlo parte en el proceso”, aun cuando “cabe destacar que esta ley no define a este llamamiento como citación, sino que, como lo señala en su Exposición de Motivos, prefiere una vía más sencilla y reducida de formalidades, como lo es la notificación”

7. María Candelaria Domínguez Guillén (**Comentarios sobre el procedimiento de privación de guarda**) pretende presentar algunas reflexiones sobre algunos aspectos procesales ligados a la privación de la guarda para lo cual consideró “conveniente dividir nuestro trabajo en tres partes: la primera de ellas trata sobre la institución de la guarda en general; seguidamente estudiaremos las causas que pueden dar lugar a su privación; y finalmente, nos centraremos en el procedimiento de privación de guarda”.

8. Ramón Escovar León [**La potestad de revisión constitucional como *deus ex machina* (Enfoque Crítico)**] señala que, en el foro venezolano, se considera a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como una “Super Sala”, en el sentido de que está por encima de las demás, por una parte; y, por la otra, que existe un recurso extraordinario (el de revisión, que puede actualizar incluso de oficio) que le permite conocer como Tribunal Constitucional, “so pretexto de interpretar la constitución”. Esto, a su juicio, “ha alterado el sano y deseado equilibrio que debe mantener el Máximo Tribunal, lo que produce un clima de inseguridad jurídica no cónsono con los principios democráticos de una sociedad civilizada”.

En su estudio, se propone, “en primer lugar, examinar el tema de la interpretación constitucional tomando como referencia los aportes de Kelsen y Dworkin para luego mostrar, sobre la base de sus postulados, los criterios de interpretación de nuestra Sala Constitucional. En segundo lugar, me referiré a la revisión como potestad para señalar mi opinión sobre el significado de esta facultad. En tercer término, abordaré los alcances de la revisión, para responder; en cuarto lugar, la interrogante sobre si la facultad de revisión significa que estamos ante un recurso. Luego, en quinto lugar, haré referencia a algunos de los conceptos aparentemente novedosos desarrollados por la Sala al aplicar esta potestad revisora. Y, por último, consignaré las reflexiones finales”.

9. Carmen Graciela Francisco Materán (**El interdicto restitutorio como una forma de garantizar la tutela judicial efectiva de los terceros en caso de ser despojados de su posesión por una medida cautelar de secuestro**) se plantea cómo puede un tercero defenderse cuando el fallo de un órgano jurisdiccional afecta sus intereses al decidir la solicitud de una medida cautelar. En estos supuestos, señala, “el ordenamiento jurídico y la doctrina patria han establecido varias alternativas para que los terceros puedan participar dentro del proceso respectivo haciendo valer sus derechos (...), a saber, la oposición de terceros al embargo (preventivo o ejecutivo), el juicio de tercería, el procedimiento especial de amparo constitucional, el recurso ordinario de apelación y el procedimiento especial del interdicto restitutorio”.

A su juicio, la mencionada en último lugar, “la vía interdictal no ha sido del todo aceptada por la doctrina ni por la jurisprudencia en nuestro país, por considerar que no es posible admitir el interdicto contra las actuaciones de los órganos jurisdiccionales”. Frente a esta posición, considera que, aceptarla a ciegas, “traería como consecuencia la eliminación injustificada (...) de una vía real y efectiva puesta al alcance de los terceros para hacer valer sus derechos, máxime cuando la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela regula dentro de su cuerpo normativo al debido proceso y la tutela judicial efectiva como principios de observancia obligatoria por los jueces al momento de desarrollar la actividad jurisdiccional”. Con esta base, presenta “un estudio específico de la vía interdictal y la posibilidad de ser utilizada eficazmente a los fines de proteger la posesión de terceros cuando éstos resulten afectados por el decreto de alguna medida cautelar”.

10. José Andrés Fuenmayor García (**Suposición falsa o falso supuesto? Análisis parcial del acápite del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil**) trata “un tema nada fácil de desarrollar (...), de comprender y (de) asimilar”: el referido con el cambio consagrado en el texto adjetivo de 1987, “al regular el problema de los hechos cambiando las denominaciones que traía el Código de 1916 de ‘falso supuesto’ por la de ‘suposición falsa’ y que no ha sido apreciada al haberse encerrado la Sala a quien fue dirigida en una solución simplista al considerar ambos conceptos iguales y como una simple inversión de palabras”,

cuando, en realidad, implica un cambio en el concepto tradicional del falso supuesto que, si fuera acogido por el Máximo Tribunal, “conllevaría la sana consecuencia de reducir sustancialmente las denuncias de esta especie, y la de evitar que se siga tratando de convertir la Casación en una tercera instancia”.

11. Guido Garbati Garbati y Alejandra León Parada (**La inspección judicial y las nuevas tendencias en el derecho procesal venezolano**) parten de la base de que “las relaciones humanas van un paso adelante del derecho, lo que implica que primero ocurre el hecho y luego la necesidad de la creación de la norma que regule ese acontecimiento; situación que acontece no sólo en Venezuela sino en todo el mundo, surge la inquietud de determinar las nuevas tendencias en materia probatoria, en el caso específico en la inspección judicial, al ser ésta una de las pruebas de mayor relevancia en la demostración de hechos alegados en un proceso, bien en materia civil, penal, contencioso-administrativo o laboral” Con este fundamento, tratan de determinar, en primer lugar, la naturaleza jurídica de la prueba objeto de su estudio y, posteriormente, con apoyo de lo expuesto por la doctrina extranjera, verifican las clases de inspección y su valor probatorio de acuerdo con la ley adjetiva nacional. Finalmente, dan “un vistazo al análisis jurisprudencial sobre el punto, contenido en algunas sentencias dictadas por las distintas Salas del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, con la finalidad de verificar los posibles avances en la materia”.

12. José Valentín González Prieto (**Sobre la Satisfacción Extraprocesal de la Pretensión, la Reposición Administrativa y la Garantía del *Non Bis In Idem***) considera que “el ejercicio de los amplios poderes de revisión de oficio que detenta la Administración Pública en el contexto de un juicio de anulación de un acto administrativo sancionador, puede dar lugar a interesantes situaciones que no han sido analizadas detenidamente por la doctrina y la jurisprudencia venezolana”. Analiza dos casos de terminación anormal del juicio de anulación de actos administrativos que “revisten particular importancia porque trascienden el mero aspecto procesal al vincularse con el derecho y las garantías constitucionales” al estudiar “el derecho al debido proceso y la garantía del *non bis in idem* condicionan y limitan el ejercicio de las potestades

administrativas de autotutela en el contexto de un juicio de anulación y cómo determinan el tratamiento procesal que debe dar el juez contencioso administrativo a los intentos de la Administración de menoscabar el derecho a la tutela efectiva del demandante mediante el ejercicio de esas potestades”.

13. Luis Alfredo Hernández Merlanti (**La ficción procesal –sin proceso– que establece el artículo 187 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Sobre las consecuencias procesales de la falta de participación de los despidos justificados**) se refiere “a la implementación de normas que crean *ficciones procesales* derivadas de una inactividad fuera del proceso, que tienen por objeto considerar *confeso* al patrono que omita participar al Juez de Estabilidad Laboral, en un lapso perentorio de cinco (5) días, los despidos justificados que realice”, sanción grave a su entender por constituir “una flagrante violación al debido proceso y al derecho de defensa que todos tenemos”. Para facilitar la comprensión de sus conclusiones, analiza los diversos tipos de confesión y revisa los antecedentes jurisprudenciales sobre la materia

14. Gonzalo Himiob Santomé (**Sobre el principio de la improcedencia del cargo oficial y el enjuiciamiento de altos funcionarios por la comisión de los crímenes previstos en el Estatuto de Roma**) resume en estas ideas: “El principio de la improcedencia del cargo oficial impone que las prerrogativas procesales, políticas o de cualquier otra naturaleza que dimanen del cargo o de la posición que ostenten o hayan ostentado los culpados de las diversas formas criminales señaladas en el Art. 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV, G.O. N°: 36.860 del 30/12/99) y en el Estatuto de Roma (EDR, G.O. N°: 5.507 del 13/12/03, Arts. 5, 6, 7 y 8), de las que pueda nacer la impunidad, son inaplicables (tanto en las jurisdicciones locales como en las jurisdicciones internacionales) y no han de tener cabida en la investigación y juzgamiento de las especiales modalidades delictivas previstas en tales dispositivos. En Venezuela, de las prerrogativas procesales que amparan a los Altos Funcionarios del Estado (el antejuicio de mérito y los procesos previos para el allanamiento de la inmunidad parlamentaria, Arts. 266, numerales 2° y 3° y 200, C RBV) puede nacer, en los términos que prescriben el Art. 29 de la C RBV y el Art. 27 del

EDR, impunidad, por lo que, por aplicación del principio de la improcedencia del cargo oficial, no pueden ser opuestas, como prerrogativas derivadas del cargo oficial, en la investigación y enjuiciamiento de las modalidades criminales antes señaladas”.

15. Dorgi Doralys Jiménez Ramos (**Análisis del procedimiento contencioso en asuntos de familia y patrimoniales en materia de niños y adolescentes**) estudia, como el nombre de su ensayo lo indica, el procedimiento contencioso creado por la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, el cual deba aplicarse, en lo relativo a la familia, en: “Filiación; Privación, extinción y restitución de la patria potestad; Colocación familiar y entidades de atención; Remoción de tutores, curadores, pro-tutores, y miembros del consejo de tutela; Divorcio o nulidad del matrimonio, cuando haya hijos niños o adolescentes; Divorcio o nulidad del matrimonio, cuando uno o ambos cónyuges sean adolescentes; y cualquier otro afín a esta naturaleza que deba resolverse judicialmente”. Con lo patrimonial, en “Administración de los bienes y representación de los hijos; Demandas contra niños y adolescentes; y en cualquier otro afín con la naturaleza que deba resolverse judicialmente”.

16. Salvador Leal Wilhelm (**El contencioso administrativo funcional**) destaca que la nueva Ley del Estatuto de la Función Pública representa “una transformación y una adaptación del régimen de la carrera administrativa a la nueva realidad constitucional”. Comenta las innumerables innovaciones que presenta en su procedimiento contencioso, particularmente “el abandono del contencioso revisor al pasar a un contencioso de actos y hechos”; “el intento, no logrado, de desconcentrar la justicia y acercarla al justiciable”; la aceptación de la conciliación como herramienta alternativa para la solución de las controversias; “la detallada regulación de la querrela y la sentencia”, con miras a que disminuya la labor del Juez; y “la inmediatez peligrosa de las decisiones”. Deja sin resolver, a pesar de lo minucioso, la problemática relacionada con la ejecución de sentencia, amén de la insuficiente regulación de la medida cautelar de suspensión de los efectos del acto.

17. Orlando Monagas Rodríguez (**Privación judicial preventiva de la libertad**) señala que, en nuestro proceso penal, lo normal es juzgar en

libertad por lo cual la privación preventiva de la misma tiene carácter excepcional y ello porque la misma afecta tanto el derecho a la libertad del imputado como su condición de inocente, amén de que no puede considerarse como pena anticipada. Con esta base, revisa los fines de la prisión preventiva, afirma que presenta los caracteres de las medidas cautelares y la fundamenta en el *periculum in mora* y el *fumus bonis iuris*, ideas que justifican los supuestos exigidos por el legislador para su actualización, por una parte, y, por la otra, explica las medidas que la sustituyen.

18. César Augusto Montoya (**El derecho en el tercer milenio**) considera que el derecho es algo por hacer porque “emerge a cada instante y (...) debe ir guardando equilibrio con los grandes cambios sociales experimentados permanentemente por la sociedad”. Con esta base, ataca el excesivo formalismo legalista predominante en nuestro sistema judicial que debe transformarse “partiendo de la base según la cual, el Derecho es un auténtico servicio público de primer orden, que debe asegurarle a toda la comunidad una justicia pronta, igualitaria, pero además, fundada esencialmente en la verdad verdadera y no en la verdad procesal”.

Como secuela, “sin pretender crear una nueva escuela jurídica”, critica acerbamente el actual sistema jurídico patrio, “tremendamente conservador y efectivamente desfasado por la realidad social siempre cambiante” que estima debe ser sustituido por “lo que hemos dado en llamar ‘el sabio razonamiento judicial’”, esto es, cuando “una norma legal vigente colida con alguna disposición dogmática de rango Constitucional”, el órgano jurisdiccional debe desaplicarla, “para darle vigencia a la protección que todos debemos al hombre, máxime cuando se trate de los derechos humanos de un niño, un enfermo o un anciano”.

19. Hugo Nemirovsky (**Notas sobre la prueba de informes en el proceso penal venezolano**) se refiere a este medio de prueba, regulado por el Código de Procedimiento Civil, artículo 443, en relación con su aplicación y alcance en el proceso penal. Con esta finalidad, luego de introducir al lector en el tema, explica la prueba de informes en general, particularmente lo vinculado con su naturaleza jurídica y el tratamiento

que la legislación civil adjetiva le concede. Seguidamente, explica tanto los principios como la preceptiva establecida en el Código Orgánico Procesal Penal (COPP), particularmente su valoración a la luz de la regla de la sana crítica y los medios de prueba consagrados en dicho instrumento normativo, con el objeto de precisar si, entre ellos, se incluye la prueba de informes. Decidiéndose por la afirmativa, analiza su aplicación y su alcance en las diferentes fases del proceso penal. Termina con varias conclusiones, entre las cuales cabe mencionar que “la prueba de informes prevista en el artículo 433 CPC, está dentro del grupo de medios de prueba admitidos por el COPP, pues no está prohibida expresamente” y que el COPP parece reconocer su utilización al referirse al modo de incorporarla en el juicio oral.

20. María Soledad Pennisse Iantorno de Machado (**Una revisión fundada en el orden público. Revisiones automáticas, obligatorias o *ipso iure*, en el marco de los Procesos Civiles, Penales y Comerciales argentinos**) estudia el instituto de la “consulta” en el sistema procesal argentino. A su juicio, dicha institución es un mecanismo que permite la intervención del Tribunal de Alzada, en el reexamen del fallo dictado en primera instancia, al igual que los medios de impugnación. No obstante, señala, la característica primordial que los distingue es que la consulta opera *ope legis*, en tanto que en la apelación es necesaria la intervención de los sujetos procesales. Por último, explica cómo la consulta regula materias donde está involucrado el orden público o bienes jurídicos que requieren un control particular, a fin de garantizar una tutela judicial efectiva.

21. María Inmaculada Pérez Dupuy (**La apelación y la práctica judicial**), luego de señalar que el nuevo Código Orgánico Procesal Penal “desarrolla la garantía judicial del derecho a recurrir como manifestación propia del derecho garantía al debido proceso” mediante el establecimiento del régimen de impugnación, con el cual se deja al arbitrio de las partes el derecho a plantearlo, explica las disposiciones relacionadas con los mecanismos de impugnación. Con este fin, se refiere a la impugnabilidad objetiva que consagra dicho conjunto normativo, al recurso de apelación y a la legitimación para recurrir.

22. Carlos E. Pinto Otatti (**Breves notas sobre la experticia en el proceso penal y la necesidad de la prueba para casos de extrema urgencia en el secuestro: Referencia al proceso ordinario**) ofrece unas notas relacionadas con “los casos en los cuales la necesidad de la prueba hace que se pongan en juego principios de orden constitucional en contra de la manera, oportunidad y necesidad de la obtención de la prueba (...) pericial”. Primero estudia la experticia, luego analiza ciertos aspectos que la rodean como medio de prueba y, finalmente su función en el proceso penal.

23. Mariolga Quintero Tirado (**Tutela anticipada**) plantea que, en el foro nacional, es harto conocido “que bajo la cobija de lo cautelar típico e innominado se dictan soluciones inequitativas, privadas de toda motivación y desnaturalizadas de su objeto” pues se trata de “sentencias, en muchas ocasiones, complacientes, que se hacen intolerables por el tiempo que perduran sus efectos, ante la tardanza para decidir una oposición que se hace interminable”. Por esta razón considera “que debemos introducir un cuadro normativo-procesal sobre la tutela anticipatoria y autosatisfactiva”, con fundamento en las ideas expuestas en su ensayo.

24. Mariliana Rico Carrillo (**La aplicación de técnicas informáticas en el campo del Derecho Procesal**), luego de introducir al lector en la materia objeto de su ensayo, se refiere a la influencia de la tecnología en el quehacer jurídico, a la informática y su relación con el derecho procesal, a los nuevos métodos probatorios (el documento, la firma y los soportes electrónicos), a la tramitación de los procedimientos administrativos a través de estos mecanismos de prueba, a las notificaciones, la interposición de recursos y, finalmente, a la informática como herramienta de ayuda en la toma de decisiones.

25. Rodrigo Rivera Morales (**Los presupuestos procesales y la nulidad**), considera que lo primero que debe examinarse, tanto por las partes como por el juez, es si la relación procesal está válidamente constituida. Esto es, el juez verificar si se dan los requisitos para proceder a la dinámica procesal, opinión que no afecta el fondo del asunto, pues negar la existencia de los presupuestos procesales, no implica rechazar la de la acción. Seguidamente explana las excepciones y presupuestos

procesales (“concepto sobre el cual existe confusión”) y la nulidad en los actos constitutivos del proceso, a saber: la falta de jurisdicción y de competencia, la cualidad de la persona, los defectos de forma de la demanda, la cosa juzgada, la caducidad de la acción, la prohibición de la ley de admitir la acción propuesta y el procedimiento o trámite adecuado.

26. Nelson E. Rodríguez García (**Constitución, procedimientos de participación del pueblo en el proceso de formación de la voluntad del Estado, democracia, pluralismo político y valores del ordenamiento**), luego de presentar el tema que estudia, se refiere al valor normativo directo de la Constitución vigente y la positivación constitucional de los valores superiores, a la relación entre Carta Fundamental, Estado y Derecho, a la participación del pueblo en la formación de la voluntad del Estado, a los referenda como expresión de la soberanía del pueblo y a las formas de manifestación política de la voluntad popular.

27. Juvenal Salcedo Cárdenas (**Los sujetos procesales en el proceso penal ordinario: Sus auxiliares**), antes de entrar en el tema de su ensayo, considera necesario referirse a las funciones fundamentales del proceso (acusación, defensa y decisión) para destacar, primero, que cada una de ellas es ejercida por una persona (sujeto procesal); y, segundo, que el Código Orgánico Procesal Penal, en su parte pertinente, no se refiere a uno de ellos: el juez, quien tiene a su cargo la función de decidir. Sobre esta base, define a los sujetos procesales en la acusación (Ministerio Público y acusador Privado); de la defensa (imputado-acusado); y de la decisión (el juez). Finaliza refiriéndose a los auxiliares de los sujetos procesales y explica la normativa vigente sobre estas materias.

28. José Vicente Santana Romero (**La confesión y las posiciones juradas en materia laboral**) estudia “lo establecido por nuestro legislador en el Código de Procedimiento Civil del artículo 403 al 419 del mismo, así como en el artículo 52 de la Ley Orgánica del Trabajo” al tiempo que efectúa “una anotación especulativa y crítica de las concordancias que se pudiera encontrar en el ámbito del derecho en general”. Concluye señalando decisiones judiciales aplicables a los casos analizados con el objeto de “determinar los diferentes tipos de confesión y las formas en que las partes en el proceso las pueden obtener”.

Con esta base, señala algunas “soluciones para esos problemas que la Ley Orgánica del Trabajo no resuelve, ya que tanto la promoción como la evacuación de esta prueba se encuentra establecida en el Código de Procedimiento Civil, teniendo el litigante que de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la Ley Orgánica del Trabajo adaptarla a la aplicación de la Legislación Laboral, legislación que por lo demás es especial con términos diferentes a los planteados por la legislación civil”. Seguidamente, se refiere a “la confesión y los tipos de confesión”, la promoción y evacuación de las posiciones juradas y expone, finalmente, las conclusiones de su ensayo.

29. Carlos J. Sarmiento Sosa [**Los principios del proceso civil en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (con referencia al Código de Procedimiento Civil venezolano y al Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica)**] sostiene que una de las finalidades perseguida, al promulgarse la Ley Orgánica Procesal de Tribunales y Procedimiento del Trabajo en 1940, fue la de crear un procedimiento especial y autónomo para la sustanciación de los juicios del trabajo no fue logrado porque, al remitir al Código de Procedimiento Civil, “el proceso laboral quedó convertido en un proceso excesivamente escrito, lento, pesado, formalista, mediato, oneroso y no provechoso, para nada, a la justicia”. Esto, aunado a la normativa consagrada en la Constitución vigente, llevó a la novísima Ley Orgánica Procesal del Trabajo, fundamentada en los principios allí señalados.

Su estudio lo dedica a analizar estos principios a la luz de las disposiciones del Código de Procedimiento Civil venezolano y del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, agregando en cada apartado sus propios comentarios sobre la materia. De este modo se refiere a los principios de autonomía y especialidad de la jurisdicción laboral, de gratuidad, de oralidad, de inmediación, de concentración, de publicidad, de brevedad, de dirección del Juez en el proceso, de la sana crítica, de la equidad, de que las partes están a derecho, de lealtad y probidad en el proceso y dispositivo. Concluido tal empeño, señala sus conclusiones, entre las cuales destaca la necesidad de “una reforma procesal en la cual se acoja el mandato constitucional contenido en el artículo 257 de la CRBV según el cual las leyes procesales establecerán la simplifica-

ción, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y publico con el fin de cumplir con el objetivo del proceso que no es otro que la realización de la justicia”.

30. Bernardo Tahán Gómez (**Errores Más Frecuentes en el Escrito de Formalización del Recurso de Casación**), luego de señalar que, en materia de casación civil, tan importante es lo que debe plantearse como aquello que no debe materializarse en el recurso, explica estos errores que el profesional tiene que evitar. De este modo explica los errores en el planteamiento de las denuncias de actividad (falta de síntesis de la controversia, inmotivación, incongruencia e indeterminación), el quebrantamiento de formas esenciales (indefensión y reposición no decretada), los errores en las denuncias por infracción de ley y de casación sobre los hechos y los errores relacionados con las medidas cautelares, el recurso de nulidad, la impugnación del poder en casación y la confesión ficta. Finaliza su ensayo señalando tres maneras de atemperar los errores mencionados en el momento de preparar el escrito de formalización.

31. Guido E. Urdaneta (**La oralidad y el proceso por audiencias en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo**), luego de destacar que la nueva normativa procesal del trabajo desarrolla los principios que, sobre la materia, consagra la Constitución vigente, analiza sólo uno de ellos: el de la oralidad, “que predomina en el proceso judicial en examen y, tangencialmente, su estrecha e inescindible vinculación con otros, además de la forma como se materializa dicho principio durante el desarrollo de las audiencias –preliminar y de juicio– que le sirven de escenario”.

32. Guido E. Urdaneta (**La oralidad y el proceso por audiencias en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo**), luego de destacar que la nueva normativa procesal del trabajo desarrolla los principios que, sobre la materia, consagra la Constitución vigente, analiza sólo uno de ellos: el de la oralidad, “que predomina en el proceso judicial en examen y, tangencialmente, su estrecha e inescindible vinculación con otros, además de la forma como se materializa dicho principio durante el desarrollo de las audiencias –preliminar y de juicio– que le sirven de escenario”.

33. Carlos Alberto Urdaneta Sandoval (**Aspectos del procedimiento de las medidas cautelares atípicas en los ámbitos civil y mercantil**) expone las distintas interpretaciones dadas “al procedimiento cautelar, especialmente en lo que toca a su desarrollo para llevar a la práctica la potestad de dictar medidas cautelares atípicas del juez civil”, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia venezolanas. Afirma que “una razonable interpretación del procedimiento judicial en orden al cual se dictan medidas cautelares atípicas tiende a garantizar los derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, previstos en la Constitución de 1999”, razón por la cual presenta una sistematización de lo expuesto sobre la normativa correspondiente, al tiempo que analiza el procedimiento aplicable; la legitimación para solicitar medidas cautelares atípicas; el decreto *ex officio* de dichas medidas; el problema del concepto ‘partes’ en el parágrafo primero del artículo 588 del Código adjetivo civil; la apreciación de la prueba del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*; los problemas del decreto de la medida cautelar atípica por vía de caucionamiento y el de la sustitución de la medida por una caución; la oposición como medio de impugnación de las medidas cautelares atípicas, tanto en el procedimiento civil como en el procedimiento mercantil; el recurso de casación respecto de las medidas cautelares atípicas; y, finalmente, la ejecución de las medidas cautelares atípicas”.

34. Edison Verde Oroño (**Valoración del testimonio por la casación venezolana**), con fundamento en la importancia de este medio probatorio en el campo laboral, analiza, en su ensayo, “la doctrina jurisprudencial (...) de la casación venezolana, en relación con la valoración de la prueba de testigos”, proferida tanto por la Corte Suprema de Justicia como por el actual Tribunal Supremo de Justicia: “de esta manera, examinamos la doctrina casacional más importante recopilada durante los siete últimos años de vigencia del Código de Procedimiento Civil de 1916 y los tres primeros lustros de la reforma al texto adjetivo, cuya aplicación data del año 1987, lo que seguramente suministrará al lector las diversas posturas adoptadas, por las distintas salas del Tribunal Supremo de Justicia, durante la apreciación formulada bajo la vigencia de las mencionadas leyes procesales, que se enmarca desde la aplicación de reglas legales hasta las reglas de la sana críti-

ca”, sin olvidar la exposición de nociones básicas que permitan la comprensión cabal de la materia.

35. Andreína Zambrano de Hernández (**Algunas consideraciones acerca de ¿cómo se forma la sentencia en la mente del juez?**) afirma que “la subsunción lógica es una típica creación del pensamiento ilustrado, que luego recogería el positivismo legalista y que no comenzaría a tambalearse hasta la aparición de las corrientes filosóficas vitalistas e irracionalistas” que han utilizado para ello “argumentos de tipo político (como el “decisionismo” de Carl Schmitt) o, mas modernamente de tipo lógico como el caso de Viehweg, Larenz, Kaufmann, Esser y Perelman”, amén de otros “deducidos de la experiencia, en donde los norteamericanos han jugado un papel trascendental”. Partiendo de esta base, presenta “un vistazo tanto de la teoría del silogismo según ‘la Génesis Lógica de la Sentencia’ de Pierro Calamandrei, como de algunas escuelas, corrientes y críticos de la teoría de la subsunción, a fin de exponer distintas ideas de lo que podría llamarse método judicial o proceso mental de toma de decisión por parte del juez” con miras a “poner al relieve que la indagación del proceso de elaboración de una sentencia –entendido como el camino formal e intelectual que lleva de la demanda al fallo– no es tan sencillo y lógico como aparenta y presentar otros puntos de vista basados en la experiencia judicial venezolana, norteamericana y de algunos países de Europa”.

V. Para concluir, deseamos agradecer la colaboración recibida en la preparación de esta obra tanto de quienes participan en la misma, como la de quienes –por una razón u otra– no pudieron actualizarla y aprovechar la oportunidad para destacar –una vez más– ante la comunidad jurídica, los méritos sobresalientes de este ilustre jurista, “de honradez acrisolada, y uno de los brillantes exponentes de la cultura jurídica nacional”.

Caracas, 18 de julio de 2003

Fernando Parra Aranguren

Curriculum Vitae *Félix S. Angulo Ariza*

Nacido en Guanare el 28 de mayo de 1890, Félix Saturnino Angulo Ariza culminó sus estudios en la Universidad Central de Venezuela en el año 1918. Seis años después, en 1924, superadas las dificultades que lo alejaron de Caracas y que lo llevaron a residenciarse en su ciudad natal, aun cuando también ejerció la abogacía en Barinas y Apure, optó por el título de Doctor en Ciencias Políticas y Sociales, previa la presentación de la Tesis de Grado correspondiente, **El consentimiento de la madre como requisito para la declaratoria de legitimación en el Código Civil venezolano**, siendo el graduando número 139 del siglo XX, en una promoción donde sólo se graduaron siete, figurando entre sus compañeros Jesús Arocha Moreno, Francisco Azpúrua Feo y Domingo Antonio Coronil.

En el Poder Judicial se desempeñó en la Corte Suprema del Distrito Federal (1927-1929 y luego a partir de 1931), por una parte; y, por la otra, fue Magistrado de la Corte Federal y de Casación (luego Corte Suprema de Justicia y hoy Tribunal Supremo de Justicia) en las tres Salas que la conformaron y, hasta su muerte, acaecida el 26 de diciembre de 1971, ejerció el cargo de Conjuez. En el Ejecutivo, fue Secretario General de Gobierno en los estados Zamora (hoy Barinas, 1929-1931) y Portuguesa (1936-1937); fue, asimismo, Consultor Jurídico en el Ministerio de Agricultura y Cría. En el Legislativo, fue miembro de la Cámara

de Diputados (1941-1945), donde tuvo activa participación, especialmente en la elaboración del Código Civil de 1942.

En el campo docente dio clases en la Educación Superior desde 1934 hasta 1958, cuando le fue acordado el beneficio de la jubilación. En su *Alma Mater* se desempeñó como Vicerrector –tiempo en que fue, varias veces, encargado del Rectorado– y, como profesor, habiendo regentado las cátedras de Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho Constitucional, Derecho Romano, Economía Política y Enjuiciamiento Criminal, hoy Derecho Procesal Penal (ésta desde 1937). Asimismo, enseñó en las universidades Santa María y Católica Andrés Bello. En lo académico, fue Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

De sus obras destaca **Cátedra de Enjuiciamiento Criminal**, pues fue no sólo “la más querida por él dentro de su producción bibliográfica” sino el resultado de largos años de estudio-docencia”, pues representó “la culminación de una experiencia de varios decenios consagrados a la enseñanza: una conjugación feliz de la teoría con la práctica”, según apunta el prologuista de la misma, Rafael Caldera Rodríguez. En ella –según indicó el propio Angulo Ariza pocos meses antes de su muerte– recogió las enseñanzas que impartió desde 1945 “con el sabor a Cátedra, sin pretender hacer un tratado, sino dejando cada tesis, como si fuese una lección de aula”, con las modificaciones hechas al Código de Enjuiciamiento Criminal entre 1959 y 1962.

Tres años antes de su fallecimiento, el Muy Ilustre Colegio de Abogados del Distrito Federal patrocinó un acto en su honor, y doce años después de su tránsito final, acaecido el 26 de diciembre de 1971, su *Alma Mater*, a través del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, conjuntamente con el Ministerio Público editaron un libro “que constituye un acto de justicia a quien fuera el Maestro de varias generaciones de abogados, sobre todo de aquellos especialistas en Derecho Penal y, en particular, en Derecho Procesal Penal”, en palabras de quien presidiera la última de las instituciones patrocinantes para la época, Pedro J. Mantellini González, su alumno en Derecho Constitucional en 1939 y de Enjuiciamiento Crimi-

nal en 1945, su Jefe de Trabajos Prácticos en esta última Cátedra y su amigo de toda una vida.

Veinte años después de la difusión de esa obra, el Tribunal Supremo de Justicia ha decidido la publicación de este nuevo Libro Homenaje al Maestro, donde se han reunido —como expresión de su polifacética labor docente— estudios de derecho adjetivo no sólo en el campo penal sino en el civil y en otras disciplinas jurídicas, con la finalidad de que su nombre sea siempre recordado por los nuevos miembros de la comunidad jurídica donde se desempeñó con tanto lujo de aciertos.

**Discurso Pronunciado
por el Doctor Carlos Siso Maury
en Homenaje al Doctor Félix S. Angulo
Ariza, Venezolano Ilustre**

Ciudadanos

**Presidente y demás Miembros de la Junta Administradora
del Colegio de Abogados del Distrito Federal**

Señor Doctor Félix S. Angulo Ariza;

Distinguidos Colegas;

Señoras, Señores:

Me embarga una gran emoción –no lo puedo negar– al pronunciar estas palabras en homenaje al Doctor Félix S. Angulo Ariza por el filial afecto que siento por él, herencia de la vinculación fraternal que lo unió a mi padre desde la temprana juventud, cuando ambos, llenos de ilusiones, luchaban contra la adversidad, para culminar la carrera de Derecho en la Universidad Central de Venezuela. Desde las aulas universitarias, espiritualmente unidos, juntos recorrieron largo trecho del camino de la vida, hermanados por una sincera admiración recíproca, nacida de una amistad leal, consecuente, que supo mantenerse incólume al través del tiempo y las generaciones, como corresponde a aquellas que son producto de los sentimientos nobles de seres superiores.

La Junta Administradora del Colegio de Abogados del Distrito Federal ha querido cumplir con un deber de justicia, decretando este Homenaje al Doctor Angulo Ariza, socio muy distinguido, abogado de honradez acrisolada, y uno de los brillantes exponentes de la cultura jurídica nacional.

Tenemos que agradecer al Presidente y demás Miembros de la Junta el profundo sentido humano, venezolanista, de este acto, porque en él se destaca la figura del homenajeado, haciendo un reconocimiento a los méritos de tan eminente ciudadano, culminada ya su vida profesional, cuando puede recibir personalmente el fruto de sus dedicaciones y ser todavía útil a la Patria por el consejo y la sabiduría.

La larga y paciente labor de Angulo Ariza no ha sido escandalosa ni espectacular. No la realizó con fines interesados, para alcanzar fama y nombradía, ni mucho menos riquezas materiales. No aspiró al elogio fácil ni a la efímera gloria. Dedicó sus esclarecidas dotes intelectuales, su vida y sus rígidos principios al servicio de la colectividad. Hombre modesto, recto, ecuánime, se ha impuesto en la conciencia pública por su vida ejemplar y sus raras virtudes morales. Por eso este homenaje decretado es digno de alabanza, porque enaltece la figura de uno de nuestros más ilustres abogados, y hace suyo el triunfo, de los verdaderos e inmutables valores, así estén representados por quien en forma austera y callada ha dedicado su existencia a enseñar, a impartir y solicitar justicia, identificando su trayectoria a inflexibles normas éticas.

Angulo Ariza viene de la provincia venezolana, esa inextinguible cantera de mentalidades brillantes, prueba inequívoca de la fecundidad de nuestro pueblo. Ellos se acercan a la capital, medio cerrado y difícil, para triunfar en él por méritos propios, y convertirse en genuinos representantes de esa escogida sociedad nacional donde sólo impera el talento y las virtudes propias de la raza. Angulo Ariza como muchos notables venezolanos, Carlos Morales, César Zumeta, Salvador Córdoba, Juan Iturbe y otros, supo de la desesperanza del joven pobre, del valor del esfuerzo tesonero, porque llegó a Caracas sin más bagaje que una sólida formación moral, una férrea voluntad y una brillante inteligencia, todo siempre al servicio del bien. Cuando pienso en la Venezuela de ayer, apenas advenido el siglo, no puedo menos de admi-

tir la capacidad de esos pioneros de la cultura venezolana, nacidos en el campo o en ciudades bien distantes de la metrópoli, surgidos para dar lustre a la nacionalidad.

Félix S. Angulo nació en Guanare —la bella ciudad de aspecto colonial, calles empedradas, casa amplias con aleros, con trojas o camullones, donde la vida era sencilla, plácida—, en el hogar ejemplar de Saturnino Angulo y Victoria Ariza, personas muy estimadas por sus virtudes y condiciones morales. Esa casona constituía para la familia y amigos la despensa, el amparo de todo aquel necesitado de apoyo moral y material. Allí aprendió Ariza, con el ejemplo vivo de sus padres, las primeras lecciones de rectitud, de la misma manera que Don Saturnino le enseñó, personalmente, las cuatro reglas de aritmética y a leer.

El joven, entre siete hermanos, estudió en el Colegio Federal de Guanare, hasta que en segundo año de Bachillerato, en 1904, conoció a Monseñor Aguedo Felipe Alvarado, Obispo de Barquisimeto, virtuoso Prelado, quien lo tomó bajo su generosa protección y lo trasladó al Seminario de la Diócesis, con la peculiaridad de que tan perspicaz sacerdote, adivinando las condiciones de su pupilo, lo inscribió paralelamente en el Colegio Federal de la ciudad para que pudiera terminar su Bachillerato, porque en el claustro, recién fundado, no se abrían esos cursos. De allí fue enviado Angulo, siempre por insinuación de su bondadoso amigo, al Seminario de Caracas, del cual era rector en ese entonces Monseñor Nicolás Eugenio Navarro, ya distinguido sacerdote e intelectual. Estaba el Seminario Mayor de Madrices a Ibarra, mientras que el Menor funcionaba en el local que ocupó durante muchos años el diario *La Religión*, al lado de la Catedral, y donde por cierto conoció, entre muchos otros seminaristas, al hoy ilustre Obispo y caballero, *Monseñor Jesús María Pellín*.

Monseñor Navarro, hombre de recio carácter y personalidad, llamado por su sabiduría a ocupar elevados cargos en la Curia, con fama de estricto y seco en su trato, captó desde el primer momento la inteligencia del mozo puesto bajo su dirección, y así vemos que Angulo fue designado, a poco, Bibliotecario del Seminario Mayor, donde existía una selecta y valiosísima colección de libros. También atendía Angulo las

misas del Rector, y así recuerda la que mensualmente se decía en la casa de una familia Espino, en Santa Rosalía, en su oratorio privado, donde siempre acompañaba a Monseñor Navarro. Fue tanta la confianza que tuvo este sacerdote en el joven guanareño, que lo buscó para que le sirviera como corrector de pruebas en todos los trabajos que se presentaban.

Se acercaba el momento de recibir el subdiaconato, y fue el propio Arzobispo de Caracas quien se encargó, en varias pláticas, de preparar a los aspirantes. *Monseñor Castro*, esa venerada figura, digno exponente del clero nacional, por la profundidad de sus conocimientos y su personalidad, supo aclarar en la mente de Angulo los gérmenes de las nacientes dudas que surgían en él con relación a su vocación. Para el joven provinciano que mucho respetaba y agradecía a Monseñor Navarro, aquellos temores se convertían en un grave conflicto de conciencia, pues no deseaba engañar a sus superiores, ni tampoco defraudar la confianza en él depositada.

Por circunstancias especiales llegó a Caracas, enviando como Legado de su Santidad un sacerdote italiano, muy simpático y jovial, Monseñor Aversa, y le fue designado Angulo como guía, para que lo acompañara en sus salidas. Fue él quien se percató de la salud desmejorada del seminarista, producto de la angustia íntima en que vivía, ante la incertidumbre de su futuro destino. Aversa le recomendó a Navarro que le hiciera examinar por un médico, y éste lo envió a la consulta del Doctor Conde Flores.

Era cierto, un ruido pulmonar y otras afecciones aquejaban al joven estudiante. Cuando Angulo sugirió la posibilidad de trasladarse a Sanare, el reputado galeno le dijo que no podía hacer mejor escogencia, porque desde la época de la Colonia los españoles llamaban ese pueblo “Sanare”, por su clima ideal.

Sin embargo, Monseñor Navarro no quiso desprenderse en forma tan rápida de su inteligente pupilo, y prefirió mandarlo a Los Teques, bajo su inmediata vigilancia. No fue nada propicio el temperamento al enfermo, al extremo que agravó y sorpresivamente, ese hombre consi-

derado por algunos como el ejemplo de rigidez y frialdad se presentó personalmente para visitar a su querido seminarista, colmándolo de regalos y atenciones.

Quiso el destino que Angulo obtuviera permiso para mudarse a Sanare, y al pasar por Barquisimeto se cobijó nuevamente bajo el espíritu comprensivo de Monseñor Alvarado, a quien le confesó su falta de verdadera vocación sacerdotal. En gesto que lo enaltece, el recio varón acompañó personalmente a Angulo para comprarle las ropas necesarias para quitarse la sotana, y se encargó de enviarlo a Sanare, al cuidado de su familia y del Párroco del pueblo, para que allí repusiera su salud. Hay que decir aquí, que cuando Angulo se sinceró con su protector, con mayor confianza que como lo hubiera podido hacer con Monseñor Navarro, el Obispo se limitó a sonreír socarronamente y decir “ya el llanero se mascó el cabestro”...

De Sanare, recuerda Angulo al Padre Pissá, y a su pariente Cayetano Pons, un inmigrante venido del Viejo Continente, a quien admiró por su capacidad de trabajo, honradez y espíritu emprendedor, que le permitió hacer sólida fortuna, ganada en pocos años y de quien dice que era el ejemplo más preciso que tuvo de una economía cerrada, porque hasta uvas sembraba en Yacambú, producía su propio vino, y a ese comerciante lo único que no le compraban en Sanare eran los fósforos. Ese hombre acogió con todo cariño al guanareño, por largos meses lo hizo convivir en su hogar, y hasta lo regañó cuando una vez lo encontró tomando unas píldoras que le habían recetado para su enfermedad, “nada de remedios, sólo comida, mucha comida, es lo que necesita”. Para con ese anciano, Angulo conserva al través de sesenta años, una deuda de gratitud, que se esmera en corresponder con afecto y delicadeza en Teresita, hija de Don Cayetano... ejemplo de quien vino a sembrar en el surco venezolano la semilla del trabajo enaltecedor...

Ya repuesto, regresa Angulo a Caracas. Unas veces lo había hecho embarcando en Tucacas hasta La Guaira y otras tomando el ferrocarril en Puerto Cabello, cuando la vía no estaba interrumpida por derrumbes. Deseaba seguir la carrera de las leyes, y al inscribirse, en 1910, como sólo pudo darse de alta en diciembre, la Universidad no lo quería admitir

porque no habíase registrado al empezar el curso. Su antiguo Rector del Seminario, Monseñor Navarro, vio por él una vez más, y le pidió al Doctor Alejo Zuloaga, Rector, que le solucionara ese inconveniente.

Desde el comienzo sus estudios son brillantes. Sus compañeros lo saben apreciar. Por méritos propios llega a Director de la Revista Universitaria, órgano del Liceo de Ciencias Políticas, así como también interviene en incidentes estudiantiles, el año 1913, que ocasionaron el cierre del Aula Mater, y también en las manifestaciones de 1918, cuando festejando el triunfo de los aliados, llevaba la bandera tricolor, como símbolo de libertad. Porque en el cuerpo enjuto del estudiante portugués se templaba un hombre lleno de ideales nobles, un espíritu liberal, amante de la justicia y de la humanidad; consecuencia de su formación cristiana y de una larga tradición familiar de amor al trabajo, al terruño y a la Patria.

De su paso por la Universidad, estudiante de brillantísimas calificaciones que promedian el *Summa Cum Laude*, deja Angulo, amigos entrañables, entre ellos Jesús Vázquez Calzadilla, Carlos Siso, Antonio Gordils, Santiago Siso Ruiz, Lorenzo Mendoza Aguerrevere, José Abel Montilla, Luis Crespo Flegel, Tadeo Guevara Rojas, Manuel Bello Rodríguez, José Antonio Izaguirre y Tomás Liscano, además de establecido el hecho de que alrededor de su persona no crecieron odios ni envidias, ya que al igual que en su largo ejercicio, como Juez y Maestro, fue símbolo de justicia, confraternidad y ecuanimidad.

En la vieja casona de San Francisco, tan querida y grata para aquellos que allí concurríamos, terminó sus estudios aquel a quien Luis Rafael Medina Iturbe apodaría con gracia “EL CURA ANGULO”, como todavía le dicen en la intimidad quienes por él sienten afecto y predilección.

Para hacer olvidar sus actividades revolucionarias, propias de todo espíritu juvenil, y evitar represalias, en 1918, con motivo de la epidemia, Angulo se traslada a Guanare, en misión altruista de la Cruz Roja. Allí se entera que su compañero, Santiago Siso Ruiz, fue reducido a prisión, y resuelve quedarse en su ciudad natal, para dedicarse al ejercicio de la profesión, lo cual hace con singular maestría. Recién instalado se le

presentó un asunto de importancia, en el cual se calibraba su capacidad profesional. Se enfrentaba a un litigante experimentado, al Procurador Euclides Arnao, y era la comidilla de un cronista de la ciudad, Juan Antonio Quintero, que “el pollo es bueno, pero está peleando con gallo viejo”, quien por cierto resultó vencido, con el consiguiente reconocimiento, en la región, de la buena fama del joven abogado.

Paralela a la carrera ascendente del profesional, recibe éste, con motivo de haberle ofrecido su primogénito, una carta de su venerado amigo Monseñor Alvarado, llena de afecto, de puño y letra del anciano, y dirigida a “ANGULITO”, como le decía cuando estudiaba a su lado en el Seminario de Barquisimeto. Es la despedida del gran Prelado al hijo dilecto. No pudo, para señalar el dolor que sienten los que se van, más que escribir: “Ya estoy muy viejo, y puedo decir como el Cantor de la última Luz”.

Mis fuerzas van decayendo
Poco me resta de vida,
y el alma va presintiendo,
la postrera despedida”.

En 1923 el General Gregorio Cedeño, Presidente del Estado, lo hace detener acusado de revolucionario. Aún hoy, Angulo se asusta de la gravedad de los cargos que le hacían, y de los cuales se enteró por una carta publicada en el Boletín del Archivo de Miraflores. Entonces, después de tres meses, logra salir en libertad, y prudente, se instala en Apure para seguir ejerciendo su profesión.

Un día lo sorprende un llamado de Caracas. Su amigo y compañero, *Carlos Siso*, quien fraternalmente se interesó por él, le hace saber por intermedio del General José Garbí, hombre de bondadosos procedimientos, que podía regresar a la Capital sin temor a nuevas persecuciones y con absolutas garantías.

El retorno es inmediato. Angulo desea presentar el Examen Integral y obtener su Doctorado. Su carrera, que empezó en 1910, culmina el 26 de noviembre de 1924, después de 14 años de duros sacrificios, con

calificaciones de veinte puntos en tan exigente prueba, la nota máxima, la que siempre obtuvo en sus estudios.

EL JUEZ

En 1926 ingresa Angulo como miembro de la Corte Suprema del Distrito Federal, y salvo muy breves interrupciones continúa en el Poder Judicial hasta 1959, cuando se le jubiló en atención a sus valiosos servicios. Fue miembro de la Alta Corte Federal y de Casación y de la Corte Suprema de Justicia. Compartió tan graves responsabilidades con jueces eminentes como Lorenzo Herrera Mendoza, José Antonio Bueno, Pedro Arismendi, Alberto Díaz, Carlos Yoly Zárraga, Gustavo Manrique Pacanins y tantos otros que han sido modelos de rectitud, sabiduría y honestidad.

La trayectoria de Angulo Ariza como Juez fue símbolo de *Justicia*. En la Corte Suprema del Distrito Federal le tocó conocer del célebre juicio DIB-Ramia, y con su ponencia puso fin a tan intrincado asunto, igual que sucedió con otro caso complicado, MARTÍNEZ contra GALAVÍS, por nulidad de juicio arbitral, que cumplía veinte años de haber comenzado cuando con el proyecto de Angulo se sentenció. Ese gran litigante, que fue Alonso Calatrava, denunció en Casación cuarenta y nueve puntos de nulidad, recurso que fue declarado sin lugar y dejó firme la sentencia redactada por nuestro homenajeado. Un abogado de categoría, el Doctor Valdivieso Montaña lo felicitó: “¡Qué gran sentencia muchacho. Fui el ponente en Casación y no encontré ni una sola causal de nulidad!”.

En Casación fueron muchas sus intervenciones. Quiero recordar como dignos de especial mención los juicios Banco Central-Banco Venezolano de Crédito y la Nación contra la Compañía Holandesa constructora del Puerto de La Guaira, en cuya ponencia se acogió la tesis de Angulo, de que se trataba de un contrato de tracto sucesivo, y lo cual simplificó el asunto que parecía ser de difícil solución.

Este homenaje, para quien se ha honrado con el título de *Juez*, es extensivo al Poder Judicial. A los hombres que de buena fe ponen sus conocimientos y virtudes al servicio de la Justicia. Nuestros jueces han

sido incorruptibles y abnegados. Jamás han recibido una remuneración acorde al valioso servicio que prestan a la sociedad. Han sabido dignificar sus cargos, porque nuestros magistrados han actuado sin las garantías de una carrera, sin las esperanzas de un escalafón y en medio de adversas circunstancias sociales que hay que tomar en cuenta, antes de dar rienda suelta a una crítica, que a la par de injusta tiende a desintegrar una base necesaria para la existencia de la sociedad liberal y civilizada.

En estos momentos no quiero pasar por alto las figuras de jueces que, como *Antonio Planchart Hernández*, *Luis Crespo Flegel* y tantos otros, bien merecen un reconocimiento de sus conciudadanos.

EL ORADOR Y ESCRITOR

Cuando Carlos Morales habla de Angulo Ariza se refiere a él como “Pico de Oro” por sus dotes de orador, que se han puesto de relieve en varias piezas, de gran contenido humano y exquisita sensibilidad.

Angulo discurre para dar a hondos estados emotivos, y cuando lo hace, el auditorio admira el verbo galano y la prosa impecable de quien, por su profunda formación humanística, es también Maestro en el arte del buen decir.

Conocidos son sus elogios del Ilustrísimo Doctor José Vicente de Unda, del recordado Doctor Francisco Antonio Rísquez y los pronunciados en homenaje a los doctores Nicomedes Zuloaga, Carlos Siso, José Antonio Bueno, Luis Olavarría Matos y Tomás Liscano, con ocasión de la colocación de los retratos de dichos juristas en la galería de Abogados *Ilustres* de este Colegio.

Al acólico de Monseñor Nicolás Eugenio Navarro, el mismo que recibiera de él muestras de solícito afecto, cuando era un joven seminarista provinciano, correspondióle, pasados los años, pronunciar el Elogio de tan distinguido sacerdote, acaecida su muerte.

De igual manera, cuando desempeñaba la Rectoría de la Universidad Central de Venezuela, tocóle a Angulo Ariza pronunciar los importantes

discursos de Orden, con motivo de las recepciones en el Aula Mater de los Presidentes de las Repúblicas de Colombia y Ecuador, doctores Alfonso López y Arroyo del Río.

Con motivo de cumplirse cincuenta años de promulgado el Código de Procedimiento Civil vigente, el Colegio de Abogados del Distrito Federal decretó una Sesión Solemne. Allí oímos su palabra sabia, analizando, con la maestría propia del procesalista, tan magnífico texto legal, cuya reforma y redacción se debe en gran parte al notable abogado, Doctor Pedro Manuel Arcaya. No para allí la inquietud intelectual de Angulo Ariza. También ha dedicado sus estudios a la figura patricia de Don Pedro Gual, a “La Constituyente de 1811”, y en su folleto *Bolívar en la Llanura* vincula las actividades del héroe al terruño, al que tanto debe la causa de la Independencia.

EL PROFESOR Y MAESTRO

Desde 1928 ingresó Angulo Ariza como miembro de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Treinta años más tarde, el Consejo Académico acordó su jubilación, “*Considerando:* que el Doctor Félix S. Angulo Ariza ha venido prestando servicios a la Universidad, como profesor de Derecho Penal, Derecho Mercantil, Economía Política, Derecho Romano, Derecho Civil, Derecho Constitucional y Derecho Procesal Penal; caracterizándose en el ejercicio de su labor docente como uno de los más distinguidos profesores vinculados al Instituto; y que la labor docente cumplida es digna de justiciero reconocimiento”.

Hasta 1967, durante cuarenta años, Angulo Ariza ha dictado cátedras de las más diversas materias, pero su predilección ha sido el derecho procesal, el cual ha explicado hasta en especialidades del mismo. En la Universidad Central formó parte del grupo de brillantes profesores, como Alejandro Urbaneja, Juan José Mendoza, Lorenzo Herrera Mendoza, Caracciolo Parra León, Rafael Pisani, Germán Suárez Flamerich, Luis Felipe Urbaneja, y otros, que tanta fama dieron al claustro universitario, por su sabiduría.

Fue nombrado Vicerrector, encargado del Rectorado, cuando en un gesto de delicadeza sin precedentes, el Ejecutivo Nacional no quiso sustituir, al distinguido Rector, para ese entonces gravemente enfermo, *Doctor Antonio José Castillo*, promotor y creador de la actual Ciudad Universitaria. Con lujo de aciertos se desempeñó en tan delicado, cuán honorífico cargo, porque Angulo Ariza ha sido devoto de la ciencia y un forjador de juventudes.

EL LEGISLADOR

Muchos ignoran que el Código Civil de 1942 pasó por las manos de Angulo Ariza, quien fue designado ponente de la mayoría parlamentaria, para estudiar sus innovaciones y adaptar el texto definitivo. Trabajo arduo y de responsabilidad. El extenso proyecto tenía que aprobarse en corto tiempo legislativo. Defendió en el seno de esa mayoría parlamentaria casi todos los cambios sugeridos, y sólo salvó su voto en el punto referente al matrimonio de los leprosos, previa esterilización del hombre, por chocar esa disposición con sus arraigadas convicciones religiosas. Muchas y decisivas fueron sus intervenciones sobre la materia.

También le correspondió el Tratado de Límites con Colombia, colocándose al lado de dos grandes venezolanos, los eminentes doctores *Esteban Gil Borges* y *José Santiago Rodríguez*, de grata recordación para sus conciudadanos. Llevó la palabra con elocuencia, y ajustó los argumentos a la realidad del momento. En un valioso trabajo publicó el fruto de sus estudios sobre tan delicado asunto. Superó el concepto del nacionalismo recalcitrante, y dentro de su gran sentido patriótico, comprendió que la estabilidad fronteriza, la cooperación económica y la comunidad de intereses raciales y espirituales abrían paso a una nueva etapa para estas dos naciones, hijas, como otras del Libertador.

EL PROCESALISTA

Desde 1937 comenzó a dictar la cátedra de Enjuiciamiento Criminal, en la Universidad Central de Venezuela, la cual obtuvo posteriormente por Concurso, hasta 1957 cuando fue justicieramente jubilado. Sin embargo, hasta 1967 continuó enseñando la misma materia y especialidades

superiores de ella en las universidades Andrés Bello y Santa María, lo que lo haría acreedor, por sí solo al codiciado título de *Maestro*, con el que se le distingue.

Pero además, le cabe la satisfacción de que la mayoría de las reformas parciales del Código de Enjuiciamiento Criminal ya fueron pedidas por él en su cátedra. Puedo recordar entre otras, la materia relativa a las cuestiones prejudiciales, que aparecían deficientemente tratadas en el Código de 1926; la procedencia del Recurso de Casación, contra de la decisión del Juez Superior revocatoria del auto de detención, por no haber mérito para proseguir la averiguación, por estar prescrita la acción, o, por no ser punibles los hechos averiguados.

En la Universidad consiguió que la materia se denomine Derecho Procesal Penal, como corresponde, y aspira que la reforma total del Código comience por allí.

Como sustanciales, aboga: por el cambio del sistema de la prueba legal por el de la íntima convicción del Juez y el de la prueba científica, cosas que suponen, naturalmente, la reforma total del Código; que para garantizar debidamente la libertad personal, no sujetándola a un criterio precipitado o erróneo, sería conveniente que los autos de detención dictados por los jueces de instrucción no sean ejecutados antes de ser confirmados por el Juez de la causa, salvo los casos de delitos *in fraganti*, que merecen pena corporal, o, cuando haya habida confesión judicial del encausado.

Que el Juez de la Instancia, que dicte o confirme el auto de detención, como éste apareja la calificación del delito, pase el expediente a otro Juez, que conozca y dicte sentencia, para evitar las muy justificadas controversias, sobre si el Juez calificador ha emitido opinión sobre el fondo del asunto, y proporcionar así mayores garantías a los encausados;

Que se cumplan estrictamente los plazos establecidos en la Ley, tanto para dictar auto de detención como para declarar terminado el sumario, bajo pena de incurrir el funcionario judicial en responsabilidad penal.

Siempre se ha demostrado partidario de una reforma total del Código porque considera que los Capítulos I, II, y II del Título III del Libro III del Código de Enjuiciamiento Criminal, que tratan “De los procedimientos especiales relativos a los juicios contra el Presidente de la República y otros altos funcionarios”; “Del enjuiciamiento ante la Corte Suprema de Justicia”; y “Del Procedimiento en los juicios de responsabilidad de que conozcan los demás tribunales ordinarios”, requieren una reestructuración total, tanto de fondo como de forma;

Pide que se regrese al sistema vigente en anteriores oportunidades: que en los delitos como difamación, injuria, y delitos de prensa, y otros similares... no se haga efectiva la detención de los procesados mientras no exista sentencia condenatoria firme;

Que en los juicios de acción pública, la acción civil sea intentada conjuntamente con la penal, por el Fiscal del Ministerio Público, en forma obligatoria, y no considerarla exclusivamente de Derecho Privado, sin que el Estado tome en ella ninguna iniciativa, no obstante ser uno de sus primeros deberes el de la seguridad pública; acogiendo en esa forma la tesis positivista, para dar garantías a las víctimas del delito en lo que hace a la justicia restitutiva.

Tiene Angulo escrita desde hace años una obra completa sobre Derecho Procesal Penal, contentiva de sus sabias explicaciones en la cátedra, pero consecuente con sus principios, no la ha publicado, porque abriga la esperanza de hacerlo cuando en su texto pueda comentar un Código definitivamente reformado.

EL ABOGADO EN EJERCICIO

Tiempo ha tenido para solicitar Justicia este brillante profesional. En los primeros años con fama de abogado honesto y competente. Luego, se admiró además en él al jurista, y ya jubilado del Poder Judicial, se convirtió en Jurisconsulto, ponderado, incorruptible y de gran sabiduría.

Ha estado a la altura de sus más insignes colegas. De *Lorenzo Herrera Mendoza*, cumbre cimera del pensamiento jurídico nacional y de

José Ramón Ayala, quienes pronto deberán ocupar puestos, por derecho propio, en la Galería de Abogados Notables de este Ilustre Colegio. De Manuel Octavio Romero Sánchez, Carlos Sequera, Celestino Ferreira, Alejandro Pietri, Néstor Luis Pérez, Jesús Enrique Lossada y tantos otros valores que han sabido dignificar nuestra profesión.

LA VIDA PRIVADA

Hombre inquieto, de actividades múltiples, de intensa vida espiritual, Angulo Ariza encontró compañera en virtuosa dama llanera, heredera de tradiciones, con la cual fundó honorable hogar, en el cual fue Reina, la niña mimada de su corazón.

Su casa, como lo fue la solariega de sus padres, es el parador obligado de familiares y amigos, que encuentran allí una prolongación de la tierra portuguesiega, donde no se ha entibiado el amor a la ciudad nativa, y el nombre de la quinta, “El Ave María” es reproducción del que lleva el hatillo, vinculación permanente a su Guanare añorado, como lo es también, la oración que reza con fervor a la Patrona de Venezuela.

En ese remanso de quietud, en medio de su magnífica biblioteca, formada con sacrificios, dedica sus ratos íntimos al estudio y a su gran pasión: Bolívar. EL LIBERTADOR... ¡Qué gran admiración por el genio de América...!; por si fueran pocas sus ocupaciones, manteniendo con sobriedad y generosidad su casa, levantando cuatro varones, hoy reconocidos profesionales, y sin otros medios de fortuna que el producto de su trabajo tesonero, este hombre comedido y probo encontró siempre tiempo para servir a la Sociedad Bolivariana y rendir culto al Padre de la Patria...

Jubilado en la Universidad Central, como Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República, considerado uno de los más expertos casacionistas, convertido en el jurisconsulto acatado, Maestro de generaciones, su fama y sus enseñanzas, al igual que sus discípulos, llegan al más apartado rincón del territorio nacional. Ha alcanzado la plenitud intelectual. Está en posesión de la verdad, en pleno goce de todas sus facultades. Todo a su alrededor es afecto, amistad, administración y respeto, cosechando en vida lo que desde niño supo sembrar...

Una noche, de improviso, en segundos aciagos para la Patria, al alarido colectivo que ocasiona la tragedia nacional, se une un desgarrador grito de dolor de dos padres amantísimos, que heridos en lo más profundo de sus sentimientos, lloran la desaparición de la hija, flor y alegría de ese hogar. Para esa gentilísima dama, que dio cara a la muerte en cumplimiento del más sagrado de los deberes, que exhaló el último de sus suspiros, desafiando la furia de la naturaleza, para proteger al fruto de sus entrañas, cuyo nombre pronunció en postrer aliento, nuestro recuerdo emotivo. Con esa inmensa e imborrable pena, pero con el íntimo orgullo de saber que la hija hizo honor a su estirpe, esa pareja venerada y venerable reanuda el espinoso camino de la vida, apoyada en su profunda compenetración espiritual, y amparada en la resignación cristiana, que Dios misericordioso dispensa a los justos...

Termino esta breve reseña biográfica. Por su temple y la energía indomable de su raza, Angulo Ariza triunfa en el duro batallar de su vida. Es amigo noble, colega ejemplar y para seguir el consejo de Monseñor Alvarado, magnífico ciudadano, al través del agua limpia de su existencia.

* * *

FÉLIX ANGULO ARIZA, loado sea el Señor, que ha guiado tus pasos, y nos ha permitido acercarnos a ti, espiritual y afectivamente. Conserve Él tu vida por largos años y te colme de venturas. Que tus compatriotas agradezcan tus fecundas enseñanzas y sigan el ejemplo de quien ha transitado la vida con ingénita modestia e incorruptible dignidad.

Una Aproximación al Concepto de Empresa y de Grupo de Empresas en la Legislación Laboral Venezolana

Julio R. ALFONZO SOTILLO*

SUMARIO:

Delimitación del Tema.

- 1. La empresa y el Derecho del Trabajo.**
- 2. El Grupo de Empresas:** *2.1 El Principio de la Unidad Económica. 2.2 La Responsabilidad Solidaria. 2.3 Alcance de la Solidaridad.*

Conclusiones

DELIMITACIÓN DEL TEMA

El tema que nos ocupa es de dilatada extensión, y está conformado por múltiples facetas jurídicas, económicas, sociales y aun procesales; y sin

* Juzgado Superior Sexto del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, Juez. Universidad Central de Venezuela, *Magíster Scientiarum* en Derecho del Trabajo

duda alguna, constituye modernamente una de las realidades más relevantes en el mundo del derecho.¹ Sin pretender agotarlo, es nuestra intención exponer algunas reflexiones que nos ha suscitado la consideración del tema de La Empresa, así como también la definición del Principio de la Unidad Económica que la informa y del Grupo Económico, contemplados en la legislación laboral venezolana, así como también sus repercusiones en el campo de las relaciones de trabajo. Estamos conscientes también, que la determinación del concepto de “Grupo de Empresas” y de sus efectos, es una tarea difícil y limitada en su estudio, pues se trata de una figura de reciente incorporación en el Derecho del Trabajo, el cual no ha sido aún objeto de un análisis completo por parte de la doctrina; la jurisprudencia nacional, por su parte, presenta posiciones diversas, no sólo con respecto a la atribución de la condición de “Empleador” o “Patrono” del grupo frente al trabajador, sino también con respecto al alcance de la solidaridad de las obligaciones contraídas por las empresas que conforman esa comunidad frente a sus dependientes.

Para hablar del grupo de empresas y de sus efectos en el campo de las relaciones laborales, es necesario previamente definir la voz “empresa” desde el punto de vista del Derecho del Trabajo, así como también el Principio de la Unidad Económica; principio éste que es el que permite la configuración de los denominados “Grupos Económicos”. Por razones metodológicas, procederemos a analizar previamente el primero de los conceptos, esto es, la Empresa Laboral.

1. LA EMPRESA Y EL DERECHO DEL TRABAJO

Escapa de este ensayo el señalamiento de las diversas concepciones del término de empresa, desde la óptica del derecho mercantil y tributario, pues éstas la han definido desde sus particulares perspectivas, mientras el primero ha centrado tradicionalmente su estudio en el régimen del comercio y del empresario mercantil; el segundo, por su parte, en el régimen impositivo; a nosotros nos interesa el estudio de la empresa

¹ Montoya Melgar, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. Editores Tecnos, 21ª edición. Madrid 200, p. 524.

desde el ámbito del Derecho del Trabajo ocupado de regular el sistema de relaciones de trabajo y de actividades subordinadas en el seno de la empresa, y más específicamente nos interesa su consideración según las disposiciones de la vigente Ley del Trabajo venezolano.

En primer término, y de modo general, cabe señalar que la empresa ha sido definida por el legislador laboral en su artículo 16 en un sentido mercantil y la ha conceptualizado como “*una unidad económica de producción con finalidad lucrativa*”. Dice así la disposición legal *in commento*:

Para los fines de la legislación del trabajo se entiende por empresa la unidad de producción de bienes o de servicios constituida para realizar una actividad económica con fines de lucro.²

Constituyendo, sin duda, una evidente realidad de significación jurídica, económica y también social, aspecto este último que ha pretendido ser limitado por las corrientes liberales del pensamiento jurídico. Esa realidad está constituida por la organización de las facultades de producción del capital y del trabajo que tiene por finalidad la consecución de ganancias. Esa finalidad de lucro ha sido tradicionalmente el elemento distintivo de la empresa, aun bajo la óptica del Derecho del Trabajo, y ello obedece a la no superada definición propia del Derecho Mercantil, que vincula necesariamente el vocablo “empresa” con la actividad de comercio o económica en su sentido general, con menoscabo del elemento de la actividad social que en su seno se realiza. La definición legal antes señalada, vigente en nuestro ordenamiento jurídico, si bien es formalmente válida y recoge la tesis absolutamente dominante en la segunda mitad del pasado siglo, no satisface sin embargo, actualmente, las nuevas exigencias del Derecho del Trabajo, que tiende a una mayor especialidad e independencia y a una marcada autonomía a las restantes

² No es nada novedosa esta definición, el Diccionario de la Real Academia Española, en una de sus acepciones, define a la empresa como una entidad integrada por el capital y el trabajo como factores de producción y dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos con la consecuente responsabilidad”. Tomo III, Vigésima edición, Madrid 1984, p. 540.

disciplinas jurídicas, no obstante, haberse nutrido en su origen de la fuente del derecho común.

Por nuestra parte y bajo una perspectiva marcadamente sociológica entendemos que el elemento definitorio de la empresa, no es la nota patrimonial ni el elemento teleológico o del fin de lucro, ni la pluralidad de sus componentes o factores de producción que en ella intervienen, sino la comunidad organizada de trabajadores en cuyo seno se desarrolla una actividad subordinada tutelada por el ordenamiento jurídico laboral “que debe ser considerada como un grupo social”. Esa comunidad de personas (*universitas gentum*) trabaja sujeta a criterios de directrices superiores del patrono y están organizadas en función de la rentabilidad y producción, sujetos siempre a un control de gestión administrativa. Aún más, si esa organización de personas y de bienes está destinada al mercado, o si producen con ánimo de lucro, ellos no son los elementos que conceptualizan la empresa laboral. De igual forma, que es de orden secundario, la naturaleza de sus operaciones y la forma jurídica que aquélla adopte. El énfasis para su entendimiento debe hacerse a nuestro criterio, en el elemento humano que en ella labora, esto es, el trabajador con independencia de su número o condición, de la actividad que realicen y de su capacidad técnica o profesional. Por consiguiente, el elemento lo constituye el dependiente que actúa dentro de una organización integrada a una colectividad de personas. Por lo tanto, y a manera de conclusión, no puede haber una empresa si no hay trabajadores que en ella presten servicios personales porque sencillamente la empresa fundamentalmente es una organización de personas que trabajan subordinadamente, que actúan bajo directrices y controles del patrono. Esta nueva orientación no desplaza el concepto económico de la empresa, sino que lo complementa y así debe ser entendido para constituir la empresa un grupo social debidamente organizado, desligado a la creación y distribución de bienes o servicios.³

³ No es nada novedosa esta definición, el diccionario de la Real Academia Española, en una de sus acepciones define a la empresa como una entidad integrada por el capital y el trabajo como factores de producción y dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos con la consecuente responsabilidad”. Tomo III, Vigésima edición, Madrid 1984, p. 540.

Esta nueva aproximación conceptual prescinde de la titularidad de los bienes de producción de la empresa de la forma jurídica que ella adopte, para colocar el acento en la realidad de los hombres que en ella trabajan y en la cual prestan sus servicios.

Acotado lo anterior y señalada la noción de empresa como una organización de personas y de medios materiales para la producción de bienes y servicios con fines lucrativos, consagrada en el artículo 16 de la Ley Orgánica del Trabajo, cabe señalar que en dicho texto normativo no existe sin embargo un solo significado de la voz “empresa” sino diferentes acepciones del mismo término, cuyos alcances, lejos de desarrollar una noción única, plantean diversos sentidos del mismo vocablo. Así, en el artículo 16 *ejusdem*, se ha definido la empresa en los términos antes señalados y se diferencia de las voces “establecimiento, explotación y faena”, también definidos en esa norma.⁴

Sin embargo, en los artículos 49, 57, 88, 89 y 92 de la vigente ley laboral, la voz “empresa” es empleada en un sentido omnicompreensivo de los mencionados conceptos de “establecimiento, explotación y faena”, no obstante que el artículo 16 ya citado, atribuyó a cada voz un significado diferente y fue patente la intención del legislador de diferenciar dichos términos. Pero aún más grave, el artículo 49 de la Ley Orgánica del Trabajo, distingue entre los términos “empresa” y “patrono”;⁵ y define a este

⁴ Dispone el artículo 16 de la Ley Orgánica del Trabajo “Para los fines de la legislación del Trabajo se entiende por empresa la unidad de producción de bienes o de servicios constituida para realizar una actividad económica con fines de lucro.

Se entiende por establecimiento, la reunión de medios materiales y de un personal permanente que trabaja, en general, en un mismo lugar, en una misma tarea, y que está sometido a una dirección técnica común, tenga o no fines de lucro.

Se entiende por explotación, toda combinación de factores de la producción sin personería jurídica propia ni organización permanente, que busca satisfacer necesidades y cuyas operaciones se refieren a un mismo centro de actividad económica.

Se entiende por faena, toda actividad que envuelva la prestación del trabajo en cualesquiera condiciones.

⁵ Artículo 49.- Se entiende por patrono o empleador la persona natural o jurídica que en nombre propio, ya sea por cuenta propia o ajena, tiene a su cargo una empresa, establecimiento, explotación o faena, de cualquier naturaleza o importancia, que ocupe trabajadores, sea cual fuere su número.

Cuando la explotación se efectúe mediante intermedio, tanto éste como la persona que se beneficia de esa explotación se considerarán patronos.

último como el dueño o poseedor de la empresa. Así, la empresa es conceptualizada como una cosa o bien (res), bajo el dominio del patrono –persona natural o jurídica que organiza, dirige y explota la empresa para su provecho o utilidad–; sin embargo, destacamos en contraposición a lo expuesto, que en el artículo 174 *ejusdem* referido a la participación de los beneficios,⁶ el vocablo “empresa” está empleado con un claro sentido de patrono o empleador, esto es, de sujeto de derecho y obligaciones, obligado por Ley a la distribución de beneficios o utilidades entre sus trabajadores. En otras palabras, la atención del sujeto patronal de la relación laboral se desplaza indebidamente de la persona dueño de la empresa o ésta, que no es otra cosa que un bien jurídico.

En síntesis, no existe en la Ley Orgánica del Trabajo un sentido unívoco del término “empresa”. No obstante, la definición contenida en el artículo 16 de la Ley Orgánica del Trabajo, a la cual hemos hecho refe-

⁶ Artículo 174.- Las empresas deberán distribuir entre todos sus trabajadores por lo menos el quince por ciento (15%) de los beneficios líquidos que hubieren obtenido al final de su ejercicio anual. A este fin, se entenderá por beneficios líquidos la suma de los enriquecimientos netos gravables y de los exonerados conforme a la Ley de Impuesto sobre la Renta.

A los efectos de este Capítulo, se asimilarán a las empresas los establecimientos y explotaciones con fines de lucro.

Parágrafo Primero.- Esta obligación tendrá, respecto de cada trabajador, como límite mínimo, el equivalente al salario de quince (15) días y como límite máximo el equivalente al salario de cuatro (4) meses. El límite máximo para las empresas que tengan un capital social que no exceda de un millón de bolívares (Bs. 1.000.000,00) o que ocupen menos de cincuenta (50) trabajadores, será de dos meses de salario. Cuando el trabajador no hubiere laborado todo el año, la bonificación se reducirá a la parte proporcional correspondiente a los meses completos de servicios prestados. Cuando la terminación de la relación de trabajo ocurra antes del cierre del ejercicio, la liquidación de la parte correspondiente a los meses servidos podrá hacerse al vencimiento de aquél.

Parágrafo Segundo.- El monto del capital social es un número de trabajadores indicados en este artículo podrán ser elevados por el Ejecutivo Nacional mediante resolución especial, oyendo previamente a los organismos más representativos de los trabajadores y de los patronos, al Consejo de Economía Nacional y al Banco Central de Venezuela.

A los efectos del cálculo y pago del Impuesto sobre la Renta correspondiente a cada ejercicio, en la declaración del patrono se tendrá como un gasto causado y efectuado, y por tanto deducible del enriquecimiento neto gravable del ejercicio, la cantidad que deba distribuir entre los trabajadores, de conformidad con este artículo.

rencia se le ha atribuido simultáneamente, el carácter de cosa o bien, por un lado, y de sujeto de derecho y de obligaciones frente a los trabajadores, por el otro.⁷

2. EL GRUPO DE EMPRESAS

2.1 *EL PRINCIPIO DE LA UNIDAD ECONÓMICA*

Para entender lo que se entiende por grupo de empresas o grupo económico como también lo denomina la doctrina, se debe hacer referencia previamente al principio de la unidad económica, pues este principio es el que sustenta el grupo de empresas, y es el elemento cohesionador de los miembros integrantes de esa comunidad. En una primera aproximación, debemos señalar que el denominado principio de unidad económica, más que una categoría jurídica constituye un concepto económico y como tal debe ser entendido. Su esencia, bajo la óptica del Derecho del Trabajo, no se encuentra en su forma externa o jurídica sino en su aspecto patrimonial conformado por la realidad o el interés económico subyacente común a todas las partes o miembros integrantes del grupo, y a una finalidad también común reflejada en una unidad de decisión a la que esos miembros se someten.

Esa pluralidad de componentes, aun con personalidades jurídicas diferentes y patrimonio separado, será más aparente que real y más formal que material si existe la unidad económica del conjunto. Dicha unidad económica no implica necesariamente la identidad de los objetos sociales de las diversas unidades u organizaciones que conforman la empre-

⁷ No obstante esta dicotomía, y al hecho de considerarlo como sujeto de una relación de trabajo, no es posible a nuestro criterio, con fundamento en la actual Ley Orgánica del Trabajo acoger a la empresa como una persona jurídica sujeto de obligaciones dentro del contrato de trabajo. Modernas direcciones doctrinarias apuntan sin embargo en este sentido, haciendo énfasis en el aspecto sociológico y no jurídico, incluso se le ha llegado atribuir personalidad jurídica. En este mismo sentido observamos el artículo 2 de la consolidación de las leyes del Trabajo de la República del Brasil en la primera parte *“se considera empleador a la empresa individual o colectiva que asumiendo los riesgos de la actividad económica admite, asalaria y dirige una prestación de servicio”*.

sa, pues en ésta, como un conjunto orgánico de bienes y personas, pueden ejecutarse funciones diferentes tendentes a una misma finalidad. No es otro el sentido del artículo 177 de la Ley Orgánica del Trabajo al señalar que para la determinación de los beneficios de la empresa se atenderá al concepto de unidad económica de la misma, aun en los casos en que ésta aparezca dividida en diferentes explotaciones o con personerías jurídicas distintas u organizadas en diferentes departamentos, agencias o sucursales para los cuales se lleve contabilidad separada.⁸ En virtud del mismo, todos los elementos que conforman el grupo, constituyen una unidad por el fin o la finalidad a la cual están destinados. Es el elemento teleológico, en síntesis, lo que informa y configura a la unidad económica que no es otro, que la finalidad lucrativa o de ganancia.

Esa unidad económica de la empresa o de fines, implica una unidad de decisión dentro de los elementos o empresas que conforman el grupo, pero no necesariamente, como se ha señalado, una unidad jurídica entre sus miembros. En otras palabras, poco importa su forma jurídica o externa sino el interés patrimonial perseguido por los miembros integrantes del grupo y cada unidad segmentaria que conforman la unidad económica son sujetos autónomos de derecho, legitimados individualmente a todos los efectos civiles y procesales. Consecuencia de ello, es que cada una de esas empresas conserva su plena capacidad para comparecer en juicio como demandante o demandada (*legitimatio ad causam*) y para asumir sus obligaciones y cargas en los procesos que se intenten contra ella (*legitimatio ad prosesum*).

El principio de la unidad económica se encuentra contenido también en el artículo 135 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, al señalar que el cumplimiento de la obligación de garantizar el servicio de guardería infantil en beneficio de los trabajadores se hará atendiendo al

⁸ Véase al respecto, también sobre este punto a Alfonso Sotillo, Julio *El Principio de la Unidad Económica de la Empresa en la Ley Orgánica del Trabajo*. Revistas de la Facultad de Derecho N° 47, Universidad Católica de Andrés Bello, (UCAB) Caracas, 1993.

concepto de unidad económica; norma ésta que es una reproducción del artículo 4 del derogado Reglamento Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo sobre el Cuidado de los Hijos de los Trabajadores.⁹

Finalmente cabe señalar sobre este punto que la concepción doctrinaria de la empresa como una unidad, atendiendo al principio de la unidad económica y su relación como sujeto de relaciones jurídicas y por lo tanto como un ser capaz de tener derechos y obligaciones, aun sin tener personalidad jurídica, tuvo su origen en el derecho Tributario, cuyo fin era considerar a esas agrupaciones como sujeto pasivo de las obligaciones tributarias. Concepción ésta recogida en amplios sectores de la doctrina y en la legislación comparada.

La consecuencia inmediata del desarrollo del anterior principio es la figura del grupo de empresas o grupo económico como también se le ha denominado; fenómeno de reciente data, caracterizado por una concentración de capitales, en el que varias empresas, normalmente sociedades mercantiles diferenciadas se agrupan bajo una dirección económica unitaria, obedeciendo una planificación común y a una política conjunta; de esta forma actúan ordenadamente en el mercado, aunque formalmente dichas empresas son autónomas e independientes entre sí.

Los grupos de empresas pueden darse a nivel nacional o multinacional, este último tipo de grupos económicos presenta problemas específicos que escapan al tema de estudio; sin embargo, basta señalar, que los grupos económicos presentan como características las siguientes:

- a) La investigación de varias sociedades con personalidades jurídicas propias e independientes. Para la conformación de un grupo se necesita como mínimo de dos empresas. No puede configurarse un grupo económico en el caso de que esté conformado por una sola empresa, dividida en diferentes departa-

⁹ Citada por Carballo Mena, *Derecho Laboral Venezolano. Ensayos*. Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Publicaciones UCAB, 2000, p. 100.

mentos, agencias o sucursales, aun cuando se lleve en ellos una contabilidad separada;

b) Autonomía formal de sus integrantes en virtud de estar dotada cada una de esas empresas de personalidad jurídica propia y diferenciada de las restantes. El conjunto de dichas empresas o grupos económicos no tiene personalidad jurídica, ni puede ser considerado como patrono en el Derecho Venezolano;¹⁰

c) Un interés común a todas las empresas quienes actúan en función de ese interés plural. Las empresas no buscan separadamente sus intereses sino que responden colectivamente a una necesidad mayor, un interés común o colectivo;

d) El sometimiento a una administración o control común. Los grupos de empresas suponen necesariamente que uno de sus integrantes domine a los restantes, quienes se encuentran frente al primero en una relación de dependencia o de seguimiento. La señalada característica permite evidenciar la tipología del grupo, al encontrarse las empresas que conforman el grupo en una relación jerárquica sometida a una empresa central o dominante –caso del holding, en que la sociedad principal o matriz participa del capital de las sociedades filiales o dominadas–. Por el contrario, si entre las empresas no existiere una relación de dominación sino de coordinación, caso de fusión de empresas o del denominado consorcio mercantil –constituido por una unión de empresas que por convenios entre ellas se unen para la realización de un fin determinado y específico–, no se diría la configuración del grupo económico como tal.

¹⁰ En el derecho comparado Latinoamericano encontramos posiciones en contrario al respecto y, ciertas legislaciones le han reconocido la condición de empleador al grupo. El artículo 96 del Código de Trabajo de Panamá (1972) es categórico al respecto al afirmar “cuando varias personas o empresas laboren o funcionen en un mismo local, o como unidad económica y utilicen indistinta o simultáneamente los servicios de un trabajador, se considerará como un solo empleador y responderá solidariamente por todas las obligaciones derivadas de la relación de trabajo, independientemente de quien figure como empleador en el contrato”.

El artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (G.O. N° 5.292 Ext. de fecha 25 de enero de 1999, en su párrafo primero, señala que existirá el denominado grupo de empresas cuando éstas se encuentren sometidas a una administración o control común y constituyan una unidad económica de carácter permanente con independencia de las diversas personas naturales o jurídicas que tuvieren a su cargo la explotación de las mismas.

Con el objeto de facilitar la prueba judicial de la demostración de existencia del grupo económico, señalada en el artículo 21, en su párrafo segundo, estableció una presunción de su existencia de naturaleza *iuris tantum*, desvirtuable mediante prueba en contrario en los siguientes casos:

- 1.- Si existiere una relación de dominio accionario de unas personas jurídicas sobre otras, o cuando las accionistas con poder decisorio fueren comunes;
- 2.- Si las juntas administrativas u órganos de dirección involucrados estuvieren conformados en proporción significativa por las mismas personas;
- 3.- Si utilizan una misma denominación, marca o emblema distintivo; o
- 4.- Desarrollen en conjunto actividades que evidencien su integración.

Estos elementos deben darse en conjunto o mayoritariamente, pues los mismos constituyen las notas o características que tipifican el grupo económico. Tan sólo el elemento contemplado en el numeral 3 es ajeno a la naturaleza intrínseca del grupo económico, y el mismo constituye su aspecto externo o la forma de manifestación del grupo frente a terceros, por lo cual no pertenece a la esencia de la definición. En consecuencia, cualquier signo exterior adicional al expresado en el Reglamento, –como la existencia de un mismo dominio, residencia o ubicación; un mismo nombre comercial; la configuración de un movimiento o transferencia de personal entre las unidades segmentarias del grupo; la exis-

tencia de condiciones de trabajo similares o de contratos colectivos comunes que rijan las relaciones de trabajo de todo el personal que preste sus servicios en las diversas empresas del grupo económico, así como también el desempeño de actividades comunes, complementarias, inherentes o conexas, entre esas empresas–, podrían servir de fundamento para presumir la existencia del grupo.

2.2 LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

La disposición normativa más trascendental referente al tema que nos ocupa está contenida en el primer aparte del artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, referida a la solidaridad de obligaciones laborales entre los patronos que conforman el grupo frente a sus trabajadores. Sin embargo, también debemos señalar que es la norma que más dudas nos suscita, no sólo por su cuestionada legalidad sino por la imprecisión de sus alcances, tema aún no abordado a cabalidad por la doctrina. En efecto, con respecto al primer punto, tenemos reservas sobre su validez legal, toda vez que las obligaciones solidarias sólo pueden ser creadas por la voluntad de las partes mediante pacto expreso o bien por disposición de la Ley, (artículo 1.223 del Código Civil Venezolano) pero nunca podrán ser creadas obligaciones solidarias por una norma de rango sublegal como es la reglamentaria. Observamos que la solidaridad que la norma reglamentaria establece, no está contemplada en la Ley Orgánica del Trabajo. No obstante ello, reconocemos la trascendencia de su contenido, al estar consagrada por primera vez en una norma laboral, lo cual permitirá posteriormente su incorporación en el derecho positivo como una disposición de rango legal.¹¹

También debemos acotar que la solidaridad laboral entre los patronos del grupo es norma mayoritariamente acogida por la doctrina y la legis-

¹¹ Como elemento histórico señalamos que el principio de la unidad económica de la empresa tuvo el mismo origen al ser consagrado por primera vez en el abrogado Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo del 31 de diciembre de 1973, (G.O. Ext. del 31-12-73), y posteriormente fue elevado dicho principio al rango legal en la Ley Orgánica del Trabajo de 1999 (G.O. Ext. N° 4.240 del 20-12-90). Lo mismo puede decirse del régimen de las invenciones subordinadas, la noción de intermediario, los términos de la sustitución de patrono, entre muchas otras figuras, que tuvieron un origen reglamentario y posteriormente fueron incorporadas en el texto de la ley.

lación latinoamericana comparada, aunque abordan la problemática del tema a través de una perspectiva distinta al discutir la personalidad jurídica del grupo de empresas; cuestión que no puede plantearse en el Derecho venezolano dada la conceptualización de la empresa como una cosa o bien jurídico y no como sujeto de derecho y obligaciones.¹²

La solidaridad contemplada en la disposición reglamentaria venezolana hace referencia únicamente a la solidaridad pasiva, la cual existe por parte de los deudores o sujetos pasivos de la obligación (patronos) en virtud de la cual éstos están obligados al cumplimiento de una misma prestación laboral –de dar o de hacer, con exclusión de no hacer– frente al dependiente, de modo que cada uno de aquéllos puede ser constreñido al pago de la totalidad y el pago efectuado por uno de ellos libera a los otros patronos (artículo 1.221 del Código Civil Venezolano). El elemento característico de la solidaridad *in commento* radica en el hecho de que varios patronos-deudores están obligados a una misma cosa (*eadem res debita*), es decir, están obligados a una misma prestación, la cual está constituida por todas las obligaciones emergentes del contrato de trabajo, o que del mismo se deriven según las costumbres, el uso o la ley. Esa solidaridad, sin embargo, no se extiende a nuestro criterio en los casos de la responsabilidad proveniente de los hechos ilícitos, ni en la penal, por ser eminentemente personal. En caso de incumplimiento del patrono-deudor, dichas obligaciones deberán ser satisfechas puntualmente por cualquiera de los deudores solidarios en la misma forma como fueron concertadas o establecidas. Esa obligación solidaria es pura y simple, y no admite condiciones, dado que la norma no lo con-

¹² El artículo 2 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo del Brasil, en su segundo aparte, establece la obligación solidaria de todas las empresas integrantes del grupo en los siguientes términos: “Siempre que una o más empresas, teniendo, no obstante, cada una de ellas, personalidad jurídica propia, estuvieren bajo la dirección, control y administración de otra, constituyendo un grupo industrial, comercial o de cualquier otra actividad económica, serán, para los efectos de la relación de trabajo, solidariamente responsable tanto la empresa principal como cada una de las subordinadas. Citado por Jaime Martínez, Héctor Armando. “Los Grupos de Empresas” publicado en la obra “Trabajo y seguridad Social”, Congreso Internacional sobre las relaciones de trabajo y seguridad social. Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), 1999, p. 82. En igual sentido, véase el artículo 96 del Código de Trabajo de Panamá (1972), ya citada, *supra* cita de pie de página N° 10.

templó. Lo expuesto significa que quien tiene la obligación frente al trabajador es un patrono determinado del grupo, pero quien responde de esa obligación además de ese patrono causante es cualquiera del conjunto de ellos organizados económicamente. Si el patrono constreñido por el trabajador, al pago de la totalidad de su acreencia, la satisface, se subroga por ese hecho en todos los derechos que el trabajador acreedor haya ejercido, para repetir del patrono deudor el monto de lo pagado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.822 del Código Civil Venezolano.

No es entonces, el grupo de empresas como tal quien responde sino cualquiera de los patronos constreñidos al pago que han conformado el grupo económico. Lo anteriormente expuesto, permite explicar el hecho de las obligaciones de todo el conjunto de empresas petroleras conformado por Petróleos de Venezuela S.A y sus filiales, si una de ellas incumple sus obligaciones frente a un trabajador, respondiendo en consecuencia esa filial y cualesquiera de las otras filiales del grupo, inclusive la casa matriz, si son judicialmente impelidos al pago.

En virtud de esa solidaridad pasiva, los patronos que integran el grupo de empresas no tienen más que una deuda frente al trabajador –identidad de cumplimiento– esto es, tienen una sola obligación, la cual es exigible judicialmente por el trabajador de una forma total a cada uno de ellos, y cada uno de ellos estará obligado a cancelar la totalidad de la acreencia laboral –identidad de finalidad–. De acuerdo con lo expuesto, al tratarse de una obligación solidaria se presentan las siguientes posibilidades:

- 1.- El trabajador puede demandar a cualquiera de los patronos-deudores que conforman el grupo económico por la totalidad de la deuda, sin que éstos puedan oponerle la división de la deuda en proporción al número de deudores, pues cada uno está obligado por la totalidad (artículo 1.221 *ejusdem*).
- 2.- El pago de la deuda por cualquiera de los patronos integrantes del grupo libera a todos los demás frente al trabajador accionante (artículo 1.221 *ibidem*).

3.- La novación hecha por el trabajador acreedor con uno de los patronos deudores libera a todos los demás del grupo, a menos que el acreedor haya exigido el consentimiento de los codeudores para la novación y éstos hubieran rehusado, caso en el cual la antigua acreencia subsiste (artículo 1.229 del Código Civil Venezolano).

4.- Los patronos deudores podrían oponer al trabajador acreedor todas las causas de extinción que afecten la deuda, comunes a todos los codeudores por ejemplo la prescripción o la caducidad, además de aquellas que le fuesen propias o personales. (1.224 Código Civil Venezolano).

5.- Los patronos solidarios no podrían oponer la compensación de lo que el trabajador acreedor deba a otro patrono deudor sino por la porción correspondiente a su cuota en la deuda solidaria (artículo 1.230 del Código Civil Venezolano).

6.- Finalmente, en principio la remisión de la deuda efectuada por el trabajador, no libera a los restantes integrantes del grupo a menos que el acreedor los haya liberado (artículo 1.231 del Código Civil Venezolano).

Esta solidaridad, tiene por finalidad proteger un interés general, como lo es el del trabajador; y es una seguridad usualmente establecida por el legislador a favor del trabajador-acreedor para la protección de sus créditos. Adicionalmente, representa enormes ventajas para el asalariado-acreedor, pues los releva de la necesidad de perseguir separadamente a cada patrono del grupo económico, evitando o disminuyendo el riesgo de la insolvencia de uno o de algunos de los patronos-deudores, no permitiéndoles el menoscabo su acreencia, al mismo tiempo que constituye una forma segura para la cancelación de los créditos laborales. Finalmente, debemos señalar en este particular, que representa también una ventaja para el asalariado en los supuestos de las acciones judiciales intentadas por los denominados “trabajadores internacionales”, quienes prestan sus servicios en empresas de un mismo grupo económico en diferentes países, ya que no se verían obligados a demandar a cada una

de las empresas integrantes del consorcio donde prestaron sus servicios fuera del país, sino tan sólo a la empresa venezolana beneficiaria también de sus servicios, como deudora solidaria de las obligaciones laborales contraídas por los miembros del grupo con el trabajador.

2.3 *ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA*

Por nuestra parte, hemos sostenido que esa solidaridad de obligaciones laborales entre los diversos patronos, que conforman el grupo frente al trabajador-acreedor, individualmente considerado, está referida únicamente, a aquellas obligaciones que emanan directamente de la relación jurídica, empleador-trabajador, esto es, que tiene como causa la prestación personal del servicio del trabajador a su patrono. Por consiguiente, escaparían del contenido de esa obligación solidaria, los beneficios laborales, de mayor cuantía, disfrutados por los trabajadores, de las demás empresas que conforman el grupo, esto es, por los trabajadores que prestan sus servicios, a los restantes integrantes del grupo económico. Este criterio fue expresado por el suscrito en sentencia de fecha 19 de junio de 2002, con motivo del juicio por concepto de cobro de prestaciones sociales que intentara el ciudadano Rafael Oscar Lara Rangel contra las Sociedades Mercantiles Distribuidora Alaska, C.A. Fábrica de Aparatos de Aire Acondicionado, C.A. (F.A.A.C.A.) y otros. En dicho fallo, se expresó.

...Así las cosas, es necesario entrar a analizar la responsabilidad solidaria de las empresas integrantes del Grupo, dispuesta por la norma reglamentaria que nos ocupa. En este sentido, tenemos que dicha norma no establece con precisión cuáles son los alcances de tal responsabilidad solidaria pasiva; sin embargo, considera este Juzgador que el elemento característico de la solidaridad, comentada, radica en el hecho de que las personas jurídicas que integran el “Grupo de Empresas”, están obligadas a una misma prestación, constituida ésta por todas las obligaciones de orden legal o convencional emergentes del contrato de trabajo existente entre el trabajador y su empleador...

(...) Tal solidaridad tiene como finalidad facilitar la satisfacción de la acreencia del trabajador, al aumentar el número de deudores, y con ello disminuir la posibilidad de incumplimiento de sus derechos laborales. Empero, esa solidaridad no significa –como erróneamente lo interpretó el actor– que éste tenga derecho a disfrutar de los beneficios laborales contenidos en los contratos colectivos de los trabajadores de los restantes “integrantes del grupo económico”.

(...) En atención a lo anteriormente expuesto, es por lo que se concluye que en el presente caso es improcedente la aplicación de los contratos colectivos suscritos por la empresa Fábrica de Aparatos de Aire Acondicionado, C.A. (F.A.A.C.A.) y el Sindicato de Fundiciones, Herrería y Conexos del estado Miranda, al autuar con fundamento en la ya explicada solidaridad pasiva de las empresas que conforman la “Unidad Económica”, por cuanto dicha solidaridad pasiva lo es únicamente a los fines de hacer efectivo el pago al cual está constreñido la empresa condenada, y en modo alguno puede extenderse al accionante los términos y condiciones contenidos en las contrataciones colectivas aplicables a otras relaciones jurídicas ajenas...

Empero, el señalado fallo fue casado por la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 10 de abril de 2003, por considerar que la recurrida incurrió en una limitación en la determinación de los alcances de la responsabilidad solidaria entre patronos, al señalar que la misma “apareja consigo la uniformidad de las condiciones del trabajo en el seno de las empresas que conforman el grupo económico...”. Uniformidad sustentada en el principio de la isonomía de las condiciones de trabajo, entre los trabajadores que presten servicio en el grupo de empresas. Acogió así la Sala Social el señalado principio y lo consideró como uno de los efectos patrimoniales más resaltantes de la responsabilidad solidaria entre los patronos que conforman el grupo económico, con fundamento, entre otras disposiciones en el artículo 94 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que contempla la solidaridad laboral, destacando de manera enfática, que esa solidaridad tiene una naturaleza especial, dado el interés jurídico de tutela, esto es, el hecho

social trabajo, por lo que sus efectos son mucho más amplios, que las consecuencias derivadas de la solidaridad regulada por el derecho común. Por su destacada importancia, transcribimos la nueva doctrina asentada en el fallo de ese máximo Tribunal:

Como se advirtió de la doctrina judicial de esta Sala de Casación Social, si bien referida a los supuestos de contratistas e intermedarios, la solidaridad laboral es de naturaleza especial dado el interés jurídico que tutela, a saber, el hecho social trabajo.

Ahora bien, pese a que el reglamentista no atribuyó los límites de la solidaridad fijada para los integrantes de un grupo de empresas, la misma en su concepción estructural, necesariamente debe orientarse por la arriba enunciada, esto es, a que su naturaleza jurídica reviste carácter especial.

Así, al sobrevenir la solidaridad *in comento* (sic) como especial, su alcance y lógicamente sus efectos, se informan por los principios generales del Derecho del Trabajo, especialmente, el de la primacía de realidad o de los hechos sobre las formas o apariencias en las relaciones laborales y, tutela de los derechos de los trabajadores.

En este orden, si afianzamos el hecho de que la noción del grupo de empresas comprende forzosamente el reconocimiento de la ficción jurídica de unicidad de la relación de trabajo, tal y como se desprende del alcance y contenido del artículo 21 del señalado Reglamento, cuando refiere a la solidaridad imperante en los integrantes del mismo, entonces, el efecto de mayor envergadura podría devenir, en la isonomía de las condiciones de trabajo en el seno de éste.

Ahora, pese a que el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo como se aclaró, intrínsecamente abone espacio al criterio de unicidad de la relación de trabajo en los supuestos de grupos de empresas, no especifica si la solidaridad asignada aparece consigo la uniformidad de las condiciones de trabajo.

Empero, el artículo 177 de la Ley Orgánica del Trabajo parece satisfacer tal irresolución, al consagrar que la determinación de los beneficios en la empresa a los fines de la participación de los trabajadores en su distribución, se efectuará atendiendo al concepto de unidad económica, ello, con prescindencia de que la explotación de la actividad se encuentre diseminada en personas jurídicas diferentes.

En tal sentido, de la *ratio iuris* se extrae, que siendo la participación en los beneficios de la empresa entendida conforme a criterios de uniformidad, esencialmente en la remuneración, luego, para aquellas situaciones en las que se configura un grupo de empresas, igualmente puede ser extensible el fundamento de la uniformidad a otras modalidades de la remuneración y de las condiciones de trabajo en general.

Por ende, no alberga dudas la Sala para asentar, que conteste con el principio de tutela de los derechos de los trabajadores, y en particular, con el constitucional de igual salario por igual trabajo, en el entorno del grupo de empresas opera la homogeneidad de las condiciones de trabajo tanto en el ámbito individual como colectivo...

Como puede observarse, la nueva doctrina de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, atribuyó una naturaleza jurídica especial a la responsabilidad solidaria de los patronos que conforman el grupo económico, estando investida de los principios generales del Derecho del Trabajo, especialmente el de la primacía de la realidad y la tutela de los derechos laborales. En virtud de esa naturaleza especial, la prestación a que está obligado el patrono acreedor frente a su trabajador, estaría constituida no sólo por las obligaciones derivadas de la relación individual de trabajo, sino que adicionalmente, serían exigibles por formar parte de esa prestación adeudada, los demás beneficios que disfrutaban los trabajadores de los restantes patronos que conforman el grupo en cuestión. Por nuestra parte, no compartimos la conclusión de la sentencia de la Sala que comentamos, por cuanto a nuestro criterio, interpreta extensivamente la figura jurídica de la solidaridad a la que hemos hecho referencia.

CONCLUSIONES

1. El artículo 16 de la Ley Orgánica del Trabajo define a la empresa bajo una óptica mercantil, como una unidad de producción, de bienes y servicios con fines lucrativos, soslayando el aspecto social conformado por los trabajadores que prestan sus servicios para dicha empresa en forma organizada y dirigida por el patrono. La empresa desde las perspectivas del Derecho del Trabajo no debe ser solamente en consecuencia, una unidad económica, sino una unidad también social, y así debe ser entendida, desde esta óptica sociológica.
2. En la vigente Ley Orgánica del Trabajo el término empresa ha sido delineado confusamente y tiene varias excepciones, por un lado tiene el sentido de cosa o bien, cuyo dueño o titular es el patrono (artículo 16 y 49 *ejusdem*); sin embargo, observamos el artículo 174 *ibidem* la empresa se convierte en un sujeto de derechos y obligaciones frente al trabajador para el respaldo de las utilidades o participación de los beneficios; no obstante, que en los señalados artículos 16 y 49 está claro su condición de objeto de derecho esta multiplicidad de acepciones debe ser corregida obedeciendo a un criterio único del pensamiento contractualista.
3. Las empresas se unen conformando un grupo económico o de empresas; fenómeno de concentración de capitales en que varias de ellas normalmente mercantiles, diferenciadas jurídicamente unas de otras, se agrupan bajo una dirección económica unitaria, obedeciendo a una planificación común y a una política conjunta; de esta forma actúan ordenadamente en el mercado aunque formalmente las empresas que conforman ese conjunto son autónomas independientes entre sí.
4. El grupo de empresas como tal no tiene personalidad jurídica, no puede comparecer en juicio como demandante o demandado (*legitimatío ad causam*). Tampoco puede asumir obligaciones y cargas en los procesos que se intenten contra él. Tan solo los patronos que individualmente conforman el grupo pueden comparecer en juicio y asumir obligaciones.
5. El artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo considera que existirá un grupo de empresas cuando éstas se encuentren

sometidas a una administración o control común y constituyan una unidad económica de carácter permanente con independencia de las personas naturales o jurídicas que tuviese a su cargo la explotación de las mismas.

6. El párrafo segundo del artículo 21 *ejusdem* establece cuatro elementos como notas o características para la presunción de su existencia. Dichas notas no tienen caracteres taxativos y deben darse en el mayor número posible para que opere la presunción de existencia del grupo. Dicha presunción es desvirtuable mediante prueba en contrario.

7. La norma reglamentaria ya citada establece una solidaridad en el cumplimiento de las obligaciones laborales entre los patronos que integran el grupo económico. Dicha solidaridad es pura y simple, no sujeta a condición y está limitada, a nuestro criterio, a las obligaciones laborales emergentes del contrato de trabajo o que deriven de él, según la equidad, el uso o la ley. Este criterio no es compartido, por la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia, quien en fecha 10 de abril del 2003, estableció la naturaleza especial de la obligación solidaria de los patronos que conforman el grupo de empresas, y determinó que la prestación a que estaba obligado el patrono acreedor estaba constituida no sólo por las obligaciones laborales provenientes de la relación entre las partes, sino que también estaría conformada dicha prestación por los demás beneficios que disfrutaban los trabajadores que prestan sus servicios para los restantes patronos del grupo, ello en virtud de la aplicación del principio de la isonomía de las condiciones de trabajo entre los dependientes que laboran en la unidad económica.

7.a. Esa solidaridad independientemente de la extensión de su contenido patrimonial, no puede extenderse a los supuestos por responsabilidad por hecho ilícito o responsabilidad delictual, por ser su naturaleza eminentemente personal.

8. Los efectos de la responsabilidad solidaria consagrada en la norma sublegal, entre las partes y frente a terceros, se rigen por las disposiciones pertinentes de la Sección Cuarta del Capítulo I del Título Tercero del Código Civil Venezolano.

9. No obstante que mantenemos serias dudas sobre la validez de la obligación solidaria consagrada en una norma de rango sublegal, contraviniendo así expresamente el contenido del artículo 1.223 del Código Civil, que señala que no existe la solidaridad entre acreedores o deudores sino por causa de pacto expreso o por disposición de la ley, resaltamos la importancia de dicha figura, en el campo del Derecho del Trabajo, y sugerimos su pronta inclusión en la norma positiva de rango legal en la próxima reforma de la Ley Orgánica del Trabajo.

Efectos Procesales que se Derivan del Artículo 235 del Código Orgánico Tributario en el Contexto de los Juicios Contenciosos Tributarios

Ricardo BARONI UZCÁTEGUI*

SUMARIO:

Introducción.

- 1. Contenido y efectos del artículo 235 del COT.**
- 2. De la viabilidad de impugnar las consultas tributarias evacuadas por la Administración Tributaria.**
- 3. De la inconstitucionalidad del artículo 235 del COT.**
- 4. Un caso práctico.**

Conclusiones

* **Universidad Santa María**, Abogado, Profesor de Pre y Postgrado (Caracas y San Cristóbal). **Universidad José María Vargas**, Especialista en Derecho Administrativo, *Summa Cum Laude*. Conferencista Invitado y autor de varios artículos jurídicos publicados en revistas especializadas y arbitradas. Ejerce libremente su profesión.

Dispone el artículo 230 del Código Orgánico Tributario que quien tuviere un interés personal y directo podrá consultar a la Administración Tributaria sobre la aplicación de las normas tributarias a una situación de hecho concreta. A ese efecto, continúa la norma señalando, el consultante deberá exponer con claridad y precisión todos los elementos constitutivos de la cuestión que motiva la consulta, pudiendo expresar su opinión fundada.

Por supuesto, cuando la Administración Tributaria evacúe la consulta a la cual se refiere el artículo 230 del Código Orgánico Tributario, puede decidir dar su opinión sobre el asunto que le es sometido a su consulta, pero también pudiera negarse a dar la misma, con fundamento en lo establecido en cualquiera de los tres (3) numerales del artículo 231 *eiusdem*, el cual dispone lo siguiente:

Artículo 231.- No se evacuarán las consultas formuladas cuando ocurra alguna de las siguientes causas:

- 1°. Falta de cualidad, interés o representación del consultante.
- 2°. Falta de cancelación de las tasas establecidas por la ley especial.
- 3°. Existencia de recursos pendientes o averiguaciones fiscales abiertas, relacionadas con el asunto objeto de la consulta.

Supongamos que la Administración Tributaria, una vez que verifica que el asunto sometido a su consulta no se encuentra subsumida en ninguna de las causales que impidan su evacuación, da su opinión, pero de la misma se desprenden efectos que de una u otra manera afecten los derechos, no sólo del consultante, sino de los contribuyentes en general.

Ante esa situación, lo lógico sería pensar que el consultante o cualquier persona que se considere afectada en su esfera de derechos subjetivos por la opinión dada por la Administración Tributaria, pudiera recurrir a la jurisdicción con competencia en lo contencioso tributario para impugnar esa opinión, y es allí donde reside el objeto de este trabajo, es decir, determinar si las consultas que se son evacuadas por la Administración

Tributaria son recurribles o no, ya que veremos que el artículo 235 del Código Orgánico Tributario excluye expresamente a las consultas tributarias del control judicial.

1. CONTENIDO Y EFECTOS DEL ARTÍCULO 235 DEL COT

El artículo 235 del Código Orgánico Tributario, establece lo siguiente:

Artículo 235.- No procederá recurso alguno contra las opiniones emitidas por la Administración Tributaria en la interpretación de normas tributarias.

La norma *ut supra* transcrita no requiere de mayores explicaciones, vista la claridad de su redacción. Ni más ni menos nos está diciendo que contra las opiniones emitidas por la Administración Tributaria en la interpretación de normas tributarias, no procederá recurso alguno.

Algunos han sostenido que cuando la norma en estudio dispone que no procederá ningún recurso contra las opiniones emitidas por la Administración en la interpretación de normas tributarias, el legislador se está refiriendo a los recursos que puedan ser ejercidos en sede administrativa, que en materia tributaria se reduce a uno solo, este es, el recurso jerárquico, ya que sería absurdo pensar que la Administración, siempre orgullosa, va a cambiar su opinión.

Aceptar esa tesis implicaría, de una u otra manera, el aceptar que el artículo 235 del Código Orgánico Tributario prácticamente está señalando que las opiniones emitidas por la Administración Tributaria agotan la vía administrativa, quedando así abierta de impugnación ante el órgano de control judicial.

Consideramos que esa tesis es insostenible, ya que los cánones de la hermenéutica nos enseñan que donde el legislador no hizo distinción, el intérprete de la norma tampoco puede hacerla, y lo que está claro no requiere de interpretación; luego, el artículo 235 nos está diciendo que contra las opiniones que emita la Administración en la interpretación de normas tributarias, no cabe el ejercicio de recurso alguno. Si

la intención del legislador hubiese sido la de establecer en la norma *en comento* que contra esas opiniones no puede interponerse recurso alguno en sede administrativa, lo ha debido decir expresamente, sin embargo no lo hizo.

A igual conclusión debemos llegar si realizamos una interpretación, ya no gramatical, sino extensiva del artículo 235.

En efecto, el párrafo único del artículo 242, del Código Orgánico Tributario, en su numeral 3° dispone que no procederá el recurso jerárquico en los demás casos señalados expresamente en ese Código o en las leyes. En ese mismo sentido, el numeral 3° del párrafo segundo del artículo 259 *eiusdem*, expresa que el recurso contencioso tributario no procede en los demás casos señalados expresamente en ese Código o en las leyes.

De una interpretación concatenada de lo previsto en los artículos 235, numeral 3° del párrafo único del artículo 242 y numeral 3° del párrafo segundo del artículo 259, todos del Código Orgánico Tributario, se llega a la conclusión irrefutable que el legislador cuando sancionó la primera de las normas nombradas, su verdadera intención fue la de excluir de todo control, administrativo y judicial, las opiniones que la Administración Tributaria realiza sobre la interpretación de las normas tributarias, ya que precisamente esos son actos que expresamente el Código Orgánico Tributario señala como inimpugnables, ora por la vía del recurso jerárquico ora por la vía del recurso contencioso tributario.

De lo explicado hasta los momentos, se infiere fácilmente que los efectos procesales que se derivan del artículo 235 *en comento*, es que convierte a los actos contentivos de las opiniones que emita la Administración Tributaria de las normas tributarias con base en el artículo 230 *eiusdem*, en una especie de superactos, ya que los mismos son inatacables, es decir, están exentos de todo control, no sólo administrativo, sino de todo control judicial, lo que de una u otra manera santifica a esos actos con los efectos de una especie de cosa juzgada muy *sui generis*.

Solamente recordamos haber visto una norma parecida al artículo 235 del Código Orgánico, y es el artículo 1 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el cual dispone que contra las decisiones que dicte la Corte Suprema de Justicia (hoy Tribunal Supremo de Justicia), en Pleno o en alguna de sus Salas, no se oirá ni admitirá recurso alguno. Claro está, la diferencia entre ambas normas estriba en el hecho más que obvio, que la primera está exceptuando del control judicial decisiones de naturaleza administrativa, mientras que la segunda de esas normas exceptúa de todo control judicial decisiones de naturaleza judicial dictadas por la cúspide del Poder Judicial como lo es el Tribunal Supremo de Justicia, ya que a los juicios en algún momento hay que ponerles fin.

No obstante lo anterior, las decisiones dictadas por la Sala Plena y demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia no escapan del control judicial de la Sala Constitucional, según lo ha dispuesto esa Sala de una interpretación concatenada de los artículos 335 y 336, 10 de la Constitución, la cual la ha llevado a reinterpretar el artículo 1 de la Ley Orgánica de la Corte a la luz de la Constitución del 99, en el sentido que esa norma debe ser leída en los siguientes términos: *“Contra las decisiones que dicte el Tribunal Supremo de Justicia, en Pleno o en alguna de sus Salas, no se oirá ni admitirá recurso alguno, salvo el recurso extraordinario de revisión de sentencias”*.

Por supuesto, si se ha admitido la posibilidad, bajo supuestos muy específicos, que las decisiones dictadas por la Sala Plena y demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia son objeto de control judicial por parte de la Sala Constitucional, sería absurdo pensar que las opiniones que emita la Administración sobre la interpretación de normas tributarias, las cuales se manifiestan a través de simples actos administrativos, poseen un mayor grado de inmutabilidad que las decisiones judiciales dictadas por las Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

Lo anterior nos coloca en la posición de decir, lo cual será explicado más adelante con mayor detalle, que el artículo 235 del Código Orgánico Tributario es sencilla y llanamente INCONSTITUCIONAL.

2. DE LA VIABILIDAD DE IMPUGNAR LAS CONSULTAS TRIBUTARIAS EVACUADAS POR LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

La tendencia en el derecho público moderno es la de extender el control judicial sobre todo tipo de acto dictado por el Poder Público, incluso aquellos que son dictados por personas privadas investidas de autoridad por la ley.

En el pasado, era impensable sostener que LOS ACTOS DE AUTORIDAD, LOS ACTOS DE GOBIERNO Y LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DISCRECIONALES, podían ser objeto de control judicial.

A título ilustrativo nos permitimos señalar que en el pasado LOS ACTOS DE AUTORIDAD no estaban sujetos a control judicial alguno, hasta que la jurisprudencia patria, ya hace algunos años, admitió lo contrario. En ese sentido, la Sala Política administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 09 de mayo de 2002, Exp. 02-0555, dijo lo siguiente:

Desde hace varios años los tribunales patrios, concretamente, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, comenzaron a desarrollar la teoría de los actos de autoridad (*vid.*, entre otras: sentencias dictadas por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 15 de marzo de 1984, caso SACVEN; 13 de febrero de 1986, caso Asociación de Tiro del Distrito Federal; 24 de noviembre de 1986, caso María Josefina Bustamante; 16 de diciembre de 1987, caso Criollitos de Venezuela; y 19 de enero de 1988, caso Ramón Escovar León). Estos actos de autoridad surgen de relaciones jurídicas que se traban entre particulares, por lo que emanan de entes que fueron constituidos con formas de derecho privado. Sin embargo, dada la

similitud que tienen con los actos administrativos, y en virtud de la semejanza que presentan determinadas relaciones de la persona jurídica que dicta el acto de autoridad, que, se insiste, es creada con formas de derecho privado, y el destinatario del mismo, con respecto a la interacción que ocurre entre la Administración y los Administrados, el control de los mismos ha sido atribuido a los tribunales con competencia en materia contencioso-administrativa.

...Omissis...

La consagración de los actos de autoridad es una de las formas a través de la cual la jurisdicción contencioso-administrativa ha contribuido al afianzamiento del Estado de Derecho y al control de la arbitrariedad de los entes dotados de poder, capaz de incidir sobre la esfera jurídica de otros sujetos. No pareciera justo que los actos de los Entes Públicos estén sometidos al control de tribunales especiales, como son los contencioso-administrativos por el hecho de que los mismos estén dotados de fuerza ejecutoria y de una presunción de legitimidad y son capaces de incidir sobre los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados y, otros con iguales características, pero dictados por sujetos originalmente constituidos bajo la forma de derecho privado, no puedan ser objeto de tal control. Se señalará al respecto, que también el derecho privado ofrece formas de control, pero es innegable que sólo el recurso de nulidad que rige en la esfera del contencioso-administrativo, al mismo tiempo que tiene la característica de la objetividad que da el control de la legalidad, significa la protección efectiva de las situaciones subjetivas lesionadas, hasta el punto de otorgar su restablecimiento total. Ante la similitud de los actos de los organismos públicos que operan sobre los sujetos del ordenamiento, y de los entes privados, que tienen su misma eficacia, y que están previstos mediante un dispositivo legal, bien sea de forma directa o indirecta, no puede el interés-

prete, crear categorías diferentes, sino que, por el contrario, le corresponde utilizar los mismos instrumentos.

...*Omissis*...

Igualmente, mediante sentencias del 8 de diciembre de 2000 (caso Transporte Sicalpar C.A.), 22 de marzo de 2001 (caso Marítimos Unidos Marín C.A.), 12 de junio de 2001 (caso Franca Alfano Tantino vs Universidad Santa María), 19 de septiembre de 2001 (caso José Manuel Díaz vs CONAC), y 18 de diciembre de 2001 (caso Alberto Carmona Palenzona y Juan M. Carmona Perera vs Federación Venezolana de Deportes Ecuestres), entre otras, esta Sala ha reafirmado el criterio de que pertenece a la competencia de los tribunales contencioso-administrativos *el control de la legalidad y constitucionalidad de los actos de autoridad, a través de las diversas pretensiones que establece el ordenamiento jurídico*". (resaltados del autor).

Con relación a los ACTOS DE GOBIERNO, tanto la doctrina como la jurisprudencia patria siempre fue renuente en aceptar que esos actos estaban sometidos al control del Poder Judicial, por ser decisiones de contenido predominantemente político y de poca influencia jurídica, acordadas en virtud de la función de gobierno como vía de conducción de los intereses primarios y esenciales del Estado, la cual difiere de la función administrativa, que está regida en cumplimiento de lo dispuesto en las leyes, respecto al desenvolvimiento que tengan entre sí los distintos entes y órganos que conforman la Administración, y de las actividades que éstos desempeñan respecto a los particulares.

Los actos de gobierno, los cuales en un principio, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1961 eran considerados revisables por la Corte en Pleno (sentencia del 15 de marzo de 1962, caso Banco de Venezuela), en aplicación de la sujeción de todos los sectores del Poder Público al marco constitucional de conformidad con el entonces vigente artículo 117 constitucional; *fueron luego considerados como irrevocables dado su carácter predominantemente político* y por ser de

ejecución directa de la Constitución (sentencia del 29 de abril de 1965, caso Tratado de Extradición con los Estados Unidos). Poco a poco la jurisprudencia fue cambiando y empezó a admitir que los actos de gobierno eran analizables por la actividad jurisdiccional en el sentido de que sólo dentro de los parámetros que la propia Constitución exige, previo cumplimiento de los requisitos que ella ordena (sentencia del 11 de marzo de 1993, caso Decreto de Suspensión de Garantías), son analizables desde el punto de vista de la acción de amparo constitucional y del recurso de nulidad.

La Sala Constitucional, en reciente sentencia de fecha 29 de abril de 2003, Exp. 00-0836, sentó que: “Dichos actos –los de gobierno–, de indudable naturaleza política, no obstante, *pueden ser impugnados no sólo por la vía de la acción de amparo constitucional, sino mediante el recurso de nulidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional*, conforme lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tal como lo ha reconocido esta Sala en anterior oportunidad, al señalar, con fundamento en el artículo 334 del Texto Fundamental, que ‘... en ejercicio de la jurisdicción constitucional, conoce de los recursos de nulidad interpuestos contra los actos realizados en ejecución directa de la Constitución’. (sentencia 1º de julio de 2000. Caso Domingo Palacios Acosta vs Comisión Legislativa Nacional)”. (Subrayados del autor).

Finalmente, en el pasado también se negaba que los ACTOS ADMINISTRATIVOS DISCRECIONALES pudiesen ser objeto de control a través del recurso contencioso administrativo de nulidad, ya que al ser actos precisamente discrecionales, el Juez Contencioso Administrativo no tenía competencia para juzgar los motivos de mérito, oportunidad o conveniencia por los cuales dichos actos eran dictados por la Administración Pública. Todo eso cambió con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, al disponer en su artículo 12 que aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades

necesarios para su validez y eficacia, lo cual fue el punto de partida para que ya se admita en Venezuela que los actos administrativos discrecionales pueden ser objeto de control judicial cuando no guarden la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma que le sirve de base, y cuando los mismos sean dictados por la Administración sin cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia.

Incluso, los contratos administrativos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, pueden ser objeto de control judicial.

Lo que hemos querido significar con lo anterior es el hecho que en la actualidad sería un verdadero sacrilegio jurídico afirmar que existen actos dictados por el Poder Público o por particulares investidos de autoridad, exentos de control por parte de los órganos del Poder Judicial, cuando lo cierto es que todas las manifestaciones de la actividad administrativa están sujetas al control y juzgamiento del Poder Judicial.

Es por ello que afirmamos con absoluta certeza, que las opiniones que emite la Administración sobre las normas tributarias, cada vez que evacúa las consultas que a bien estimen realizar los administrados, esas opiniones son perfectamente revisables por el Poder Judicial, específicamente, por los Tribunales Superiores en lo Contencioso Tributario en primera instancia, y en alzada por la Sala Políticaadministrativa del Tribunal Supremo de Justicia, vista la eminente naturaleza tributaria de esos actos, no obstante que el artículo 235 del Código Orgánico Tributario lo prohíba, y ello sencillamente obedece al hecho de que esa norma, en nuestro criterio, es inconstitucional, por las razones que serán explicadas más adelante.

Por otra parte, consideramos que son igualmente recurribles los actos mediante los cuales la Administración Tributaria se niega expresamente a evacuar las consultas que a bien se le puedan formular, ya que el contribuyente pudiera tener un particular interés en la opinión que a bien pudiera tener la Administración sobre la interpretación de normas tributarias, a los fines de su correcta aplicación.

De igual forma, somos de la opinión que en aquellos casos en que haya operado el silencio administrativo, es decir, que la Administración simplemente no diera respuesta a la consulta que le fuera formulada por los contribuyentes, no puede hablarse que en esas situaciones ha operado el silencio negativo, ya que el propio artículo 234 del Código Orgánico Tributario se encarga de dar protección a los derechos del consultante, al establecer que no podrá sancionarse a quienes habiendo solicitado una consulta a la Administración Tributaria, ésta no hubiere contestado la misma en los plazos fijados en el artículo 233 *eiusdem*, cuando el consultante hubiere aplicado la interpretación acorde con la opinión que haya expresado el mismo en su consulta.

Finalmente, habría que considerar la posibilidad de intentar un recurso de carencia o abstención, para el caso en que la Administración Tributaria simplemente omita dar respuesta expresa a la consulta. En esos casos creemos que ello sería imposible, ya que en el contexto de los juicios de carencia o de abstención, el recurrente persigue que el Tribunal ordene a la Administración a dictar un acto que por ley está obligado a dictar, y en caso de no hacerlo, el Juez puede subrogarse en la voluntad de la Administración y otorgar lo que la Administración no ha dado; luego, si el juez llegase a dar la opinión que la Administración Tributaria ha debido emitir, en nuestro criterio, el juzgador estaría usurpando funciones exclusivas de la Administración Tributaria.

Aquí quisiéramos puntualizar, que en contra de la afirmación anterior pudiera argüirse que cuando se demanda la nulidad de una opinión emanada de la Administración Tributaria, el juez necesariamente entrará a analizar y a interpretar las mismas normas tributarias que fueron interpretadas por la Administración; pero no es lo mismo que el juez revise una interpretación ya emanada de la Administración, a los fines de comprobar si la misma es contraria o no a derecho, y otra cosa muy distinta es que el juez otorgue la opinión sobre la interpretación de normas tributarias solicitada por el contribuyente, que en el contexto del artículo 230 del Código Orgánico Tributario, deben necesariamente emanar de la Administración Tributaria.

Además, no existe en el Código Orgánico Tributario una sola norma que obligue a la Administración Tributaria a producir la opinión, caso en el cual sí pudiera pensarse en la procedencia del recurso de carencia o abstención.

En todo caso, pensamos que en aquellos casos en que la Administración Tributaria no produce la opinión, lo pertinente sería intentar un recurso de interpretación ante la Sala Políticaadministrativa del Tribunal Supremo de Justicia, siempre y cuando el recurrente se encuentre ante una situación particular de incertidumbre sobre la correcta interpretación de una norma tributaria que le pueda ser aplicada en un caso concreto. En ese supuesto, la Sala Políticaadministrativa no estaría subrogándose en la facultad que posee la Administración Tributaria para emitir opiniones sobre la interpretación de normas constitucionales, sino simplemente estaría ejerciendo las facultades jurisdiccionales que el numeral 6 del artículo 266 de la Constitución otorga a ese Máximo Tribunal.

3. DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 235 DEL COT

Ya habíamos dicho que artículo 235 del Código Orgánico Tributario dispone que no procederá recurso alguno contra las opiniones emitidas por la Administración Tributaria en la interpretación de normas tributarias.

Así las cosas, cualquier persona que se sienta afectada en sus derechos por las opiniones que pueda emitir la Administración sobre la interpretación de normas tributarias, puede perfectamente acudir ante el Tribunal Superior Contencioso Tributario respectivo e impugnar tales opiniones, pero para ello, hasta tanto la Sala Constitucional no declare con efectos *erga omnes* la inconstitucionalidad de esa norma, el recurrente, a los solos fines de la admisión del recurso contencioso tributario respectivo, deberá solicitar la desaplicación de la misma por la vía del control difuso de la constitucionalidad de normas legales para el caso concreto, con base en lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución y 20 del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, el artículo 235 del Código Orgánico Tributario al prohibir ejercer cualquier recurso contra las opiniones emanadas de la Administración con ocasión de la interpretación de normas tributarias, lesiona gravemente el derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 26 de la Constitución, ya que impide el acceso a los órganos de administración de justicia para que los contribuyentes que puedan verse afectados por tales opiniones puedan hacer valer sus derechos e intereses, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

Sólo habría que imaginarse que la Administración Tributaria en alguna consulta que se le realice, opine que la Administración Tributaria puede exigir el cobro de tributos creados por un Reglamento, lo cual atentaría ciertamente contra el principio constitucional de la reserva legal en materia de tributos; o que señale que la Administración Tributaria puede confiscar los bienes de los contribuyentes para satisfacer acreencias fiscales, lo cual atentaría contra la cláusula de no confiscatoriedad. Es obvio que si esas opiniones se generalizaran, aparte de hacer nugatorios principios constitucionales, originarían una grave lesión en la conciencia jurídica colectiva, ya que los mismos pudieran generar un gran caos social y resquebrajamiento del Estado de Derecho. En esos casos, el Juez Tributario, con base en el principio de la supremacía de la Constitución previsto en el artículo 7 de nuestra Carta Magna, y con base en lo previsto en el artículo 334 *eiusdem*, según el cual todos los jueces de la República están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución, puede entrar a conocer de un recurso de nulidad contra cualquier acto que atente contra la integridad de la Carta Magna, incluso de aquellos dictados por la Administración Tributaria con base en el artículo 230 del Código Orgánico Tributario, no obstante que el artículo 235 del Código Orgánico Tributario lo prohíba, ya que todos los jueces, en virtud del principio de la supremacía de la Constitución, está en la obligación de aplicar en primer grado y con carácter preeminente a la de cualquier otra norma el Texto Constitucional.

En el marco de estas reflexiones, el artículo 25 de la Constitución señala que *todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos constitucionales garantizados por la Cons-*

titución y la ley es nulo. Lo anterior significa que si la Administración Tributaria, con base en el artículo 230 del Código Orgánico Tributario, evacúa una consulta tributaria, puede darse el caso que el contenido de esa opinión viole o menoscabe derechos constitucionales, y ese acto sería controlable por el Poder Judicial con base en el ya mencionado artículo 25 de la Constitución, aunque el artículo 235 del COT disponga lo contrario. Más adelante citaremos un caso, en que la Administración Tributaria, específicamente el SENIAT, violó el derecho fundamental a la vida y a la salud a través de una opinión sobre algunas normas de la Ley que crea el Impuesto al Valor Agregado, IVA.

Por otra parte, el artículo 259 de la Constitución dispone que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, de la cual forma parte la Jurisdicción Contenciosa Tributaria vista su condición de Tribunales Contenciosos Administrativos Especiales en materia tributaria, *son competentes*, entre otros aspectos para *anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder*.

Esa norma le da competencia a los jueces en lo Contencioso Tributario para anular cualquier clase de acto administrativo, generales o particulares, contrarios a derecho, de lo cual se infiere con gran facilidad que si la Administración Tributaria dicta una opinión con base en lo dispuesto en el artículo 230 del Código Orgánico Tributario, y la misma es contraria a derecho, dicha consulta pueda ser objeto de control judicial, aunque el artículo 235 *eiusdem* disponga lo contrario.

En ese sentido, la Sala Constitucional mediante sentencia de fecha 05 de mayo de 2003, Exp. N° 01-1549, confirmó el criterio que había sido siendo aplicado por los Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo, de desaplicar por la vía del control difuso lo dispuesto en el artículo 79 del Decreto-Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, el cual prohíbe al Juez Contencioso Administrativo fijar el monto del canon de arrendamiento, ya que esa norma colide con lo dispuesto en el artículo 259 de la Constitución, según la cual los órganos que integran la jurisdicción contenciosa administrativa son competentes para ordenar el res-

tablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

En esa sentencia de la Sala Constitucional se sentaron varios criterios altamente importantes, y que deben ser tomados en cuenta por los Tribunales Tributarios a la hora de pronunciarse sobre la admisión de los recursos de nulidad que eventualmente puedan ser incoados contra las opiniones de la Administración Tributaria.

En este sentido, la Sala Constitucional sentó en el fallo *en comento* que ha sido ardua y copiosa la labor jurisprudencial y doctrinal para determinar en dónde colindan los poderes otorgados al Juez Contencioso Administrativo para restablecer la situación jurídica lesionada con las funciones otorgadas a la Administración.

Así, la Sala Constitucional sentó que dentro del ordenamiento jurídico venezolano el artículo 259 constitucional otorga al juez contencioso administrativo una amplia potestad para disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones subjetivas lesionadas por la actividad administrativa, y esto constituye, precisamente, el objeto de debate en el foro acerca de qué medidas son esas que puede tomar el juez para cumplir dicho cometido, a fin de restablecer la situación afectada por ilegal o inconstitucional y no vaciar de contenido, al menos dentro del ámbito contencioso administrativo, el derecho a la tutela judicial efectiva.

El asunto, ya había sido zanjado por la misma Sala Constitucional en la sentencia N° 559/2003, en la cual sentó que contemporáneamente, la doctrina especializada ha sostenido que la consagración en las constituciones democráticas del derecho a la tutela judicial efectiva, en los términos establecidos en el artículo 26 de nuestro Texto Fundamental, terminó de desmontar la concepción puramente objetiva o revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que junto a los demás órganos de la rama Judicial del Poder Público, *tienen la obligación de brindar protección a los derechos e intereses de los particulares cuando en el proceso quede probado que la actuación de la administración efectivamente vulneró los derechos o intereses personales, legítimos y directos, ya sea que deriven de su enunciación en la constitu-*

ción, en leyes, reglamentos o por estipulación contractual, sin que pueda aceptarse tal menoscabo a efecto de resguardar el interés público tutelado por el órgano o ente demandado, bajo razonamientos de corte utilitarista.

De allí que se afirme, dijo la Sala Constitucional en el fallo en comento, que:

...el proceso contencioso-administrativo pasó a ser así inequívocamente ‘subjetivo’, de defensa de esos derechos e intereses frente a la actuación administrativa en general (Art. 106.1 de la propia Constitución) y no precisamente sólo frente a actos administrativos formales. La tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos no puede reducirse a la fiscalización abstracta y objetiva de la legalidad de unos actos administrativos formales; derechos e intereses que resultan de los complejos ordenamientos jurídicos a que el ciudadano se hoy se ve sometido, y su tutela efectiva (...) impondrá extenderse necesariamente a todos los aspectos de la actuación administrativa, sea formal o informal, por procedimientos tipificados o por vía de hecho, reglados o discrecionales, típicamente administrativos o con eventuales contenidos políticos anejos, por acción o por omisión, que puedan llegar a afectar dichos derechos o intereses. (Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Madrid, Civitas, 2000, p. 621).

También dijo la Sala Constitucional que dicha concepción amplia del contencioso-administrativo como jurisdicción protectora no sólo del interés público que tutela la Administración sino también de los derechos e intereses de los particulares, que es compatible con el sentido, propósito y razón del artículo 259 de la Constitución vigente, tal y como se indicó en decisión N° 82/2001, del 1° de febrero, caso: Amalia Bastidas Abreu, permite comprender que necesariamente el juez contencioso-administrativo deberá realizar pronunciamientos de condena a hacer o no hacer en contra de la Administración, a ordenar la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, y otras veces, inclusive, a sustituirse en el órgano o ente autor del acto anulado, a fin de proveer en sede

judicial aquello a que tenía derecho el particular y que le fue negado o limitado en contrariedad con el Derecho, *por lo que mal pueden disposiciones de rango legal, ajenas a las competencias de la rama judicial del poder público para ejercer el control legal y constitucional de las actuaciones u omisiones de las demás ramas del poder público y para tutelar los derechos y garantías de los justiciables, limitar o eliminar el ejercicio de tales atribuciones.*

Sólo dentro de una comprensión justa de la función judicial, que el moderno Estado Constitucional de Derecho exige, los tribunales no sólo han de velar por el sometimiento del Estado y de los particulares al orden jurídico vigente, a fin de lograr el orden y la seguridad, sino también deben velar por el respeto de los derechos y garantías fundamentales, como forma de mantener la convivencia organizada y pacífica de cuantos viven en la sociedad.

En tal sentido, la Sala Constitucional también afirmó *que mal podrían limitarse las potestades del Juez contencioso-tributario, o del Juez contencioso-electoral o del Juez contencioso-administrativo al momento de restablecer la situación jurídica subjetiva lesionada, a través de la sustitución en sus funciones del órgano o ente recurrido.*

Finalizó la Sala Constitucional diciendo que por cuanto la jurisdicción contencioso administrativa se fundamenta en el derecho de los particulares de accionar en defensa de sus derechos subjetivos e intereses legítimos, *lo que implica, ciertamente, el poder del juez para no sólo anular el acto administrativo ilegal sino, además, para disponer lo necesario para restablecer la situación jurídica infringida.*

Mutatis mutandi, mal puede el artículo 235 del Código Orgánico Tributario, disposición de rango legal y ajena a las competencias de la rama judicial del poder público para ejercer el control legal y constitucional de las actuaciones u omisiones de las demás ramas del poder público y para tutelar los derechos y garantías de los justiciables, limitar o eliminar el ejercicio de tales atribuciones, de ahí que esa norma sea inconstitucional por atentar contra el derecho a la tutela judicial efectiva y por atentar contra las facultades

que el artículo 259 de la constitución otorga al juez contencioso tributario para anular actos administrativos contrarios a derecho, incluso, por desviación de poder.

Así las cosas, nos atrevemos a afirmar que la jurisdicción contencioso-tributaria tiene la obligación de brindar protección a los derechos e intereses de los contribuyentes cuando en el proceso quede probado que las opiniones que emita la Administración Tributaria con base en el artículo 230 del Código Orgánico Tributario, vulnere los derechos o intereses personales, legítimos y directos de los mismos, sin que pueda aceptarse como pretexto para no tutelar esos derechos e intereses lo dispuesto en el inconstitucional artículo 235 *eiusdem*.

De allí que afirmemos, que el proceso contencioso-tributario no sólo se extiende a controlar la actuación de la Administración Tributaria en los términos previstos en los artículos 242 y 259 del Código Orgánico Tributario, sino también ese control se extiende a los actos dictados con base en el artículo 230 antes mencionado.

4. UN CASO PRÁCTICO

En el mes de enero de 2003, la sociedad mercantil INTERBANK SEGUROS, S.A. realizó, con base en lo dispuesto en el artículo 230 del Código Orgánico Tributario, una consulta al SENIAT, a los fines de que ese ente opinara sobre si las empresas aseguradoras tenía la obligación o no de cancelar el IVA por sus asegurados cada vez que éstos requiriesen sufragar gastos médicos o de reparación de vehículos y estuviesen amparados por una póliza de seguros, en virtud de que el artículo 16 de la Ley que establece el IVA considera no sujetas al pago de ese impuesto “Las operaciones de seguro, reaseguro y demás operaciones realizadas por las sociedades de seguros y reaseguros, los agentes de seguros, los corredores de seguros y las sociedades de corretaje (...)”.

Así las cosas, el SENIAT evacuó la referida consulta, quedando su opinión contenida en el acto administrativo signado con el N° DCR-5-15311-774, de fecha 10 de marzo de 2003.

El SENIAT en el acto en el cual quedó plasmada su opinión empezó diciendo que dentro del marco de la Ley de Impuesto al IVA, se prevé que la realización de determinadas actividades, negocios jurídicos u operaciones constituye el hecho imponible del tributo, lo cual a su vez determina la existencia de una categoría de sujetos pasivos (los contribuyentes que realizan el hecho imponible) que quedan obligados al cumplimiento de las prestaciones tributarias.

En ese sentido, el SENIAT resaltó que el artículo 5 de la mencionada Ley, enumera los sujetos considerados contribuyentes a los efectos del mencionado texto legal.

Como consecuencia de lo precedente, el SENIAT dedujo que el IVA se configura como un impuesto de carácter objetivo, cuando la ley establece en forma enunciativa ciertos supuestos de no sujeción (artículo 16), enumerando a aquellas actividades, negocios jurídicos u operaciones que no constituyen hechos imponibles y que por lo tanto no generan la obligación de pagar el tributo; de esta forma, las personas que realicen exclusivamente actividades no sujetas no calificarán como contribuyentes del IVA.

Es por ello, que en criterio del SENIAT, el numeral 5 del artículo 16 *eiusdem* considera no sujetas al gravamen a “*Las operaciones de seguro, reaseguro y demás operaciones realizadas por las sociedades de seguros y reaseguros, los agentes de seguros, los corredores de seguros y las sociedades de corretaje (...)*”, de manera tal que para el SENIAT las mencionadas operaciones, siempre y cuando sean realizadas en forma exclusiva por sociedades de seguros y reaseguros, agentes de seguros y reaseguros, no se encontrarán sujetos al impuesto al valor agregado.

Sin embargo, el SENIAT con fundamento en lo establecido en el artículo 15 del Reglamento de la Ley *en comento*, consideró que la intención legislativa fue la de no sujetar con el IVA a aquellas actividades u operaciones que constituyen el objeto específico de las sociedades de seguros y reaseguros, agentes de seguros, corredores de seguros y sociedades

de corretaje, todo ello en virtud de la particular naturaleza que revisten las operaciones de seguro u reaseguros.

Lo anterior sirvió de base para que el SENIAT en el acto opinará que las sociedades de seguros y reaseguros siempre y cuando realicen únicamente actividades que no configuran hechos imponible en los términos de la Ley, es decir, que no realicen actividades, negocios jurídicos u operaciones que constituyan hechos imponible, de conformidad con el artículo 3 de la ley, no serán contribuyentes ordinarios del IVA en los términos del artículo 5 *eiusdem*, ya que la realización de las actividades contenidas en el numeral 5 del artículo 16, no se encuentran gravadas con el tributo en referencia.

Ahora bien, en la consulta que dio origen a la opinión del SENIAT que hemos venido comentando, el consultante, es decir, la empresa Interbank Seguros, C.A., expuso que los servicios médico-hospitalarios o mecánicos están intrínsecamente ligados a la operación de seguros, por cuanto a través del mecanismo de la Carta Aval, Clave de Emergencia o Servicio Mecánico Concertado, las empresas de seguros son las que cancelan directamente al prestador el servicio prestado al asegurado, por lo que a su parecer, tal servicio no se encuentra sujeto al impuesto, pues se trata de una operación propia del seguro entablada con personas auxiliares o coligadas a la actividad aseguradora.

Ante ese planteamiento, el SENIAT opinó lo siguiente:

- Que en el caso de la prestación de servicios médico-asistenciales, odontológicos, de cirugía y hospitalización prestados por entes privados, así como los que presten los talleres mecánicos y demás personas naturales y/o jurídicas, el monto del débito fiscal tiene que ser trasladado a los adquirentes de los servicios, que en definitiva son los que tienen que soportar el impuesto al valor agregado.
- Que a los efectos de la ley del IVA, el receptor de los servicios, y por ende quien soporta el impuesto en los términos del artículo 29 de la Ley, es el beneficiario de la póliza, pues es

quien efectivamente recibe los servicios antes señalados; y por lo tanto, será a nombre de dicho beneficiario que deberá emitirse la factura.

– Que el del IVA sea realizado por la empresa de seguros, en virtud del contrato de póliza, en ningún caso implica que sea ésta la receptora del servicio y, por lo tanto, desde el punto de vista jurídico tributario, no se produce respecto a ella el traslado del IVA.

– Que en conclusión, a los fines del cumplimiento de las obligaciones tributarias, sobre las cuales debe pronunciarse el SENIAT, sólo resultaba relevante determinar que corresponde al prestador del servicio (clínicas o talleres mecánicos) trasladar y enterar el IVA generado en virtud de las prestaciones de servicios gravados, independientemente de quién deba pagar en definitiva el valor de la operación.

De lo expuesto hasta los momentos se evidencia que para el SENIAT, si bien es cierto las empresas de seguros son las que en un momento dado cancelan el costo de los servicios mecánicos o médicos que contraten sus asegurados, el pago del IVA corresponde al beneficiario de la póliza.

Por su puesto, la empresa Interbank Seguros, C.A., no obstante que el artículo 235 del Código Orgánico Tributario excluye de todo control jurisdiccional las opiniones que emite la Administración sobre la interpretación de las normas tributarias, procedió a interponer contra esa opinión formal recurso contencioso tributario de anulación contra la mencionada opinión del SENIAT, el cual está siendo conocido en la actualidad por el Juzgado Superior Noveno en lo Contencioso Tributario, Exp N° 2.004, siendo el caso que ese Tribunal con ocasión de la interposición del referido recurso, dictó a favor de la recurrente una medida cautelar innominada con base en lo dispuesto en los artículos 585 y parágrafo primero del 588 del Código de Procedimiento Civil, consistente en que mientras ese juicio es tramitado la Administración Tributaria debe abstenerse de cobrar a la empresa Interbank Seguros, C.A. el impuesto al valor agre-

gado cuando ésta pague por sus asegurados gastos médicos, odontológicos o de reparación de vehículos.

Hay que decir, que después que esa medida innominada cautelar fue dictada, se han hecho parte en ese juicio casi todas las empresas aseguradoras, solicitando que los efectos de esa medida cautelar se extiendan a su favor, lo cual fue acordado por el Juzgado Superior Noveno en lo Contencioso Tributario.

Por supuesto, el SENIAT con fundamento en el artículo 267 del Código Orgánico Tributario, se opuso a la admisión del recurso precisamente con base en lo dispuesto en el artículo 235 *eiusdem*.

Escaparía de los objetos de este trabajo el explicar al detalle la fundamentación jurídica en la cual se basaron las empresas de seguros recurrentes para impugnar la opinión del SENIAT antes aludida, pero lo que sí es relevante destacar es el hecho, e insistimos en ello, que no obstante que el artículo 235 del Código Orgánico Tributario niega toda posibilidad de impugnar administrativa o judicialmente las opiniones del SENIAT, ello no es óbice para proceder a demandar la nulidad de esas opiniones, ya que el mencionado artículo es a todas luces inconstitucional.

Es más, cualquier persona distinta a las empresas de seguros que se sienta lesionada en su esfera de derechos subjetivos e intereses legítimos, personales y directos, pudiera hacerse parte en ese juicio, para pedir que se declare la nulidad de la referida opinión del SENIAT.

En ese sentido, quien suscribe el presente trabajo, así como su esposa, se hicieron parte en ese juicio, a los fines de pedir la nulidad de la opinión del SENIAT en referencia, en defensa de sus propios derechos e intereses, resaltando que ello sucedió antes que la Sala Constitucional desaplicara con efectos *erga omnes* el IVA que se cobraba en los centros de salud privados por la prestación de servicios médicos.

Así las cosas, y como se dijo anteriormente, el SENIAT opinó que en el caso de la prestación de servicios médico-asistenciales, odontológicos, de cirugía y hospitalización prestados por entes privados, así como los

que presten los talleres mecánicos y demás personas naturales y/o jurídicas, el monto del débito fiscal tiene que ser trasladado a los adquirentes de los servicios, que en definitiva son los que tienen que soportar el impuesto al valor agregado.

De la afirmación anterior dada por el SENIAT se interpreta que cuando los ciudadanos comunes reciben la prestación de servicios médico-asistenciales, odontológicos, de cirugía y hospitalización en centros de salud privados, estando o no amparados por una póliza de seguros, el monto del débito fiscal tiene que ser trasladado a los mismos, ya que seríamos los adquirentes de esos servicios, quienes en definitiva debían soportar el impuesto al valor agregado, lo cual fue alegado para evidenciar nuestro interés legítimo, personal y directo para hacernos parte en ese juicio.

De igual forma, el SENIAT opinó también que a los efectos de la ley del IVA, el receptor de los servicios, y por ende quien soporta el impuesto en los términos del artículo 29 de la Ley, es el beneficiario de la póliza, pues es quien efectivamente recibe los servicios antes señalados; y por lo tanto será a nombre de dicho beneficiario que deberá emitirse la factura.

En ese caso hicimos ver al Tribunal que éramos beneficiarios de una póliza de seguro contratada con una empresa de seguros, lo que significa, según los criterios sostenidos por el SENIAT en la opinión impugnada, que al ser indudablemente los receptores de eventuales servicios médico-asistenciales, odontológicos, de cirugía y hospitalización en centros de salud privados, tendríamos que soportar el IVA que la prestación de los mismos generen, por ser los beneficiarios de la póliza antes mencionada, lo cual evidenciaba nuestro interés legítimo, personal y directo y legitimación para hacernos parte en ese juicio, al considerar que no debíamos pagar el IVA por los servicios médicos y odontológicos que eventualmente podríamos necesitar, ya que ello era violatorio de nuestros derechos a la vida y a la salud.

Por otra parte, nuestro interés legítimo, personal y directo y legitimación para hacernos parte en este juicio, emana directamente de la ley, específicamente del artículo 259 del Código Orgánico Tributario, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 242 *eiusdem*.

En efecto, el artículo 259, numeral 1 del Código Orgánico Tributario dispone que el recurso contencioso tributario procederá contra los mismos actos de efectos particulares que pueden ser objeto de impugnación mediante el recurso jerárquico, sin necesidad del previo ejercicio de dicho recurso.

Así, el artículo 242 *eiusdem* señala cuáles son los actos que pueden ser impugnados mediante la interposición del recurso jerárquico, y son aquellos actos de efectos particulares que emanen de la Administración Tributaria que determinen tributos, apliquen sanciones, o *afecten en cualquier forma los derechos de los administrados por quien tenga un interés legítimo, personal y directo*.

Es el caso que el SENIAT al expresar en el acto recurrido que el monto del débito fiscal tiene que ser trasladado a los adquirentes de los servicios médicos y odontológicos, tengan o no póliza de seguros, quienes en definitiva son los que tienen que soportar el impuesto al valor agregado; y además, al señalar igualmente que quien debe soportar el impuesto en los términos del artículo 29 de la Ley del IVA, es el beneficiario de la póliza, por ser quien efectivamente recibe los servicios antes señalados; y por lo tanto será a nombre de dicho beneficiario que deberá emitirse la factura, y como quiera que llegamos a demostrar que requeríamos de servicios médicos en centros de salud privados, era evidente que la opinión del SENIAT afectaba nuestros derechos como contribuyentes, ya que debíamos pagar el IVA que generasen los gastos en los cuales debíamos incurrir por la atención médica que íbamos a necesitar, haciéndonos más oneroso el acceso al sistema de salud privada, todo lo cual ponía de relieve que la opinión del SENIAT, no sólo afectaba los derechos de las empresas de seguros, sino que también afectaba nuestros derechos como contribuyentes al considerar que no debíamos pagar el IVA por la prestación de servicios médicos en clínicas privadas que eventualmente pudiéramos necesitar.

Por supuesto, nuestra intervención en ese juicio no lo fue a los fines de que se nos considerara como unos simples terceros adhesivos, sino como verdadera parte, lo cual fue fundamentado en lo dispuesto en el artículo 370, numeral 1 del Código de Procedimiento Civil:

Artículo 370.- Los terceros podrán intervenir o ser llamados a la causa pendiente entre otras personas, en los casos siguientes:

1.- Cuando el tercero pretenda tener un derecho preferentemente al del demandante, o concurrir con éste en el derecho alegado, fundándose en el mismo título; o que son suyos los bienes demandados o embargados, o sometidos a secuestro o a una prohibición de enajenar y gravar, o que tiene derecho a ellos.

Dicha norma es perfectamente aplicable en el contexto del contencioso tributario, ya que el Código Orgánico Tributario dispone que serán supletorias las disposiciones del Código de Procedimiento Civil en esta materia.

En ese caso alegamos que nos encontrábamos en una condición análoga a la de la empresa Interbank Seguros, S.A., ya que consideramos al igual que esa empresa, que no debíamos cancelar el IVA que se generaba por la prestación de servicios médicos u odontológicos, lo cual evidenció que pretendíamos concurrir en el derecho alegado por la misma, fundándonos en un mismo título, que no era otro que las propias normas jurídicas invocadas por Interbank Seguros, C.A., para fundamentar las denuncias de inconstitucionalidad e ilegalidad formuladas contra la opinión del SENIAT, lo cual demostró igualmente nuestro interés en que los efectos de la decisión que habrá de dictarse en esta causa se extiendan y recaigan sobre nuestra esfera individual de derechos e intereses.

Es por ello que fundamentamos la acción de tercería en lo previsto en el numeral 1 del artículo 370 del Código de Procedimiento Civil, ya que nuestra aspiración era la de ser protegidos por la sentencia definitiva que a bien debe dictar ese Tribunal, es decir, que los efectos de la decisión que recaiga sobre las situaciones particulares de la empresa Interbank Seguros S.A. fuesen extendida a nuestra situación particular.

Lo que hemos querido evidenciar con la cita de ese caso, son los siguientes aspectos:

– Que en la práctica se han impugnado opiniones emitidas por la Administración sobre la interpretación de normas tributarias, con base en el artículo 230 del Código Orgánico Tributario.

- Que no obstante que el artículo 235 *eiusdem* excluye del control judicial las opiniones antes mencionadas, existen actualmente juicios en curso en los que los Tribunales competentes han otorgado medidas cautelares contra las opiniones emanadas de la Administración Tributaria.
- Que en el contexto de los juicios de nulidad incoados contra las opiniones de la Administración Tributaria, cualquier persona que se sienta afectada en sus derechos por el contenido de las mismas, está legitimada para hacerse parte en esos juicios, bien como un simple tercero adhesivo o bien como verdadera parte.

CONCLUSIONES

Con base a todas las consideraciones efectuadas en esta modesta monografía, podemos llegar a las siguientes consideraciones:

- Que el artículo 235 del Código Orgánico Tributario, establece que no procederá recurso alguno contra las opiniones emitidas por la Administración Tributaria en la interpretación de normas tributarias.
- Que los efectos procesales que se derivan del artículo 235 del Código Orgánico Tributario, es que convierte a los actos contentivos de las opiniones que emita la Administración Tributaria de las normas tributarias, con base en el artículo 230 *eiusdem*, en actos administrativos exentos de todo control judicial, lo cual va en contra de las más recientes tendencias del derecho público moderno de extender el control judicial sobre todo tipo de acto dictados por el Poder Público.
- Que las opiniones que emite la Administración sobre las normas tributarias, cada vez que evacúa las consultas que a bien estimen realizar los administrados, son perfectamente revisables por el Poder Judicial, no obstante que el artículo 235 del Código Orgánico Tributario lo prohíba, ya que esa norma es inconstitucional por violentar lo dispuesto en los artículos 26 y 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

- Que a los solos fines de la admisión de un recurso de nulidad contra un acto administrativo contentivo de una opinión de la Administración Tributaria, debe solicitarse la desaplicación del artículo 235 por la vía del control difuso de la constitucionalidad de normas legales para el caso concreto, con base en lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución y 20 del Código de Procedimiento Civil.
- Que en aquellos casos en que haya operado el silencio administrativo, es decir, que la Administración simplemente no diera respuesta a la consulta que le fuera formulada por los contribuyentes, no puede hablarse que en esas situaciones ha operado el silencio negativo, ya que el propio artículo 234 del Código Orgánico Tributario se encarga de dar protección a los derechos del consultante, al establecer que no podrá sancionarse a quienes habiendo solicitado una consulta a la Administración Tributaria, ésta no hubiere contestado la misma en los plazos fijados en el artículo 233 *eiusdem*, cuando el consultante hubiere aplicado la interpretación acorde con la opinión que haya expresado el mismo en su consulta.
- Que no sería procedente intentar un recurso de carencia o de abstención para el caso en que la Administración Tributaria simplemente omita dar respuesta expresa a la consulta.
- Que es posible que una opinión emitida por la Administración Tributaria afecte en cualquier forma los derechos, no sólo del consultante, sino de cualquier administrado, lo cual coloca a esas opiniones entre los actos sometidos al control de los Tribunales con competencia en lo contencioso tributario, de conformidad con lo previsto en el artículo 259, numeral 1 del Código Orgánico Tributario en concordancia con lo previsto en el artículo 242 *eiusdem*.
- Que en el contexto de los juicios de nulidad incoados contra las opiniones de la Administración Tributaria, cualquier persona que se sienta afectada en sus derechos por el contenido de las mismas, está legitimada para hacerse parte en esos juicios, bien como un simple tercero adhesivo o a los fines de que le se considere una verdadera parte.

El Fraude Procesal y la Conducta Procesal de las Partes como Prueba del Fraude

Humberto Enrique Tercero BELLO TABARES*

SUMARIO:

- 1. Fraude Procesal. Concepto. Dolo Procesal. Fraude a la Ley.**
- 2. Fundamento Jurídico del Fraude Procesal.**
- 3. Configuración del Fraude en el Proceso Conforme a la Ley Procesal.**
- 4. Tipos o Categorías del Fraude Procesal. El Dolo Procesal. La Estafa Procesal. La Simulación Procesal. El Abuso de Derecho.**
- 5. Trámite Procesal para atacar el Fraude o Dolo Procesal. La Revisión de la Sentencia Fraudulenta o Dolosa. Efecto de la Declaratoria del Fraude o Dolo Procesal.**
- 6. Prueba del Fraude o Dolo Procesal. La Conducta de las Partes como Indicios del Fraude o Dolo Procesal.**

* **Universidad Santa María.** Abogado, Especialista en Derecho Procesal Civil. *Magíster Scientiarum* en Ciencias Jurídicas mención Derecho Procesal Civil. Doctor en Ciencias Jurídicas mención Derecho Procesal Civil. Profesor de pregrado y postgrado, *Postgrado de la Especialización de Derecho Mercantil*, Coordinador Académico. **Universidad de Salamanca**, Diplomado en Derecho Constitucional. **Escuela de Formación de Oficiales de la Guardia Nacional**, Profesor. Articulista y conferencista. Autor de varias obras jurídicas.

1. FRAUDE PROCESAL. CONCEPTO. DOLO PROCESAL. FRAUDE A LA LEY

El proceso, es considerado como un conjunto concatenado y coordinado de actos procesales realizados por los órganos jurisdiccionales, quienes encarnan al Estado, tendentes a resolver los conflictos de la colectividad, mediante la aplicación de la Ley en forma pacífica y coactiva.

De esta manera, el proceso cumple la función pública de solucionar los conflictos surgidos entre los justiciados, arrebatándole la justicia a los particulares, ya que es sabido que el monopolio de la administración de justicia se encuentra concentrado en el Estado –se elimina la justicia privada– circunstancia esta de la cual se infiere, que el proceso –contencioso– tiene como finalidad, la solución de conflictos surgidos entre los ciudadanos, cuando se lesiona un derecho subjetivo y resultan infructuosas las gestiones amistosas tendentes a reparar la violación del derecho.

Este mismo criterio es sostenido por Hernando Devis Echandía, para quien el proceso contiene una pugna de intereses que persigue la solución definitiva del conflicto mediante una sentencia, sea aquél de naturaleza civil, comercial, laboral, contencioso administrativa o aduanera, conflicto este que se traduce en una pugna, una especie de lucha jurídica, de pruebas y alegaciones, recursos y solicitudes de otra índole, a lo largo del proceso.¹

Conforme a nuestro texto constitucional –artículo 257– el proceso es considerado como un instrumento fundamental para la realización de la justicia, lo cual se traduce, en que bajo la óptica del constituyente, pareciera que el proceso no tiene como finalidad la solución de conflictos sino la realización de la justicia, pero lo cierto es que la composición de conflictos entre justiciados mediante la aplicación de la Ley en forma pacífica y coactiva, sólo puede obtenerse a través de dictados de sentencias justas, con justicia, justicia esta que se adquiere mediante el

¹ Hernando Devis Echandía. *Estudios de Derecho Procesal*. Tomo I, p. 337, 1967.

material probatorio que demuestre la verdad de las pretensiones o excepciones de las partes, ya que la prueba demuestra la verdad a través de la cual puede alcanzarse la justicia y finalmente solucionarse los conflictos entre los ciudadanos.

De todo lo anterior se infiere, que la prueba demuestra la verdad de las afirmaciones de las partes, las cuales se subsumirán en las normas contentivas de las consecuencias jurídicas que contienen la solución de los conflictos, que de una u otra manera cumplen con el postulado constitucional de justicia.

Por otro lado, el proceso se encuentra regulado o reglado por un conjunto de principios que lo informan, dentro de los cuales se encuentran el principio inquisitivo, dispositivo, de veracidad, de lealtad y probidad, así como el de igualdad, entre otros; incluso, existen principios constitucionales procesales tales como el principio de justicia, de moralidad –ética– de tutela judicial efectiva, de la defensa y del debido proceso, entre otros, que se encuentran regulados en los artículos 2º, 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Pero si bien el proceso tiene como finalidad no sólo la solución de conflictos sino la realización de la justicia, lo cual conlleva a que quien acude al proceso es porque se le ha lesionado un derecho subjetivo que no ha podido ser restablecido amigablemente, es decir, que existe una disputa o controversia que no puede ser resuelta sin la intervención del Estado por conducto de sus órganos jurisdiccionales, en ciertas ocasiones, el proceso es utilizado con fines diferentes, tal como lo ha venido expresando la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia,² esto es, no con la intención de solucionar conflictos y realizar la justicia, sino con la finalidad de perjudicar a determinadas personas y obtener un beneficio personal o a favor de otro sujeto –fines perversos–.

En este caso, es lógico que la figura del proceso se encuentra totalmente distorsionada o desnaturalizada, pues realmente al no existir conflic-

² Sentencia dictada por la Sala Constitucional, caso José Alberto Zamora Quevedo.

to, no puede hablarse de proceso sino de una ficción o simulación de proceso con fines diferentes a los que en principio conlleva el proceso –solución de conflictos–, todo lo cual desemboca en un caos social, pues las instituciones se utilizarían para fines distintos a las que fueron creadas, configurándose así un fraude no sólo a la Ley sino incluso un fraude procesal.

De lo dicho es decisivo sostener, que en el proceso existe una pugna de intereses en conflicto, los cuales se dilucidarán mediante las argumentaciones de las partes, las pruebas de los hechos, los recursos y demás incidencias que puedan suscitarse, pues las partes tienen el derecho de utilizar todos los mecanismos procesales que consideren pertinentes para la mejor defensa de sus derechos e intereses, lo cual no quiere decir, ni significa que en el proceso –campo de batalla judicial– no puedan existir –arteramente– la utilización fraudulenta o dolosa de medios o recursos procesales ilegales, incluso ilícitos, que lejos de pretender la solución de conflictos y la realización de la justicia, persiguen perjudicar a algún sujeto procesal para conseguir así un beneficio, circunstancias estas que dan paso a las figuras de fraude procesal, dolo procesal, fraude a la Ley, abuso del derecho, simulación o apariencia de juicios, así como a la estafa procesal, figuras estas que pueden englobarse en la denominación de “cáncer procesal” como lo expresa Devis Echandía.³

El fraude procesal, se encuentra regulado en una forma genérica y no puntual en el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual, el operador de justicia se encuentra en la obligación o deber de tomar oficiosamente o a instancia de parte, todas aquellas medidas necesarias para prevenir y sancionar la falta de lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión y el fraude procesal, o cualquier otro acto contrario a la majestad de la justicia y al respeto que se deben los litigantes, todo ello no obstante a existir en nuestro ordenamiento jurídico normas puntuales que lo contemplan y combaten, tales como multas a las partes por su conducta procesal, la condena en costas al perdedor en el proceso, entre otros.

³ Hernando Devis Echandía. *Ob. Cit.* p. 338.

Con ocasión al dolo o fraude procesal,⁴ la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se pronunció definiéndolo como las maquinaciones o artificios realizados en el curso de un proceso, o por medio de éste, destinados, mediante engaño o la sorpresa en la buena fe de uno de los sujetos procesales, a impedir la eficaz administración de justicia, en beneficio propio o de un tercero y en perjuicio de una parte o de un tercero,⁵ siendo la buena fe un concepto indeterminado que pudiera considerarse como el buen comportamiento social normal que se espera de las personas, o como expresa Couture, el estado psicológico colectivo, una cierta forma de salud espiritual que hace que los hombres crean en la realidad de las apariencias.⁶

Desglosando la definición del dolo o fraude procesal ensayada por la Sala Constitucional, pueden inferirse las siguientes consecuencias:

- a) El dolo y el fraude procesal son tratados como conceptos sinónimos o figuras iguales.
- b) Para que pueda considerarse la existencia de dolo o fraude procesal, se requiere de *maquinaciones* o *artificios* realizados *en el decurso de un proceso*, es decir, dentro de un proceso jurisdiccional en marcha –en curso– o que se promueve, donde el efecto fraudulento puede multiplicar sus efectos corrosivos mediante el sistema de avance exclusivo que tiene la contienda judicial, *o con el proceso*, esto es, aquel originado y que es producto del proceso mismo; entendiéndose por *maquinaciones* la asechanza arficiososa y oculta, dirigida regularmente a un mal fin,⁷ y por *artificios*, arte, primor, ingenio o habilidad, disimulo, cautela, dobles.⁸ Por “maquinaciones” ex-

⁴ Según el Diccionario de la Real Academia Española, se entiende por fraude, toda acción contraria a la verdad y a la rectitud, que perjudica a la persona contra quien se comete; acto tendente a eludir una disposición legal, en perjuicio del Estado o de un tercero. Tomo 5. p. 736.

⁵ Sentencia de fecha 04 de Agosto de 2000, caso Sociedad Mercantil INTANA, expediente 00-1723.

⁶ Eduardo J. Couture. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo II. Pruebas en Materia Civil.

⁷ *Diccionario de la Real Academia Española*. Vigésima Segunda Edición. Tomo 7. p. 981.

⁸ *Diccionario de la Real Academia Española*. Vigésima Segunda Edición. Tomo 2. p. 149.

presa Vallespín,⁹ debe entenderse todo proyecto o asechanza oculta, engañosa y falaz que va dirigida regularmente a mal fin; en tanto que por “fraudulentas” debe entenderse toda actividad engañosa, falaz que implica fraude, de donde se deduce que toda “maquinación fraudulenta” es considerada como toda actuación maliciosa realizada por persona, interviniente o no en el proceso, consistente en hechos ajenos a éste y que han inclinado la voluntad del operador de justicia para obtener una sentencia favorable al litigante autor o cooperador de ella.

Expresa el mismo autor, que la doctrina reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo español, ha expresado que por maquinaciones fraudulentas ha de entenderse todo artificio realizado personalmente o cono auxilio de extraño por la parte que haya obtenido la sentencia favorable, o por quienes representen, que implique una conducta o actuación maliciosa llevada a cabo mediante falacia o engaño por el litigante vencedor, un consciente y voluntario aprovechamiento de actos directos o inmediatos que provocan una grave situación de irregularidad procesal, con la consiguiente indefensión de la contraparte, debiendo en todo caso surgir tal maquinación de hechos ajenos del pleito no de los discutidos y alegados en el mismo, pudiendo comprender bajo el término de “maquinaciones fraudulentas” todas aquellas actividades de la actora que vayan dirigidas a dificultar u ocultar al demandado la iniciación del juicio con el objeto de obstaculizar su defensa, asegurando así el éxito de la demanda; o como expresa la sentencia del mismo Tribunal Supremo de fecha 8 de Junio de 1992, la maquinación fraudulenta precisa la prueba de hechos que, por sí mismos, evidencian que la sentencia ha sido ganada por medios de ardidés o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario, de suerte que concurra un nexo causal eficiente entre el proceder malicioso y la resolución judicial.

⁹ David Vallespín Pérez. *La Revisión de la Sentencia Firme en el Proceso Civil*. pp. 80 y 81.

- c) Las maquinaciones o artificios realizados en el proceso o con el proceso, tienden a engañar o sorprender la buena fe de uno de los sujetos procesales o a impedir la eficaz administración de justicia.
- d) El fraude procesal tiene por objeto obtener un beneficio propio de alguno de los sujetos procesales o de un tercero.
- e) Por último, el fraude procesal tiende a producir un perjuicio o daño a alguna de las partes o de un tercero.

Con relación al tema, el profesor alemán Walter Zeiss, expresa que la doctrina y la jurisprudencia del derecho procesal civil conocen un fenómeno al que puede dársele el nombre de fenómeno del litigante artero –*arglist*–, es decir, el que procede con dolo, o de litigante chicanero, que es aquel que procede con artimañas, con mala fe en una contienda judicial, siendo que puede considerarse al fraude procesal –expresa el profesor alemán– aquella mentira procesal que puede tomar forma antijurídica y punible cuando un litigante busca procurar a sí mismo o a un tercero una ventaja patrimonial ilegítima mediante alegaciones falsas con perjuicio patrimonial para otra persona, como podría ser en los casos en que un litigante que tiene conocimiento de no tener derecho a reclamar –nada que reclamar– logra obtener una orden de pago o de ejecución contra otro sujeto; o aquel litigante que reclama la indemnización de un daño del cual no fue objeto –no sufrió–; o incluso, el reclamo de restitución de gastos judiciales que no se erogaron.¹⁰

La definición que del fraude procesal nos ofrece Zeiss, coincide en algunos elementos con la definición ensayada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, pues en ambas se encuentran los siguientes elementos:

- a) El engaño o sorpresa en la buena fe de alguno de los litigantes.

¹⁰ Walter Zeiss. *El Dolo Procesal*. pp. 1 y 39.

- b) La ventaja o beneficio que busca una de las partes o el litigante en beneficio propio o de un tercero.
- c) Alegaciones falsas que pudieran considerarse como maquinaciones o artificios.
- d) Perjuicio patrimonial a alguna de las partes o a un tercero.

No obstante a lo anterior, se observa que la definición dada por el profesor alemán, a diferencia de la ensayada por la Sala Constitucional, no toca los tópicos de si el fraude puede ser producto del proceso –en el proceso– o con el proceso.

Por su parte, la jurisprudencia americana ha definido el fraude procesal como una acción intencional y deshonesta con propósitos execrables, para engañar o decepcionar a una de las partes, en una negociación con respecto a una situación y operación, o de un acto que resulte en su pérdida o perjuicio y en beneficio o ganancia de otra.¹¹

En este concepto se anota como elemento característico y concordante con las definiciones anteriores, que el fraude es producto de un engaño que tiende a causar un perjuicio a uno de los litigantes o a un tercero, en beneficio de otro sujeto, bien sea procesal o no, circunstancia esta que también es advertida por Peyrano¹² y por Devis Echandía,¹³ este último quien opina que no basta el propósito fraudulento de una parte, sino que hace falta el daño sufrido por lo que se fue víctima del engaño.

Para el año de 1928, ya Cernelutti había señalado que el fraude procesal tenía como objetivo desviar el curso del proceso de sus fines naturales, como lo es la decisión del litigio de acuerdo con la justicia.¹⁴

¹¹ Dobson, citado por Rómulo Velandia Ponce, en el libro homenaje a José Andrés Fuenmayor.

¹² Jorge Peyrano. *El Proceso Atípico*.

¹³ Hernando Devis Echandía. *Fraude Procesal. Sus Características, configuración legal y represión*.

¹⁴ Francesco Cernelutti. *Contra el Proceso Fraudulento*.

De esta definición de fraude, a diferencia de otras definiciones, se observa que no existe el elemento del perjuicio o daño, entendiéndose simplemente que el fraude constituye un acto realizado en el decurso de un proceso, el cual tiene por objeto desviarlo de sus fines naturales, esto es, la solución de conflictos intersubjetivos mediante la realización de la justicia, a través de la verdad que es producto de los medios probatorios que demuestran los hechos concretos debatidos en la contienda judicial, sobre los cuales recaerá la actividad jurisdiccional del operador de justicia, mediante la aplicación en forma coactiva o pacífica del precepto legal. En definitiva, el fraude procesal se patentiza mediante el desvío consciente o voluntario que hace el litigante de los fines del proceso, como lo es la aplicación del derecho al caso concreto, del cual se producirá el efecto consecucional que resolverá el problema judicial, indistintamente que dicho desvío pueda producir un perjuicio o daño a alguno de los litigantes o a algún tercero, pues el fraude procesal no tiene como fin inmediato el causar un perjuicio, aun cuando puede ser éste su fin mediato.

Lo antes dicho se compagina con el criterio sostenido por Garrote,¹⁵ para quien el fin es el elemento característico en el fraude procesal, que consiste en desviar el proceso de su curso natural, que no es otro que la decisión –solución agregaríamos nosotros– de la litis conforme al derecho, siendo que esta finalidad dolosa implica una violación al principio de buena fe procesal y se desliga del vicio de voluntad, pues el fraude consiste en un acto de desafiar las leyes con apariencia de someterse a ellas, engañando a los operadores de justicia y a terceros por medio de actos procesales, por lo que en el fraude procesal, existe plena conciencia de la actitud contraria al orden adjetivo, pues una de sus características no es causar un daño, sino la intención –voluntad– de eludir la Ley, de apartarse de su aplicación y de sus efectos jurídicos, utilizando el proceso mediante engaño para un fin diferente al cual fue concebido, en otros términos, desviando el proceso de su fin original o natural –solución de conflictos mediante la aplicación de la ley–.

¹⁵ Ángel Garrote. *Fraude Procesal*. p. 67.

El profesor argentino Osvaldo Alfredo Gozaíni,¹⁶ al comentarnos sobre el tema, nos enseña que la intención de engañar y de utilizar el proceso desviándolo de su fin natural presupone y caracteriza el fraude procesal, el cual puede definirse, siguiendo a Pisanelli, como todo embuste, artificio, o fingimiento por el cual se hace imposible al adversario la defensa, inhabilitando al juez para una decisión justa.

En otra oportunidad, expone el profesor argentino, que en el fraude procesal se tiende o persigue evadir la ley, sustraerse de las consecuencias de un hecho que le es imputable, obteniendo una ventaja en el curso de un proceso, por lo que puede considerársele como toda maniobra de las partes, terceros, operadores de justicia o auxiliares, que se inclina a obtener o a dictar una sentencia con o sin valor de cosa juzgada, o a la homologación de un acuerdo procesal u otra resolución judicial, con fines ilícitos o impedir su pronunciamiento o ejecución.¹⁷

De las definiciones ensayadas por Garrote y por Gozaíni, pueden inferirse los siguientes elementos:

- a) Que el fraude procesal consiste en maniobras o actos engañosos.
- b) Que los actos o maniobras engañosas tienden a desviar el curso natural del proceso, como lo es la aplicación del derecho y la solución de conflictos, pues quien realiza el acto fraudulento tiene por objeto evadir la aplicación de la ley, sustraerse de las consecuencias jurídicas producidas por la subsunción del hecho concreto en la norma jurídica.
- c) Que el escape de la aplicación del derecho mediante actos o maniobras engañosas, tiende a obtener un beneficio, una ventaja que hace imposible al adversario el ejercicio de su defensa y al operador de justicia la emisión de una decisión justa.

¹⁶ Osvaldo Alfredo Gozaíni. *La Conducta en el Proceso*. p. 251.

¹⁷ Osvaldo Alfredo Gozaíni. *Ob. Cit.* p. 247.

d) El fraude procesal –desvío del curso natural del proceso– puede producirse dentro del proceso –fraude endoprocetal– o con éste –utilizando sus disposiciones adjetivas–.

e) Por último, y el elemento más característico de los conceptos que se estudian, que los actos o maniobras fraudulentas o engañosas, no tienen como fin el causar un daño o perjuicio a alguno de los litigantes o a un tercero.

Este último elemento característico del fraude procesal, es precisamente el que lo diferencia del dolo procesal, pues mientras en este último el proceso es utilizado como medio de provocación a otro sujeto procesal o a un tercero a quien se va a perjudicar o causar daño, el fraude procesal, constituyendo un desvío del curso natural del proceso, que no mira al perjuicio o daño como fin inmediato, aun cuando pueda ser éste su fin mediato.

Por su parte, Devis Echandía al referirse al tema en estudio, en la ponencia que presentara en las Primeras Jornadas Procesales del Litoral Argentino, en Rosario, en el año de 1969, en un primer ensayo utiliza las palabras fraude o dolo procesal como sinónimos;¹⁸ más adelante expresa que el fraude procesal se caracteriza por el hecho de una conducta ilícita que tiende a producir un determinado efecto procesal, que se traduce en consecuencias sustanciales reñidas con el derecho, la moral o la Ley, que además *puede* lesionar derechos subjetivos de otras personas o burlar su satisfacción;¹⁹ sigue señalando el autor, que el fraude procesal puede también presentarse como obra exclusiva de una de las partes, en *perjuicio* de las demás, y en ocasiones, de terceros.

Obsérvese de lo anterior, que al referirse al perjuicio o daño que caracteriza y es más típico del dolo que del fraude procesal, expresa que en el primero de los casos, las conductas procesales ilícitas de las partes, *pueden* producir un perjuicio o daño subjetivo, es decir, que realmente

¹⁸ Hernando Devis Echandía. *Ob. Cit.* p. 337.

¹⁹ Hernando Devis Echandía. *Ob. Cit.* p. 339

no se pretende o tiende a través de actos fraudulentos a causar un daño o perjuicio procesal, circunstancias estas que nos motiva a pensar que pareciera que el maestro colombiano efectivamente distingue el fraude del dolo procesal, pues si las conductas procesales ilícitas de las partes tienen por norte la obtención de un beneficio sin perjuicio, estaríamos en presencia del fraude procesal, pero si también se pretendiera un perjuicio, estaríamos en presencia del dolo procesal; incluso al señalar sus características –fraude procesal– expresa que el mismo es una especie de dolo o maniobra dolosa, cuyo contenido y alcance puede variar, según el acto procesal en que aparezca y los fines particulares que se persiguen, elemento este último que creemos que se refiere a causar o no un perjuicio o daño a alguna de las partes o a algún tercero, donde efectivamente se configuraría, más que un fraude procesal, un dolo procesal.

Pero la circunstancia que venimos analizando tiende a confundirse cuando al expresar otra de las características del fraude procesal, expresa que éste generalmente tiende a producir consecuencias específicas de aprovechamiento o beneficio ilegal e inhumano de alguna de las partes, en *perjuicio* de otra o de terceros, es decir, que para el concepto de fraude se toma como elemento característico el daño o perjuicio.

En fin de cuentas, Devis Echandía al definir u ofrecer un concepto de proceso fraudulento, no incluye como elemento del fraude, al perjuicio o daño que pueda ocasionar, por lo que hace en consecuencia distinción entre fraude y dolo procesal. De esta manera define al proceso fraudulento como aquel que es el resultado del fraude conjunto o de la colusión de las diversas partes –demandante y demandado en los procesos contenciosos; interesados concurrentes en caso de jurisdicción voluntaria– quienes se confabulan para obtener una sentencia en determinado sentido o de contenido específico, con el fin de producir efectos jurídicos sustanciales ilícitos o ilegales, que generalmente no conseguirán mediante actos extraordinarios de voluntad, unilateralmente o bilaterales o para dar mayor eficacia ante terceros, en virtud de la fuerza de la cosa juzgada que puede gozar la sentencia y de los efectos que ella produce frente a éstos.

De todo lo anterior, concluyente es que en el concepto de fraude procesal no se toma en consideración el perjuicio que pueda causarse arteramente a alguna de las partes o a algún tercero; elemento este que sí es considerado al presentarse las características del fraude procesal, por lo que en definitiva el maestro Devis no adopta una determinada posición.

Por su parte Calamandrei sostuvo que en los procesos fraudulentos, el fraude bilateral está encaminado generalmente a perjudicar a los acreedores de una de las partes o al fisco,²⁰ de donde se deriva que tienden a igualarse los conceptos de fraude y dolo procesal.

Carnelutti,²¹ expresó que el engaño tiene un amplio desenvolvimiento en el campo del proceso, por ser un terreno fértil para su ejecución, en mayor medida que el contrato, por lo cual debe procurarse liberarlo de esa plaga; siendo que el engaño es nocivo cuando causa un daño contrario –*dolus malus*– y si tal daño en *contra legem*, existirá fraude.

Siguió expresando el maestro italiano, que el fraude procesal es un vicio del acto procesal que afecta su eficacia, al privarle de su estabilidad, por lo que no basta el propósito fraudulento de una parte, ya que hace falta el elemento objetivo, el daño sufrido por la víctima del engaño, circunstancia esta de la cual se infiere que en fraude procesal está caracterizado por la existencia de un daño o perjuicio a la víctima del engaño, figura esta más típica del dolo que del fraude procesal.

Consecuencia de lo aquí expuesto, es que la doctrina extranjera es vacilante en cuanto al concepto de fraude y dolo procesal, pues en algunas ocasiones lo han visto como figuras idénticas, en tanto que en otras ocasiones han marcado sus diferencias.

Pero ¿qué debe entenderse por dolo procesal?²²

²⁰ Piero Calamandrei, citado por Devis Echandía. *Ob. Cit.* p. 343.

²¹ Francesco Carnelutti, citado por Devis Echandía. *Ob. Cit.* p. 340.

²² Según el Diccionario de la Real Academia Española, el dolo no es otra cosa que el engaño, fraude, simulación; voluntad deliberada de cometer un delito a sabiendas de su ilicitud; en los actos jurídicos, voluntad maliciosa de engañar a alguien o de incumplir una obligación contraída. Tomo 4, p. 571.

Antes de responder esta pregunta, es pertinente previamente referirnos a sus antecedentes históricos, y al efecto, observamos que ya en el Derecho romano, existía una acción destinada a revocar los efectos de una decisión que había sido el producto de astucias, maquinaciones o engaños, pudiendo haber sido Aquilio Galio, en el año 66 antes de Cristo, quien haya originado tal procedimiento, el cual, inicialmente tenía naturaleza y carácter penal, dado que la responsabilidad civil era obtenida a través de acciones *rei persecutorias*.

Por su parte, el Digesto contempló que la acción por dolo fuera propuesta contra aquellos sujetos que con astucia o artimañas perjudicaran a otros sujetos, como era el caso de aquel que vendía un esclavo envenenado o realizaba mejoras en un fundo improductivo y lo vendía para la producción agraria como productivo.

Destacó Cuenca, citando a Labeón, que puede haber dolo sin simulación y al contrario, simulación sin dolo, de donde se empezó a diferenciar entre dolo bueno y dolo malo, siendo el primero –dolo malo– toda astucia o artificio que se hacía para perjudicar, engañar o sorprender el buena fe de otro sujeto, siendo que contra este tipo de argucias, procedía la acción en citas; en cambio que no lo era cuando en el caso se entendía de aplicación el dolo bueno, como podría ser el propietario o comerciante que vende su mercadería promoviendo a ésta con merecimientos inexistentes.

Tiempo después, el dolo fue utilizado como premisa para sancionar la transgresión a la norma jurídica.

Posteriormente, durante la República y en la especie de Cicerón, hasta comienzos del Imperio, el dolo fue considerado como todo acto contrario a la buena fe.

En el Derecho clásico, fue considerado como sinónimo de mala fe y en esta dimensión se regló la *actio doli* y la *exceptio doli mali*.

Con Celso, apareció por vez primera la gradación de la culpa, distinguiéndose entre la *culpa in abstracto* confrontada con la conducta del

hombre medio y la *culpa in concreto*, observada en un determinado momento de la vida.

Posteriormente, la responsabilidad subjetiva adquirió tres grados: en el *casus*, daño por azar; en el *dolus* intención de dañar y en la culpa, daño por negligencia, por lo que así, el dolo malo evolucionó hasta alcanzar una triple naturaleza procesal, esto es, como acción personal, que podía dirigirse contra su autor –actor del acto doloso– y sus herederos; como excepción –*exceptio doli*–; y como fundamento de la *restitutio in integrum*, la cual incluso podía ampliarse contra terceros que de buena fe se hubieran beneficiado con la operación dolosa.

En este sentido y siguiendo a Gozáini, puede inferirse que lo característico del dolo en el Derecho romano era la existencia del perjuicio, que se representó en la disminución del patrimonio o de la esfera moral.²³

Dicho esto y para ensayar una definición de dolo procesal, podríamos decir que el mismo son argucias, maquinaciones o habilidades engañosas producto de actos procesales arteros, realizados en el decurso de un proceso jurisdiccional o con éste, tendente no sólo a la obtención de un beneficio, sino principalmente a causar un daño a alguna de las partes o a algún tercero, siendo este elemento –daño o perjuicio– lo que realmente caracteriza al dolo procesal y lo diferencia del fraude procesal, donde la intención o finalidad primordial no es el causar un daño, sino obtener un beneficio, aun cuando como hemos expresado en otra oportunidad, este beneficio o interés puede mediatamente causar un perjuicio, lo que nos motiva a expresar que el fraude procesal puede, y en la mayoría de las veces, desemboca en dolo procesal.

De la definición pueden extraerse los siguientes elementos característicos del dolo procesal:

- a) El dolo procesal está conformado por: de argucias, maquinaciones o habilidades engañosas producto de actos arteros –dolosos–.

²³ Osvaldo Alfredo Gozáini. *Ob. Cit.* pp. 297 y 298.

- b) Los actos arteros pueden ser endoprocesales –dentro del proceso– o con motivo del proceso.
- c) El dolo procesal busca la obtención de un beneficio a alguno de los sujetos procesales o a algún tercero.
- d) Lo que caracteriza el dolo procesal es el daño o perjuicio que con motivo a los actos arteros y engañosos, sufre alguna de las partes o algún tercero.

Con relación al dolo procesal, expresa el profesor argentino Gozaíni, que el restante componente importa la particularidad de buscar a través del proceso sorprender a su adversario; engaño con una finalidad determinada; provocar el error; y lo que asume en el proceso la singularidad esencial: la de provocar un daño,²⁴ elemento este último que lo diferencia del fraude procesal, pues el dolo siempre acarrea, en sus elementos objetivos y subjetivos, un comportamiento destinado a dañar un interés ajeno, a diferencia incluso del fraude a la Ley, donde en este último se tiende a evitar la aplicación de la ley o a provocar la aplicación de una norma inaplicable al caso concreto.

No obstante, entre el dolo, el fraude procesal y el fraude a la Ley, el elemento común se encuentra en la utilización de maquinaciones, artificios o actos engañosos.

Todo lo anterior nos motiva, a modo de conclusión, a expresar que realmente el dolo y el fraude procesal son conceptos diferentes, aun cuando parte de la doctrina más calificada e incluso de la jurisprudencia patria –como se verá de seguidas– lo tratan como igual, incluso en una misma definición mezclan las instituciones.

En el caso venezolano, la Sala Constitucional al ensayar el concepto de fraude procesal, no hizo distinción alguna de los conceptos, tratando por igual al fraude y al dolo procesal, obviando el hecho de si las maquina-

²⁴ Osvaldo Alfredo Gozaíni. *Ob. Cit.* p. 294.

ciones o artificios realizados en el proceso o con el proceso, tienen como fin inmediato o mediato el causar un perjuicio a alguna de las partes o a algún tercero, ello no obstante a que en varios pasajes de una decisión,²⁵ comenta que el dolo procesal se entiende en sentido amplio y abarca la colusión, el fraude, la simulación y el abuso del derecho, siendo el fraude procesal una forma de dolo procesal, más aun su máximo exponente, por lo que pareciera que se separa el dolo del fraude, siendo que realmente, al elaborarse la definición no se hace tal distingo.

Para nosotros, que el fraude procesal consiste en todas aquellas maquinaciones, asechanzas artificiosas, ingenio o habilidad, de carácter engañosas que configuran una conducta procesal artera, voluntaria y consciente, que sorprende la buena fe de uno de los sujetos procesales, inclusive el operador de justicia, realizados en el decurso de un proceso –fraude endoprocésal– o con ocasión a éste, que no sólo tiende a desnaturalizar el curso normal del proceso –aplicación de la ley y solución de conflictos– que incluso pueden cercenar el ejercicio del derecho de la defensa de alguna de las partes, en beneficio de alguna de las partes o de un tercero, sino que también tiende a ocasionar un daño o perjuicio a alguna de las partes o a algún tercero –dolo procesal–.

De la definición plasmada se destaca:

- a) Que el fraude procesal se manifiesta con actos procesales arteros o dolosos, voluntarios y conscientes.
- b) Que dichos actos son producto de maquinaciones o artificios.
- c) Que las maquinaciones o artificios arteros –dolosos– voluntarios y conscientes, pueden producirse endoprocésalmente –dentro del proceso– o con ocasión al proceso.
- d) Que los actos mencionados tienden a sorprender la buena fe de alguno de los sujetos procesales, incluso del juez; tienden

²⁵ Sentencia caso Sociedad Mercantil INTANA.

a desnaturalizar el curso normal del proceso, como lo es la aplicación de la ley para la solución de conflictos; tienden a producir un beneficio a algún sujeto procesal o a un tercero; tienden a causar un daño o perjuicio a algún sujeto proceso o a algún tercero.

e) Por último, consideramos dentro de la figura del fraude procesal al dolo procesal, pues en la definición ensayada colocamos como uno de los fines del fraude procesal el ocasionar un daño o perjuicio a alguna de las partes o a algún tercero, circunstancia esta que conforme a una parte de la doctrina es más propiamente dicho dolo procesal.

Devis Echandía, como señaláramos en otra oportunidad, define al proceso fraudulento como aquel que es el resultado del fraude conjunto o de la colusión de las diversas partes –demandante y demandado en los procesos contenciosos; interesados concurrentes en caso de jurisdicción voluntaria– quienes se confabulan para obtener una sentencia en determinado sentido o de contenido específico, con el fin de producir efectos jurídicos sustanciales ilícitos o ilegales, que generalmente no conseguirán mediante actos extraordinarios de voluntad, unilateralmente o bilaterales o para dar mayor eficacia ante terceros, en virtud de la fuerza de la cosa juzgada que puede gozar la sentencia y de los efectos que ella produce frente a éstos.

Como características del fraude procesal, Devis expresa las siguientes:

a) Es una forma de dolo o una maniobra dolosa, cuyo contenido y alcance puede variar, según el acto procesal en que aparezca y los fines particulares que se persiguen.

b) Es obra de una de las partes o de un tercero interviniente si se contempla en el aspecto restringido de fraude procesal –proceso, tercería o incidente fraudulento; pero puede ser del juez de la causa, del investigador o del comisionado, de un auxiliar de éstos, e inclusive de cualquier órgano de prueba, si se considera en el sentido más general que expuso.

c) Se persigue un fin ilícito, que puede consistir en el simple engaño al juez o a una de las partes, para obtener una sentencia contraria a derecho e injusta, pero que generalmente tiene consecuencias específicas, de aprovechamiento o beneficio ilegal e inmoral, en perjuicio de otra de las partes o de terceros.

Ahora bien, el concepto de fraude procesal, como lo expone la misma sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, debe ser separado y desligado del concepto de fraude a la Ley, este último considerado como toda actividad dirigida a eludir o a provocar la aplicación indebida de una norma, a objeto de contravenir el sentido y la finalidad de la Ley, concepto este que se identifica plenamente con el expuesto por Walter Zeiss, quien al referirse al *in fraudes legis agere* –fraude a la Ley– comenta que es toda actividad dirigida a eludir o provocar la aplicación de una norma jurídica.²⁶

Ulpiano al referirse al fraude a la ley, señaló lo siguiente: *Fraus enim legi fit, quod fieri noluit, fieri autem non vetuit id fit, et quod distat, hoc distat fraus ab oe, quod contra legem fit*, es decir, el fraude contra la Ley se comete cuando se hace aquello que la Ley no quiso que se hiciera y que no vetó hacerla, y cuando dista lo explícito de lo implícito, tanto dista el fraude de aquello que se hace contra la Ley.

El Fraude a la Ley, como expone el profesor Zeiss, puede cometerse de dos formas, a saber: Impidiendo –evitación– que se den los presupuestos de la figura de una norma que crea una obligación; o provocando –creación capciosa– el supuesto fáctico de una norma favorable, circunstancias estas que en definitiva implican un obrar dirigido a violar la ley, que impiden su finalidad, por lo que la cuestión del fraude –sigue exponiendo el profesor alemán– deviene así en un problema de interpretación de la norma jurídica, pues por su letra, la norma evitada no es aplicable, y sí lo es la usurpada, cuando por la finalidad debería suceder justamente lo contrario.²⁷

²⁶ Walter Zeiss. *Ob. Cit.* p. 51.

²⁷ Walter Zeiss. *Ob. Cit.* p. 52.

Culmina el profesor alemán definiendo el fraude a la Ley como la *provocación*, finalística o no finalística, del texto de una norma favorable, la cual, sin embargo, no es aplicable a consecuencia de la reducción teleológica, o bien, la *evitación* finalística o no finalística, del texto de una norma gravante, que no obstante correspondería aplicar por analogía, según su sentido y finalidad.²⁸

En resumen, puede decirse siguiendo a Zeiss, que el fraude a la ley se configura como un problema que lesiona o viola la interpretación de la Ley, pues existe fraude a la Ley cuando se evite arteramente, en beneficio propio o de un tercero, la aplicación de una consecuencia jurídica prevista en la Ley, que regula el caso concreto y lo resuelve; o bien cuando capciosamente se busca la aplicación de una norma jurídica inaplicable al caso concreto, por no regularlo ni resolverlo, pero que contiene un efecto jurídico que interesa o beneficia a la parte o a algún tercero, cuando lo cierto, verdadero y real es que debería aplicarse, o bien otra norma jurídica o producirse otro efecto jurídico, circunstancia esta última que involucra una usurpación de la Ley.

De lo dicho puede observarse claramente que los elementos que caracterizan el fraude a la Ley, son por un lado la *evitación* de la aplicación de una norma que resuelve el caso concreto, pero que contempla una consecuencia jurídica que no interesa ni beneficia a alguna de las partes; y la *provocación* de la aplicación de una norma jurídica que si bien no es aplicable al caso concreto o no lo regula, contiene un efecto jurídico que interesa y beneficia a alguna de las partes, siendo un ejemplo de este último caso –como expone Zeiss– la casuística conreadora de la provocación artera del fuero del artículo 23 del ZPO –Ordenanza Procesal Civil–, cuando el demandante le ha constituido al demandado extranjero, unilateralmente y en contra de su voluntad, un patrimonio dentro del territorio nacional, mediante el ardid de convertirlo en titular de una pretensión de reintegro de costas procesales, iniciándole un proceso ante un tribunal incompetente, donde el fuero del mencionado artículo 23 del ZPO no estará dado.

²⁸ Walter Zeiss. *Ob. Cit.* p. 65.

De lo antes dicho y concatenándolo con el fraude procesal, siguiendo el criterio de la Sala Constitucional, puede manifestarse que el fraude procesal en muchas ocasiones involucra un fraude a la Ley, ya que ésta es utilizada artificiosamente por las partes, para dar una apariencia de legalidad a las maquinaciones o artificios, sorprendiendo la buena fe de uno de los litigantes, en beneficio propio o de un tercero y para causar un perjuicio a una de las partes o a algún tercero.

En este sentido, a través de las maquinaciones o artificios utilizados para alcanzar un beneficio y provocar un perjuicio –fraude procesal– puede evitarse –evitación– la aplicación de la Ley –norma jurídica– o puede aplicarse –provocación– una norma jurídica inaplicable al caso concreto –fraude a la Ley–; o dicho al revés, la evitación o provocación de la Ley, puede ser el producto de maquinaciones o artificios que tiende a eludir la Ley o a que se aplique indebidamente –usurpación– con la finalidad de obtener un beneficio y causar un perjuicio.

2. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL FRAUDE PROCESAL

Como señaláramos en párrafos anteriores, el fraude procesal consiste en todas aquellas maquinaciones, asechanzas artificiosas, ingenio o habilidad, de carácter engañosas, que configuran una conducta procesal artera, voluntaria y consciente, que sorprenden la buena fe de uno de los sujetos procesales, inclusive el operador de justicia, realizados en el decurso de un proceso –fraude endoprocésal– o con ocasión a éste, que no sólo tiende a desnaturalizar el curso normal del proceso –aplicación de la ley y solución de conflictos– que incluso pueden cercenar el ejercicio del derecho de la defensa de alguna de las partes, en beneficio de alguna de las partes o de un tercero, sino que también tiende a ocasionar un daño o perjuicio a alguna de las partes o a algún tercero –dolo procesal–.

El mismo –fraude procesal– es producto de la lesión de los principios de lealtad y probidad procesal contenidos en el artículo 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil, los cuales se encuentran ubicados en el principio de moralidad que halla su basamento en el artículo 2° de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que consagra como

valores superiores del ordenamiento jurídico venezolano la justicia y la ética, entre otros elementos.

Así, el principio de moralidad, consiste en el conjunto de reglas de conducta presididas por el imperativo ético a que deben ajustar su comportamiento procesal las partes involucradas en una contienda judicial, el cual por demás, constituye uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, tal como lo estipula el artículo 2° Constitucional y que abarca a la conducta leal y proba –lealtad y probidad– de las partes en el proceso, de donde se deduce, que la lesión o violación por las partes a los principios en cuestión al cometer fraude o dolo procesal, produce una lesión al principio de moralidad y consecuentemente una merma al postulado constitucional de ética.

Pero el principio y deber de lealtad y probidad procesal, que son manifestaciones del principio de buena fe, arrastra consigo al principio de veracidad, conforme al cual, las partes se encuentran en el deber de exponer los hechos en función a su verdad e igualmente el juzgador debe tener por norte de sus actos la verdad, tal como lo regulan los artículos 12 y 170 del Código de Procedimiento Civil; al principio del juez director del proceso contenido en el artículo 14 *ejusdem*; así como al principio inquisitivo contenido en el artículo 11 *ibidem*, pues siendo el principio de moralidad y ética de orden público, el operador de justicia debe oficiosamente –o a instancia de parte– evitar y sancionar no sólo la falta de lealtad y probidad, sino el fraude procesal, pues siempre debe tener por norte en sus actos, la búsqueda de la verdad, pues en el fraude procesal, al ocultarse la verdad, se lesiona el deber de lealtad y probidad, consecuentemente el principio de moralidad y finalmente los valores constitucionales superiores de justicia y ética.

En este sentido, quien utiliza el proceso con fines diferentes a los que fue creado, desnaturalizando su finalidad, como lo es la aplicación de la Ley al caso concreto para solucionar conflictos intersubjetivos y de esta manera obtener la realización de la justicia mediante la obtención de la verdad, es decir, quien finge o simula una controversia –ficción de proceso– utilizando el mismo o por medio del mismo para realizar maquina-

ciones o artificios destinados a sorprender arteramente y mediante engaño la buena fe de alguno de los sujetos procesales o de un tercero, en beneficio propio, de un sujeto procesal o de un tercero –fraude procesal–, para perjudicar o dañar a una de las partes o a un tercero –dolo procesal–, lesiona el deber de exponer los hechos conforme a la verdad –principio de veracidad– lo cual produce inevitablemente la lesión del deber de lealtad y probidad de las partes –principio de lealtad y probidad– el cual se encuentra inmerso en el principio de moralidad y que conlleva a la lesión del postulado constitucional contenido en el artículos 2° Constitucional al atentarse contra los valores de justicia y ética.

Pero si bien el fraude procesal, incluso el dolo procesal, lesionan el texto constitucional en su artículo 2°, por actuar contra la moral y la ética, también atenta contra los postulados constitucionales contenidos en los artículos 26, 49 y 257 *ejusdem*, pues el fraude y el dolo procesal son contrarios a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y a este último –proceso– como instrumento fundamental para la realización de la justicia, la cual se obtendrá a través de la solución de conflictos mediante la aplicación pacífica y coactiva de la Ley, todo en virtud de actuarse contra la moral y la ética.

Aunado a lo anterior, con ocasión al fraude procesal –dolo procesal–, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que el mismo y sus efectos aparece en el ordenamiento procesal, cuando el ordinal 1° del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, crea en las partes el deber de veracidad –exponer los hechos en función de la verdad–, mientras el artículo 17 *ejusdem*, al desarrollar el deber de lealtad y probidad en el proceso por parte de los litigantes, ordena la prevención de la colusión y el fraude procesal –máximo exponente del dolo procesal–, apareciendo así, una categoría propia y muestra del dolo procesal que puede ser perseguido, no sólo con las medidas necesarias establecidas en la Ley, tendentes a prevenirlo y sancionarlo, lo cual podría ser interpretado desde un punto de vista estricto, sino que puede ser perseguido y sancionado por los medios sancionatorios generales dispuestos en la Ley, pues debe existir una conexión con la tuición de orden público y las buenas costumbres a cargo del operador de justicia en el proceso –artículo 11 del Código de Procedimiento Civil– y que se

encuentra a su vez conectado con el derecho a la tutela judicial efectiva –artículo 26 Constitucional– del cual deben gozar los que acceden a los órganos jurisdiccionales, al igual que a obtener de éstos una justicia idónea, transparente y eficaz, todo lo cual se traduce, en que el fraude procesal –dolo procesal– puede ser atacado con el fin de hacerle perder sus efectos, sin necesidad de acudir a especiales supuestos de hecho señalados en la Ley, para específicas situaciones.²⁹

Así el fundamento jurídico de la acción de fraude procesal o dolo procesal se encuentra en los artículos 2º, 26, 49 y 257 Constitucionales, así como en los artículos 11, 12, 14, 17 y 170 ordinal 1º del Código de Procedimiento Civil, contentivos de los valores superiores de justicia y ética, de los principios constitucionales procesales de tutela judicial efectiva, debido proceso y del proceso como instrumento fundamental de realización de la justicia; así como de los principios de orden público, inquisitividad, veracidad, juez director del proceso, lealtad y probidad.

3. CONFIGURACIÓN DEL FRAUDE EN EL PROCESO CONFORME A LA LEY PROCESAL

En el punto anterior, analizábamos las normas legales que regulaban la figura del fraude procesal, en tanto que en el presente punto, pretendemos abordar, siguiendo las enseñanzas de Devis Echandía, la manera como la Ley puede configurar en el proceso el fraude.

A tal efecto, observamos que existe una primera forma de configurar el fraude procesal en las leyes procesales, tal como lo es la forma “general”, conforme a la cual en una sola disposición legal se configura cualquier actuación dolosa o ilícita de las partes que persiga obtener beneficios o ventajas indebidas, impidiendo la decisión de la contienda judicial y demorando injustificadamente la aplicación de la Ley, siendo un ejemplo de ello, aquellas normas que permiten y autorizan al opera-

²⁹ De lo dicho puede observarse claramente cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la Sentencia del caso Sociedad Mercantil INTANA, toma por igual los conceptos de fraude y dolo procesal, aun cuando manifiesta que el fraude procesal es una manifestación del dolo.

dor de justicia para disponer en cualquier estado y grado de la causa, la toma de cualquier medida necesaria para prevenir y sancionar todo acto contrario a la buena fe, tal como sucede en el caso venezolano, en el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, que expresa:

El Juez deberá tomar de oficio o a petición de parte, todas las medidas necesarias establecidas en la ley, tendentes a prevenir o a sancionar las faltas a la lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión y el fraude procesales, o cualquier acto contrario a la majestad de la justicia y al respeto que se deben los litigantes.

Conforme a la norma transcrita, el operador de justicia, oficiosamente o a instancia de parte, tiene el deber procesal de dictar todas aquellas medidas que considere necesarias y que se encuentren establecidas en la Ley, para prevenir la falta de probidad y lealtad en el proceso, lo cual trae como consecuencia una lesión o violación al deber de buena fe, de donde se infiere, que esas medidas tienden a evitar que la falta de probidad y lealtad –lesión a la buena fe– llegue a consumarse y produzca un perjuicio a alguno de los sujetos procesales; pero igualmente, en caso que la lesión al principio de lealtad y probidad llegue a consumarse en el proceso, el operador de justicia tiene el deber –de oficio o a instancia de parte– de sancionar esa conducta contraria a la buena fe. Lo anterior involucra, que el juzgador tiene facultad oficiosa de investigación de la conducta desleal e improba de las partes, lo cual lógicamente le permite realizar cualquier actividad probatoria oficiosa en este sentido.

Los deberes de lealtad y probidad, como lo expresa Gozaíni en su reciente obra *Temeridad y Malicia en el Proceso*, son manifestaciones del principio de buena fe –entendido como convicción o conciencia de no perjudicar a otro– de donde se infiere, que en el proceso el deber genérico es el de la buena fe, que se manifiesta a través de los deberes específicos, como lo son la lealtad y la probidad.³⁰

³⁰ Osvaldo Alfredo Gozaíni. *Temeridad y Malicia en el Proceso*. 2002. p. 113.

Pueden considerarse manifestaciones de conductas contrarias al principio de buena fe, siguiendo a Gozáini,³¹ los siguientes actos:

a) Con el proceso:

– Improponibilidad objetiva de la demanda –pretensión– la cual se produce cuando existe carencia de fundamentos jurídicos –ausencia absoluta de fundamentos jurídicos– en la pretensión, que permite al operador de justicia declarar la demanda inadmisibile *in limine litis*, sin que ello pueda considerarse como lesión o atentado al derecho constitucional de acceso a la justicia –acción– pues en sí, lo que se rechaza por infundado no es el derecho de accionar –acción– o de acceder a los órganos jurisdiccionales para hacer valer derechos e intereses –artículo 26 Constitucional– el cual se garantiza y cumple con el recibimiento de la demanda por parte de órganos de administración de justicia, sino que lo rechazado será del derecho de pretensión, como consecuencia de la falta de fundamento jurídico. De esta manera, debe diferenciarse el rechazo *in limine* de la demanda –pretensión procesal– del ejercicio del derecho de acción, el cual en ningún modo se ve lesionado o violado, pues la presentación de la demanda ante el órgano jurisdiccional agota el ejercicio del derecho constitucional de acción y la improponibilidad objetiva de la demanda, supone la existencia de un vicio en el objeto de la pretensión que da como resultado un defecto absoluto en la facultad de juzgar. La falta de fundamentación –expresa Gozáini– produce un defecto en la pretensión que es objetivamente improponible y que conlleva a su rechazo *in limine*, pues resulta contrario al principio de celeridad procesal, así como al de economía procesal, el tramitar todo un proceso para declarar al final del camino, aquello que bien pudo ser declarado al comienzo.³²

³¹ Osvaldo Alfredo Gozáini. *Ob. Cit.* pp. 119 y 120.

³² Osvaldo Alfredo Gozáini. *Ob. Cit.* p. 201.

- Abuso de los beneficios otorgados por la Ley procesal.
- Demandas inmotivadas o ambiguas.
- Abuso del proceso.
- Proceso simulado.
- Fraude procesal.
- Estafa procesal.

b) En el proceso:

- Litis temeraria.
- Litis maliciosa.
- Obrar en contra de la conducta anterior –doctrina del acto propio o *venire contra factum proprium*– principio general del derecho de éste, que constituye un acto ilícito contrario a la buena fe –emanación del principio de buena fe– que consiste en un comportamiento o ejecución de actos contrarios a los ejecutados o realizados anteriormente –autocontradicción o conducta incoherente– por su titular y que conlleva a una extralimitación. El profesor alemán Walter Zeiss, concibe la prohibición del *venire contra factum proprium*, como el ejercicio de un derecho o la invocación de una posición jurídica que es inadmisibles cuando hay contradicción entre una conducta anterior del legitimado y la actual conducta procesal, que por demás viola la buena fe.³³
- Creación de situaciones procesales –engaño procesal–.
- Conducta negligente.

³³ Walter Zeiss. *Ob. Cit.* p. 35.

– Proceder dilatorio.

– Retraso desleal en el ejercicio de la pretensión –*verwirkung*– el cual constituye una manifestación del abuso del derecho que se produce como una especie de caducidad del derecho por el transcurso del tiempo sin ejercitar el mismo. La doctrina y jurisprudencia alemana, bajo la figura del *verwirkung*, reprochan el accionar abusivo de un derecho, estableciendo una limitación al derecho de los sujetos que por mucho tiempo no se han preocupado en hacerlo valer, produciendo con su conducta omisiva que el demandado –deudor o pretensionado– pueda esperar objetivamente que el derecho ya no sea ejercido. Esta institución alemana, explica Boehmer –citado por Gozáini– descansa en tres ideas a saber: a) El retraso en el ejercicio del derecho; b) La conducta contradictoria del demandante; y c) La infracción a la regla de buena fe, todo lo cual desemboca en que la conducta de aquel sujeto que después de mucho tiempo reclama su derecho, constituye un abuso del derecho. Por su parte, Zeiss expresa que el *verwirkung* presupone: a) Que una de las partes haya mostrado durante un lapso no desdeñable una conducta que permitiera a la contraria suponer que no quería hacer uso de sus facultades procesales; b) Que la parte demandada se haya acomodado a la situación resultante de la conducta del acreedor; y c) Que para la caducidad, rija el principio de la subsidiariedad.³⁴ De esta manera, el retraso desleal en el ejercicio de la pretensión –*verwirkung*– constituye un abuso del derecho, que se produce cuando transcurrido un tiempo considerable sin que su titular lo ejercitare –el derecho– a través de la pretensión procesal contenida en la demanda a través de la cual se ejerce la acción judicial, contra el sujeto pasivo de dicho derecho, éste decide ir contra su propio acto y ejercer el reclamo judicial, circunstancia esta que repercute en la esfera del reclamado, quien se había acomodado a la idea de la inconducta del reclamante

³⁴ Walter Zeiss. *Ob. Cit.*

de no ejercer su derecho y que conlleva a la caducidad singular del derecho que se pretende reclamar.³⁵

- Mentira procesal.
- Ocultamiento de hecho o pruebas.
- Faltas a la ética.
- Cosa juzgada fraudulenta

Pero la norma en cuestión –artículo 17 del Código de Procedimiento Civil–, también obliga al operador de justicia prevenir y sancionar –investigación y actividad probatoria oficiosa– las conductas procesales contrarias a la ética profesional, la colusión y el fraude procesales, o cualquier acto contrario a la majestad de la justicia y al respeto que se deben los litigantes.

Duque Corredor, al referirse a la norma en estudio, expresa que la misma pretende evitar y castigar fundamentalmente la colusión y el fraude procesal, siendo la primera la confabulación de un litigante para perjudicar a otros o a terceros; en tanto que por el segundo –fraude– ha de entenderse la utilización maliciosa del proceso para causar un daño.

Es por eso –expresa Duque Corredor– que ambas figuras las engloba la doctrina en el proceso fraudulento o en el tipo genérico de fraude procesal, puesto que los dos comprenden las maquinaciones o subterfugios insidiosos en el proceso para obtener un provecho ilícito en contra de la otra parte o de un tercero, por lo que para combatirlo se postula la ampliación del contradictorio y los poderes oficiosos judiciales, como la condena a los resarcimiento de los daños causados, como sanción de

³⁵ El retraso desleal o *verwirkung* se diferencia de la prescripción, pues si bien en ambos se requiere el transcurso del tiempo y la omisión del ejercicio del derecho, en el retraso desleal es necesario que la conducta omisiva haga inadmisibile y abusivo el ejercicio del derecho, ello a propósito de no estar predeterminado el lapso para que opere el retraso desleal; también se diferencia del acto propio –*venire contra factum proprium*– por cuanto éste no requiere de un tiempo desdeñable, lo que sí sucede con el retraso desleal; por último debe diferenciarse de la renuncia tácita, pues la caducidad singular que opera en el retraso desleal, su fundamenta en la buena fe, en tanto que la renuncia tácita requiere de una voluntad negocial.

culpa o dolo en el comportamiento procesal, dictados por el propio juez de las causas y también mediante el reconocimiento general de acciones autónomas de invalidación de actos procesales ilícitos, encubiertos de las formas procesales, pero fruto del fraude, dolo o colusión.³⁶

La segunda forma como la ley configura el fraude procesal, es regulando, en normas separadas y puntuales, los diferentes casos de fraude que pueden presentarse endoprocésalmente, tal como podría ser el caso del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, que expresa:

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

1º Exponer los hechos de acuerdo a la verdad.

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

3º 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:

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

2º Maliciosamente alteren u omitan hechos esenciales a la causa.

³⁶ Jesús R. Quintero P. Acerca de la Inexistencia de la Sentencia Civil. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Libro Homenaje a Humberto Cuenca.

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

Esta norma como puede observarse, tiende evitar que los sujetos procesales lesionen el principio de lealtad y probidad, así como el de veracidad procesal, el deber de fundamentación de las alegaciones y excepciones, de promoción de pruebas útiles, necesarias y pertinentes, así como de ejercer defensas que sean útiles o necesarias, pudiendo el juzgador, conforme a lo previsto en el artículo 17 de la Ley Adjetiva Civil, tomar cualquier medida legal que tiende a prevenir estas situaciones o a sancionarlas cuando se hayan consumado. En definitiva, se tiende a evitar, castigar o sancionar las conductas temerarias y maliciosas en el proceso.

La temeridad, puede considerarse como toda conducta procesal infundada, sin razón, negligente, desatinada, donde no se midan las consecuencias; por su parte, la malicia puede considerarse como toda conducta procesal malintencionada que tienda dolosamente a retardar u obstruir el proceso, con la finalidad de causar un daño y obtener una sentencia injusta.

Gozáini, al referirse al tema expresa que la temeridad y la malicia conforman tipos de conductas disvaliosas que agraden el principio de moralidad procesal, constituyendo comportamientos diferentes y que no se identifican, ya que la temeridad, alude a una actitud imprudente o desatinada echada a los peligros sin medir sus consecuencias, esto es, un dicho o hecho sin justicia ni razón y desatinado, especialmente a afectar valores morales del prójimo; en tanto que la malicia, configura una omisión deliberada de un acto procesal, o cuando se lo ejecuta indebidamente para que pueda producir el mismo resultado, expresando un propósito obstruccionista y dilatorio tendente a la paralización o postergación de la decisión final que debe dictarse en el proceso.³⁷

La malicia, expresa Couture citado por Gozáini, que merece la nota de temeridad es la conciencia de la propia sinrazón, pues el litigante temera-

³⁷ Osvaldo Alfredo Gozáini. *Ob. Cit.* p. 77.

rio litiga a sabiendas que no tiene motivos para litigar, siendo no sólo un litigante malicioso, sino también temerario, esto es, inconsiderado, imprudente, arrojado a los peligros sin medir sus consecuencias carentes de fundamento, razón o motivo. De esta manera, el que en el proceso actúa de buena fe, hace el mal sin saberlo y sin proponérselo; el que actúa con culpa, hace el mal sin quererlo, pero debiendo haberlo previsto; y el que actúa con dolo, hace mal sabiendo que lo hace y queriéndolo hacer.

De esta manera, existe demanda temeraria, cuando hay la certeza o razonable presunción de que se litiga sin razón y además se tiene plena conciencia de esa sinrazón –facultad de accionar ejercida arbitrariamente según Gozáini–; y existe malicia en el proceso, cuando existe actuación u omisión durante el procedimiento, esto es, cuando las partes tienden a obstaculizar el proceso o cuando tienden a retardar –dilatar– el proceso.

Sigue expresando el profesor argentino, que conciencia de la propia sinrazón y actitud destinada a agraviar valores morales o reales del prójimo, constituyen elementos característicos de la conducta temeraria; en tanto que la malicia, se encuentra vinculada con la demora intencionada –retardo malicioso– sea a través de modalidades o actuaciones obstruccionistas o de peticiones retardatarias –dilatorias– pues la malicia supone malignidad, maldad, condición mala, que se traduce en dolo y mala intención.

Son ejemplos de estas disconductas procesales obstaculizantes y retardatarias, las defensas fundadas en motivos inocuos o manifiestamente ilegítimos; el planteo de recusaciones reiteradas contra el operador de justicia, por la misma causal declarada en otra oportunidad anterior impropcedente; la activación de un proceso y su posterior abandono.

Dicho esto y remitiéndonos al contenido del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, puede inferirse claramente que las partes –demandante y demandado– y sus apoderados o abogados asistentes, se encuentran en el deber de exponer los hechos –constitutivos, extintivos, impositivos o invalidativos o modificativos– en función a la verdad –principio de veracidad–; se encuentran en el deber de no interponer preten-

siones o excepciones o de crear –promover– incidencias infundadas, esto es, sin temeridad; y se encuentran en el deber de no promover pruebas ni realizar, ni hacer realizar actos inútiles o innecesarios a la defensa de los derechos que se sostengan, esto es, sin malicia –conductas obstruccionistas o dilatorias–.

Por otro lado, las partes y terceros que actúen en el proceso con temeridad o mala fe –malicia– son responsables por los daños y perjuicios que causen, presumiéndose la existencia de temeridad y malicia, cuando se deduzcan pretensiones o defensas manifiestamente infundadas –conducta procesal temeraria–; cuando alteren u omitieren maliciosamente hechos esenciales a la causa –conducta procesal maliciosa–; y cuando obstaculizaren de manera ostensible y reiterada el desenvolvimiento normal del proceso –conducta procesal maliciosa obstruccionista–.

Pero existen en el Código de Procedimiento Civil, normas puntuales que tienden a sancionar la conducta de las partes con multas, como sucede en los artículos 76 y 98, el primero que expresa:

La parte que haya promovido la regulación de la jurisdicción o de la competencia que resulte manifiestamente infundada, será condenada, por el Tribunal que decida, al pago de una multa que no será menor de un mil bolívares ni mayor de cinco mil. En la misma pena incurrirá el Juez que haya dejado de enviar oportunamente al Tribunal que deba decidir, las actuaciones pertinentes, sin perjuicio de poder ser apremiado a cumplir tal deber por el Tribunal llamado a regular la competencia.

Por su parte el artículo 98 del Código de Procedimiento Civil, expresa:

Declarada sin lugar la recusación o inadmisibile o habiendo desistido de ella el recusante, pagará éste una multa de dos mil bolívares si la causa de la recusación no fuere criminosa, y de cuatro mil bolívares si lo fuere. La multa se pagará en el término de tres días al Tribunal donde se intentó la recusación, el cual actuará de agente del Fisco Nacional para su ingreso en la Tesorería Nacional. Si el recusante no pagare la multa den-

tro de los tres días, sufrirá un arresto de quince días en el primer caso y de treinta días en el segundo.

Si la causa de la recusación fuere criminosa, tendrá el recusado la acción penal correspondiente contra quien la haya propuesto, el cual podrá incurrir también en las costas causadas a la otra parte.

También existen normas puntuales que podrían incluirse en este punto y que tienden a reprimir la conducta irregular de las partes, como son las que condenan en costas al perdedor en el proceso o en alguna incidencia del mismo.

Una tercera forma como la ley configura el fraude procesal, es el denominado mixto, donde se incluya una norma general que evite y reprima la faltad de probidad y lealtad –buena fe– así como el fraude procesal y normas especiales y puntuales que lo combatan.

Expresa el maestro Devis Echandía,³⁸ que es necesarios que las legislaciones exista una norma expresa que dé el carácter de delito al fraude procesal, a cualquier confabulación o colusión de las partes procesalmente contrarias, con el fin de obtener una sentencia u otra decisión judicial que no corresponda con la verdad de los hechos, sea que se produzca o no, con esa conducta, un perjuicio a terceros.

Es recomendable –sigue expresando Devis Echandía– incluir una norma que autorice expresamente al operador de justicia, en todos los procesos, para deducir argumentos de prueba o indicios en contra de la parte que tenga en el proceso una conducta incorrecta o maliciosa, que recurra a procedimientos dilatorios que no aparezcan justificados, que impida, sin justa razón, cualquier diligencia probática, oculte, destruya o

³⁸ Hernando Devis Echandía. *Ob. Cit.* pp. 386 y 387.

falsifique cualquier medio probático o piezas de convicción;³⁹ también es recomendable otorgarle al operador de justicia, en toda clase de procesos, absoluta libertad para abrir investigaciones, por vía incidental, cuando considere la existencia de conductas fraudulentas o dolosas, de fraude a la ley, de simulación de procesos o de estafa procesal, con amplias y plena facultades inquisitivas probáticas, donde pueda someter a las partes a interrogatorios tan extensos como considere pertinente, sin sujeción a formas especiales para las preguntas –preguntas asertivas– teniendo las investigaciones realizadas, eficacia probatoria para la decisión de la causa y la imposición de multas, costas y perjuicios a los responsables.

4. TIPOS O CATEGORÍAS DEL FRAUDE PROCESAL. EL DOLO PROCESAL. LA ESTAFA PROCESAL. EL ABUSO DE DERECHO

Como señalara la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el fraude o dolo procesal es definido como las maquinaciones, artificios o subterfugios realizados en el curso de un proceso, o por medio de éste, destinados, mediante engaño o la sorpresa en la buena fe de uno de los sujetos procesales, a impedir la eficaz administración de justicia, en beneficio propio o de un tercero y en perjuicio de una parte o de un tercero.

Estas maquinaciones o artificios realizados en el curso de un proceso o por medios de éste –fraude o dolo endoprocésal y con el proceso– siguiendo con el criterio expuesto por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, pueden adquirir varios tipos o categorías, como son:⁴⁰

- a) Fraude o Dolo procesal específico o *strictu sensu*;
- b) Fraude o Dolo procesal colusivo (colusión);
- c) Simulación procesal;
- d) Abuso de derecho;

³⁹ Sobre la conducta procesal de la parte como indicio demostrativo del fraude procesal, se analizará más adelante.

⁴⁰ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Caso Sociedad Mercantil INTANA.

El **fraude o dolo procesal específico o *strictu sensu***, consiste en las maquinaciones o artificios realizados unilateralmente por una de las partes en un proceso, o por medio de éste, destinados a sorprender la buena fe del otro, de los litigantes o de un tercero, en beneficio propio o de un tercero y en perjuicio de una de las partes o de un tercero. De lo anterior se desprende:

- a) Que el fraude procesal o dolo procesal está conformado por maquinaciones o artificios que tienden arteramente, mediante engaño, sorprender la buena fe de alguno de los sujetos procesales.
- b) Que esas maquinaciones o artificios pueden realizarse en el proceso –endoprocésal– o con el proceso.
- c) Que los actos arteros y engañosos tienden a obtener un beneficio propio, de alguna de las partes o de un tercero.
- d) Que los actos procesales arteros y engañosos tienen por objeto causar un perjuicio o daño a alguna de las partes o algún tercero.

El **fraude o dolo procesal colusivo –colusión–**, consiste en las maquinaciones o artificios realizados en concierto de dos o más sujetos procesales en un proceso, por medio de éste, o mediante varios procesos destinados a sorprender la buena fe de otro de los litigantes o de un tercero, en beneficio propio o de un tercero y en perjuicio de una de las partes o de un tercero. De lo anterior se desprende:

- a) Que el fraude procesal o dolo procesal está conformado por maquinaciones o artificios que tienden arteramente, mediante engaño, sorprender la buena fe de alguno de los sujetos procesales.
- b) Que esas maquinaciones o artificios pueden realizarse en el proceso –endoprocésal– o con el proceso.
- c) Que las maquinaciones o artificios se realizan en concierto de dos o más sujetos procesales.

- d) Que ese concierto puede ser en el proceso o por medio de éste.
- e) Que también el concierto o el círculo artero –unidad fraudulenta como lo expresa la Sala Constitucional– puede ser el producto de varios procesos jurisdiccionales.
- f) Que los actos arteros y engañosos tienden a obtener un beneficio propio, de alguna de las partes o de un tercero.
- g) Que los actos procesales arteros y engañosos tienen por objeto causar un perjuicio o daño a alguna de las partes o algún tercero.

Devis Echandía al referirse al tema que se aborda, expresa que el fraude procesal puede aparecer en la etapa inicial del proceso, esto es, en la demanda y en la respuesta que el demandado dé para configurar la litis-contestación; en la intervención de terceros, principalmente, terceristas en juicios ejecutivos, quiebras, concurso de acreedores y similares; con la confabulación entre las partes opuestas o no –colusión– o con terceros; Como obra exclusiva de una de las partes –fraude procesal específico o *strictu sensu*– en perjuicio de las demás, y en ocasiones de terceros.⁴¹

Señala igualmente el maestro Colombiano que el fraude procesal puede provenir el propio operador de justicia o funcionarios judiciales subalternos, así como de los demás funcionarios auxiliares de justicia.

La **simulación procesal**, es la utilización del proceso con fines ajenos, como instrumento ajeno a sus fines de dirimir controversias o de crear determinadas situaciones jurídicas –como ocurre en el proceso no contencioso– para mediante la apariencia procedimental, lograr un efecto determinado o perjudicar concretamente a una de las partes o a algún tercero, impidiendo que se administre justicia correctamente. De lo anterior se desprende:

⁴¹ Hernando Devis Echandía. *Ob. Cit.* p. 339.

- a) Que el proceso se desvía de su fin natural, como lo es la aplicación de la Ley, la solución de conflictos y la realización de la justicia.
- b) Que en el proceso no existe realmente el ánimo de componer un conflicto intersubjetivo.
- c) Que formalmente, los actos procesales son ciertos y válidos, pero que internamente –intrínsecamente– el acto procesal no es cierto, la mentira se encuentra envuelta, incluso encubierta con el traje de acto procesal; es decir, el acto procesal como tal es válido y en apariencia real, pero realmente encubre una verdad totalmente diferente a la que se ve a simple vista.
- d) Que la apariencia de controversia y legalidad pretende producir un beneficio a alguna de las partes o algún tercero y perjudicar a otro sujeto procesal o un tercero.

De esta manera, en la simulación existe un forjamiento de una inexistente litis entre las partes, con el fin de crear un proceso dirigido a obtener fallos o medidas cautelares en detrimento de una de las partes, o de terceros ajenos al mismo.

Con ocasión a la simulación, Francisco Ferrara señala que el juicio simulado es un juicio verdadero, real y efectivo, que produce todas las consecuencias ordinarias y determina un cambio de posición jurídica de los litigantes, aun cuando esté en antítesis con la voluntad de los mismos.⁴²

El fraude procesal puede tener lugar dentro de un mismo proceso, o mediante la creación de varios, bien por la actividad de varios sujetos actuando en concierto –fraude o dolo procesal colusivo– o mediante la realización unilateral de un solo sujeto en uno o varios procesos –fraude o dolo procesal *strictu sensu*–, lo cual constituye una unidad fraudulenta.

⁴² Francisco Ferrara, citado por Rómulo Velandia Ponce. *Ob. Cit.*

Por último el **abuso de derecho**, consiste en demandar reiteradamente sin derecho alguno a una o más personas, con el solo fin de hostigar con la profusión de demandas, siendo una especie de terrorismo judicial que debe ser reprimido, por ser contrario al artículo 17 del Código de Procedimiento Civil.

De esta manera el abuso de derecho es el exceso en el uso de una facultad, atribución o potestad, cuando es ejercida con la intención de dañar a otro.

Es ésta la clasificación o tipología que del fraude o dolo procesal ha construido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, pero no obstante a ello, la conducta en el proceso ha sido clasificada por la doctrina extranjera de forma diferente, la cual pasamos a exponer.

En la doctrina extranjera, suele estudiarse, con relación a la conducta en el proceso, las figuras del fraude procesal, dolo procesal, estafa procesal, abuso del derecho, simulación procesal, abuso del proceso, proceso aparente y proceso inútil.

El **fraude procesal**, como hemos expuesto, consiste en todas aquellas maquinaciones, asechanzas artificiosas, ingenio o habilidad, de carácter engañosas, que configuran una conducta procesal artera, voluntaria y consciente, que sorprenden la buena fe de uno de los sujetos procesales, inclusive el operador de justicia, realizados en el decurso de un proceso –fraude endoprocésal– o con ocasión a éste, que no sólo tiende a desnaturalizar el curso normal del proceso –aplicación de la ley y solución de conflictos– que incluso pueden cercenar el ejercicio del derecho de la defensa de alguna de las partes, en beneficio de alguna de las partes o de un tercero, sino que también tiende a ocasionar un daño o perjuicio a alguna de las partes o a algún tercero –dolo procesal–, el cual puede clasificarse, siguiente a Gozáini, en:⁴³

- a) Fraude procesal unilateral: Donde las asechanzas o habilidades de carácter engañosa provienen de un solo sujeto pro-

⁴³ Osvaldo Alfredo Gozáini. *Ob. Cit.* pp. 247 y 248.

cesal, bien en un mismo proceso o en procesos diferentes, como podría ser la insolvencia fraudulenta del deudor; El proceso de prescripción adquisitiva sobre bases artificiosas y con aparentes fundamentos; la adulteración de actas procesales, entre otros.

b) Fraude procesal unilateral o colusivo: Donde las asechanzas o habilidades de carácter engañosas provienen de varios sujetos procesales que actúan en concierto –unidad fraudulenta– bien en un mismo proceso o en procesos diferentes, utilizando el proceso para solucionar litis inexistentes –procesos aparentes o simulados– sin pretender ocasionar un daño o con la intención de ocasionar un daño –procesos fraudulentos o dolosos–.

c) También el fraude puede ser *con el proceso*, esto es, aquel que se origina y es producto de propio fraude o del montaje de proceso, con la intención de obtener un beneficio personal, perjudicando o no a otro sujeto procesal o a un tercero; o *en el proceso*, donde las maquinaciones o artificios se desarrollan en las propias actas de un proceso ya empezado –endoprocesal– y que originalmente no es aparente o simulado, que tiende a obtener beneficios personales, a alguna de las partes o a algún tercero, en perjuicio o no de alguna de las partes o de un tercero.

El **dolo procesal**, el cual consideramos como argucias, maquinaciones o habilidades engañosas producto de actos procesales arteros, realizados en el decurso de un proceso jurisdiccional o con éste, tendente no sólo a la obtención de un beneficio, sino principalmente a causar un daño a alguna de las partes o a algún tercero, siendo este elemento –daño o perjuicio– lo que realmente caracteriza al dolo procesal –tal como señaláramos en otra oportunidad– y lo diferencia del fraude procesal, donde la intención o finalidad primordial no es el causar un daño, sino obtener un beneficio, aun cuando ya hemos expresado, que este beneficio o interés puede mediatamente causar un perjuicio, por lo que el fraude procesal puede, y en la mayoría de las veces, desemboca en dolo procesal.

Como expresa Gozáini, el dolo procesal a su vez se diferencia del error provocado, ya que en el dolo existe engaño e intención de dañar o causar un perjuicio a un sujeto procesal o a un tercero, en tanto que el error es una falsa visión de la realidad, ajeno al perjuicio o daño.⁴⁴

En cuanto a la **estafa procesal**, la misma puede ser considerada como el engaño que en un proceso se le hace al operador de justicia, para obtener o conseguir un resultado injusto, esto es, constituyen todos aquellos actos realizados en el proceso, tendente, mediante engaño, a inducir al juzgador a un error, para de esta manera evitar la resolución de conflictos y conseguir un fin injusto, aunque en apariencia puede ser legal.

La estafa procesal, a diferencia del fraude procesal, no atiende a obtener un resultado, sólo tiende a concretarlo desenvolviéndose en un proceso, a sorprender o engañar no la buena fe de la otra parte, pues no se requiere de contendor, sino del magistrado judicial.

A diferencia con el dolo, no busca perjudicar o causar daños a terceros, por el contrario, la estafa procesal constituye un medio procesal del cual se abusa, con la finalidad de engañar al juzgador, para que llegue a un resultado injusto, ello en función o como consecuencia de las maquinaciones o artificios arteros y engañosos que se han realizado con los actos procesales, para garantizarse un beneficio.

De esto se infiere, que la estafa procesal tiene por objeto conseguir resultados judiciales injustos, mediante solicitudes injustas, que son producto del engaño al cual ha sido inducido el juzgador por las actuaciones de una de las partes, para que cometa errores, en beneficio propio o de un tercero, el cual, de sorprender la buena fe del contendor, estaremos ante la presencia del fraude procesal; en tanto que si se ocasiona perjuicio a alguna de las partes o a algún tercero, estaremos en presencia del dolo procesal; pero en definitiva, la estafa procesal lo que tiende es a engañar al juzgador para producir un resultado judicial aparentemente legal, pero injusto.

⁴⁴ Osvaldo Alfredo Gozáini. *Ob. Cit.* p. 295.

Es importante señalar, que la estafa procesal se diferencia de la mentira, pues en la primera es considerada como el engaño que padece el operador de justicia, engaño que debe ser producto de maquinaciones o artificios arteros y engañosos debidamente orquestados, para de esta manera modificar la voluntad; en tanto que la mentira además de no ser orquestada, no tiene como finalidad engañar arteramente, sino evadir el principio de veracidad.

Como casos de estafa procesal siguiendo a Gozáini,⁴⁵ encontramos:

- La nulidad del matrimonio cuando se forjan causales inexistentes.
- En materia de sucesiones, cuando el indigno solicita la apertura del juicio de transmisión de bienes.
- En materia concursal, cuando se solicita la quiebra por quien no es acreedor de la empresa.
- Cuando el deudor se insolventa fraudulentamente.

En cuanto al **abuso del derecho**, el mismo consiste en el ejercicio de demandas reiteradas, contra un mismo sujeto o contra varios sujetos, por parte de aquel sujeto que no tiene el derecho que pretende a través de las mismas, o que teniéndose lo que se busca no es la solución del conflicto mediante la aplicación de la ley, sino la obtención de un beneficio o interés propio, particular y egoísta, así como el perjuicio a sujetos procesales o a terceros, mediante el hostigamiento y profusión o abundancia excesiva de la o las demandas.

De la definición se destaca:

- a) Que el abuso del derecho es producto de una o varias demandas.
- b) Que esta o estas demandas se ejercen contra un mismo sujeto o contra sujetos diferentes.

⁴⁵ Osvaldo Alfredo Gozáini. *Ob. Cit.* p. 289.

- c) Que la o las demandas se ejercen con ausencia de derecho o con fines diferentes a la aplicación de la Ley y a la solución de los conflictos.
- d) Que el abuso del derecho tiene por objeto obtener un beneficio personal, particular y egoísta, a través del hostigamiento y profusión o abundamiento excesivo de las demandas.
- e) Que el abuso del derecho también tiene por objeto causar un perjuicio a alguna de las partes o a algún tercero.

Al referirse al tema el profesor alemán Walter Zeiss, señala que se abusa del derecho cuando se le ejerce, no para promover un interés querido por la ley –finalidad legal–, sino para lograr fines reprobables, esto es, una finalidad particular contraria a la Ley.⁴⁶

De esta manera, aquel que no tiene el derecho y lo ejercita, abusa del derecho; aquel que tiene el derecho que no requiere de tutela jurisdiccional abusa del derecho;⁴⁷ igualmente habrá abuso del derecho, cuando se ejerce el derecho que efectivamente se ostenta, con la finalidad, no de que se aplique la Ley y se resuelva el conflicto judicial, sino para obtener egoístas intereses y beneficios particulares y perjudicar a una de las partes o a algún tercero.

También se dice, que la falta de tutela judicial, es una especie de abuso del derecho.

Esser, al referirse al abuso del derecho, distingue entre el abuso del derecho en sentido individual, que se daría cuando el que ejerce un derecho viola, frente a la otra parte, el deber de lealtad o las buenas costumbres; y el abuso en sentido institucional, del cual se diría que existe cuando una norma o instituto es aplicado inoportunamente o antifuncionalmente.⁴⁸

⁴⁶ Walter Zeiss. *Ob. Cit.* p. 157.

⁴⁷ Tal pudiera ser el caso de la existencia de una deuda que con el simple requerimiento del acreedor pudiera ser solventada, pero no obstante a ello, en vez de hacerse el requerimiento, sencillamente se acude al órgano jurisdiccional para hacer el reclamo –vía judicial–, con la intención de obtener medidas y causar perjuicio al deudor, cuando en realidad, éste nunca se ha negado a honrar su deuda.

⁴⁸ Walter Zeiss. *Ob. Cit.* pp. 56 y 57.

Por su parte Römer manifiesta, que quien comete un fraude de la Ley usa posibilidades admitidas, pero abusa de ellas para fines para los cuales normalmente no han sido creadas.⁴⁹

Debe distinguirse –como expresa Zeiss– lo que es la litigación temeraria del abuso del derecho, pues la conducta del litigante es abusiva para con el Estado y no para con el adversario, en tanto que la litigación temeraria constituye un ataque a las instituciones *justutelaes* del estado, un requerimiento inútil, excesivo, antifuncional de los órganos jurisdiccionales, en definitiva, una violación al *honeste procedere*.

Por último y en cuanto a la **simulación procesal**, como se expresara anteriormente, el mismo consiste en la utilización del proceso con fines ajenos, como instrumento ajeno a sus fines de dirimir controversias o de crear determinadas situaciones jurídicas –como ocurre en el proceso no contencioso– para mediante la apariencia procedimental, lograr un efecto determinado o perjudicar concretamente a una de las partes o a algún tercero, impidiendo que se administre justicia correctamente.

Zeiss, al referirse a la simulación expresa, que la misma se produce, por ejemplo, cuando el demandado ya le dio al demandante o actor lo que se demanda o cuando el accionante realmente no pretende lo que afirma pretender con la demanda, de donde se infiere que lo que realmente se busca, son fines repudiables.⁵⁰

El proceso simulado no es otra cosa que un negocio simulado realizado con instrumentos procesales; una envoltura de carácter procesal, preparada con la finalidad de asegurar la eficacia del fraude.

De esta manera, en el proceso simulado son utilizadas las formas procesales –procedimentales– con la finalidad de desenvolver un negocio fraudulento montado por las partes, con la intención de causar un perjuicio a una de las partes o a algún tercero, en beneficio de una de las partes o de un tercero.

⁴⁹ Walter Zeiss. *Ob. Cit.* p. 58.

⁵⁰ Walter Zeiss. *Ob. Cit.* p. 39.

Couture, al referirse al fraude procesal, expresa que los actos procesales y aun la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, pueden ser consecuencia del fraude, el cual algunas veces va dirigido de un litigante a otro –fraude procesal específico o *strictu sensu*–; otras veces va dirigido de ambos litigantes a un tercero –fraude colusivo–; puede ir del operador de justicia a una de las partes o a un tercero; y puede provenir de las partes –y eventualmente del Juez hacia el orden jurídico –fraude a la Ley–.⁵¹

Como un típico caso de fraude procesal, Couture nos trae el siguiente ejemplo:

Un hombre de sólida fortuna, propietario rural, había tenido un hijo natural como fruto de sus relaciones íntimas con una persona de servicio. Procurando hacer desaparecer las consecuencias jurídicas y económicas de aquel hecho, logró que la madre del menor diera mandato a una persona de confianza del padre, la que aceptó la consigna de promover un juicio de investigación de la paternidad contra el padre. Bajo la dirección, no aparente, de la misma persona, el padre compareció a defenderse, negando la verdad de los hechos relatados en la demanda. Abierto el juicio a pruebas, el apoderado de la madre lo dejó transcurrir deliberadamente sin producir prueba alguna. La sentencia forzosamente rechazó la demanda de investigación de la paternidad. Muchos años después, llegado el hijo a la mayoría de edad, promovió demanda de investigación de la paternidad contra su padre y contra ella se opuso la excepción de cosa juzgada

El anterior caso expuesto por el maestro Couture, evidencia un fraude procesal fraguado por el actor y el demandado, quienes colusivamente pretendían, bajo una apariencia de proceso y de controversia, producir un resultado procesal determinado en perjuicio de un tercero.

⁵¹ Eduardo J. Couture, *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo III. p. 389.

El **abuso del proceso**, es aquel que se produce cuando se utiliza al mismo –proceso– de manera irrestricta, excesiva, injusta, no propia, indebida, con la finalidad de desviarlo de su función natural, como lo es la composición de los conflictos intersubjetivos mediante la aplicación de la ley en forma pacífica y coactiva –realización de la justicia– y para ocasionar un daño.

De esta manera, el abuso del proceso se configura cuando el mismo es ejercido o usado en forma indebida, más aún antifuncionalmente.

Dice Gozaíni, que la regularidad en la utilización de un derecho subjetivo supone la íntima relación entre la norma y el sujeto que la invoca en su favor, persiguiendo lograr con su ejercicio una situación que, normalmente o en el curso corriente de los sucesos, le corresponde por lógica atribución, es decir, si alguien resulta dueño de un derecho, y éste se afecta, altera o amenaza, es justo que el ordenamiento jurídico le dispense atención y protección resolviendo la crisis que denuncia; pero cuando ese mismo derecho se lo esfuerza –aun actuando conforme a la norma objetiva– en procura de un fin diferente al establecido o antifuncional, esa actitud constituye un ejercicio abusivo del derecho.⁵²

El abuso del proceso –sigue expresando el profesor argentino– consiste en la utilización de una facultad procesal con un destino distinto al previsto constitucionalmente, por lo que el problema no se apuntala al proceso en sí mismo, sino al curso de actos procesales regulares, válidos y eficaces que conforman el debido proceso y cuya virtualidad se pretende alterar con el uso abusivo del proceso.

El abuso del proceso se encuentra conformado y caracterizado por los siguientes elementos:

- a) Una actuación procesal que haya provocado la utilización inadecuada o antifuncional del proceso.

⁵² Osvaldo Alfredo Gozaíni. *Temeridad y Malicia en el Proceso*. p. 150.

- b) Una conducta –disconducta– o comportamiento procesal que involucre una voluntad dirigida a un fin disvalioso, que podrá ser negligente, culpable o doloso.
- c) Una relación causal o nexo entre la actuación procesal inadecuada y el fin disvalioso obtenido.
- d) Un daño producto del abuso del proceso.

El abuso del proceso puede configurarse –según Gozáini– en los siguientes casos:

- a) Demandas infundadas –improponibilidad objetiva de la demanda– ambiguas o falsas.
- b) Peticiones procesales que tienen por objeto obstruir o dilatar el proceso que envuelven mentiras, engaños, temeridad o malicia.
- c) La elección del proceso más gravoso para el demandado.
- d) La reclamación sin fundamento.
- e) La utilización del proceso con fines coactivos.
- f) Cuando se acude al proceso sin necesidad.
- g) La recusación maliciosa.
- h) El abuso de los medios probáticos.
- i) El abuso del ejercicio de los recursos.
- j) El abuso cometido con las medidas preventivas.

En definitiva, quien utiliza el proceso de manera irrestricta, arbitraria, antifuncional e indebidamente para causar un daño, abusa del proceso.

El **proceso aparente**, es aquel donde las partes utilizan las formas procesales –proceso– para desarrollar o desenvolver un negocio jurídi-

co que ellas mismas han reconocido como cierto y que mediatamente tiende a lesionar el interés jurídico de terceros, a diferencia del proceso simulado, el cual, como expresa Gozaíni, tiende a desarrollar o desenvolver un negocio jurídico fraudulento convenido entre las partes en perjuicio de terceros, siendo que en el proceso simulado hay fraude *con el proceso*, estafa y dolo bilateral; en tanto que en el proceso aparente hay fraude *en el proceso* y estafa.⁵³

Por último, la figura del **proceso inútil**, es aquella que se produce cuando el mismo –proceso– es utilizado inútilmente, pues la solución de la controversia que se dilucida jurisdiccionalmente, perfectamente pudo obtenerse por otra vía diferente a la judicial, constituyéndose de esta manera un abuso del proceso. La utilización del proceso inútil es lícito pero abusivo, pues la solución o composición de la controversia, incluso la reparación del daño sufrido, puede alcanzarse por otros medios diferentes al proceso.

Un caso de proceso inútil, podría presentarse cuando el derecho que se pretende a través de la vía judicial, pudo obtenerse mediante el requerimiento extrajudicial que se hiciera al deudor de la prestación.

5. TRÁMITE PROCESAL PARA ATACAR EL FRAUDE O DOLO PROCESAL. LA REVISIÓN DE LA SENTENCIA FRAUDULENTO O DOLOSA. EFECTO DE LA DECLARATORIA DEL FRAUDE O DOLO PROCESAL

Conforme al criterio sostenido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia del caso “Sociedad Mercantil INTANA”, el fraude o dolo procesal, en cualquiera de sus manifestaciones, puede ser atacado bien por vía incidental o bien por vía principal, según el fraude o dolo procesal se produzca en un mismo proceso o en varios procesos, lo cual conforma una unidad fraudulenta, donde se manifiesta el fraude o dolo procesal específico o colusivo.

En este sentido, de tratarse del fraude o dolo procesal específico, producido en un mismo proceso, el cual sea detectado oficiosamente por el

⁵³ Osvaldo Alfredo Gozaíni. *Ob. Cit.* p. 364.

operador de justicia o bien como consecuencia de la denuncia de alguna de las partes, éste puede ser detectado, tratado, combatido, probado y declarado incidentalmente en la misma causa, pues los elementos constitutivos y demostrativos del fraude son de carácter endoprosesal, es decir, se encuentran inmersos en el mismo proceso, caso en el cual, por tratarse de una necesidad del procedimiento, podrá abrirse una articulación probatoria, conforme a lo previsto en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, para no sólo oír a las partes sino para producir y materializar los medios de pruebas que acrediten la existencia del fraude o dolo procesal.

De tratarse de fraude o dolo procesal específico o colusivo realizado mediante una unidad fraudulenta, esto es, mediante la creación de varios procesos, los cuales pueden ser en apariencia independientes, que se van desarrollando para producir esa unidad fraudulenta, dirigida a que en una o en varias causas la víctima quede indefensa o disminuida en su derecho, aunque los procesos aparezcan desligados entre sí, con diversas partes, objetos que pudieran impedir la acumulación por causas de conexión, lo cual involucra que varias personas o una sola demanda consecutiva y coetáneamente a otra, fingiendo oposición de intereses o intereses distintos, pero que en realidad conforman una unidad de acción, para su detección, probanza y declaratoria, se requiere de una tipología de proceso que contenga término probatorio amplio para demostrar el fraude y la colusión, donde se les brinde a las partes el derecho constitucional a ejercer sus defensas, lo cual motiva a que la vía idónea para la declaratoria del fraude es el proceso ordinario autónomo contenido en el artículo 338 del Código de Procedimiento Civil.

Así encontramos que la vía incidental del artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, no resulta idónea para demostrar y declarar el fraude o dolo procesal realizado en unidades fraudulentas, es decir, mediante varios procesos, pues sería cuesta arriba solicitar en cada uno de los procesos la declaratoria de fraude o dolo procesal colusivo, ya que sería difícil el desmontar la apariencia de cada uno de los procesos para desenmascarar el fraude colusivo, circunstancia esta que requiere de lapsos más largos que permiten desarrollar la tesis del fraude o dolo procesal

y producir su demostración, pues la unidad fraudulenta podría presentarse en procesos con diversas partes que harían prácticamente imposible demostrar la combinación de los sujetos que actúan en forma separada y con apariencia de independencia.

De tratarse de un fraude o dolo procesal colusivo, que se caracteriza porque con las maquinaciones se forman diferentes procesos, donde pueden actuar las mismas partes o partes distintas, para su declaratoria, es a través del proceso autónomo ordinario, que no sólo garantiza el derecho constitucional de la defensa de la víctima y de los sujetos que actúan en la unidad fraudulenta, sino que también permite hacer la prueba del concierto o colusión, la cual sería imposible realizar en procesos separados, sobre todo si en cada uno de ellos actuaren partes distintas, pues los hechos dolosos, arteros o fraudulentos –maquinaciones y artificios– referentes a las partes en otro proceso, no podrían ser tratadas ni decididas en un proceso donde ellos no son parte.

Esta demanda autónoma de fraude o dolo procesal, debe estar fundamentada en los artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil, 2° 26, 49 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Pero la posibilidad de declarar o combatir el fraude o dolo procesal por conducto de la demanda autónoma, en principio fue rechazada por la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, en función de los criterios que se transcriben a continuación:⁵⁴

...La acción de fraude procesal intentada de manera autónoma en el presente juicio, con el objeto de que en definitiva sea declarado que las actuaciones de los demandados tipifican el fraude procesal mencionado en el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, y en consecuencia, sean declarados inadmisibles otros procesos que cursan por ante órganos juris-

⁵⁴ Sentencia de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, de fecha 17 de Marzo de 1999, con ponencia de la magistrada suplente Lourdes Wills Rivera, en el juicio de Magali Cannizaro de Capriles y otros contra Carmen Cecilia López Lugo y otros.

diccionales distintos, previa declaratoria de nulidad de todas las actuaciones realizadas en ellos, hace necesario que esta Sala Accidental realice las siguientes precisiones:

Dentro de las Disposiciones Fundamentales de nuestro Código de Procedimiento Civil, contenidas en el Título Preliminar, el artículo 17 alegado como fundamento por los ahora formalizantes, hace alusión expresa a la colusión y el fraude procesal, y señala en tal sentido que “El Juez deberá tomar de oficio o a petición de parte, todas las medidas necesarias establecidas en la Ley, tendentes a prevenir o sancionar las faltas a la lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión y el fraude procesales o cualquier acto contrario a la majestad de la justicia y al respeto que se deben los litigantes”. En criterio de la Corte, con la inclusión de esta previsión, lejos que consagrar una acción civil autónoma, lo que hizo el legislador fue ratificar en cabeza del Juez como rector del proceso, la obligación de velar por el cumplimiento estricto de los principios de lealtad y probidad que debe caracterizar la actuación de las partes en el proceso y de imponer los correctivos a que hubiere lugar, en atención a la falta cometida.

Se evidencia de lo anteriormente señalado, que por tratarse de una norma que impone al Juez la obligación de velar por el desenvolvimiento normal del proceso, ejerciendo una vigilancia estricta respecto de la conducta de las partes en su sustanciación, es forzoso concluir que, por tratarse de conductas que se producen en la tramitación de un determinado juicio, es precisamente dentro de ese proceso, donde el Juez debe tomar los correctivos que el caso requiera, ya sea de oficio o a instancia de parte, con lo cual, cuando una de las partes considere que se ha producido colusión y fraude procesal, debe denunciarlo al Juez de la causa para que se tomen las medidas correspondientes; si verificare que efectivamente se han producido tales faltas y lograr que el proceso continúe dentro de los cauces de moralidad exigidos por la Ley. No es dable dentro de nuestro esquema procesal vigente, sostener que con

motivo de los supuestos a que se refiere el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, la parte que se considere afectada ejerza acciones civiles autónomas para controlar hechos que –de haberse producido– ocurrieron en otros procesos. Permitir esta situación podría conducir a la desnaturalización de principios fundamentales del proceso con todas las consecuencias que ello comporta.

A juicio de la Corte, los términos en que ha sido redactada la disposición bajo análisis, evidencian la posibilidad de que la parte interesada formule su denuncia en el momento que estime oportuno, para evitar una eventual distorsión del proceso.

Fuera del proceso, la Ley autoriza excepcionalmente el recurso de invalidación, destinado a anular la sentencia ejecutoria, cuidando siempre de que el mismo se ejerza ante el mismo Tribunal –que haya dictado la sentencia ejecutoriada cuya invalidación se pida– conforme al artículo 329 del Código de Procedimiento Civil. Este recurso no ha sido ejercido en el presente.

De manera que, se pretende que un Juez de Primera Instancia en definitiva, declare inadmisibles y nulas todas las actuaciones producidas en tres juicios que cursan en distintos Tribunales. Resulta evidente –como ya se ha señalado– que esta pretensión contraría principios de orden público que orientan nuestro proceso civil, es decir, vulnera el orden público procesal en razón de lo cual resulta inadmisibile conforme a lo previsto en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el numeral 11 del artículo 346 *ejusdem*, tal como fue declarado por la sentencia recurrida. Así se decide.

No obstante a lo anterior, lo cierto es que según el actual criterio jurisprudencial, es perfectamente viable la demanda autónoma para la declaratoria del fraude o dolo procesal colusivo, tramitable por vía del juicio ordinario, fundamentado en los artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil, así como en los artículos 26, 49 y 257 Constitucional, siendo importante destacarse que de tratarse de un fraude o dolo

procesal específico o colusivo realizado en varios procesos –unidad fraudulenta– de ser posible, tendrán que acumularse al proceso donde se ventile la acción de fraude o dolo, aun cuando haya precluido la oportunidad para declarar la acumulación, dado que se trata de un vicio contrario al orden público y las buenas costumbres, pues de declararse la existencia del fraude o dolo, los procesos que conforman la unidad fraudulenta serán inexistentes; pero si no puede realizarse la acumulación, bien por causas de incompatibilidad de procedimientos o por no encontrarse en una misma instancia, el operador de justicia del fraude, podrá cautelarmente suspender la continuidad de aquellos procesos, hasta que se decida el fraude o dolo, circunstancia esta que resulta lógica, pues de constatarse el fraude, los procesos que conforman la unidad fraudulenta serán inexistentes.

Es interesante destacar, que según lo expresa la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia que hemos venido comentando, resulta una visión miope del problema, pretender que las acciones autónomas del fraude o dolo procesal sean tratadas por la vía de los artículos 206 al 214 del Código de Procedimiento Civil, como lo son las acciones de nulidad de actos procesales, pues lo que se busca no es que se declare irrito uno o varios actos, por haberse dejado en ellos de cumplir alguna formalidad esencial, ya que los actos pueden ser formalmente válidos, ajustados a las exigencias formales de Ley, pero lo que se persigue es una falsedad intrínseca que con ellos se oculta, producto del dolo, del fraude, que es realmente –dice la Sala– lo que se demanda.

En cuanto a la acción de amparo constitucional como vía para atacar el fraude o dolo procesal orquestado en varios procesos, la Sala Constitucional ha expresado que la misma no resulta idónea para denunciar y declarar el fraude, pues para desmontar la armazón del fraude o dolo procesal, se requiere de un término probatorio amplio que lógicamente no existe en el proceso de amparo constitucional, ello a propósito, que en materia de fraude o dolo procesal, aun cuando se lesiona el derecho constitucional del debido proceso contenido en el artículo 49 Constitucional, no existe realmente una lesión directa contra el texto constitucional, pues se requiere de alegatos y pruebas que no corresponden a un proceso breve como el del amparo constitucional.

Aunado a lo anterior —expresa la Sala Constitucional— en un proceso de amparo constitucional entre particulares, no podría traerse al operador de justicia —quien no es parte sino víctima— y mediante proceso ajeno al juzgador, anular sus actuaciones, ello sumado al hecho que el restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida, sería en principio imposible, porque el fraude se encuentra oculto tras las formas prefabricadas que tendrían que ser desmontadas.

Pero no obstante a lo anterior, como expresa la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, si el proceso doloso o fraudulento donde se ha fingido el pleito o la litis es inexistente —apariencia o ficción de proceso—, ha llegado al estado de sentencia y ésta ha quedado definitivamente firme adquiriendo la autoridad de cosa juzgada, sin que pueda atacarse por la vía de la invalidación a que se refiere el artículo 327 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, la única vía procesal para atacar el fraude o dolo contenido en una sentencia inatacable ordinariamente, es excepcionalmente la acción de amparo constitucional, con el fin de eliminar los efectos aparentes, aunque inexistentes de la cosa juzgada; o en los casos de juicios simulados, la acción de simulación prevista en el artículo 1.281 del Código Civil.

De todo lo dicho se concluye expresando, que existen diversas vías para atacar el fraude o dolo procesal, según se patentice en uno o varios procesos, que no hayan producido sentencias con autoridad de cosa juzgada, siendo que en el primero de los casos, la denuncia tendrá que realizarse incidentalmente en el proceso; en tanto que en el segundo de los casos, tendrá que interponerse una demanda autónoma por fraude o dolo procesal que se tramitará por el juicio ordinario; pero si la sentencia dictada en el proceso fraudulento o doloso ha adquirido el carácter de cosa juzgada, la vía para atacar el fraude o dolo procesal será la invalidación, la acción de simulación —en caso de simulación— o excepcionalmente la acción de amparo constitucional —artículo 4° de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales—, esta última la cual abarcará al Estado, con el fin que el operador de justicia defienda su sentencia que ha adquirido el carácter de cosa juzgada; todo ello a propósito que la Sala Constitucional acogiendo la tesis de Jorge W. Peyrano —El Proceso Atípico—, pareciera considerar que el

fraude o dolo procesal producido en un proceso donde se ha dictado una sentencia que ha adquirido el carácter de cosa juzgada, pudiera ser denunciado y declarado por la vía de la acción autónoma nulificatoria, para cancelar la fuerza de la cosa juzgada, la cual resulta viable dada la amplitud de cognición y la pluralidad de instancias que brinda.

En este sentido, Peyrano expresa que la pretensión autónoma nulificatoria de sentencia firme, para cancelar la fuerza de la cosa juzgada, se impone sobre otras vías, como son los recursos de revisión, oposición de cognición, incidente de nulidad, entre otros, de donde se infiere que el autor tiende a descartar, para atacar la sentencia que haya adquirido el carácter de cosa juzgada, la eventual revisión incidental o autónoma, como lo reconocen Devis Echandía y Osvaldo Gozaíni, como se verá posteriormente, ello en función –dice Peyrano– de la amplitud de cognición que presupone y la pluralidad de instancias que brinda, todo ello a propósito de rechazar la posibilidad de que quien resulte perdedor en un pleito de modo definitivo –luego de agotadas las instancias– pueda luego volver a tentar la suerte con el expediente de deducir la pretensión.⁵⁵

Expresa Peyrano, la pretensión nulificatoria de sentencia firme, debe contener los siguientes recaudos:

- a) Tiene que mediar –efectivamente– la existencia de una sentencia de mérito pasada en autoridad de cosa juzgada.
- b) El dictado de la sentencia cuya eficacia se pretende cancelar, debe haber obedecido a la interferencia de un –entuerto– el cual, definido por Peyrano como cualquier circunstancia –objetiva o subjetiva, dolosa o fortuita– que ha incidido para que aquella no reflejara la verdadera voluntad del ordenamiento.⁵⁶
- c) Como corresponde exigir de toda nulidad con resonancias procesales, cuando se reclama la nulidad de una sentencia fir-

⁵⁵ Jorge W. Peyrano. *El Proceso Atípico*. p. 182.

⁵⁶ Jorge W. Peyrano. *Ob. Cit.* p. 174.

me también es menester demostrar que, realmente, con su emisión se ha provocado un perjuicio, pues el proceso no es una “misma jurídica”. Ergo, quien pretenda hacer tambalear la estabilidad de la cosa juzgada deberá aportar la prueba acerca del daño que le irroga la sentencia en cuestión.

d) La justicia humana es fraccionada. Es decir, que –necesariamente– debe practicar un corte en la secuencia incesante del devenir causal. Caso contrario, por ejemplo, el agente productor del –entuerto– vería caer sobre sus espaldas las más remotas consecuencias de su proceder. De ahí que deba establecerse si el perjuicio que se alega está ligado por una causal adecuada con la cosa juzgada que se pretende revisar. Si la sentencia atacada no puede ser considerada causa adecuada del daño invocado por el pretensor, obvio es que aquélla debe confirmar su firmeza. Es que el pretensor no podría exhibir un perjuicio computable y por ende no se cumpliría una de las condiciones que –necesariamente– deben concurrir para dar por tierra con una sentencia firme.

e) Conforme con los lineamientos básicos en materia de preclusión, parece evidente que si el afectado por el entuerto no ha utilizado –pudiendo hacerlo– los remedios legales ordinarios –por ejemplo, la interposición del recurso de apelación– aptos para removerlo, no pueden luego deducir la pretensión que nos ocupa. En cierto modo, la pretensión examinada es de índole subsidiaria, dichos esto en el sentido de que entra a operar siempre y cuando no hayan podido terciar otras vías igualmente idóneas –aunque sea de modo indirecto– para remover el entuerto padecido.

Devis Echandía, por su parte, al referirse a los remedios procesales para combatir o atacar el fraude o dolo procesal, expresa que puede ser en el mismo proceso por vía incidental, donde se declare la nulidad del acto procesal artero, donde se permita la libertad probatoria, incluyendo el careo y el libre interrogatorio de las partes, sin sujeción a la forma asertiva y limitante de las posiciones, siempre que no se haya producido

la sentencia, a lo cual nosotros incluimos que de haberse producido ésta, no haya quedado firme, pues por la vía recursiva –apelación o eventualmente consulta, según el caso– puede incidentalmente combatirse el fraude o dolo procesal; mediante el recurso de revisión cuando se haya producido la sentencia y ésta haya quedado firme, como una excepción a la cosa juzgada, o admitir que, previa prueba del fraude o dolo en incidente adelantado ante el operador de justicia, con citación de la otra parte, se otorgue el recurso que hubiere podido interponerse contra la sentencia –recurso de apelación, casación, invalidación, entre otros–; por último, mediante el trámite de un juicio ordinario o especial separado, para que se declare la nulidad de la sentencia y se ordene la restitución del caso.⁵⁷

Un cuarto supuesto que señala el autor en comentario, es atacar o combatir el fraude o dolo procesal como excepción contra la ejecución de la sentencia.

En relación a la prevención y represión del fraude procesal, Gozáini manifiesta que las figuras procesales de nulidad, no son suficiente para combatir, declarar, invalidar y anular el fraude procesal, circunstancia esta que conlleva que, para encausar el proceso viciado por fraude, se impone considerar el estado en el que se encuentre el proceso y la gravedad de la circunstancia.⁵⁸

En este sentido, para evitar el acometimiento de fraude procesal, el operador de justicia tiene a la mano el poder de dirección del proceso a cuyo efecto para evitar el fraude puede tomar las medidas que sean necesarias e imponer sanciones disciplinarias a los litigantes; pero si por el contrario, el fraude se produce, pero no se ha consolidado mediante una sentencia definitivamente firme con autoridad de cosa juzgada, puede ser combatido en el mismo proceso, debiendo ser denunciado y demostrado, para que pueda de esta manera ser detectado y sancionado; el problema surge cuando el fraude se ha consolidado en una sentencia con el efecto inmutabilidad –cosa juzgada– caso en el cual

⁵⁷ Hernando Devis Echandía. *Ob. Cit.* p. 348.

⁵⁸ Osvaldo Alfredo Gozáini. *Ob. Cit.* p. 253.

debe acudir a una acción autónoma nulificatoria –revisión del fraude procesal– que revise el proceso anterior donde se produjo el fraude, revoque el efecto de cosa juzgada y anule los actos areros o fraudulentos, pues no puede tolerarse un proceso fraudulento, ya que ello es contrario a la función jurisdiccional

Dicho esto, y antes de estudiar los efectos de la declaratoria del fraude o dolo procesal, consideramos prudente, siguiendo a Gozaíni y Couture, hacer un análisis de la revisión judicial contra la sentencia que ha sido producto del fraude o dolo procesal, para lo cual haremos un recorrido por los antecedentes históricos de la misma, así como su configuración en el derecho comparado.

En este sentido, y en cuanto a los antecedentes históricos del recurso de revisión de la decisión producto del fraude o dolo procesal, como expresa Gozaíni, se recuerda que en el Derecho romano se conoció la regla *non bis in idem*, la imposibilidad de reiterar un caso ya resuelto, principio consagrado en las XII Tablas y de donde, si la sentencia había sido obtenida por medio de documentos falsos, o actividades dolosas, sobornos de testigos, los romanos auxiliaban a la parte perjudicada con la *exceptio doli* contra la *actio iudicati*; con la *restitutio integrum* como admisibilidad de la misma acción; con la *replicatio doli* contra la *exceptio rei iudicata* y subsidiariamente con la *actio doli*.⁵⁹

La *exceptio doli* era una defensa personal que sólo podía ser opuesta contra la autora del dolo, distinguiéndose en dos aspectos, a saber: especial, que podría sustituir otras excepciones como la *exceptio metus* y la *exceptio pacti*; y general, donde el juez recibe del magistrado en fórmula la orden de averiguar todos los hechos de los cuales podía deducirse que el actor había obrado de mala fe –*exceptio doli generalis*– siendo que

⁵⁹ Enseña Couture –Estudios de Derecho Procesal– que las formas autónomas de revocación tienen su origen en el Derecho romano, donde el arsenal de medios de ataque y defensa contra el fraude era copioso. En este sentido, si la sentencia había sido el producto de documentos falsos, actividades dolosas, soborno a testigos o colusión del procurador, los romanos auxiliaban a la parte con la *exceptio doli* contra la *actio iudicati*; con la *restitutio in integrum* con inadmisibilidad de la misma acción; con la *replicatio doli* contra la *exceptio rei iudicata*; y subsidiariamente con la *actio doli*, p. 408

en este aspecto general, el juzgador debía averiguar si hubo dolo no sólo en los hechos que motivaban la demanda –*si dolo factum fiat*– sino también en el hecho mismo de demandar –*si dolo fiat*– cuando se reclamaban cosas que estaba expresamente obligado a restituir.

Por su parte, la *restitutio in integrum* encontró su mecanismo en una creación pretoriana que tendía a subastar los vicios del consentimiento en los contratos y proteger a las personas que a causa de inexperiencia hubieran contratado en condiciones lesivas a su patrimonio, anulando todo lo convenido y restituyendo las cosas al estado que tenían antes de celebrarse el convenio. Esta disposición –expresa Gozaíni– fue recogida en el Derecho justiniano y se produjo en el Derecho moderno, extendiendo sus alcances a la revisión de sentencias, por lo que la *restitutio* configuró un verdadero proceso de impugnación que se moldeó con la interpretación judicial.

De esta manera, en sus inicios la impugnación operó en dos fases a saber: una primera que se cerraba con el derecho del pretor que atendía al juicio de rescisión –*iudicium rescidens*–; y la otra posterior, que anulaba la sentencia viciada –*iudicium rescissoriae*–.

Durante el Imperio apareció otra vía de ataque contra los pronunciamientos firmes, la *supplicatio*, a través de la cual se recurría ante el Emperador solicitándole la retractación de las providencias injustas, a través de la revisión del juicio.

Posteriormente en el siglo XII se dio forma a la querella *nullitatis* como recurso de revocación contra las sentencias, demostrándose en el derecho estatutario, que aquellos pronunciamientos jurisdiccionales viciados por errores de procedimiento, eran inexistentes, lo cual motivó a que no se hiciese necesario la precisión de remedios que anularan la sentencia, ya que se consideraba que ella no era susceptible de pasar en autoridad de cosa juzgada; en tanto que aquellas decisiones formalmente defectuosas, sí necesitaban de la actividad judicial, con el objeto de variar su resolución, por lo que el pronunciamiento existía y para provocar su anulabilidad, se recurrió a la querella *nullitatis*, institución esta que se mantuvo en el derecho canónico como un verdadero medio de impugnación.

Expresó Calamandrei, citado por Gozáini, que en el ordenamiento jurídico italiano, pervive la querella de nulidad, no como adaptación a la sentencia absolutamente nula de la general acción declarativa de nulidad –*actio nullitatis*– sino como específico medio procesal para impugnar ante la alzada la decisión anulable –querella *nullitatis* del derecho común– adoptando el nombre de apelación.

En la recopilación de Indias, se consagró que los juzgadores ordinarios y en comisión no podían conocer de causas pasadas en cosa juzgada, por lo que se mandó que ningún oidor, gobernador ni otro cualquier juez de comisión, así de los proveídos por Nos, como de los nombres de los Virreyes, Presidente y Audiencias no podía conocer de ningún negocio, causa civil o criminal, que haya estado sentenciada y pasada la sentencia en autoridad de cosa juzgada.

De esta manera, en el antiguo Derecho español, los vicios de los dispositivos sentenciados, no sólo podían enmendarse por vía de excepción o de recurso, sino también por vía de acción, luego de que la decisión quedara firme.

Por su parte, en el Derecho germano, se basó la decisión judicial en la voluntad divina, lo cual traía como consecuencia, que toda sentencia era irrecurrible por dicha calidad y además, por provenir por la Asamblea del Pueblo; todo ello no obstante a que se toleraron dos formas de revisión extraordinaria, tales como la *supplicatio* y la *restitutio in integrum*, instrumentos de impugnación que habían sido tomados del Derecho romano y que fundaban su procedencia en principios de justicia y equidad.

En el Derecho francés, se observó que la justicia feudal reconocía una última palabra en la autoridad del Rey, en cuyo nombre se daba el Poder Jurisdiccional; por lo que con las letras de justicia, se concebía un remedio extraordinario de gravamen por el que se invocaba un error grave de los Parlamentos, solicitándose una nueva tramitación del caso. En caso de prosperar el recurso, los *maitres des raquetes* libraban al interesado una orden del soberano para que el Consejo Real –y a partir de la Ordenanza de 1830, el mismo Parlamento que había pronunciado la sentencia– revisara el fallo dictado.

En cuanto al Derecho comparado, expresa Parry, citado por Gozaíni, que puede hablarse de tres formas principales de oposición a saber: mediante recurso; mediante intervenciones en el juicio; y mediante una nueva acción.⁶⁰

El proceso de revocación de cosa juzgada fraudulenta, a través del recurso, pudo tener su origen en la base 19 que dio la Ley del 21 de Junio de 1880, para la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, constituyendo el inciso 4º del artículo 1.796 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881, que expresa: “Habrá lugar a revisión si la sentencia firme se hubiera ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta”, siendo que el plazo de deducción no podía ser mayor de cinco años –artículo 1.800–. En este sentido, la ley en comento concibe la revocación como un recurso.⁶¹

Guasp, consideró el recurso de revisión, como la impugnación extintiva de la autoridad procesal de un fallo, mediante el cual las sentencias firmes son sometidas a la crítica de su contenido –*iudicium rescindens*– por motivos taxativamente determinados, que en caso de revocación permiten la apertura de un nuevo debate sobre la materia ya decidida –*indicium rescissorium*–.

Actualmente en el Derecho español, la revocación de sentencias firmes se encuentra regulado en el artículo 509 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 2000, conforme al cual:

La revisión de sentencias firmes se solicitará a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Son motivos para la revisión de la sentencia firme, conforme a lo previsto en el artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 2000, los siguientes:

⁶⁰ Osvaldo A. Gozaíni. *Ob. Cit.* 270.

⁶¹ Eduardo J. Couture. *Ob. Cit.* pp. 405 y 406.

- a) Si después de pronunciada, se recobrara u obtuvieran documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.
- b) Si hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad declarare después penalmente.
- c) Si hubiere recaído en virtud de prueba testimonial o pericial, o los testigos y los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.
- d) Si se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinaciones fraudulentas.⁶²

La revocación en definida por Vallespín, como aquel remedio procesal encaminado a atacar el principio de cosa juzgada a la vez que a controlar en beneficio de la justicia si la resolución cuya revisión se pretende fue dictada como consecuencia de defectos o vicios que de haberse conocido hubieren provocado una resolución distinta, el cual se fundamenta en la toma en consideración de una serie de circunstancias que han condicionado la actividad de las partes o del juzgador, de tal forma que la sentencia dictada tiene un contenido que posiblemente hubiere

⁶² Según el Tribunal Supremo Español, en sentencia de fecha 23 de diciembre de 1998, para que la maquinación fraudulenta pueda ser considerada a los efectos de la revisión, se requiere:

1. Que la maquinación consista en la conducta dolosa o maliciosa, la cual mediante el empleo de astucia, artificio u otro medio semejante, tienda a conseguir una lesión en quien pretenda ampararse en este recurso.
2. Que esa conducta haya conducido a la obtención de una sentencia firme favorable al que, para ganarla, ha utilizado semejante proceder.
3. Que tal actitud sea de tal influencia notoria en la decisión judicial que puso fin al pleito y cuya rescisión se intenta obtener a través de este recurso.
4. Que el recurso de revisión se haya interpuesto dentro del plazo previsto en el artículo 1.798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –1881–.

sido distinto de no concurrir esas circunstancias anómalas que pueden hacer pensar que la sentencia sea injusta o errónea.⁶³

Pero la revisión de sentencia firme –expresa Vallespín– no es propiamente dicho un recurso como lo previó la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881, pues la revisión no supone un nuevo examen de la materia objeto de consideración por parte del Tribunal *a quo* e igualmente, el recurso procede contra la sentencia que no ha quedado firme, circunstancia esta contraria a la revisión que procede para enervar el efecto de la cosa juzgada, de donde se infiere –dice el profesor Vallespín– que la revisión en el nuevo sistema procesal civil español, es una acción impugnatoria autónoma, ello en función de que la sentencia sujeta a revisión, aun siendo válida, adolece del vicio de injusticia; la revisión va encaminada a conseguir la revocación de una sentencia firme por causas excepcionales; y porque la revisión implica la apertura de un nuevo proceso en el que se ejercita la acción impugnatoria autónoma respecto del proceso anterior.⁶⁴

En cuanto a la legitimación para intentar la acción de revisión, recae sobre quien hubiere sido la parte perjudicada –víctima– por la sentencia firme, tal como lo señala el artículo 511; pero para poder ejercitar esta acción, en la demanda se requiere acompañar el documento justificativo de haberse depositado en el establecimiento destinado al efecto la cantidad de 50.000 pesetas,⁶⁵ la cual será devuelta si el Tribunal estima la demanda de revisión –artículo 513–.

Por su parte, los efectos de la demanda de revisión, si ésta es declarada procedente, se rescindirá la sentencia impugnada; de ser declarada improcedente, se condenará en costas al demandante y perderá el depósito que hubiere realizado, destacándose que contra la sentencia de revisión no habrá recurso –artículo 516 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 2000–.⁶⁶

⁶³ David Vallespín Pérez. *La Revisión de la Sentencia Firme en el Proceso Civil*. pp. 18 y 22.

⁶⁴ David Vallespín Pérez. *Ob. Cit.* pp. 30 y 31.

⁶⁵ Recuérdese que a partir del año 2000 la moneda oficial en España es el Euro.

⁶⁶ *Enjuiciamiento Civil*. Juan Montero Aroca y María Pía Calderón Cuadrado. pp. 265, 266 y 267.

En el Derecho italiano, también se encuentra una forma de revocación vía recursiva, siendo los motivos de revocación la antigua *restitutio in integrum* del Derecho romano, en la *requete civile* del Derecho francés y en la *proposition d' erreur* del antiguo derecho del Derecho galo.

Así, se distinguen tres formas de revocación, como son: ordinaria, la cual impide a la sentencia pasar en autoridad de cosa juzgada; extraordinaria, que se deduce luego de haber consentido la sentencia; y la revocación del Ministerio Público, en los casos en que la sentencia se haya pronunciado sin haber sido escuchado o cuando el fallo es el efecto de colusión entre las partes.

Las causales de revocación son taxativas, siendo:

- a) Cuando la sentencia haya sido la conclusión del dolo de una de las partes en daño de la otra.
- b) Si se ha juzgado en base a pruebas reconocidas o como quiera que sean declaradas falsas después de la sentencia; o bien que la parte vencida ignoraba haber sido reconocidas o declaradas tales antes de la sentencia.
- c) Si después de la sentencia se encontraran uno o más documentos decisivos que la parte no haya podido producir en juicio por causa de fuerza mayor o por el hecho del adversario.
- d) Si la sentencia ha sido el efecto de un error de hecho resultante de los actos y documentos de la causa; existiendo este error cuando la decisión haya sido fundada sobre la suposición de un hecho cuya verdad incontestablemente excluida, o bien cuando se supone la inexistencia de un hecho cuya verdad es positivamente establecida y tanto en uno como en otro caso si el hecho no constituyó un punto controvertido sobre el cual la sentencia hubo de pronunciarse.
- e) Si la sentencia es contraria a otra precedente que tenga entre las partes autoridad de cosa juzgada, siempre que no se haya pronunciado sobre la respectiva excepción.

- f) Si la sentencia ha sido efecto del dolo del juzgador declarado en sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

En Alemania, se observa una fórmula autónoma de revisión –oposición mediante una nueva acción– dividida en una demanda de nulidad y una demanda de restitución, la primera que tiene su origen en la querella *nullitatis* y la segunda en la *restitutio in integrum*, que está referida al quebrantamiento de preceptos fundamentales referidos al procedimiento, pues la demanda de restitución pretende erradicar los vicios *in iudicando*, en los casos que el proceso ha sido inadecuado, sea por acto punible de los sujetos procesales o por variación de la circunstancia que sustentaron la sentencia.

Gozáini al referirse al Derecho argentino, expresa que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso Campell Davidson Juan contra Provincia de Buenos Aires, señaló que son revisables las sentencias fraudulentas o dictadas en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación, pues la admisión genérica de la institución de la cosa juzgada en el ordenamiento jurídico argentino no significa que no pueda condicionarse su reconocimiento a la inexistencia de dolo en la causa en que se expidió la sentencia. No puede reconocerse eficacia final a la sentencia dictada en juicio en que se ha incurrido en estafa procesal. Destaca el profesor argentino, que a partir de este fallo, se le dio a la acción declarativa revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta la carta de ciudadanía.

Señala el profesor argentino, citando a Berizonce, que la característica de la acción autónoma de nulidad son:⁶⁷

- a) La inoponibilidad de la cosa juzgada fraudulenta.
- b) La acción declarativa autónoma de nulidad se basa en principios generales del derecho que no necesitan formulación expresa, ya que son –el derecho mismo–.

⁶⁷ Osvaldo A. Gozáini. *Ob. Cit.* p. 277.

c) Los efectos de la admisión de la acción se transmiten a los actos ejecutados por el fraude sin perjudicar a los terceros de buena fe.

d) La acción de nulidad es excepcional y un medio adecuado para perseguir eficazmente el fraude procesal, satisfaciendo el interés público como el privado, afectados ambos por las injustas resoluciones logradas mediante fines ilícitos.

En cuanto a la tipología del procedimiento a través del cual se tramitaría esta acción autónoma de nulidad de la cosa juzgada producto del fraude procesal, expresa Gozaíni que debe ser de carácter cognoscitivo, de amplitud probatoria, a lo cual agregaríamos, siguiendo a Devis Echandía, donde el operador de justicia tendría plena facultad oficiosa investigativa y probática.

La sentencia que se produzca en esta clase de procesos, deberá resolver el fondo de la temática originada, decidiendo, de ser el caso, la revocatoria de la cosa juzgada y las pretensiones concurrentes —expresa Gozaíni— como podría ser la restitución de la posesión de un bien o la condena por daños y perjuicios, circunstancia esta que nos llama la atención, pues en el proceso producto de la acción impugnatoria autónoma del español antes analizada, así como conforme al criterio sostenido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se observa que la nulidad, revocación o inexistencia de la sentencia producto del fraude o dolo procesal, no tiene por objeto ni la restitución de bienes ni la indemnización de daños y perjuicios, como sí se prevé en el Derecho argentino como nos lo presenta Gozaíni, aun cuando, en el caso venezolano, pueda posteriormente hacerse las reclamaciones pertinentes por los daños y perjuicios producidos por la sentencia fraudulenta.

Por su parte en el Derecho colombiano, se prevé en la Sección Sexta, Título XVIII, Capítulo VI, artículo 379 del Código de Procedimiento Civil, el recurso extraordinario de revisión contra sentencias ejecutoriadas y a tal efecto dispone:

El recurso extraordinario de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas de la Corte Suprema, de los tribunales superiores, de los jueces de circuito, municipales y menores.

Una de las causales conforme a las cuales puede revisarse la sentencia ejecutoriada, conforme a lo previsto en el ordinal 6° del artículo 380 *ejusdem*, es:

Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque lo haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicio al recurrente.

Este denominado recurso extraordinario de revisión, conforme a lo previsto en el artículo 382 del Código de Procedimiento Civil Colombiano, se ejerce mediante demanda, debiéndose prestar una caución, como en el Derecho español y la sentencia que se profiera en este procedimiento, de ser declarada procedente, invalidará la decisión revisada, dictándose lo que en derecho corresponda, así como también resolverá las restituciones, cancelaciones, perjuicios, frutos, perjuicios, mejoras, deterioros y demás consecuencias de dicha invalidación; en tanto que si la revisión es declarada sin lugar, se condenará en costas y perjuicios a recurrente, haciéndose efectiva la caución prestada –artículo 384–.⁶⁸ En este orden de ideas, obsérvese que la legislación colombiana no limita los efectos de la revisión, a la simple declaratoria de invalidación de la decisión fraudulenta recurrida, sino que también extiende sus efectos a las restituciones e indemnizaciones por daños.

Al referirse a la acción revocatoria de actos procesales fraudulentos, específicamente de aquellos que han alcanzado el carácter de cosa juz-

⁶⁸ Es interesante señalar, que el Código de Procedimiento Civil Colombiano, en su artículo 37/3 referido a los deberes del operador de justicia, expresa que éste tiene el deber de prevenir, remediar y sancionar por los medios que el Código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad y probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal; norma esta parecida a la contenida en el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil Venezolano.

gada, se pregunta Couture ¿si en nombre del fraude se pueden reabrir todos los procesos culminados en cosa juzgada, los fines de paz, de orden y de seguridad jurídica que ésta persigue habrán desaparecido?

Ante esta interrogante, Couture cita a Hellwig, para quien, refiriéndose al Derecho alemán, es posible la revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta, aun cuando esa impugnación sea solicitada por los propios litigantes que han sido partes en el juicio y a quien obliga la cosa juzgada, opinión esta contraria a la del Tribunal Supremo alemán.

En este sentido, expresa el maestro uruguayo, que el proyecto de Código de Procedimiento Civil, en su artículo 577 expresaba:

Podrá pedirse, aun después de terminado el proceso, la anulación de los actos realizados mediante dolo, fraude o colusión.

Esta anulación podrá requerirse sólo por aquellos a quienes el dolo, fraude o colusión han causado perjuicio y de acuerdo con los principios mencionados en los artículos anteriores.⁶⁹ Los terceros también pueden solicitar esta anulación.

Si los actos fueren anulados, se repondrán las cosas en el estado anterior a los mismos. Pero en ningún caso la anulación podrá perjudicar a terceros de buena fe ni emular actos y contratos celebrados con el dueño aparente de los bienes.

De esta norma se infiere que si el fraude produce efectos o perjuicios entre las partes –fraude entre las partes– debe acudir a los principios generales de la impugnación de actos procesales; en tanto que si el fraude es de éstas frente a terceros, éstos pueden impugnar el fraude por los medios ordinarios a través de una demanda autónoma de revocación o anulación de actos fraudulentos, siendo las características de esta clase de demanda, por un lado la revocación como objeto de la

⁶⁹ La expresión “artículos anteriores” se refiere –según Couture– al ejercicio de los recursos ordinarios o extraordinarios.

misma –pretensión– por lo que probado en el proceso el fraude, la cosa juzgada producida en el proceso fraudulento cae; por otro lado opera cuando se ha producido la cosa juzgada, pues mientras la sentencia no haya alcanzado tal valor, las partes pueden combatir el fraude por las vías y recursos ordinarios y extraordinarios previstos en la Ley y los terceros pueden intervenir en el proceso vía tercería; por último, la demanda autónoma de revocación se caracteriza por proceder en los casos de fraude o colusión.⁷⁰

De esta manera señala Couture, que en los casos de la existencia de una decisión pasada en autoridad de cosa juzgada como consecuencia de un fraude procesal, que produce efectos o perjudica a terceros, éstos pueden asumir varias posiciones, a saber:

- a) Si el proceso no ha concluido, constituirse en parte en el mismo y solicitar la anulación por las vías ordinarias legales.
- b) Si el proceso ha concluido y ya no es posible comparecer en él, los terceros pueden aguardar a que se pretenda ejercer contra ellos los derechos reconocidos por la cosa juzgada, oportunidad en la cual, podrán aducir su calidad de tercero y la inoponibilidad de la cosa juzgada –*res iudicata tertio non nocet*– o aducir el dolo como defensa contra la cosa juzgada –*exceptio doli*–.
- c) Si temen como extremadamente perjudiciales los efectos de la cosa juzgada, el tercero podrá acudir a la vía autónoma de anulación.

Culmina el maestro uruguayo expresando, que la revocación y la anulación son entidades diferentes, pues en la primera el acto es formalmente válido, pero sustancialmente injusto; en tanto que en la anulación el acto es formalmente vicioso y sustancialmente injusto; en el primero el molde es bueno pero la sustancia es mala; en el segundo –anulación– el

⁷⁰ Eduardo Couture. *Ob. Cit.* pp. 397 a 402.

molde es malo y la sustancia es mala, por lo que ante una sentencia producto del fraude procesal, podrán tomarse varios remedios, la utilización de la oposición mediante recursos; la intervención en juicio y la acción autónoma.

Esta última acción ejercida por conducto de la demanda autónoma de revocación de la cosa juzgada producto del fraude procesal, tendrá por objeto destruir o revocar la mencionada cosa juzgada y la eventual restitución de bienes o cosas o indemnización de daños que se haya solicitado subsidiariamente, pues a esta pretensión –expresa Couture– pueden acumulárseles otras pretensiones, de donde se infiere, como lo hemos señalado en otra oportunidad, que es permisible en el mismo proceso de fraude, solicitar restituciones o indemnizaciones.⁷¹

De lo antes dicho se observa claramente que las diversas legislaciones contemplan el remedio de revocación y/o anulabilidad de la sentencia firme –ejecutoriada– producto del fraude procesal, cuando se dan determinadas y taxativas circunstancias, a través de recursos extraordinarios –vías recursivas– o de acciones impugnatorias autónomas –demandas autónomas–, por lo que no existe unanimidad en cuanto a su naturaleza jurídica de la vía a utilizar para revocar o anular la cosa juzgada producida por una sentencia que ha sido a su vez el producto del fraude procesal, pues como puede observarse de lo aquí esbozado, en algunas legislaciones se utiliza la vía recursiva –recursos de revisión– y en otras se permiten acciones –demandas– autónomas para enervar los efectos de la cosa juzgada fraudulenta.

En nuestra legislación, si bien no existe una tipificación de la revisión de la sentencia producto del fraude procesal en cualquiera de sus especies o de la demanda autónoma de revocación, como lo ha interpretado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con fundamento al artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, es permisible y viable el ejercicio de acciones autónomas tendentes a enervar los efectos de los procesos fraudulentos, bien como consecuencia del fraude o dolo pro-

⁷¹ Eduardo J. Couture. *Ob. Cit.* pp. 413 y 414.

cesal específico o colusivo, siendo que en el primer caso, como lo ha interpretado la misma Sala, debería dilucidarse el fraude en el mismo proceso y no por vía autónoma, pero cuando ésta no es posible, es decir, cuando resulta difícil o imposible la dilucidación del fraude incidentalmente, queda abierta la vía de la demanda autónoma ordinaria; por otro lado, de producirse la cosa juzgada fraudulenta, como se ha venido señalando, puede intentarse excepcionalmente la acción de amparo constitucional o la demanda autónoma nulificatoria a la que se refiere Peyrano.

Otro de los remedios procesales previstos en nuestra legislación para enervar la cosa juzgada fraudulenta y que reconoce la Sala Constitucional, es la acción autónoma de invalidación a que se refiere el artículo 327 del Código de Procedimiento Civil;⁷² la acción pauliana o revocatoria moderna a que se refiere el artículo 1.279 del Código Civil; y la revisión penal a que se refiere en artículo 471 del Código Orgánico Procesal Penal.

A modo de conclusión podríamos señalar, que la forma de atacar o combatir el fraude o dolo procesal en Venezuela, esto es, para revisar el fraude o dolo procesal producido en el proceso, como expusiéramos en otro momento, siguiendo el criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, debemos determinar en qué momento procesal se produce el fraude o dolo procesal, por lo que si el proceso fraudulento o doloso donde se ha fingido el pleito o la litis es inexistente –aparición o ficción de proceso–, ha llegado al estado de sentencia y ésta ha quedado definitivamente firme adquiriendo la autoridad de cosa juzgada, sin que pueda atacarse por la vía de la invalidación a que se refiere el artículo 327 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, la única vía procesal para atacar el fraude o dolo contenido en una sentencia inatacable ordinariamente, es excepcionalmente la acción de amparo constitucional, con el fin de eliminar los efectos aparentes, aunque inexistentes de la cosa juzgada; o en los casos de juicios simulados, la acción

⁷² Con ocasión a la Invalidación, el profesor Domingo Sosa Brito en su artículo “La cosa Juzgada en el Código de Procedimiento Civil Venezolano de 1987” publicado en el libro editado por el doctor Fernando Parra Aranguren, homenaje a Humberto Cuenca, expresa que no obstante a que a la invalidación se le da el nombre de recurso, realmente es una acción autónoma, tal como lo ha señalado Cuenca.

de simulación prevista en el artículo 1.281 del Código Civil; todo ello a propósito de reconocer la Sala Constitucional la viabilidad de la demanda autónoma o nulificatoria basada en el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil; si el proceso donde se ha producido el fraude o dolo procesal no ha culminado, y el mismo no es de carácter o especie colusiva, es decir, orquestado por varios procesos –unidad fraudulenta– puede ser denunciado y atacado incidentalmente en el mismo proceso, pudiéndose aplicar el artículo 607 del Código de Procedimiento, donde deberá alegarse el fraude o dolo y demostrarse, para que pueda ser detectado, declarado y corregido, circunstancia esta que evitará que el fraude o dolo procesal pueda consolidarse con la sentencia, no obstante, si la decisión ha sido dictada en primer grado de jurisdicción y ha sido el producto de fraude o dolo procesal, éste podrá ser atacado por vía recursiva; pero si el fraude o dolo procesal es el producto de una unidad fraudulenta –fraude o dolo colusivo– orquestado en varios procesos, lo cual requiere de una tipología de proceso donde pueda desarrollarse la tesis del fraude o dolo y que contenga un extenso lapso probatorio, la vía idónea para combatir esta circunstancia es el juicio ordinario a que se refiere el artículo 338 del Código de Procedimiento Civil.

Siguiendo con el estudio de la revisión del fraude o dolo procesal y en cuanto a los efectos de su declaratoria, en cualquiera de sus versiones –fraude o dolo procesal específico, colusivo, la simulación y el abuso del derecho– la Sala Constitucional ha señalado que la declaratoria de nulidad e inexistencia del proceso con su secuela, como lo es la pérdida de efecto de los procesos forjados, aun cuando no está prevista en la Ley, viene a ser la medida necesaria tendente a sancionar la colusión y el fraude procesal a que se refiere el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, siendo un resultado lógico y natural de la sanción del fraude, contemplada en figuras cuya aplicación analógica es posible, como la invalidación en procesos civiles y la revisión en procesos penales.⁷³

⁷³ De las sentencias dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ocasión al fraude procesal –caso Zamora-Quevedo, Estacionamiento Ochuna, Urbanizadora Colinas de Cerro Verde– puede observarse que se utilizaban indistintamente los términos inexistencia y nulidad.

Lo antes señalado –a criterio de la Sala– conlleva a que en este tipo de acciones por fraude o dolo procesal a que se refiere el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, las cuales encarnan una clase de hecho ilícito –artículo 1.185 del Código Civil–, no persiguen reparación o indemnización pecuniaria, sino nulidades, lo cual no conlleva a que declarado el fraude o dolo procesal en cualquier de sus modalidades, pueda posteriormente generar un reclamo indemnizatorio por hecho ilícito, abuso de derecho o enriquecimiento sin causa.⁷⁴

Para culminar este punto, nos parece interesante traer a colación las críticas que hace el profesor René Molina Galicia, a las formas de atacar el fraude o dolo procesal, según el criterio de la Sala Constitucional antes expuestas.⁷⁵

En este sentido, expresa el profesor Molina Galicia, que de la lectura de las sentencias dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se ha evidenciado el reconocimiento de una acción autónoma para combatir el fraude y la colusión procesal, la cual puede ser sustanciada por conducto del procedimiento ordinario, con el objeto de enervar la cosa juzgada que proviene de las sentencias definitivamente firmes; pero que al mismo tiempo, todo los casos en que ha sido declarado el fraude procesal, lo han sido mediante el procedimiento de amparo constitucional, por lo que –a su decir– la novedosa figura ha sido engendrada por medio del proceso de amparo constitucional. En este sentido –expresa Molina Galicia– la Sala Constitucional ha dejado claramente establecido que en los casos en que los alegatos y pruebas de la existencia de fraude procesal sean evidentemente claros y contundentes, y que a su

⁷⁴ Del criterio sostenido por la Sala Constitucional, el cual no se compagina con el de la doctrina y el derecho comparado, puede desprenderse que en los procesos por fraude procesal en cualquiera de sus versiones, no pueden solicitarse accesoria o subsidiariamente peticiones de restitución, reintegro o indemnización, criterio este que no compartimos, pues de declararse el fraude procesal, pudieran perfectamente surgir la restitución de bienes o cosas o la indemnización por daños sufridos, siendo ilógico e incluso inconstitucional que la Sala remita al perjudicado y ganancioso en el proceso de fraude, a la vía ordinaria –juicio ordinario– para reclamar restituciones o daños, circunstancia esta que por demás contraría el artículo 26 Constitucional.

⁷⁵ René Molina Galicia. *Reflexiones Sobre una Visión Constitucional del Proceso y Su Tendencia Jurisprudencial. ¿Hacia un Gobierno Judicial?* pp. 226 a 229.

vez no presenten una complejidad probática que impida su tramitación dentro del brevísimo procedimiento de amparo, la denuncia del fraude procesal puede ser conocida y decidida en sede constitucional.

En los casos de las sentencias de Intana, Zamora Quevedo, el de Indutec y Urbanizadora Cerro Verde, expresa el profesor Molina, la Sala Constitucional que conoció de la apelación, ya que en el *a quo* fueron declarados inadmisibles, sentencia el fondo de la solicitud de amparo constitucional, declarando en cada caso la existencia del fraude procesal, sin haber admitido las solicitudes de amparo, por lo que la declaratoria constitucional del fraude procesal, se decretó con los alegatos y pruebas de una sola de las partes, sin que se le diera al operador de justicia, supuestamente agravante y a quienes fueron partes en el proceso anulado, la oportunidad de ser oídos, de aportar pruebas y controlar o contradecir las producidas por el quejoso.

De esta manera, la Sala Constitucional aun cuando ha venido declarando improcedente la acción de amparo constitucional, la cual incluso no tramita, ha declarado el fraude procesal, sin la posibilidad de contradictorio; del ejercicio de defensas por parte del operador de justicia denunciado como agravante y de las partes en el proceso donde se dictó la sentencia atacada vía amparo constitucional; sin la posibilidad de producir medios probáticos; sin la notificación del Ministerio Público; y sin trámite procedimental, lo cual lesiona claramente el contenido del artículo 49 Constitucional, como lo expresa el profesor Molina Galicia, lo cual es compartido plenamente.

Sigue señalando el profesor en cuestión, que la gravedad de la situación que se presenta, radica en que se está ante un escenario en el que se revela cómo uno o varios procedimientos judiciales terminados o no, y sentencias interlocutorias o definitivas, pasadas con autoridad de cosa juzgada, pueden ser declaradas completamente nulas, con los alegatos y pruebas de una sola de las partes, sin que el operador de justicia involucrado sea víctima o cómplice y el Ministerio Público sean notificados; sin que las personas que como partes o terceros participaron en el juicio cuestionado, pues como se viene señalando, se ha declarado el fraude sin trámite procedimental, pues las acciones de amparo constitucional han

sido declaradas inadmisibles, por lo que se ha sentenciado una nulidad de todo un procedimiento a espaldas de quienes fueron parte en el juicio objeto de nulidad y del juez que fungió como director de aquel proceso.

Concluye el profesor Molina Galicia, en que resulta inaceptable, que con el fin de anular las consecuencias de un procedimiento judicial fraudulentamente fraguado, se instaure un proceso en el que se niegue la posibilidad de oír a los involucrados, en el que se omita la posibilidad del control y contradicción del debate probatorio, en el que se prive a quienes pudieran resultar afectados con las nulidades que se decretaren, de la posibilidad de ser oídos en el proceso, por lo que se trata de la negación de toda la teoría jurídica del proceso judicial, que se apoya en la tesis del contradictorio y la protección de las garantías constitucionales inherentes a la persona humana que deben hallar protección en el proceso judicial. Ante esta situación, debe tramitarse el proceso de amparo y dar cuenta a las partes de la posible existencia del fraude procesal, para que en la audiencia oral se trate el problema.

6. PRUEBA DEL FRAUDE O DOLO PROCESAL. LA CONDUCTA DE LAS PARTES COMO INDICIOS DEL DOLO O FRAUDE PROCESAL

Hecho un breve análisis de la tesis del fraude o dolo procesal desarrollado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y por la doctrina extranjera, en esta ocasión ensayaremos el punto referente a la conducta procesal de las partes como indicios demostrativos del fraude o dolo procesal, para lo cual, previamente nos referiremos a la prueba indiciaria, sus elementos, clasificación esencial y requisitos, para así adentrarnos en la problemática de la conducta procesal de las partes como indicio suficiente para demostrar el fraude o dolo procesal, circunstancia esta que nos llevará a analizar si la conducta procesal de las partes es prueba suficiente para la demostración del fraude o dolo procesal y si la misma encuadra en la prueba indiciaria, la cual podría ser necesaria o contingente.

Para el maestro colombiano Hernando Devis Echandía, el indicio se considera como aquel hecho conocido del cual se induce otro hecho

desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquél se obtiene, en virtud de una operación lógico-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos.⁷⁶

Sigue expresando el maestro en cuestión, que en el concepto de indicio debe considerarse principalmente, el hecho fuente de prueba, pero también la relación lógica que existe entre aquel hecho y el que se pretende probar, que se conoce mediante la operación mental del sujeto que lo valora, esto es, el argumento probatorio que permite darle al primer hecho el carácter de prueba del segundo.

De esta manera, en virtud del argumento lógico que suministra el hecho indicador, que puede ser cualquier hecho –material o humano, físico o psíquico, simple o compuesto– el operador de justicia infiere con mayor o menor seguridad, es decir, como algo cierto o simplemente probable, la existencia o inexistencia del hecho que se investiga o hecho desconocido, siendo que la inferencia realizada no es otra cosa que la presunción judicial u *hominis*.

Más adelante expresa Echandía –como se señalara– que el indicio puede ser cualquier hecho –material o humano, físico o psíquico, simple o compuesto– es decir, se le da el concepto de hecho el significado amplio que se utiliza para determinar en abstracto el objeto de las pruebas judiciales; siempre que de él sea posible obtener un argumento probatorio, fuerte o débil, pleno o incompleto, para llegar al conocimiento de otro hecho que es objeto de la prueba, mediante una operación lógico-crítica.

Para el profesor Jaime Azula Camacho, el indicio puede definirse como un hecho conocido y debidamente probado del cual, mediante un juicio lógico, fundado en reglas de experiencia o en principios científicos o técnicos, se infiere la existencia o inexistencia de otro hecho desconocido.⁷⁷

Por su parte, el profesor Jairo Parra Quijano, al referirse al indicio, señala que el mismo es un hecho del cual se infiere otro desconocido,

⁷⁶ Hernando Devis Echandía. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo 2.

⁷⁷ Jaime Azula Camacho. *Manual de Derecho Probatorio*.

que por así decirlo, es un hecho especialmente cualificado que tiene la propiedad de salirse de sí mismo y mostrar otro *ordo unius ad aliud*.⁷⁸

Los profesores Carlos Betancur Jaramillo y Alfonso García Sierra, dan una noción de indicios, expresando que lo esencial de esta prueba, que consiste en llegar a lo desconocido a partir de lo conocido, la hace una verdad útil para demostrar los hechos sobre los cuales las personas no quieren dejar constancia, y por el contrario, desean ocultar, ya con fines ilícitos como en la comisión de un delito, o simplemente para defraudar los intereses económicos de terceros, como sucede con la simulación, sea ésta absoluta o relativa.⁷⁹

De todo lo anterior puede apreciarse que la prueba indiciaria o también denominada circunstancial, es la prueba indirecta por excelencia, que consiste en un hecho cierto y demostrado en el proceso, que contiene un argumento probatorio y del cual se induce, mediante un razonamiento lógico y crítico, basado en reglas de la experiencia o en principios científicos, al establecimiento de un hecho desconocido.

En cuanto a los elementos de la prueba indiciaria, siguiendo el criterio del profesor Azula Camacho, encontramos:

- a) Hecho indicador o conocido;
- b) Inferencia lógica, relación de causalidad entre el hecho conocido y el desconocido, concomitancia o conexión; y
- c) Hecho indicado o desconocido.

El **hecho indicador o conocido**, es aquel hecho cierto y plenamente demostrado en el proceso con los medios de prueba válidos, que será apreciado por el operador de justicia.

⁷⁸ Jairo Parra Quijano. *Tratado de la Prueba Judicial. Indicios y Presunciones*.

⁷⁹ Carlos Betancur Jaramillo y Alfonso García Sierra. *De la Prueba Judicial*.

La **inferencia lógica o la relación de causalidad entre el hecho conocido y el desconocido**, es la deducción que del hecho conocido hace el operador de justicia, basado en las reglas de la experiencia o de los principios científicos o técnicos, para inferir la existencia o inexistencia del hecho desconocido.

El **hecho indicado o desconocido**, es aquel que surge del hecho indicador o conocido a través del razonamiento u operación lógico-crítica.

En relación a la clasificación de la prueba de indicios, nos referiremos brevemente a los indicios necesarios y contingentes. El primero –indicio necesario– es aquel hecho desconocido que probado el conocido o indicador, de manera fatal, inexorable o inevitablemente produce el hecho desconocido o indicado, tal como lo expresa Hernán Fabio López Blanco, por ser este supuesto para la existencia del otro, que sólo se da en el cumplimiento de ciertas leyes de la naturaleza, como expresa el profesor Parra Quijano;⁸⁰ en tanto que el indicio contingente será aquel que con mayor o menor probabilidad, conforme a la fuerza indicadora del hecho conocido o indicador, puede permitir la inferencia de hechos desconocidos.⁸¹

De esta manera entre mayor sea el vínculo de causalidad entre el hecho indicador e indicado, estaremos en presencia de indicios necesarios o contingentes.

Azula Camacho, al referirse al indicio necesario, explica que es aquel que irremediablemente conduce a una determinada consecuencia, es decir, cuando el hecho deducido no puede tener por causa sino el hecho probado –hecho indicador; en tanto que el indicio contingente, es aquel que puede conducir a varios hechos.⁸²

Similarmente se pronuncia el maestro Devis Echandía, para quien el indicio necesario será aquel que de manera infalible e inevitable de-

⁸⁰ Jairo Parra Quijano. *Manual de Derecho Probatorio*.

⁸¹ Hernán Fabio López Blanco. *Procedimiento Civil*, Tomo III. Pruebas.

⁸² Jaime Azula Camacho. *Ob. Cit.*

muestra la existencia o inexistencia del hecho investigado –según se trate de indicio necesario positivo o negativo–; en tanto que en el indicio contingente, la existencia o inexistencia del hecho indicado proviene de un cálculo de probabilidad y no de certeza.

Dicho esto y en cuanto a los requisitos de la prueba indiciaria, siguiendo el estudio del profesor Jaime Azula Camacho, encontramos:⁸³

- a) De existencia;
- b) De validez;
- c) De eficacia;

En cuanto al **requisito de existencia**, para que pueda hablarse de prueba indiciaria es necesario la prueba plena del hecho indicador del cual se deduzca el hecho indicado mediante una operación lógico-crítica basada en reglas de experiencia o en principios técnicos o científicos.

En cuanto al **requisito de validez**, se requiere que el hecho indicador haya sido demostrado plenamente con pruebas que sean válidas, siendo interesante destacar, que para la demostración del hecho indicador, puede utilizarse cualquier medio de prueba, incluso los indicios necesarios o contingentes cuando exista su pluralidad –en el último caso– tal como lo expone Devis Echandía.⁸⁴

En cuanto a los requisitos de **eficacia** encontramos:

1. Que se trate de un **indicio necesario**, el cual por sí solo es suficiente para la demostración de los hechos controvertidos en la contienda judicial.
2. Que si se trata de **indicios contingentes**, éstos sean plurales, graves, concordantes y convergentes.

⁸³ Jaime Azula Camacho. *Ob. Cit.*

⁸⁴ Hernando Devis Echandía. *Ob. Cit.*

2.1 Pluralidad: Para que los indicios contingentes puedan demostrar la existencia de hechos controvertidos en el proceso, se requiere que sean varios, en el entendido que los indicios demuestren circunstancias diferentes.

2.2 Gravedad: Es el alto grado de probabilidad de existencia o inexistencia del hecho indicado que se adquiere por la mayor o menor relación causal que exista entre el hecho indicador y el hecho indicado.

2.3 Concordancia o concurrencia: Consiste en el enlace, ensamble, corroboración o confirmación que deben tener los indicios –hechos indicadores– de manera de producir su coherencia natural, y evitar que no se contradigan o choquen.

2.4 Convergencia: Que en suma, todas las inferencias lógicas del operador de justicia conduzcan o apunten a un mismo resultado.

3. Que **no exista prueba que infirme al indicio**, es decir, según expone Framarino Dei Malatesta, motivos que dejen sin piso el indicio; que contraríen al indicio, como podría ser una prueba que haga inverosímil, dudoso o imposible los hechos indicadores.⁸⁵

4. Que **no exista contraindicios**, es decir, pruebas que se opongan o le quiten eficacia al indicio.

Refiriéndonos a nuestro sistema procesal y especialmente a la valoración de la prueba de indicios, el artículo 510 del Código de Procedimiento Civil, expresa que los operadores de justicia apreciarán los indicios que resulten de autos en su conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia entre sí, y en relación con las demás pruebas de autos, de donde se infiere, que el operador legislativo

⁸⁵ Nicolás Framarino Dei Malatesta. *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*.

deja a la soberanía del juzgador la apreciación de los hechos indicadores y contentivos del indicio, así como de los hechos indicados, siempre que tratándose de indicios contingentes, éstos sean plurales, ser analizados en conjunto, sean graves, concordantes y convergentes

Dicho lo anterior y en cuanto a la conducta desplegada por las partes en el proceso jurisdiccional, éstos pueden ser tomados o considerados por el operador de justicia, como indicios o argumentos de prueba que pueden demostrar hechos controvertidos en el proceso o como lo expresan Betancur Jaramillo y García Sierra, que pueden demostrar hechos sobre los cuales las personas no quieren dejar constancia para defraudar a las partes o a un tercero en el proceso.

Así, encontramos que en cuanto a la conducta procesal de las partes, Mauro Capelletti habla de un amplio género de conducta procesal de las partes, con un valor probatorio y propiamente indiciario, a cuyo efecto aceptando el deber de veracidad, advierte que no es incompatible con el principio tradicional *nemo testis in re sua intelligitur*, ni la falta del último es incompatible con la falta de aquél, otorgándose a la violación del deber de exponer los hechos conforme a la verdad, la eficacia probatoria de un indicio.⁸⁶

De esta manera, sigue exponiendo el autor en cuestión, que la conducta de las partes debe ser examinado material y ambientalmente, con criterio psicológico, atendiendo a la espontaneidad, univocidad, ambigüedad y contradicciones, para contemplar todos los diversos elementos que puedan considerarse indicios –hechos indirectamente probatorios– apreciados a través de reglas de lógica o de experiencia.

De esta manera, la conducta procesal de las partes desarrollada en el proceso jurisdiccional, puede servir como un indicio a su favor o en su contra, que pueden servir de prueba para demostrar el fraude o dolo procesal, la falta de controversia o litis entre las partes, el acuerdo o concierto –fraude o dolo colusivo– e incluso la verdadera voluntad que los motiva a incoar la acción y desarrollar el proceso.

⁸⁶ Mauro Cappelletti. *El Testimonio de la Parte en el Sistema de Oralidad*.

Es a través de la conducta procesal de las partes, como pueden inferirse indicios que demuestren que el proceso ha sido utilizado con fines diferentes –perversos y arteros– a la solución de conflictos, como ocurre cuando alguna de las partes allana el camino a la otra, sin prestar resistencia para obtener un fallo que beneficie a algún sujeto procesal o a un tercero y en perjuicio de algún otro sujeto procesal o de un tercero; incluso, sirve como demostración de procesos simulados que realmente tienen por objeto obtener sentencias o medidas para beneficiar o perjudicar a sujetos procesales o terceros, como podría ser a los acreedores del deudor que con colusión con alguna de las partes, tiende a insolventarse.

Carlo Furno, señala en cuanto al contenido procesal de la conducta de las partes, que la misma constituye una especie de atmósfera sintomática, idónea para suministrarle al operador de justicia elementos de convicción; conducta que deberá ser apreciada por el juzgador conforme a las reglas de la lógica y de la experiencia. De esta manera –agrega Furno– el comportamiento de las partes sirve como fuente o motivo de prueba, como un hecho que prueba otro hecho, de donde se deduce que Furno le da al comportamiento de las partes el carácter de indicio.⁸⁷

Vito Gianturco, con relación a la conducta de las partes como fuente de pruebas, expone que la misma puede por sí sola tener eficacia probatoria para la demostración de hechos controvertidos, por vía de presunción judicial u hominis,⁸⁸ la cual, siguiendo el criterio de Devis Echandía, no es otra cosa que la inferencia lógica o el razonamiento lógico-crítico que realiza el operador de justicia, de donde deduce el hecho desconocido partiendo del hecho conocido y demostrado en el proceso –indicio–.

El maestro Muñoz Sabaté en su obra *Técnica Probatoria*, al estudiar el tema expone que la conducta procesal seguida por las partes en el desarrollo de un proceso, puede convertirse en un dato indiciario sobre la cual basar la inferencia heurística, es decir, que de la conducta asumida por las partes en el proceso pueden obtenerse inferencias probatorias,

⁸⁷ Carlo Furno. *Teoría General de la Prueba Legal*.

⁸⁸ Vito Gianturco. *La Prueba Indiciaria*.

por lo que esa conducta será una verdadera prueba, que constituye una huella, como cualquier otra de la cual el operador de justicia obtiene un argumento de prueba, esto es, –dice el profesor– un indicio endoprocesal con valor reproductivo.

Sigue señalando el profesor Muñoz Sabaté, que de la conducta de las partes pueden obtenerse inferencias incriminativas o excriminativas, siendo que dentro de las primeras se encuentran:

- a) La conducta omisiva;
- b) La Conducta oclusiva;
- c) La conducta hesitativa; y
- d) La conducta mendaz.

La **conducta omisiva**, donde se omiten hechos o datos procesales relevantes en la litis y que contribuye a la solución del conflicto, obteniéndose de esta manera la justicia, pudiendo producirse como consecuencia de la negativa que realiza el demandado al contestar la demanda –infittatio–; o de la contumacia o rebeldía del demandado que no contesta la demanda; o de la pasividad que adopte alguna de las partes en el proceso, cuando no tiene la carga probatoria, pero que no obstante con su conducta positiva puede ayudar a la solución del conflicto y a la búsqueda de la verdad para obtener la justicia. En todos estos casos, la conducta omisiva de la parte, lo que revela es su falta de colaboración en la búsqueda de la verdad de los hechos controvertidos en el proceso, lo cual denota un ocultamiento de hechos o circunstancias que le afectan en su esfera de interés.

Por su parte la **conducta oclusiva**, consiste en la obstaculización que realiza una de las partes en el proceso, en la fase probatoria, tendente a evitar que puedan proponerse los medios de pruebas para demostrar la verdad de los hechos controvertidos, o bien para evitar que los medios probáticos propuestos y admitidos, logren materializarse, desenmascarando la verdad que se oculta tras la conducta de la parte, todo ello a

propósito que esta conducta también puede presentarse cuando se ocultan o destruyen las pruebas. En esta conducta, es evidente que la parte no colabora en la búsqueda de la verdad para solucionar los conflictos y llegarse a la justicia, pues su egoísta interés esconde la verdad de los hechos.

La **conducta hesitativa** se materializa con la formulación de alegaciones de hecho o fácticas que real o virtualmente se contradicen, por lo cual constituye una conducta que indica incertidumbre, predisponiendo al operador de justicia contra esa parte. En esta conducta, no sólo se lesiona el deber de lealtad y probidad, sino de veracidad, pues se presentan los hechos en forma confusa y ambigua, para crear incertidumbre.

Por último, la **conducta mendaz**, se produce cuando las partes exponen reiteradamente los hechos inverazmente, es decir, en forma mentirosa que lesiona directamente el deber de veracidad.

Las conductas procesales de las partes, siguiendo a Gozáni, también pueden ser:

- a) Conducta negligente.
- b) Conducta dilatoria.
- c) Conducta temeraria.
- d) Conducta maliciosa.
- e) Conducta irrespetuosa

La **conducta negligente** –expresa Gozáni– consiste en la no satisfacción de las exigencias definidas por el hecho positivo y que trae aparejada la frustración de actos procesales, cuya realización de intentaba, todo en el entendido que tales conductas no trascienden a la contraparte ni le causan un daño, pues el perjuicio directo lo padece la propia parte negligente, no logrando la concreción de lo pretendido, tal como es el

caso de la no contestación de la demanda o de la falta de promoción o evacuación de pruebas propuestas.⁸⁹

Esta conducta negligente, plantea un triple problema valorable éticamente, como lo es: por un lado el estar en juego la relación del abogado con su cliente, que le confió la defensa procesal de su interés; por otro lado, la situación del abogado que carece de la información normativa jurídicamente suficiente o que actúa como tal; y por último la relación del abogado con el operador de justicia, atento a que el orden y seriedad del proceso exigen que los pedimentos respondan a la fundamentación del hecho y del derecho aconsejable.

Esta conducta negligente –como expresa el profesor argentino– no tiene como destino causar un daño a la contraparte ni prolongar indefinidamente el desarrollo de la litis, pues ésta continúa a pesar de la desidia expuesta.

La **conducta dilatoria**, es aquella clara intención de ejercitar abusivamente los mecanismos procedimentales con el fin de postergar innecesariamente el arribo a la solución del conflicto.⁹⁰

La **conducta temeraria**, se produce cuando existe la certeza o una razonable presunción de que se litiga sin razón valedera, teniéndose conciencia de la sinrazón, como lo podría ser la facultad de accionar ejercida arbitrariamente. Estas conductas son generalmente combatidas con la condenatoria en costas al litigante temerario.⁹¹

La **conducta maliciosa**, es aquella dolosa o intencional –artera– que tiende a causar daño a la contraparte, siendo éste el elemento que lo distingue de la conducta dilatoria.⁹²

⁸⁹ Osvaldo A. Gozáini. *Ob. Cit.* pp. 39 y 40.

⁹⁰ Osvaldo A. Gozáini. *Ob. Cit.* p. 41.

⁹¹ Osvaldo A. Gozáini. *Ob. Cit.* p. 42.

⁹² Osvaldo A. Gozáini. *Ob. Cit.* p. 43.

Por último, la **conducta irrespetuosa**, es aquella íntimamente relacionada con la ética profesional, que tiende a que el profesional de la abogacía tenga cuidado al momento de aplicar su técnica y de observarla con inteligencia y constancia.⁹³

De todo lo anterior es concluyente expresar que la conducta procesal de la parte será el hecho cierto y demostrado en el proceso, a través del cual, mediante una operación lógico-crítica, fundamentada en normas generales de la experiencia o en principios científicos técnicos, pueden inducirse hechos desconocidos, es decir, que la conducta de la parte es fuente de prueba, pues produce un indicio endoprocésal.

En este indicio endoprocésal producto de la conducta de las partes –conducta omisiva, oclusiva, hesitativa o mendaz– el hecho cierto y demostrado en el proceso, es decir, el indicio, será precisamente la conducta procesal de la parte que tienda a ocultar la verdad de los hechos, a exponer los hechos mendazmente o a impedir alcanzar la verdad de los hechos para la solución justa de los conflictos; hecho este cierto y que ha sido producido en el curso del proceso, lo cual nos motiva a expresar que no requiera ser llevado al conocimiento del operador de justicia mediante los medios probatorios, bastando su apreciación por el juzgador en forma oficiosa o su denuncia por la parte, que mediante un razonamiento lógico-crítico, fundamentado en reglas de experiencia o en principios científicos y técnicos, inducen a un hecho desconocido, como lo será el fraude o dolo procesal.

Pero en nuestro sistema legal, a diferencia de la legislación colombiana, no existe una norma jurídica que regule y otorgue el carácter de indicio a la conducta de las partes, lo cual como se verá, no ha sido obstáculo para su análisis por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

En este sentido, señala el artículo 248 del Código de Procedimiento Civil Colombiano:

⁹³ Osvaldo A. Gozáini. *Ob. Cit.* p. 43

Para que un hecho pueda considerarse como indicio, deberá estar plenamente probado en el proceso.

Así encontramos el artículo 95 *ejusdem* que señala:

La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, serán apreciados por el juez como indicio grave en contra del demandado, salvo que la ley le atribuya otro efecto.

De lo anterior se observa, a diferencia de nuestro sistema legal, que la conducta omisiva o mendaz de la parte es castigada por esta normativa legal, donde se puede considerar un indicio grave en contra del demandado, distinto a lo que sucede en nuestro sistema procesal –como se señalara–, donde la no contestación de la demanda, no produce indicios sino presunciones de certeza de los hechos constitutivos expuestos por el actor en su demanda, produciéndose una inversión de la carga de la prueba o saturación de la misma como hemos sostenido en otra oportunidad.⁹⁴

Por su parte el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil Colombiano dispone:

El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes.

Y el artículo 250 del mismo Código expresa:

El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso.

Dicho lo anterior y remitiéndonos a los casos de fraude procesal detectados y declarados por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, puede observarse que si bien la Sala no se ha pronunciado

⁹⁴ Humberto Enrique Tercero Bello Tabares. *Tratado de Derecho Probatorio*. Parte General. Tomo I.

expresamente sobre la conducta procesal de las partes como indicios demostrativos del fraude o dolo procesal, en cualquiera de sus especies –fraude o dolo procesal específico, colusivo, simulación o abuso de poder– ha dejado entrever que dicha conducta sí constituye un argumento probatorio que puede llevar al juzgador a la declaratoria de dolo o fraude procesal, pues precisamente en las diversas sentencias pronunciadas por la Sala Constitucional donde se ha declarado el fraude o dolo procesal, se ha analizado la conducta procesal de las partes como elementos probatorios que demuestran la falta de contención o litis en el proceso, lo cual desemboca en la utilización de los procesos con fines diferentes –arteros– a los que realmente tiene –solución de conflictos mediante la aplicación de la Ley– que genera procesos ficticios o virtuales; e igualmente se ha analizado la conducta procesal de las partes para demostrar e inferir de la misma la colusión entre sujetos procesales para causar daños a una de las partes o a un tercero y procurar un beneficio a una de las partes o a algún tercero.⁹⁵

De esta manera, si bien la Sala Constitucional no ha manifestado en forma expresa que la conducta procesal de las partes es el elemento determinante del fraude procesal, del cual puede inferirse el fraude o dolo, bien sea específico o colusivo, ésta –la conducta procesal de las partes– ha sido el elemento fundamental que ha llevado a la Sala a desenmascarar y declarar el fraude o dolo procesal, circunstancia esta que nos motiva a expresar, que en materia de fraude o dolo procesal, la conducta de las partes en el proceso resulta un valioso elemento que ofrece un argumento probatorio –indicio– del cual puede inferirse el hecho desconocido y oculto por las partes, con fines ilícitos –perversos– y fraudulentos –arteros– tendentes a sorprender la buena fe procesal de alguna de las partes o de un tercero, en beneficio de una de las partes o de un tercero, es decir, el fraude procesal.

Esta conducta de las partes puede ser –siguiendo el criterio de Muñoz Sabaté– omisiva, cuando las partes ocultan la verdad de los hechos o la

⁹⁵ Sentencias dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en los casos Zamora Quevedo (sentencia de fecha 09 de marzo de 2000); Estacionamiento Ochuna (Sentencia de fecha 22 de Junio de 2001); y Urbanizadora Colinas de Cerro Verde (Sentencia de fecha 27 de Diciembre de 2001).

verdad de sus intenciones procesales; oclusiva, cuando las partes obstruyan u obstaculicen la proposición de las pruebas o su evacuación, así como la búsqueda de la verdad; hesitativa, cuando las partes aduzcan los hechos en forma oscura o ambigua para crear incertidumbre; y mendaz, cuando mientan descaradamente en la verdad de los hechos con fines oscuros e ilícitos, esto es, para mediante el dolo o fraude procesal causar daño a alguna de las partes o a algún tercero.

Es interesante, como lo sugirió Devis Echandía en el año de 1969 y como lo hemos señalado en este trabajo, que resulta necesario prever en las legislaciones —especialmente en la venezolana— una norma que autorice expresamente al operador de justicia, en todos los procesos, para deducir argumentos de prueba o indicios en contra de la parte que tenga en el proceso una conducta incorrecta o maliciosa, que recurra a procedimientos dilatorios que no aparezcan justificados, que impida, sin razón justa, cualquier diligencia probatoria, oculte, destruya o falsifique cualquier medio probatorio o pieza de convicción.⁹⁶

Igualmente, y siguiendo las enseñanzas del maestro colombiano, debe otorgársele al operador de justicia, para la investigación del fraude procesal, facultades investigativas y probatorias oficiosas, donde se incluya el interrogatorio libre de las partes y su careo.

Pero como se viene señalando, si bien en nuestro sistema normativo no existe en materia civil una norma que califique la conducta de las partes como un indicio, pareciere que ésta ha sido la política seguida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para declarar el fraude o dolo procesal, siendo interesante preguntarnos si ésta —conducta procesal de las partes— constituye el único elemento probatorio del cual puede deducirse el fraude o dolo procesal.⁹⁷

⁹⁶ Fernando Devis Echandía. *Ob. Cit.* p. 347.

⁹⁷ Si bien en materia civil no existe una norma que califique la conducta de la parte como un indicio que pueda demostrar el fraude procesal, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo en su artículo 48, prevé la posibilidad para el juez del trabajo —juez de juicio— de extraer elementos de convicción de la conducta procesal de las partes, de sus apoderados o de los terceros, para prevenir y sancionar la falta de lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión y el fraude procesal.

Para responder esta inquietud, sostenemos con responsabilidad, que la conducta de las partes en el proceso, resulta una de las pruebas fundamentales del fraude o dolo procesal, pero no su única demostración, pues creemos que por cualquier medio probático idóneo, pertinente, lícito, relevante y legal, puede demostrarse la conducta fraudulenta de alguna de las partes, o bien la colusión, la simulación, el abuso del derecho o la estafa procesal, incluso el fraude a la Ley, teniendo el operador, en función de los artículos 401 y 514 del Código de Procedimiento Civil, el poder de utilizar oficiosamente las diligencias probatorias y autos para mejor proveer que tiendan a desenmascarar los actos procesales arteros y fraudulentos.

Es así como de las declaraciones de parte –confesiones– espontáneas o provocadas, puede desprenderse la existencia de un fraude o dolo procesal; o bien de instrumentos públicos o privados; de inspecciones judiciales; de experticias o de cualquier otro medio tasado o no, puede demostrarse en el proceso, a instancia de parte o de oficio, la existencia del fraude o dolo procesal, circunstancia esta que nos motiva a sostener, que la conducta procesal de la parte no es el único medio probático que puede demostrar el fraude procesal.

Dicho esto y para concluir, volviendo al tema de la conducta de las partes, sostenemos, que una sola conducta de las partes en el proceso, no es suficiente para inferir el fraude o dolo procesal, por el contrario, harán falta varias conductas procesales de las partes de las cuales se infiera con un mayor grado de probabilidad, la existencia del dolo o fraude procesal, circunstancia esta que traduce en que en materia de fraude procesal, la conducta de las partes resulta indicios contingentes de los cuales puede inferirse las maquinaciones, artificios o subterfugios y que deberán ser plurales, graves, concordantes o concurrentes y convergentes.

Amparización y Colectivización del Proceso Tributario

Alberto BLANCO-URIBE QUINTERO*

1. LA JURISDICCIÓN AL SERVICIO DEL SER HUMANO

El análisis sistemático de varias de las disposiciones normativas, de aplicación directa e inmediata,¹ de la Constitución de 1999, nos permite destacar sin duda la intención constituyente de propiciar la apertura plena de la jurisdicción, en provecho del ser humano,² visto éste en forma integral

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado mención *Magna cum Laude*, Especialista en Derecho Administrativo, Profesor en Pre y Postgrado. **Université Robert Schuman**, Francia, DEA en Derecho Público. **Instituto Venezolano de Derecho Procesal (Invedepro)** e **Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal**, miembro.

¹ Ruan Santos, Gabriel, *Nueva dimensión del derecho tributario por aplicación directa de la Constitución. Aspectos sustantivos y adjetivos*, en *La Administración Tributaria y los derechos de los contribuyentes*, Libro Homenaje a la Memoria de Ilse van der Velde, FUNEDA, Caracas, 1998. Octavio, José Andrés, *Las garantías constitucionales ante la presión del conjunto de tributos que recaen sobre el sujeto contribuyente*, Revista de Derecho Tributario N° 50, en Temas Tributarios, XXX Aniversario de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 1999.

² De quien por cierto emana la potestad de administrar justicia (artículo 253). Ortiz-Ortiz, Rafael, *La dignidad humana y el desarrollo de la personalidad como premisa axiológica del constitucionalismo venezolano*, Revista de la Fundación Procuraduría, N° 14, Caracas, 1996.

y no sólo como ciudadano, administrado, contribuyente, etc., por lo que hablaremos del justiciable, es decir, del ser humano clamando justicia.

Tal intención promotora del acceso irrestricto a la justicia es posible descubrirla tras la lectura concatenada de diversas normas constitucionales, contenedoras de trascendentes principios jurídicos que encuentran su razón de ser en una clara vocación de vida en libertad y democracia. Veamos:

Ante todo, conviene poner de relieve el principio de supremacía de la Constitución, piedra angular de nuestro sistema jurídico constitucional racional normativo rígido, que catapulta su parte dogmática o compendio de derechos humanos fundamentales al más alto nivel de la jerarquía de las fuentes del derecho, en los siguientes términos:

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 (artículo 7);

Toda persona tiene el deber de cumplir y acatar esta Constitución, las leyes y los demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público (artículo 131); y,

La Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen (artículo 137).

Este trascendental principio de supremacía de la Constitución se halla garantizado por los controles de constitucionalidad de las leyes y demás actos jurídicos de ejecución directa de la Constitución, emanados de cualquiera órgano del poder público, como lo son el control concentrado, a cargo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 336, numerales 1 al 4), y el control difuso, confiado a todos los jueces de la República, en sus respectivas competencias (artículo 334, en concordancia con el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil).

Ahora bien, habiendo destacado ya que la supremacía de la Constitución conlleva la de los derechos humanos,³ no sólo la de los reconocidos expresamente en ella, sino todos los derechos humanos, por razón de la adoptada cláusula del *numerus apertus* en la materia (artículo 22), es interesante recordar que muchos de los derechos humanos están contenidos en tratados internacionales⁴ y que al margen de las discusiones monistas y dualistas sobre la posición de estas convenciones en las fuentes del derecho interno, la Constitución les atribuye, sin más, jerarquía constitucional (artículo 23), acompañada de la significación sustantiva de ello y de todas las garantías judiciales llamadas a concretar la realidad del principio de supremacía de la Constitución, en provecho de la dignidad y el bienestar del ser humano.

Así, encontrándonos en el ámbito de los derechos humanos, es menester observar, dentro de los ya evocados principios jurídicos de trascendencia, el principio de preeminencia de los derechos humanos, visto como valor superior del ordenamiento jurídico venezolano y de la actuación del Estado venezolano:

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, (artículo 2, destacados del autor).

De esta forma, el imposterizable goce de los derechos humanos se configura como uno de los fines del Estado:

³ Pérez Campos, Carmen Magaly, *Los derechos humanos. Su definición y vinculación con los planos de la moralidad y de la legalidad*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 83, UCV, Caracas, 1992.

Associação Brasileira de Direito Financiero, *Anais das XX Jornadas do Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Direitos humanos e tributação*, Salvador, Bahia, Brasil, 2000.

⁴ Casás, José Osvaldo, *Familia, Constitución, tratados internacionales sobre derechos humanos y tributos*, en Estudios en memoria de Ramón Valdés Costa, Tomo I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999.

El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución, (artículo 3, subrayados del autor).

Caracterizado ello por el principio de progresividad de los derechos humanos, es decir, de permanente ampliación de la esfera de libertades:

El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen (artículo 19).

Es tanta la importancia que la Constitución da a su supremacía, que no sólo la refuerza como principio en el campo específico de los derechos humanos, como se desprende de las normas previamente transcritas, sino que también dispone consecuencias jurídicas concretas en cuanto a la nulidad absoluta de las actuaciones estatales y sobre la responsabilidad por daños, en donde se lesionen los derechos humanos, circunstancias ambas cuya materialización convoca indefectiblemente la intervención del Poder Judicial:

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 incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores (artículo 25).

El Estado tendrá la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones a los derechos humanos que le sean

imputables, y a sus derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios (artículo 30).

Desde esta perspectiva, interesa destacar ciertos derechos humanos, de expresa consagración constitucional, directamente relacionados con nuestro tema, que son los siguientes:

El derecho de acceso a la justicia, también denominado derecho de acceso al órgano jurisdiccional o derecho a la acción o derecho a accionar en justicia, y el derecho a la tutela judicial efectiva,⁵ que se encuentran reconocidos en conjunto, tanto en provecho de la defensa de derechos e intereses individuales (heterogéneos u homogéneos), como igualmente de derechos e intereses transindividuales, como lo son los de naturaleza colectiva o difusa, constitucionalizándose de esa manera el fenómeno, cada vez más común, de colectivización en general del proceso, y asociados también al principio de celeridad procesal:

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

Este principio de celeridad procesal, sin cuyo respeto mal podría hablarse de tutela judicial efectiva, es objeto de mayor tratamiento, así:

⁵ González Pérez, Jesús *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Editorial Civitas, Madrid, 1984.
Brewer-Carías, Allan R., *Consideraciones sobre el contencioso administrativo como un derecho constitucional a la tutela judicial frente a la Administración*, Revista Derecho Público, N° 49, 1992.

Spisso, Roberto, *La tutela judicial efectiva en materia tributaria. Protección del contribuyente ante el estado de sitio fiscal*, Depalma, Buenos Aires, 1996.

Fraga Pittaluga, Luis, *La defensa del contribuyente frente a la Administración Tributaria*, FUNEDA, Caracas, 1998.

Shaw, José Luis, *Tutela jurisdiccional efectiva en materia tributaria*, en *Estudios en memoria de Ramón Valdés Costa*, Tomo II, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999.

Blanco-Urbe Quintero, Alberto, *Los derechos del contribuyente en la Constitución de 1999*, V Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario “Aspectos Tributarios en la Constitución de 1999”, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Livrosca, Caracas septiembre 2000.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26, subrayados del autor).

Incluso, como atribución específica del Ministerio Público:⁶

Garantizar la celeridad y buena marcha de la administración de justicia, el juicio previo y el debido proceso (artículo 285, numeral 2).

A más de su regulación tradicional en el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil:

La justicia se administrará lo más brevemente posible. En consecuencia, cuando en este Código o en las leyes especiales no se fije término para librar alguna providencia, el Juez deberá hacerlo dentro de los tres días siguientes a aquél en que se haya hecho la solicitud correspondiente (subrayado del autor).

Por otro lado, nos topamos con otros derechos humanos pertinentes al tema de la justicia, como lo son:

El derecho al debido proceso, sin cuyo goce real también sería ilusoria la tutela judicial efectiva:

El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:

⁶ Tanto el Ministerio Público, como la Defensoría del Pueblo, tienen atribuciones generales en el ámbito de sus actuaciones para asegurar el respeto de los derechos humanos, como se ve, respectivamente, de los artículos 285, numeral 1: “Garantizar en los procesos judiciales el respeto de los derechos y garantías constitucionales, así como de los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República”, y 281, numeral 1: “Velar por el efectivo respeto y garantía de los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados, convenios y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República, investigando de oficio o a instancia de parte las denuncias que lleguen a su conocimiento.

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley (artículo 49, numeral 1).

Estos derechos de acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y debido proceso se encuentran compendiados en el artículo 14, numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁷ adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su Resolución N° 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, que es del siguiente tenor:

Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

Y en el artículo 8, punto 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos,⁸ así:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal

⁷ *Gaceta Oficial Extraordinario* N° 2.146 del 28 de enero de 1978.

⁸ *Gaceta Oficial* N° 31.256 del 14 de junio de 1977.

formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

El derecho a la presunción de inocencia:

Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario (artículo 49, numeral 2).

También consagrado en el artículo 14, numeral 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

Y en el artículo 8, punto 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

Especial atención requiere el derecho a ser amparado frente a las lesiones efectivas o inminentes a los derechos humanos:

Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto (Art. 27).

Y, finalmente, la promoción de Venezuela no sólo como un Estado de Derecho, sino, mejor aún, como un Estado de Justicia;⁹

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 (artículo 2).

En este orden de ideas, tenemos que un Estado de Justicia es aquel en el cual, entre otros importantes e imprescindibles valores fundamentales, se resalta la justicia misma y la preeminencia de los derechos humanos, donde el justiciable, el que clama justicia, tendrá siempre acceso irrestricto al órgano jurisdiccional, para la defensa de sus intereses individuales o transindividuales, en condiciones de tutela judicial efectiva, debido proceso y promoción progresiva de las libertades, en contra de cualquier acto emanado de todo órgano público, susceptible de perjudicar los derechos humanos, en el camino de “la construcción de una sociedad justa” (artículo 3).¹⁰

De allí que no pueda haber acto dictado por algún órgano del poder público, sea en ejecución directa o indirecta de la Constitución, que se encuentre excluido del control de conformidad con el bloque de constitucionalidad, por parte del Poder Judicial, pues es el Juez, en un Estado de Justicia, quien está llamado, en última, definitiva y concluyente instancia, como fiel

⁹ Blanco-Urbe Quintero, Alberto, *Definición de Estado Justicia*, Ámbito Jurídico N° 50, Legis, noviembre 2001.

Morelo, Augusto, *La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino*, Librería Editora Platense, La Plata, 1999, p. 7: “El foco solar –a los cincuenta años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos– de las libertades fundamentales y de las ampliadas y reforzadas garantías, qué duda cabe, lo constituye el que irradia una renovada esperanza en la tutela judicial efectiva y en la consolidación definitiva, en Occidente, del Estado de Derecho en tránsito al Estado de Justicia”.

¹⁰ Faúndez Ledesma, Héctor, *El derecho a un juicio justo*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 80, UCV, Caracas, 1991.

de la balanza en el equilibrio de los órganos del poder público, y garante de los principios de supremacía de la Constitución y de preeminencia de los derechos humanos, a decir el derecho en cada caso.

Ya la jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el entendimiento del Estado de Justicia,¹¹ comprensivo de un Estado Social y Democrático de Derecho, comprometido con el progreso integral de los venezolanos, el desarrollo humano con miras de propiciar una calidad de vida digna, la justicia como valor superior, la preeminencia de los derechos humanos y el acceso a la justicia para hacer valer todos los derechos y obtener tutela efectiva expedita, a fin de conformar “un Estado justo, del justiciable como elemento protagónico de la democracia” (subrayado de los diversos fallos), siendo el proceso en tales condiciones, la herramienta ideal para su real establecimiento:

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 (artículo 257).

De todo cuanto precede se desprende la evidente intención constituyente de tornar absolutamente pleno, efectivo y expedito el acceso a la jurisdicción, en condiciones irrestrictas de respeto al principio del *favor libertatis*, principio de principios, dentro de la ineluctable preeminencia de los derechos humanos, en un Estado de Justicia.

¹¹ Sentencias de la Sala Políticoadministrativa del Tribunal Supremo de Justicia, N° 00697 del 21 de mayo de 2002, caso: Ayari Assing Vargas y otros contra el Colegio de Ingenieros de Venezuela, con ponencia del Magistrado Hadel Mostafá (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/00697-210502-1057.htm>), y N° 00677 del 8 de mayo de 2003, caso: AB Proyectos e Inspecciones, C.A. contra el INCE, con ponencia del magistrado Levis Zerpa (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/00677-080503-2002-1105.htm>); y, sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 2.029 del 19 de agosto de 2002, caso: Industria Metalúrgica Ofanto, S.R.L., con ponencia del Magistrado Iván Rincón (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/2029-190802-2840.htm>), especialmente referida esta última a la tutela judicial efectiva y al debido proceso.

2. INTENTO RESTRICTIVO DEL ACCESO A LA JUSTICIA, POR EL PODER LEGISLATIVO, Y ALGUNOS CORRECTIVOS A CARGO DEL PODER JUDICIAL

No obstante la claridad y elocuencia del discurso constitucional libertario que fuera objeto de la sección anterior, cuyo mensaje dogmático busca favorecer el respeto de los derechos humanos, con especial énfasis en el acceso pleno, efectivo y expedito a la justicia, el Poder Legislativo, obviamente ya no actuando en representación del pueblo soberano (artículos 5 y 62), quien se vio desfavorecido por su actuación, dictó un texto con pretendido rango de ley, abiertamente violatorio del mandato constitucional en cuestión.

En efecto, el Código Orgánico Tributario de 2001¹² (en lo adelante COT) contiene varios dispositivos que están reñidos directamente con la vocación constitucional aperturista de la jurisdicción.

Veamos sólo a título ilustrativo, los siguientes:

2.1 *LOS ACUERDOS ANTICIPADOS SOBRE PRECIOS DE TRANSFERENCIA*

El artículo 227 del COT pretende excluir del radio de acción del Poder Judicial y, con ello, dejar sin control de conformidad con la Constitución, ciertos actos emanados del poder público, como lo son los acuerdos anticipados sobre precios de transferencia, que no son otra cosa que tipos de actos administrativos bilaterales, derivados de la actuación administrativa convencional o concordada, al indicar que “no serán impugnables por los medios previstos en este Código u otras disposiciones legales”.

¹² Cuya vigencia es discutible, pues aparece en la *Gaceta Oficial N° 37.305* del 17 de octubre de 2001, como promulgado en el “Palacio de Miraflores, en Caracas, a los diecisiete días del mes de octubre de dos mil uno”, por el Presidente de la República, la Vicepresidenta Ejecutiva y los Ministros, cuando es conocido por todos que el Jefe de Estado y varios de los integrantes del Consejo de Ministros estaban, en realidad, en esa fecha, fuera del país, en viaje oficial, no pudiendo cumplirse debidamente la última fase de la formación de la ley, que es la promulgación.

Por supuesto que estos actos convencionales no son impugnables por los medios previstos en el COT, pues ellos se reducen al ataque jurídico, en sede administrativa o judicial, según los casos, contra actos administrativos unilaterales de efectos particulares, sea por medio del Recurso Jerárquico, del Recurso Contencioso Tributario o de la oposición al Juicio Ejecutivo. No hacía falta entonces que se les excluyese expresamente, sin sentido por lo demás.

Pero, pretender que no sean impugnables tampoco por medios previstos en leyes especiales es, de suyo, un exabrupto y una inconstitucionalidad, pues tales acuerdos, como actos en los que interviene el poder público, son susceptibles de violar el principio de legalidad en derecho público, o de menoscabar los derechos humanos, siendo el Poder Judicial el árbitro de ello, a iniciativa de parte convencional o de terceros al acuerdo, pues “Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo” (artículo 25 de la Constitución), y “Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales” (artículo 27 de la Constitución).

Así, sin detenernos ahora a analizar la posibilidad o no de que se excluya la aplicación del denominado Recurso Contencioso Administrativo Contractual, regulado por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, mal podría el legislador excluir de aplicación la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en definitiva no por dicho texto legal mismo, sino por mandato del referido artículo 27 de la Constitución, consecuencia inmediata de los principios de supremacía de la Constitución y de preeminencia de los derechos humanos.

Además, es de resaltar que los actos administrativos de efectos particulares, por los cuales, acorde con el artículo 226 del COT, en casos de fraude o falsedad de las informaciones aportadas, o de incumplimiento, la Administración Tributaria puede unilateralmente dejar sin efecto los acuerdos suscritos, son plenamente impugnables, por la doctrina del acto separable del contrato, por vía del Recurso Contencioso Tributario o de la Acción de Amparo, según las circunstancias.

2.2 ACTOS SUPUESTAMENTE NO IMPUGNABLES POR EL RECURSO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

El artículo 259, parágrafo segundo, del COT plantea la reducción del alcance protector del Recurso Contencioso Tributario,¹³ al prever la posibilidad de que hayan actos administrativos de efectos particulares, que afecten la esfera jurídico subjetiva de un administrado, sin que éste los pueda impugnar por esa vía. Dispone la norma en cuestión que:

No procederá el recurso previsto en este artículo:

1. Contra los actos dictados por la autoridad competente en un procedimiento amistoso previsto en un tratado para evitar la doble tributación.
2. Contra los actos dictados por autoridades extranjeras que determinen impuestos y sus accesorios, cuya recaudación sea solicitada a la República, de conformidad con lo dispuesto en los respectivos tratados internacionales.
3. En los demás casos señalados expresamente en este Código o en las leyes.

Por lo que respecta al supuesto del numeral 1, pareciera el legislador querer darle mayor jerarquía al tratado para evitar la doble tributación, que a los presupuestos procesales del COT, lo cual, en materia de derechos humanos, como lo son el acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva y el debido proceso, aunado a otros de contenido sustantivo, como la capacidad contributiva y la justicia tributaria, etc., sólo sería posible en caso de disponer un régimen más libertario que el de la propia Constitución.

No hay actos emanados de la autoridad (poder público), reza la Constitución, que estén excluidos del control judicial, en garantía del respeto

¹³ Blanco-Urbe Quintero, Alberto, *El Recurso Contencioso Tributario 2001*, Revista de Derecho Tributario, N° 95, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, abril-mayo-junio 2002.

de los principios de supremacía de la Constitución y de preeminencia de los derechos humanos.

En cuanto al numeral 2, supone el legislador que los actos de contenido tributario emanados de autoridades extranjeras, cuya recaudación sea pedida a la República, serían directamente ejecutorios en el país, suponemos que por haber sido posible su control de juridicidad en el Estado peticionante, lo cual desconoce todo el régimen jurídico vigente en el país, precisamente para proteger el denominado orden público interno, del cual forma parte la capacidad contributiva y la justicia tributaria, dentro de otros valores trascendentes en el campo de los derechos humanos, cuya salvaguarda compete al Poder Judicial, por medio del *exequátur* y otros mecanismos legales, por lo que existen tratados internacionales especiales en materia de ejecución de sentencias y decisiones de autoridades extranjeras, que son de preferente aplicación al COT.

Y, sobre el numeral 3, se patentiza la vocación del legislador, restrictiva de la jurisdicción, al considerar posible una pluralidad de actos administrativos unilaterales de efectos particulares inimpugnables, no sólo por previsión del COT, sino también de otras leyes, suponemos que especiales tributarias, con lo cual, además, se vulnera el carácter de ley marco del COT, en lo adjetivo, dejando inútil su carácter de ley orgánica.

Hay allí una clara remisión a dispositivos como los de los artículos 214 del COT, en materia de intimación:

La intimación que se efectúe conforme a lo establecido en esta sección no estará sujeta a impugnación por los medios establecidos en este Código.

Y 235 del COT, en el dominio de las consultas:

No procederá recurso alguno contra las opiniones emitidas por la Administración Tributaria en la interpretación de normas tributarias.

Empero, se observa que estos dispositivos de los artículos 214 y 235 del COT son más ambiciosos que el del parágrafo segundo, numeral 3 del

artículo 259 del COT, pues ellos no se limitan a excluir el ejercicio del Recurso Contencioso Tributario en contra de las intimaciones y respuestas a las consultas, sino que, en cuanto a las primeras, las extrae del ámbito de los medios impugnatorios del COT, dejando tácitamente a salvo los previstos en otros textos de ley; y, en torno a las segundas, de forma por demás arbitraria y abusiva, sin especificación alguna, las saca de la posibilidad de atacarlas por cualquier recurso.

Ahora bien, ciertamente, hablando de las intimaciones, se supone que llegados a esa fase del procedimiento administrativo recaudatorio, el administrado (pues podría no ser contribuyente) habría dispuesto de los medios de defensa y de los mecanismos de impugnación, habiéndolos omitido o empleado con resultados infructuosos, pero con respeto del debido proceso. Esa es la razón por la que la norma analizada expresa “La intimación que se efectúe conforme a lo establecido en esta sección”. Sin embargo, cuando vemos en la práctica que muchas veces el oficio de intimación es lo primero que el interesado recibe de la Administración Tributaria, sin haber tenido noticia previa de la iniciación del procedimiento administrativo liquidatorio, en el que intervenir y defenderse, en ejercicio de su derecho constitucional a la participación, y mucho menos acceso al expediente administrativo, es obvia la violación del debido proceso y también del derecho constitucional a la información, en un Estado regido por el principio de preeminencia de los derechos humanos, que hace procedente la impugnación, sino de la intimación misma, sí de toda la previa omisión del procedimiento administrativo, siendo la intimación prueba de ello, por ausencia de sus infaltables antecedentes procedimentales.

En estos casos, la intimación sería evidentemente impugnable por vía de Acción de Amparo.

Y, por lo que concierne a las respuestas a las consultas, a más de evocar aquí la jurisprudencia que había puesto fin a la pretensión administrativa de la supuesta inimpugnabilidad de tales respuestas, optando, bajo la vigencia de los Códigos Orgánicos Tributarios de 1982, 1992 y 1994, por la posibilidad de impugnarlas por vía de los Recursos Jerárquico y Contencioso Tributario, dentro de un espíritu de amplitud de

acceso a la jurisdicción y de preeminencia de los derechos humanos, aún antes de la llegada de la Constitución de 1999, es importante destacar que su condición de actos en los que interviene el poder público, son susceptibles de violar el principio de legalidad en derecho público, o de menoscabar los derechos humanos, siendo el Poder Judicial, reitero, el árbitro de ello, pues “Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo” (artículo 25 de la Constitución), y “Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales” (artículo 27 de la Constitución).

Recordemos que bajo la vigencia de la Constitución de 1961, la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, en sentencias donde destacan ponencias del Magistrado Luis Henrique Fariás Mata, ya había sostenido, como demostración de la superación de la doctrina del acto excluido del control judicial,¹⁴ que cuando la ley disponía que contra un acto administrativo no podía ejercerse recurso, debía entenderse que se trataba del recurso en sede administrativa, más nunca del recurso judicial, pues el Juez es el garante del Estado de Derecho.

La redacción de la norma en materia de respuestas a las consultas habla de que no podrá ejercerse “recurso alguno”, en un intento mezquino de resucitar la doctrina del acto excluido, pero con una letra que podría hacer pensar que se extraerían tanto del recurso en sede administrativa como del recurso judicial, concretamente del Recurso Contencioso Tributario.

En nuestro concepto, si se aceptase en un Estado de Justicia, que es posible excluir el Recurso Contencioso Tributario, por disposición de ley, ello no podría significar la ausencia de control judicial sobre una categoría de actos administrativos, ya que “Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados

¹⁴ Blanco-Uribe Quintero, Alberto, *El acto excluido en el COT*, Ámbito Jurídico N° 53, Legis, febrero 2002.

por esta Constitución y la ley es nulo” (artículo 25 de la Constitución), siendo que tal control se llevaría a cabo por medio de la Acción de Amparo (“Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”, artículo 27 de la Constitución).

Es así como el justiciable debería sonreír frente a la reforma legislativa, pues el legislador, aunque esa no haya sido su intención, pero sí por mandato constitucional, ha hecho que en lugar de tener que ejercer el Recurso Contencioso Tributario en contra de las respuestas a las consultas que puedan afectar sus derechos humanos, clamando por una justicia que no es celera ni expedita, pues la sentencia estadísticamente acontece en promedio cuatro años después de ejercida la acción judicial, siendo su efectividad cuestionable, pueda entonces incoar la Acción de Amparo, para que paradójicamente el mismo Juez de lo Contencioso Tributario le acerque a la justicia añorada, con un fallo dictado alrededor de tres o cuatro meses después de la distribución.

Aunque claro está, siempre sería loable que los jueces, en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, prefieran la Constitución y particularmente la preeminencia de los derechos humanos, de la cual son garantes, y desapliquen la norma restrictiva del COT, admitiendo libremente los Recursos Contencioso Tributarios contra esta categoría de actos administrativos.

2.3 INCONSTITUCIONALIDAD DEL CARTEL FIJADO A LAS PUERTAS DEL TRIBUNAL

El artículo 264 del COT prevé que en caso de interposición subsidiaria del Recurso Contencioso Tributario, o por ante un Juez otro que el de lo Contencioso Tributario, con competencia territorial en el domicilio fiscal del recurrente, o por ante la oficina de la Administración Tributaria de la cual emanó el acto impugnado, el Tribunal de la causa deberá notificar al recurrente para ponerlo a derecho (previo al pronunciamiento sobre la admisibilidad del recurso), en su domicilio o en el lugar donde ejerce su industria o comercio, y que si la notificación de esa forma no es

posible, se dejará constancia de ello en el expediente y se fijará un cartel en la puerta del Tribunal.

Es así como en estos casos de interposición del Recurso Contencioso Tributario (que no podemos recomendar por su peligrosidad),¹⁵ se ha dado el caso de procesos tributarios que llegan a sentencia (de fondo o interlocutorias de inadmisibilidad), alcanzando incluso firmeza, sin que el recurrente se haya siquiera enterado del asunto, porque por esta normativa de ley, con la simple fijación de un cartel a la puerta del Tribunal, se le considere a derecho, cuando en realidad se le está lesionando su derecho al debido proceso, pues ese mecanismo no asegura que el recurrente esté en conocimiento del juicio, para poder litigar con la debida diligencia.

Esta norma de vieja data en el Código Orgánico Tributario, debe ser revisada a la luz de las nuevas concepciones constitucionales, de Estado de Justicia y preeminencia de los derechos humanos, de modo de asumir, conforme a la regulación equivalente en materia de citación, del Código de Procedimiento Civil, otros mecanismos sinceramente eficaces, a los fines de poner al interesado en conocimiento del juicio y asegurar su derecho al debido proceso, como lo son la fijación de cartel a la puerta del domicilio procesal, siendo que en los libelos de Recurso Contencioso Tributario se estila indicar domicilio procesal, o en su defecto, la publicación por la prensa nacional, mediando la exclusión de su aplicación, por vía de control difuso de la constitucionalidad, de la previsión de fijación de cartel a la puerta del Tribunal.

En este orden de ideas, la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 1.564 del 18 de diciembre de 2000, caso: Ernesto Jacobo Vallés Díaz, en amparo, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera,¹⁶ estableció que es posible decretar reposiciones, incluso en estado de ejecución de sentencia, ante la falta de notificación, derivada ella de su omisión o de que haya sido erróneamente

¹⁵ Blanco-Urbe Quintero, Alberto, *Jamás es poca la precaución del recurrente*, Ámbito Jurídico N° 61, Legis, octubre 2002.

¹⁶ <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/1564-181200-00-1216%20.htm>

realizada, vale decir, que no haya asegurado el conocimiento efectivo del objeto de la notificación, por parte del interesado.

Igualmente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, máximo intérprete y guardián de la Constitución y de los preceptos legales del debido proceso, contenidos en el Código de Procedimiento Civil, es ilustrativa de lo aquí argumentado, como se desprende de la sentencia N° 0061 del 22 de junio de 2001, caso: Marysabel Jesús Crespo de Crededio contra Pedro Salvador Crededio Rodríguez, con ponencia del Magistrado Carlos Oberto Vélez.¹⁷ Veamos:

La Constitución consagra el principio del debido proceso como un pilar fundamental para la obtención de la justicia; ella ha sido desarrollada por el Legislador en nuestros códigos y leyes mediante el establecimiento de normas que garantizan los derechos de defensa y el de ser oído, obligando a los órganos jurisdiccionales y administrativos a cumplir con la ejecución de los medios de comunicación procesal, (citación, notificación o intimación) a las partes involucradas en el juicio, cuando el procedimiento así lo requiera, para resguardar la inviolabilidad de los mismos y así evitar su indefensión.

Ahora bien, entre los medios que garantizan el ejercicio del derecho de defensa en el proceso civil, se encuentra la notificación de las partes, que es un acto comunicacional dirigido a éstas para que comparezcan al proceso, conozcan lo que ha acontecido en el juicio e integren la relación jurídica procesal conjuntamente con el juez y su contraparte. Dicho acto de comunicación procesal está regulada en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, y su exigencia reposa en la obligación que tiene el Estado de garantizar a toda persona que se dirige a la jurisdicción, en busca de su tutela jurídica y efectiva, una justicia transparente e idónea.

¹⁷ <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Junio/RH-0061-220601-00127.htm>

De acuerdo pues, con el mencionado artículo 233, la notificación, de las partes procede en los siguientes casos: **a) Cuando** la causa se encuentre paralizada y se proceda a su reanudación; **b)** Para la realización de algún acto del proceso que así lo requiera; y **c)** Cuando la sentencia se dicte fuera del término de diferimiento.

En igual manera señala como mecanismos de notificación, los siguientes:

a) Por medio de la imprenta, con la publicación de un cartel en un diario de los de mayor circulación en la localidad, que indicará expresamente el juez, dando un término que no bajará de diez días;

b) Mediante boleta remitida por correo certificado con aviso de recibo, al domicilio procesal constituido por la parte que haya de ser notificada, conforme al artículo 174 de este Código y,

c) Por medio de boleta librada por el Juez y dejada por el Alguacil en el citado domicilio.

El orden lógico de este tipo de notificación es:

1º) Mediante Boleta remitida por correo certificado, con aviso de recibo, entregada en la sede del domicilio procesal.

2º) Mediante Boleta librada por el Juez y dejada por el Alguacil del Tribunal en el citado domicilio procesal, y

3º) Si no hay domicilio se hará la notificación por medio de la imprenta, con la publicación de un cartel en un diario de los de mayor circulación en la localidad, el cual indicará expresamente el Juez.

Quiere la Sala, mediante este orden de prelación, darle vigencia al domicilio procesal, instaurado en el... sistema de nuestro Código actual, además, como se dijo, procurar que el notifica-

do tenga conocimiento cierto y preciso de la actuación que el Tribunal ha ordenado comunicarle...

La razón del orden sucesivo como han de practicarse las notificaciones, no es ni más ni menos que darle prelación y vigencia al domicilio procesal. Además, el legislador no hizo referencia a la posibilidad de que el juez ordenara la notificación de la parte en la sede del Tribunal, por cuanto ese no es uno de los medios previstos en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil. Por el contrario, expresamente indicó que si la parte no cumplía con su obligación de constituir su domicilio procesal la notificación se haría mediante cartel publicado por la imprenta.

Pues bien, la Sala, en base a la anterior consideración, declara que no existe concordancia lógica entre el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, y la parte final del 174 *eiusdem*. En efecto, este último dispositivo legal establece como domicilio procesal supletorio, la sede del tribunal, para el caso en el cual las partes o sus apoderados no hubiese cumplido con el deber de indicar formalmente en el escrito de la demanda o en el de contestación o en donde se promueven cuestiones preliminatorias, una dirección donde haya de practicarse todas las notificaciones, citaciones o intimaciones que resulten necesarias para el normal desenvolvimiento del juicio, siendo que el artículo 233, ordena la notificación por la imprenta para este mismo supuesto.

Igualmente, la Sala considera que si la parte en el proceso ha cumplido con su obligación de constituir un domicilio procesal, en atención a lo contemplado en el artículo 174 de la Ley Adjetiva Civil, todas las notificaciones que deban ser practicadas en el juicio, y muy especialmente para la reanudación del proceso cuando el fallo es dictado fuera del término, deberán ser realizadas, a) por vía de la publicación de un cartel; y b) en el domicilio procesal mediante boleta remitida por correo certificado con acuse de recibo, o dejada por el Alguacil, sin que sea válida alguna otra alternativa no prevista en el artículo 233

eiusdem, ya que ello en definitiva atenta contra el derecho de la defensa y el debido proceso consagrado en el artículo 49 de la Constitución de 1999 y en el artículo 15 del Código Procedimiento Civil.

Igualmente, la Sala considera oportuno resaltar que la notificación por medio de imprenta, fue expresamente consagrada por el legislador del Código Adjetivo Civil de 1986 en el artículo 233 *eiusdem*, atendiendo a los resultados del ejercicio forense devenidos en las injusticias que se produjeron con la citación por carteles fijados a las puertas del tribunal para los casos de estar suspendida la causa, bajo la vigencia del Código de Procedimiento Civil de 1916. La notificación por medio de imprenta tiende a garantizar una comunicación más efectiva, porque se realiza por un medio de comunicación social masivo como es la prensa, que tiene la virtud de llegar con mayor facilidad a la ciudadanía y, por ende, a las partes, brindándoles mayores posibilidades de conocer las actuaciones que ocurrirán en el proceso, lo cual les permite ejercer eficazmente su defensa en el juicio.

...Dado que el mencionado artículo 233, es una norma especial en materia de notificación, en contraste con el citado artículo 174, cuya ubicación en el Capítulo III del Título III del Libro Primero del Código de Procedimiento Civil, que regula los deberes de las partes y de los apoderados, lo convierte en norma general, es criterio de la Sala que la regla aplicable para el caso en el cual no conste en el expediente el domicilio procesal de alguna de las partes, es el artículo 233, en un todo conforme con lo establecido por el artículo 22 *eiusdem*, el cual dispone que “Las disposiciones y los procedimientos especiales del presente Código se observarán con preferencia a los generales del mismo, en todo cuanto constituya la especialidad;...

Por otra parte, la notificación en la sede del tribunal no se encuentra establecida en el artículo 233 del Código de Procedi-

miento Civil, y **su uso frecuente en la práctica forense no garantiza eficazmente el ejercicio del derecho de defensa.**

...Los jueces en materia de notificaciones deberán seguir el siguiente procedimiento:

1) Ordenar la notificación por boleta remitida por correo con aviso de recibo al domicilio procesal constituido por la parte, o mediante boleta dejada por el Alguacil en ese domicilio.

2) Si la parte no constituyó domicilio procesal, entonces el Juez no tendrá otra alternativa que ordenar la notificación por la imprenta, con la publicación de un cartel en un diario de los de mayor circulación de la localidad, concediendo sólo en ese caso un término de diez (10) días de despacho, a contar desde el día siguiente a que conste en autos la consignación del cartel, para que se dé por consumada la notificación, luego de lo cual se reanudará la causa. **No siendo válida la notificación a través de un cartel fijado en la sede del tribunal, pues ello definitivamente coarta el ejercicio del derecho de la defensa.**

...Que si el litigante no señala cuál es su domicilio procesal, a la parte contraria le queda el recurso de su notificación por la imprenta y los gastos de esa notificación podrían ser recuperados si en definitiva resulta triunfadora en el proceso. Pues, como ya se estableció que la redacción del artículo 174 del Código de Procedimiento Civil colide en forma abierta con la normativa del artículo 233, que por su especialidad en materia de notificaciones debe prevalecer. Y no debe permitirse entonces, la posibilidad la notificación de la parte a través de un cartel fijado en la sede del Tribunal, por las irregularidades que pueden ocurrir.

Cuando el cartel se fija en la sede del Tribunal ante la falta de constitución del domicilio procesal, no se le concede a la parte término alguno para comparecer, sino que tan pronto conste en autos, haber cumplido con las formalidades de fijación, se

reanuda el proceso, con lo cual, sin lugar a dudas, son remotas las posibilidades de que el notificado tenga conocimiento de dicha actuación, por lo que difícilmente ejercerá los recursos pertinentes, sobre todo si la causa ha estado paralizada por largo tiempo.

...Si no se constituyó domicilio procesal, la notificación de la parte deberá ser hecha a través de cartel publicado por la imprenta, en un diario de los de mayor circulación de la localidad que el juez indicará. Todo lo cual permite que la parte tenga mayor conocimiento de las actuaciones realizadas para notificarla. Pero, lo más importante, a criterio de la Sala, es que en el cartel el juez debe conceder a la parte un término no menor de 10 días de despacho para que se consume la notificación, luego de lo cual la causa se reanudará.

... los jueces deben EXHORTAR a las partes a que constituyan su domicilio procesal, dentro de las facultades que les confiere el artículo 14 del Código de Procedimiento Civil. Mas, si la parte no lo hace, la notificación pertinente debe hacerse a través de la imprenta... (subrayados del autor).

Acorde con esta jurisprudencia pacífica y reiterada de nuestro Tribunal Supremo de Justicia, la notificación por carteles a las puertas del Tribunal de la causa es inválida, por ser contraria al derecho a la defensa y al debido proceso, al no significar realmente una garantía del conocimiento del juicio por parte del “notificado”, debiendo preferirse los términos justicieros de la Constitución.

Es por ello que, obviamente, el mandato expreso del artículo 264 del COT, que autoriza a notificar por vía de cartel puesto a las puertas del tribunal, de no haber sido posible la notificación del recurrente, ha de entenderse como inconstitucional, y en consecuencia habrá de ser sistemáticamente desaplicado aun de oficio por los juzgados de instancia, en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, mientras no sea anulado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

2.4 INCONSTITUCIONALIDAD DE LA ELIMINACIÓN DEL EFECTO SUSPENSIVO INMEDIATO, DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

El artículo 263 del COT contiene la reedición del contraprinzipio *solve et repete*,¹⁸ que si bien no fue consagrado en forma técnica, como un requisito de admisibilidad de la acción judicial, en la realidad práctica representa igualmente un grave atentado contra el derecho de acceso a la justicia, pues limita la posibilidad de gozar de una tutela judicial efectiva y de un debido proceso, por razones discriminatorias de orden económico.

Además, tal régimen de condicionamiento económico de la posibilidad real de sostener el juicio, por el tiempo promedio de cuatro a cinco años que suele durar, en primera instancia, evidencia igualmente otros aspectos de su palmaria inconstitucionalidad,¹⁹ al contrariar el Estado de Justicia, precisamente por cerrar el paso del justiciable al órgano jurisdiccional, cercenando su derecho a la tutela judicial efectiva; vulnerar el derecho a la presunción de inocencia, cuando se trata de la ejecución liminar de sanciones, antes de que esté definitivamente probada la culpabilidad; y, atentar contra el principio de progresividad de los derechos humanos, acorde con el cual el terreno conquistado por la libertad, en su avance dialéctico sobre las prerrogativas del poder, aspecto en el que la Constitución juega como fiel de la balanza, no puede ser renunciado. Es decir, que no hay vuelta atrás, al no existir retroceso posible en materia de derechos humanos, so pena de afectar derechos adquiridos, esta vez de carácter esencial o fundamental.

Así, cuando el legislador, entendido como debe ser, institucionalmente, sin perjuicio de reformas orgánicas o de cambio en las mayorías parlamentarias, ha extendido la esfera de libertades del soberano, dentro del espíritu constitucional, acordando garantías claras de acceso a la justi-

¹⁸ Blanco-Urbe Quintero, Alberto, *Inconstitucionalidad del principio solve et repete*, Ámbito Jurídico N° 44, Legis, mayo 2001.

¹⁹ Blanco-Urbe Quintero, Alberto, *Eliminación de los efectos suspensivos de los recursos tributarios. Una inconstitucionalidad*, en *Estudios sobre el Código Orgánico Tributario de 2001*, obra colectiva, coordinador Jesús Sol Gil, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Livrosca, Caracas, 2002.

cia, tutela judicial efectiva, debido proceso y presunción de inocencia, con la medida cautelar *ope legis* de marras, mal podría derogarla, estando sólo jurídicamente capacitado para seguir adelante, hacia más y más libertad, en virtud, además, de la vigencia del principio general de derecho *venire contra factum proprium non valet*, garantía en la materia de este principio de progresividad de los derechos humanos.

En este orden de ideas, a pesar de que en algunos casos ciertos justiciables han estado solicitando la suspensión de efectos en los términos del artículo 263 del COT, por razones diversas que unas veces tienen que ver con la defectuosa preparación de los abogados en derecho constitucional sustantivo y procesal y en derecho de los derechos humanos (el derecho constitucional sustantivo se suele ver en los dos primeros años de la carrera, sin jamás volver a él, mientras que el derecho constitucional procesal y el derecho de los derechos humanos acostumbra ser objeto de seminarios optativos aislados), ya otros justiciables han clamado justicia en la materia, y la han obtenido, como puede verse de la sentencia del Juzgado Superior Séptimo de lo Contencioso Tributario, N° 84/2003 del 28 de marzo de 2003, caso: Comercializadora Agropecuaria El Cafeto, C.A. contra Municipio Sucre del Estado Portuguesa.²⁰

En el caso en cuestión, la justiciable ejerció el Recurso Contencioso Tributario, requiriendo pronunciamiento liminar de control difuso de la constitucionalidad sobre el artículo 263 del COT, y subsiguiente desaplicación al caso concreto, logrando del Tribunal las siguientes consideraciones:

Los derechos humanos pueden definirse como aquellas exigencias que brotan de la propia condición natural de la persona humana y que, por ende, reclaman su reconocimiento, su respeto e incluso su tutela y promoción por parte de todos, pero especialmente de quienes están constituidos en autoridad.

...

²⁰ Consultada en original, en el expediente judicial N° 2.018.

La potestad tributaria reconoce en los derechos y garantías constitucionales un límite infranqueable...

...

Si bien la norma bajo examen no exige la caución como requisito de admisibilidad del recurso, la sola condición de “exigir el pago de la porción no suspendida ni objetada”, o tramitar la ejecución hasta el acto de remate de bienes embargados, en espera de la sentencia definitivamente firme, vulnera el libre acceso a la justicia y condiciona el derecho a la tutela judicial efectiva, toda vez que el accionante podría no estar en la capacidad económica de sostener el juicio, sea que la caución o la intimación al pago se le exija antes o después de intentar la acción, sin considerar además, que las razones de impugnación del acto podrían resultar favorables en la definitiva.

La exigencia de una caución para mantener la suspensión de los efectos del acto, o evitar el embargo de bienes propiedad del recurrente, estaría más allá del alcance económico del particular, lo cual limita y condiciona su acceso a la vía judicial.

...

...la posibilidad de ejecutar el acto administrativo de carácter tributario, aún pendiente la decisión judicial que resolverá la controversia acerca de su legalidad, violente la garantía constitucional de presunción de inocencia y buena fe, así como el derecho a la defensa...

...

El numeral 1 del artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica no sólo proscribe el *solve et repete* (entendido como requisito o condición de admisibilidad para la acción judicial), sino que también garantiza una instancia de control judicial previa al pago del reclamo fiscal controvertido, reconociendo expresamente de esta manera un derecho que todos los Estados

partes tienen la obligación de respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio.

Admitiendo que nuestro ordenamiento jurídico satisface los requerimientos del Pacto de San José de Costa Rica, es indudable que en toda controversia tributaria la acción judicial que se interponga tiene efecto suspensivo de la obligación del pago del tributo en discusión; como consecuencia de ello, los principios de legitimidad y ejecutoriedad del acto administrativo consagrados en nuestra legislación deben interpretarse sistemáticamente con el numeral 1 del artículo 8 del Pacto, entendiéndose que la ejecutoriedad en materia fiscal sólo se configura luego de la pertinente discusión de la misma en un proceso con todas las garantías judiciales.

En virtud de estas consideraciones, acordes con los principios de supremacía de la Constitución y de preeminencia de los derechos humanos el Tribunal decretó suspendidos los efectos del acto impugnado y ordenó a la autoridad tributaria abstenerse de ejecutarlo.

2.5 INCONSTITUCIONALIDAD DE LA ELIMINACIÓN DEL EFECTO SUSPENSIVO INMEDIATO, DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO JERÁRQUICO CONTRA SANCIONES NO PECUNIARIAS

El artículo 247, parágrafo único, del COT elimina el efecto suspensivo automático de la mera interposición del Recurso Jerárquico, cuando el acto impugnado consista en la imposición de sanciones no pecuniarias, tales como la clausura de establecimiento, el comiso o retención de mercaderías, aparatos, recipientes, vehículos, útiles, instrumentos de producción o materias primas, o la suspensión de expendio de especies fiscales y gravadas, mientras que acorde con el artículo 263 del COT, el solo ejercicio del Recurso Contencioso Tributario no suspende los efectos del acto impugnado, aunque su contenido sea sancionatorio, trátase de penas pecuniarias o no.

La verdad es que estos dispositivos de ley, al pretender la ejecución liminar de actos sancionatorios, sin esperar a que la ocurrencia de las

supuestas infracciones y la debida demostración de la culpabilidad reposen en actos jurídicos definitivamente firmes, sean administrativos o judiciales, menoscaban el derecho a la presunción de inocencia, por lo que los actos administrativos sancionatorios habrán de ser impugnados por la vía judicial, pero no a través del insuficiente Recurso Contencioso Tributario, salvo que los jueces cumplan *in limine* con el control difuso de la constitucionalidad, dando preferente aplicación al derecho a la presunción de inocencia y al principio de preeminencia de los derechos humanos (lo cual podría pretenderse por medio de una Acción de Amparo Cautelar acumulada a dicho Recurso), sino de la Acción de Amparo Autónomo contra acto administrativo.

2.6 FALTA DE REGULACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE CONDENA CONTRA EL FISCO

Finalmente, para no hacer demasiado largo este recuento de arbitrariedades legislativas, incurridas en violación del Estado de Justicia consagrado en la Constitución de 1999, es patente el menoscabo del derecho a la tutela judicial efectiva, cuando no obstante establecer una innecesaria sección sobre la ejecución de la sentencia (artículos 280 al 288 del COT), pues en sustancia no modifica la normativa antes aplicable prevista en el Código de Procedimiento Civil, la misma es sólo pertinente al caso de resultas favorables al Fisco (“Declarado sin lugar o parcialmente con lugar el recurso ejercido”, artículo 280 del COT).

Pero, ¿qué ha de pasar o cómo debe ser ejecutada la sentencia en la cual el recurso sea declarado totalmente con lugar, o por lo que respecta a la parte ganada por el recurrente, si es declarado parcialmente con lugar? Sobre esto no hay una sola línea en el COT.

Algunos podrían pensar que siendo la pretensión anulatoria, la sentencia se ejecuta en sí misma, siendo inútil toda previsión sobre su ejecución forzada. Empero, siendo posible acumular una pretensión indemnizatoria o de condena o restitutoria,²¹ visto el rol de plena jurisdicción del que

²¹ Blanco-Urbe Quintero, Alberto, *Pretensión de condena contra el Fisco*, Ámbito Jurídico N° 63, Legis, diciembre 2002.

goza el Juez de lo Contencioso Tributario, en virtud tanto del artículo 259 de la Constitución,²² como de la tímida referencia al respecto contenida en el artículo 327 del COT (“...sentencias indicarán la reparación por los daños que sufran los interesados, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Tributaria”), es evidente que era necesario, además por mandato del principio de igualdad de las partes en el proceso, regular también el supuesto de ejecución forzada de sentencias contra el Fisco perdidoso condenado.

Y, en cuanto a quienes consideran que el procedimiento de cobro de acreencias no prescritas, tradicionalmente previsto por las normas que rigen las finanzas públicas, sería suficiente, se les convoca a admitir su incompatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva, base del Estado de Justicia, máxime cuando se lo pretende hacer reposar sobre un ya superado en sus connotaciones absolutas y bien redimensionado principio de inembargabilidad de los bienes públicos, cuando hoy en día tal privilegio, como debe ser en justicia, sólo aprovecha a aquellos de los bienes públicos que estén efectivamente incorporados a la prestación de un servicio público, de modo que su retiro comprometiese o afectase realmente la continuidad de tal prestación.

3. LA CONSECUENCIAL AMPARIZACIÓN²³ DEL PROCESO TRIBUTARIO

La Acción de Amparo, tal como está concebida en el artículo 27 de la Constitución, representa un derecho humano cuyo contenido se concre-

²² “La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”(subrayados del autor).

²³ Morelo, Augusto y Stiglitz, Gabriel, *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*, Librería Editora Platense, La Plata, 1986, p. 182: “Desde la perspectiva de la acción, procedimiento o proceso de amparo, el momento político institucional que transitamos se presenta como óptimo para consolidar definitivamente un Estado de Derecho (en cuyo seno se va gestando, a su vez, el futuro Estado de Justicia), a fin de que aquél vuelva a ser enérgicamente útil”.

ta en un medio de acción judicial o de acceso a la justicia que persigue que toda persona, el justiciable, sea amparada por el Tribunal en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, en un proceso breve, informal y preferente, donde la autoridad judicial logra restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella.

Así, vistas las diversas circunstancias en las cuales, incluso a iniciativa del legislador, el Recurso Contencioso Tributario, por un lado, se encuentra excluido de aplicación; o, por el otro lado, se revela insuficiente para asegurar una tutela judicial efectiva; el justiciable se ha visto ya o se está viendo progresivamente compelido a ejercer sistemáticamente la Acción de Amparo, para poder disfrutar o aproximarse al goce de lo que la Constitución preceptúa como Estado de Justicia.

Ello, sin entrar a discutir si la Acción de Amparo es una acción judicial extraordinaria, como tradicionalmente se la ha considerado, u ordinaria, hacia donde cada vez más se inclina la doctrina especializada, máxime cuando la Constitución la consagra para proteger los derechos humanos, en el rigor de su preeminencia, en provecho de la efectividad de su goce y sin condicionamientos al previo ejercicio o a la ausencia de vías ordinarias. Y, sin poner tampoco atención a si se la incoa de manera cautelar, acumulada al Recurso Contencioso Tributario, o por vía principal, de forma autónoma.

Asistimos, pues, a la amparización del proceso tributario, *grosso modo* por dos líneas argumentativas, a saber:

3.1 POR EFECTO DE LA EXPRESA EXCLUSIÓN LEGISLATIVA DEL RECURSO CONTENCIOSO TRIBUTARIO O DE OTROS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN TILDADOS DE “ORDINARIOS”

Tal como fue destacado anteriormente, el COT contiene una serie de supuestos en los que inconstitucionalmente pretende excluir del control por parte del Poder Judicial, a una serie de actos administrativos que bien podrían representar amenazas serias de lesión o afectación efectiva de derechos humanos, los cuales, a tenor de las previsiones constitu-

cionales ya revisadas, sobre supremacía de la Constitución, preeminencia de los derechos humanos, nulidad de los actos lesivos a los derechos humanos, responsabilidad por violaciones a los derechos humanos, Estado de Justicia, acceso pleno a la jurisdicción, derecho a la tutela judicial efectiva y Acción de Amparo, estarían llamados a ser objeto, tanto ellos como el comportamiento de las autoridades que los hayan dictado, de la Acción de Amparo.

Se hace referencia, se recuerda, por ejemplo:

3.1.1 *Intimación*

Al acto contentivo de una intimación que no sea el resultado final de la firmeza de un acto liquidatorio, rendido tras un procedimiento administrativo que haya respetado el debido proceso (artículo 214 del COT). Ciertamente, sería contrario al Estado de Justicia pensar que, en ese caso, el afectado deba esperar el juicio ejecutivo, mediando embargo ejecutivo liminar, con posibilidades bastante reducidas de oposición, cuando la Administración Tributaria estaría sacando provecho de su propia torpeza, en detrimento de la Constitución y los derechos humanos.

3.1.2 *Respuestas a las consultas*

Al acto contentivo de la respuesta a una consulta, cuya secuela pueda implicar, o en efecto implique, el menoscabo de derechos humanos (recuérdese, a título únicamente ilustrativo, que acorde con el artículo 51 de la Constitución, el derecho de petición no se satisface si la respuesta fue oportuna, si ella no es adecuada, no pudiendo ser adecuado lo que vulnere los derechos humanos) (artículo 235 del COT). Acaso habría que esperar que se produzcan sucesivos actos de ejecución de la doctrina administrativa contenida en el oficio de respuesta, para impugnarlos por separado y en forma autónoma, al no poderse atacar el origen de la antijuridicidad, con lo cual, a más de poder propiciar violaciones en serie de derechos humanos, afectaría la tutela judicial efectiva, pudiendo generarse sentencias contradictorias, tornaría la justicia nada expedita y la haría más lenta, como resultado de la multiplicación innecesaria de causas, con detrimento del principio de celeridad procesal y dispendio de la actividad del Poder Judicial; y,

3.1.3 *Acuerdos anticipados sobre precios de transferencia*

A los acuerdos anticipados sobre precios de transferencia, que podrían ser impugnados por terceros afectados en sus derechos humanos, sin perjuicio del régimen común de ataque de los actos unilaterales separables de rescisión de los mismos.

3.2 *POR EFECTO DE LA INSUFICIENCIA DEL RECURSO CONTENCIOSO TRIBUTARIO, PARA GARANTIZAR UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA*

El Recurso Contencioso Tributario, antes del COT de 2001, era una acción en justicia que resultaba suficiente para asegurar la tutela judicial efectiva, en virtud del efecto suspensivo automático que se le reconocía, como medida cautelar *ope legis*, a su mera interposición, y sólo por ello.

Esto se afirma con base a dos hechos fácilmente verificables: primero, que la gran mayoría de los procesos eran ganados por los recurrentes, esencialmente por violaciones del debido proceso, por falta del procedimiento administrativo legalmente establecido, imposibilidad de acceder a los expedientes administrativos (cuando existían y eran llevados correctamente) e inmotivación de las actas preliminares, pero también por circunstancias de fondo, siendo que mientras tanto no podían ser objeto de medidas ejecutivas (las medidas cautelares no se emplearon jamás de manera sistemática y generalizada por los representantes fiscales); y, segundo, que no se podía hablar de una justicia celera ni expedita, pues a más de tomarse los Tribunales en muchos casos más de un año en tan sólo notificar (y/o hacer constar en autos las notificaciones) a la Administración Tributaria, al Procurador General de la República y al Contralor General de la República, lo cierto es que en promedio las sentencias de fondo, en primera instancia, no se producían antes de cuatro o cinco años después de ejercida la acción judicial.

Ahora, en donde no hay cautelar *ope legis* de suspensión de efectos, pero continúa la violación del debido proceso en sede administrativa y el retardo judicial campea, no sólo para el dictado de la sentencia, sino

para las notificaciones, aunque se haya pedido la suspensión por el interesado, sin que el legislador haya dado plazo al juez para pronunciarse, pero sí dispuso que se puede embargar al recurrente, incluso si habiéndola pedido el juez no se ha pronunciado (lo cual de suyo es inmoral e injusto), es obvio que el Recurso Contencioso Tributario no aparece como una garantía real de tutela judicial efectiva, salvo que se le acumule una Acción de Amparo Cautelar o se obtenga el ejercicio del control difuso de constitucionalidad (como en el citado caso de Comercializadora Agropecuaria El Cafeto, C.A. contra municipio Sucre del estado Portuguesa), para al menos evitar la problemática de la aplicación del inconstitucional régimen del artículo 263 del COT.

Y, en otro orden de ideas, distinto al tema de la suspensión liminar de los efectos del acto administrativo impugnado, el Recurso Contencioso Tributario también resulta insuficiente para proveer tutela judicial efectiva, en casos en los cuales, por ejemplo, sea menester una decisión definitiva pronta y restablecedora de derechos humanos lesionados, o cuando más que atacar a un acto administrativo en particular, se trata de poner fin a una actividad antijurídica de la Administración Tributaria, para que no siga dictando actos administrativos lesivos de derechos humanos, ni pueda ejecutar los que haya dictado ya en ese sentido.

A fin de demostrar la amparización del proceso tributario, se ilustrará la argumentación con la presentación de tres casos reales, que no son más que una muestra de un universo mayor y quizás de una tendencia que ha de ser bienvenida, si ella materializa un mayor y mejor respeto de los derechos humanos y del Estado de Justicia.

3.2.1 *Negativa de solvencia*

La sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 1997 del 17 de octubre de 2001, caso: Rocco Cimino D'Elia y Luigi De Vita Alario contra municipio Naguanagua del estado Carabobo, con ponencia del Magistrado Pedro Rondón Haaz,²⁴ muestra un caso en el

²⁴ <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1997-171001-00-1072.htm>

cual el justiciable optó por ejercer una Acción de Amparo Autónomo en contra del acto administrativo por el cual la Administración Tributaria Municipal le negó el certificado de solvencia del impuesto inmobiliario urbano, so pretexto de no estar solvente con el impuesto de patente de industria y comercio, impidiéndole de ese modo protocolizar el documento de venta del inmueble respectivo.

En este caso, tratándose de un acto administrativo de efectos particulares, emanado de la Administración Tributaria, teniendo contenido tributario y afectando los derechos del interesado, acorde con los artículos 242 y 259, numeral 1, del COT (y sus equivalentes del COT de 1994, pues aún no salía en *Gaceta Oficial* el COT de 2001, para la fecha de la interposición), el afectado habría podido incoar el Recurso Contencioso Tributario, incluso con efecto suspensivo automático. Pero, lo que habría logrado con ello es una suspensión automática de efectos sin sentido alguno, pues la impugnación de una negativa de solvencia, con esa cautelar *ope legis* no podía significar que se le tuviere como solvente mientras durase el juicio (unos cuatro o cinco años). Además, hacerle caucionar por vía cautelar el pago del impuesto de patente de industria y comercio, si es que procedía, a más de impertinente al caso, no significaría tutela judicial efectiva, por no racional ni expedita.

Lo que interesaba al justiciable era obtener una orden judicial expedita y definitiva, que de manera efectiva lo tuviese indiscutiblemente como solvente con el impuesto inmobiliario urbano, tras la actividad probatoria respectiva, en beneficio de su derecho a la propiedad, sin que importase para ello que no estuviese solvente con otro tributo, de modo de restablecer su derecho, pudiendo proceder a la respectiva protocolización, y ello sólo se podía conseguir con una Acción de Amparo Autónomo.

3.2.2 *Liquidación de derechos de registro por enajenación de inmuebles*

La sentencia del Juzgado Superior Quinto de lo Contencioso Tributario, N° 637 del 31 de mayo de 2002, caso: José Andrés Octavio y Gretta González contra el Registrador de la Oficina Subalterna de Registro del

Segundo Circuito del Distrito Sucre del Estado Miranda,²⁵ se refiere a un caso en el cual los justiciables se toparon con un acto administrativo de efectos particulares, consistente en una planilla de liquidación de derechos de registro, por operaciones inmobiliarias, tributo fundamentado en una base legal contenida en la derogada Ley de Registro Público, por lo que su ejecución, de la cual se condicionaba la correspondiente protocolización del documento de venta, violaba el principio de legalidad tributaria, uno de los derechos humanos.

Era tal planilla un acto administrativo de efectos particulares, emanado del Registrador, como Administración Tributaria especial, que liquidaba un tributo, afectando los derechos de los interesados, por lo que con arreglo a los artículos 242 y 259, numeral 1, del COT, se habría podido incoar el Recurso Contencioso Tributario, incluso con efecto suspensivo automático, pues la norma del artículo 263 del COT aún estaba en *vacatio legis* para ese momento. Pero, lo que se habría obtenido con ello era la suspensión automática de efectos del cobro de la planilla, sin sentido alguno, pues la ansiada protocolización habría quedado en veremos mientras durase el juicio (unos cuatro o cinco años).

Claro que hubiese podido pedirse, por vía cautelar innominada, que se permitiese la protocolización liminar, sin perjuicio de caucionar el pago, pero ello, si es que no se tomase tiempo excesivo, perdiéndose la oportunidad negocial y vulnerándose la justicia expedita, a más del costo del mantenimiento por ejemplo de una fianza financiera por cuatro o cinco años, muy probablemente habría sido negado, por estimarse que significaría la consecución de la pretensión total *in limine*, perdiéndose interés en el juicio, sencillamente porque esta acción judicial, para casos como el de marras, no está estructurada en términos de asegurar la tutela judicial efectiva.

Lo que pretendían los justiciables era una orden judicial expedita y definitiva, que de manera efectiva les permitiese gozar de su derecho a la

²⁵ Consultada en original, en el expediente judicial N° 1913.

propiedad, pudiendo proceder sin más a la consiguiente protocolización, y tal cosa sólo era posible con una acción de Amparo Autónomo.

3.2.3 *Liquidación de la contribución de paro forzoso*

La sentencia del Juzgado Superior Séptimo de lo Contencioso Tributario, N° 503 del 1° de abril de 2003, caso: Sincrudos de Oriente, Sincor C.A. contra el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS),²⁶ se contrae a un caso en el cual la justiciable fue notificada de una planilla de liquidación, contentiva de cobros por concepto de la contribución de paro forzoso, del mes de febrero de 2003, siendo que la base legal de tal contribución, contenida en el Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Paro Forzoso y Capacitación Laboral, fue derogada por la Ley Orgánica de Seguridad Social, estando en vigencia sólo hasta enero de 2003, siendo que su ejecución violaría el principio de legalidad tributaria, el derecho a la propiedad y la prohibición de confiscación, unos de los derechos humanos.

Era tal planilla un acto administrativo de efectos particulares, emanado del IVSS, como Administración Tributaria Parafiscal, que liquidaba un tributo, afectando los derechos de la interesada, por lo que con arreglo a los artículos 242 y 259, numeral 1, del COT, se habría podido incoar el Recurso Contencioso Tributario, aunque sin efecto suspensivo automático, pues había concluido la *vacatio legis* del artículo 263 del COT. Pero, lo que se hubiese podido lograr con ello sería la anulación de la planilla (unos cuatro o cinco años), previa su suspensión de efectos con su respectivo costo económico, y lo que es más grave, no se habría podido evitar que se liquidasen las contribuciones de marzo, abril, mayo, etc., con sus respectivas planillas, con multiplicación de recursos, dispendio de actividad del Poder Judicial, riesgo de sentencias contradictorias, paralizaciones sucesivas de las causas precedentes, por efecto de las peticiones de acumulación de autos, para evitar los males anteriores, menoscabo de la celeridad y economía procesales y, a la postre, de la tutela judicial efectiva.

²⁶ Consultada en original, en el expediente judicial N° 2028.

Además, para muchos no está claro que se pueda pedir, por esta vía, y de manera cautelar, que se prohíba al órgano público cumplir con sus atribuciones legales, para que como medida innominada se ordenase al IVSS dejar de liquidar esa contribución (por unos cuatro o cinco años) mientras dure el juicio.

El Recurso Contencioso Tributario, a pesar de la evolución de la ciencia procesal hacia la garantía de la tutela judicial anticipada, no está diseñado bajo los parámetros del moderno derecho preventivo, sino como un tradicional control de legalidad de actos administrativos aislados, de efectos particulares, aunque haya una cierta y tímida aparición en la materia de la colectivización a la que nos referiremos más adelante.

Lo que pretendía la justiciable, que no accionó contra la planilla, como algunos entienden, sino contra (o también contra) la actuación inconstitucional del IVSS, de la cual la planilla era más un instrumento probatorio que el objeto de la acción judicial, era una orden judicial expedita y definitiva, que de manera efectiva le permitiese gozar de sus derechos a la legalidad tributaria, a la propiedad y a la no confiscación, evitando tener que pagar la planilla ya liquidada y, lo que es más importante aún, prohibiendo al IVSS continuar liquidando por ese concepto, en los meses subsiguientes (“inminente amenaza de liquidar contribuciones por concepto de Paro Forzoso sin base legal”, página 19), mientras continuase la situación legal actual en la materia, y tal cosa sólo era posible con una Acción de Amparo Autónomo.

Así, la sentencia no limitándose a declarar la nulidad de la planilla, ordenó al Presidente del IVSS abstenerse de cobro de la contribución del mes de febrero de 2003 y meses subsiguientes.

4. LA COLECTIVIZACIÓN DEL PROCESO TRIBUTARIO

A raíz del reconocimiento expreso, en el artículo 26 de la Constitución, del derecho de acceso a la justicia no sólo para la defensa de intereses individuales (heterogéneos u homogéneos), sino también para la defensa de intereses difusos o colectivos, conocidos como transindividuales, el proceso venezolano, en general, ha conocido la institucionalización de

la acción colectiva en justicia.²⁷ No es que con anterioridad a la Constitución de 1999 no se hayan producido acciones de este tipo, como las que resguardaron el derecho a la educación de los estudiantes del Colegio Rondalera, en Caracas, o protegieron el derecho al ambiente de los habitantes de la comunidad de El Playón, en el Estado Mérida, entre muchas otras que son de grata recordación, sino que ahora se las ha consagrado explícitamente en la Constitución, no dejando lugar a la jurisprudencia para que las desconozca o para que disponga en cabeza del Ministerio Público el monopolio de su defensa judicial, como ocurrió en muchos casos previos, incluso por iniciativa de la entonces Corte Suprema de Justicia.

Hoy por hoy, la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en algunos casos de manera plausible y en otros de forma lamentable, por restrictiva, ha venido delineando el régimen procesal para la defensa de los intereses difusos o colectivos, de donde cabe ahora analizar dos figuras específicas: la definición de tales intereses y las adhesiones de terceros litisconsortes, a los fines de la extensión de los efectos de los fallos protectores de derechos humanos, con un breve paso intermedio por lo que respecta a la legitimación.²⁸

²⁷ Morelo, Augusto, *La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino*, Librería Editora Platense, La Plata, 1999, p. 38: “Esa idea de lo colectivo (que involucra a grupos, categorías, poblaciones) y complejas situaciones subjetivas polarizadas en objetos (bienes de la vida, diría Chiovenda) indivisibles aunque de uso y aprovechamiento fraccionado (...) se ensancha para dibujar un régimen o sistema de tratamiento jurídico envolvente y similar, de suerte que la expansión grupal, como un surtidor, determina la comunicabilidad horizontal de la tutela a favor de todos aquellos sujetos que, apresados en la conexidad (diríamos vital) de esa situación común, no juegan en solitario. Se repite con rasgos y efectos idénticos o muy semejantes en seriada (muchas veces masiva) reiteración”.

²⁸ Sobre el régimen general de tutela judicial de los intereses difusos y colectivos, ver: Sarmiento Sosa, Carlos, “Comentarios a los derechos colectivos e intereses difusos en Venezuela”, ponencia presentada en el Congreso Internacional “Formazione e caratteri del sistema Giuridico Latino-americano e processo civile”, Roma, Italia, mayo de 2002.

4.1 *DEFINICIÓN DE LOS INTERESES TRANSINDIVIDUALES Y SU APLICACIÓN A CIERTOS CASOS PROCESALES TRIBUTARIOS*

Comenzando por la definición de estos intereses transindividuales, tenemos que la jurisprudencia, siguiendo la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 656 del 30 de junio de 2000, caso: Defensoría del Pueblo contra Comisión Legislativa Nacional (conocido por algunos como caso Dilia Parra Guillén), con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera,²⁹ los ha definido bajo una perspectiva que podríamos denominar de índole cuantitativa. Así, el derecho o interés sería individual si su afectación sólo incumbe a un individuo aislado y perfectamente identificable de la sociedad. En cambio, y tal es el aporte del fallo, el derecho o interés sería transindividual (aunque el fallo no emplea esa terminología técnica, sino la que se refiere a ellos como intereses indiferenciados), si asistimos a una pluralidad indeterminada de afectados, específicamente en lo que ha de entenderse por “una aceptable calidad de vida (condiciones básicas de existencia)”.³⁰

En este orden de ideas, si la víctima de la afectación en su calidad de vida es “toda la comunidad o sociedad en sus diversos aspectos”, se configura un interés difuso y “surge en cada miembro de esa comunidad un interés en beneficio de él y de los otros componentes de la sociedad en que tal desmejora no suceda, y en que si ya ocurrió sea reparada”.

Pero, si la víctima de la afectación en su calidad de vida “se localiza concretamente en un grupo, determinable como tal, aunque no cuantificado o individualizado, como serían los habitantes de una zona del país, afectados por una construcción ilegal que genera problemas de servicios públicos en la zona”, aparece un interés colectivo, “focalizado”, “referidos a un sector poblacional determinado (aunque no cuantifica-

²⁹ <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/656-300600-00-1728%20.htm>

³⁰ El fallo define la calidad de vida como “el producto de la satisfacción progresiva y concreta de los derechos y garantías constitucionales que protegen a la sociedad como ente colectivo, como cuerpo que trata de convivir en paz y armonía, sin estar sometida a manipulaciones o acciones que generen violencia o malestar colectivo”.

do) e identificable”, como los “grupos profesionales”, “grupos de vecinos”, “gremios”, “habitantes de un área determinada, etc.”.

El fallo asume, entonces, una posición que pudiera ser catalogada de cuantitativa, pues clasifica los derechos e intereses tutelables, en individuales, colectivos o difusos, según se vea afectado, respectivamente, un individuo, un grupo diferenciado o la sociedad, pudiendo o no existir un vínculo jurídico entre quien acciona en nombre del colectivo (grupo o sociedad) y los demás integrantes del mismo.

En este punto interesa tomar partido por las definiciones que trae el Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, del Instituto Iberoamericano de Derecho procesal,³¹ en cuyo artículo 1 se prevén concepciones mucho más precisas y de orden cualitativo, que resultan más apropiadas para facilitar su entendimiento, a más de extender el alcance de la acción colectiva a intereses que si bien son individuales, dado su carácter homogéneo su tutela judicial, para ser efectiva, ha de ser colectiva, sobre lo cual, a pesar de su claro interés en materia procesal constitucional, administrativa y tributaria, que se descollará más adelante, no existe en nuestro conocimiento una línea en la jurisprudencia patria.

De esta manera, el artículo 1 del Anteproyecto citado expresa que:

La acción colectiva será ejercida para la tutela de:

I.- intereses o derechos difusos, así entendidos, para efectos de este código, los transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho;

II.- intereses o derechos colectivos, así entendidos, para efectos de este código, los transindividuales, de naturaleza indivisi-

³¹ Elaborado por los profesores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe y Antonio Gidi, para su presentación en las XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en Montevideo, Uruguay, en octubre de 2002.

ble de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base;

III.- intereses o derechos individuales homogéneos, así entendidos los provenientes de origen común.

Mientras que el artículo 2 del mismo documento, de especial interés para el desarrollo del punto referido a la colectivización del proceso tributario, dispone que:

Son requisitos de la demanda colectiva:

I.- la adecuada representatividad del legitimado;

II.- la relevancia social de la tutela colectiva, caracterizada por la naturaleza del bien jurídico, por las características de la lesión o por el elevado número de personas alcanzadas.³²

Parag. 1º. Para la tutela de los intereses o derechos individuales homogéneos, además de los requisitos indicados en los numerales I y II de este artículo, es también necesaria la demostración del predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales y de la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto.

En consecuencia, los intereses difusos serían aquellos cuyos titulares son personas indeterminadas (que podrían coincidir con la sociedad entera, ser de menor envergadura, como los intereses vinculados con la salvaguarda del patrimonio histórico de un Estado de la Federación, o incluso superarla, como acontece con los intereses ambientales, de vo-

³² La sentencia N° 1048 del 31 de agosto de 2000, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso: William Ojeda Orozco, en amparo, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1048-170800-00-2397%20.htm>), indica que es indispensable "Que exista una necesidad de satisfacer intereses sociales o colectivos, antepuestos a los individuales".

cación internacional o hasta coincidente con la idea de humanidad), ligadas entre sí por meras circunstancias de hecho.

Así, el que la vinculación sea esencialmente fáctica, hace que se dificulte concebir acciones colectivas para la defensa de intereses difusos en el ámbito de lo tributario, donde existen típicas relaciones de derecho, como lo es precisamente la relación jurídica tributaria, por lo que no es fácil conseguir precedentes judiciales. Empero, efectivamente pueden suceder acciones judiciales de este tipo, en el campo de lo tributario y según las necesidades, como se desprende de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 1505 del 5 de junio de 2003, caso: Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano de Caracas contra la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado (en la parte que grava con una alícuota impositiva del ocho por ciento –8%– a los servicios médico-asistenciales, odontológicos, de cirugía y hospitalización prestados por entes privados), con ponencia del Magistrado Antonio García García,³³ que declaró con lugar la Acción de Amparo incoada no en nombre de los profesionales de la medicina agremiados allí, sino de todos los venezolanos (individuos potencialmente requeridos de servicios médicos en la sociedad venezolana), y no como contribuyentes sino como repercutidos económicos de tal tributo, en contra de las normas de ley que establecieron el gravamen con este impuesto de los servicios médico-asistenciales, odontológicos, de cirugía y hospitalización, por encarecerlos al grado de perjudicar el goce real del derecho a la salud.

En esta sentencia, tras declarar con lugar la Acción de Amparo:

“SEGUNDO: SE ORDENA LA INAPLICACIÓN de la referida norma para todos los contribuyentes del impuesto al valor agregado por su condición de prestadores o receptores de los servicios médico-asistenciales, odontológicos, de cirugía y hospitalización de carácter privado, dada la efectiva protección de los derechos e intereses difusos involucrados en el presente

³³ <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/1505-050603-03-0124%20.htm>

caso, y a los efectos de garantizar una efectiva justicia tributaria, SE DECLARA EXENTO del Impuesto al Valor Agregado los servicios médico-asistenciales, odontológicos, de cirugía y hospitalización, prestados por entes privados, para lo cual igualmente SE INAPLICA el artículo 3 de la mencionada ley en lo que se refiere a estos servicios.

TERCERO: Se fijan los efectos de la presente decisión *pro futuro* y, en consecuencia, aquellas personas naturales o jurídicas que hayan estado sujetos al referido hecho imponible y lo hubieren cancelado, no podrán reclamar la repetición del pago al Fisco Nacional o en su defecto a quien les facturó el servicio, hasta el día que tuvo lugar la audiencia pública constitucional de la cual deviene el presente fallo, no obstante que la injuria constitucional declarada se ha evidenciado desde la entrada en vigencia de la norma en cuestión, por lo cual no podrá ser cobrado el referido impuesto al valor agregado a quienes no se le haya emitido la respectiva factura de acuerdo con los términos de la ley”.

Mientras que, por otro lado, los intereses colectivos serían aquellos cuyos titulares son un grupo o una categoría diferenciada de personas, ligadas entre sí o con la contraparte por relaciones jurídicas concretas.

No se tienen noticias de acciones judiciales colectivas, incoadas para la tutela de intereses colectivos, en el proceso tributario, al menos que hayan sido explícitamente concebidas y tratadas como tales.

Sin embargo, se ha observado el caso de la impugnación judicial, por medio del Recurso Contencioso Administrativo de Anulación, previsto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, con Acción de Amparo Cautelar acumulada, acorde con la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, de las Providencias por las cuales el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) declaró a los contribuyentes especiales, como agentes de retención del impuesto al valor agregado, y los sometió a cierta normativa en ellas contenida.

Ciertamente, los contribuyentes especiales configuran un grupo diferenciado dentro del universo de los contribuyentes, mucho más aún si se los compara con el conglomerado social, igualmente comprensivo de los no contribuyentes, que está sujeto a una normativa jurídica especial, sobre todo en cuanto concierne a las reglas de control fiscal, a la recaudación y al cumplimiento de deberes formales, que parte de un acto reglamentario definitorio de la institución de contribuyente especial, asociado a un acto administrativo de efectos particulares, de designación como tal de un determinado contribuyente, de todo lo cual emergen situaciones jurídicas individuales entre cada uno de ellos y la Administración Tributaria, y circunstancias fácticas comunes a los integrantes de este grupo diferenciado.

Este grupo diferenciado, con independencia de que las sanciones por incumplimientos concretos se apliquen individualmente, presenta un claro interés colectivo en que se respete el principio de igualdad entre ellos, en que el grupo sea administrado de conformidad a derecho por la Gerencia respectiva, en que el calendario de obligaciones formales se fije de manera equilibrada, en que no se les someta a requerimientos desproporcionados, etc., que es judicialmente tutelable, por medio de acciones colectivas.

En esta perspectiva, se pueden referir algunas sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en las que, a pesar de que el individualismo característico de la formación del abogado en nuestras universidades, hizo que las recurrentes no reivindicaran un claro interés colectivo,³⁴ a la hora de accionar en justicia, sino que hasta desarrollaran una tesis sustantivista sobre supuestos actos administrativos generales de efectos particulares, cuando la solución al problema era de tipo adjetivo o procesal, es lo cierto que por efecto de las sucesivas adhesiones de terceros litisconsorciales que pidieron la extensión de los efectos

³⁴ Araujo Juárez, José, *Principios Generales del Derecho Procesal Administrativo*, p. 442: "...la noción de interés legítimo, no sólo se refiere a las situaciones jurídicas subjetivas que pueden tener los sujetos de derecho como personas individualizadas, sino también las entidades, representativas de intereses colectivos y difusos..."

de los mandamientos de amparo cautelar a sus situaciones jurídicas respectivas, se evidenciaron evidentes fenómenos de colectivización del proceso tributario.

Así, la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, N° 608 del 27 de febrero de 2003, caso: Cervecería Polar Los Cortijos, C.A., con ponencia del Magistrado Juan Carlos Apitz,³⁵ dispuso que:

De todo ello surge que es posible admitir, como en todo proceso, que también en los juicios de nulidad de los actos administrativos de efectos particulares existen un demandante y un demandado. Pero, además, pueden existir otras personas que como también se benefician de la anulación del acto impugnado, tienen el mismo interés en que dicho acto sea impugnado; e igualmente, otras personas, a quienes el acto favorece, tienen interés en que el acto no se extinga, en razón que del mismo se deriva un derecho o un interés en su favor. Estas personas al concurrir al proceso también serán partes principales pero litisconsorciales, activas o pasivas, si comparecen a coadyuvar a la demanda de nulidad o a oponerse a la misma, lo que arrojaría un proceso con pluralidad de partes: demandantes o demandadas. Tales partes principales litisconsorciales tiene la misma legitimación de las partes originales del proceso, por lo que podrían haber incoado la demanda o ser demandados individualmente. De tal manera, que entre las partes principales litisconsorciales y las partes originales del proceso no hay subordinación o dependencia sino ambas partes son autónomas. Cuestión distinta sucede con el interviniente adhesivo simple, quien sólo pretende coadyuvar al triunfo de una de las partes, pues no tiene un derecho propio sino un simple interés, pues la sentencia indirectamente puede afectarle; por lo que no puede demandar sólo o ser demandado independientemente. Por ello, no se convierte en parte sino en coadyuvante y, en consecuen-

³⁵ Consultada en original, en el expediente judicial N° 02-2535.

cia, tiene una subordinación o dependencia de las partes originales del proceso.

Las acentuadas diferencias procesales entre la intervención adhesiva litisconsorcial y la intervención adhesiva simple, pueden resumirse de la siguiente manera: 1.- mientras que en la intervención adhesiva litisconsorcial entre las partes principales litisconsorciales y las partes originales del proceso existe una cotitularidad sobre la misma relación deducida en juicio, en la intervención adhesiva simple, el interviniente adhesivo simple depende de una relación deducida por una de las partes; 2.- las partes principales litisconsorciales tienen las mismas facultades que las partes originales del proceso, en cambio, el interviniente adhesivo simple tiene limitaciones en sus derechos; y, 3.- mientras las partes principales litisconsorciales se ven plenamente afectadas por los efectos de la cosa juzgada (eficacia directa), el interviniente adhesivo simple sólo resulta afectado de modo indirecto (efecto reflejo).

Tomando en cuenta los lineamientos antes expuestos, observa esta Corte que, en el presente caso, una parte de las solicitantes alega haber sido calificadas como contribuyentes especiales por el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT); en consecuencia, se consideran destinatarias de la providencia recurrida en el presente caso, por cuanto –como se ha referido– en ella se designa a todos los contribuyentes especiales del país como agentes de retención del Impuesto al Valor Agregado y, en tal sentido, solicitan se admita su intervención como verdaderas partes en el presente procedimiento.

Al respecto, este órgano jurisdiccional considera que **las precitadas sociedades mercantiles son intervinientes litisconsorciales y, en consecuencia, siempre que hayan demostrado ante esta Corte su interés, resulta procedente que se les tenga como parte, ya que están alegando un interés propio en la acción principal** y, si bien tuvieron la

oportunidad de solicitar la nulidad de la Resolución impugnada autónomamente, sin embargo, no lo hicieron y prefirieron hacerse parte en el recurso de nulidad interpuesto ante esta Corte por CERVECERÍA POLAR LOS CORTIJOS, C.A., contra la Providencia N° SNAT/2002/1419, que comprende la Providencia Administrativa N° SNAT/1455/2002, ambas dictadas por el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), en el presente expediente. Ante esta situación, resulta oportuno señalar que, aun cuando se tiene el derecho de comparecer como tal en cualquier estado y grado del juicio, esta intervención se encuentra sometida al principio preclusivo de las oportunidades defensivas (artículos 202, 361 y 380 del Código de Procedimiento Civil y 126 de la Ley Orgánica del Corte Suprema de Justicia), es decir, que **se admite la intervención consorcial de las mencionadas personas jurídicas en la presente causa, quedando protegidas por la medida cautelar dictada en este juicio, al ostentar la misma situación jurídica de la recurrente**. Así se declara (destacados del autor).

Esta doctrina jurisprudencial es jurídicamente inobjetable desde el punto de vista procesal, pues en materia de intereses difusos y colectivos se configuran litisconsorcios activos, en donde, incluso sin intervención de otros integrantes de la sociedad o del grupo diferenciado, ajenos al accionante, en el juicio, las resultas de los fallos, siempre que favorezcan al actor, extienden los efectos de la cosa juzgada a la sociedad (*erga omnes*) o al grupo afectado, según los casos, y sin necesidad de que cada quien pida tal extensión de efectos. Esto es lo propio de las acciones judiciales colectivas.

Empero, habría sido apropiado el empleo de la terminología técnica que en estos casos calificaría a la acción en justicia ejercida, a la sazón un Recurso Contencioso Administrativo de Anulación con Acción de Amparo Cautelar acumulada, como una acción judicial colectiva para la tutela de intereses colectivos. Claro que habría un posible escollo, derivado de consideraciones adjudicables a quienes diseñaron las estrategias impugnatorias respectivas en ese caso y en los similares que le han

seguido, referidas a que según la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ella tendría el monopolio de la competencia, mientras no se legisle en la materia, para conocer de todas las acciones judiciales en defensa de intereses difusos y colectivos, lo cual parece ser restrictivo del derecho de acceso a la justicia, pues aleja considerablemente al justiciable del órgano jurisdiccional, centralizado en Caracas, siendo que además conoce en única instancia.³⁶

Ahora bien, la doctrina jurisprudencial del citado caso Cervecería Polar Los Cortijos, C.A. fue ratificada sucesivamente, en las sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, N° 2003-1121 del 3 de abril de 2003 y N° 2003-1689 del 28 de mayo de 2003, caso: Barsa Planeta de Venezuela C.A. y Xerox de Venezuela C.A., con ponencias del Magistrado Juan Carlos Apitz.³⁷

Y, en la misma línea, cabe destacar la sentencia de la Sala Políticoadministrativa del Tribunal Supremo de Justicia, N° 00949 del 25 de junio de 2003, caso: Vicson, S.A., Venezolana de Pulpa y de Papel, SACA/Venepal SACA, Pinturas Internacional, C.A. y otras, contra las mismas Providencias del SENIAT que declararon agentes de retención del impuesto al valor agregado a los contribuyentes especiales, con ponencia del Magistrado Levis Ignacio Zerpa,³⁸ en Recurso Contencioso Administrativo de Anulación con Acción de Amparo Cautelar y medida cautelar de suspensión de efectos, en donde a más de haber declarado improcedente la Acción de Amparo Cautelar, por no haber demostrado lesión de derechos constitucionales, y enviado al expediente a los fines de estudiar la medida cautelar pedida, admitió el recurso y la incorporación de decenas de terceros litisconsorciales (aunque la sentencia los refiriera como coadyuvantes).

³⁶ Al respecto, ver sentencia citada N° 656 del 30 de junio de 2000, caso: Defensoría del Pueblo contra Comisión Legislativa Nacional (conocido por algunos como caso Dilia Parra Guillén), con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/656-300600-00-1728%20.htm>), y sentencia N° 260 del 20 de febrero de 2002, caso: Centro de Investigación de Formación Ecológica (CINECO) y otros, con ponencia del Magistrado Iván Rincón (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/febrero/260-200202-01-1393.htm>).

³⁷ Consultadas en original, en el expediente judicial N° 03-0635.

³⁸ <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio/00949-250603-2002-1099.htm>

Así, luego de reconocerse competente para conocer de estas impugnaciones, en detrimento de la competencia asumida en los casos paralelos citados que cursan ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo:

En consecuencia, siendo esta Sala Politicoadministrativa la máxima instancia de la jurisdicción contencioso-tributaria y estándole atribuida la competencia para conocer de los recursos administrativos que se ejerzan tanto por razones de inconstitucionalidad como de ilegalidad contra actos administrativos de efectos generales, corresponde a ésta, sin lugar a dudas, la competencia para conocer del presente asunto, conforme a la norma atributiva de competencia residual contenida en el numeral 11 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Así se decide.

Se produjo el pronunciamiento que admitió la intervención de los terceros, pero con fundamento en que se trata de actos administrativos reglamentarios, impugnables por cualquiera de sus destinatarios, y no con base en los modernos conceptos procesales de las tercerías litisconsorciales, propias de las acciones judiciales colectivas, como sí lo asumió la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Veamos:

Ahora bien, tal como fue advertido anteriormente por esta Sala, los actos administrativos cuya nulidad se debate poseen efectos generales, motivo por el cual resulta necesario observar la disposición normativa que rige los procesos de nulidad ejercidos contra actos de efectos generales, contenida en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, aplicable en concordancia con el artículo 26 del texto constitucional, a los fines de determinar la legitimación activa para incoar dichos juicios; así el referido artículo 26 de la Constitución y el 112 de la citada Ley, preceptúan lo siguiente:

Artículo 26: Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la

tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

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

Artículo 112: Toda persona natural o jurídica plenamente capaz, que sea afectada en sus derechos o intereses por ley, reglamento, ordenanza u otro acto de efectos generales emanado de alguno de los cuerpos deliberantes nacionales, estatales o municipales o del Poder Ejecutivo Nacional, puede demandar la nulidad del mismo, ante la Corte, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, salvo lo previsto en las Disposiciones Transitorias de esta Ley.

De conformidad con las normas *supra* transcritas, la legitimación para solicitar la nulidad de un acto de efectos generales corresponde a cualquier persona plenamente capaz, sea ésta natural o jurídica, que se considere afectada o lesionada en sus derechos e intereses; en tal sentido, le bastará demostrar a quien ejerza o pretenda ejercer la acción de nulidad por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad contra un acto administrativo de efectos generales, su interés, sea éste directo o indirecto, individual o colectivo, sin tener que comprobar que le asiste un derecho subjetivo o un interés personal, legítimo y directo para impugnar el acto demandado.

Ahora bien, una vez advertida la cualidad que tiene toda persona (natural o jurídica) legalmente capaz, que se vea afectada en sus derechos e intereses de forma directa o indirecta, de solicitar la nulidad de un acto administrativo de efectos generales, debe determinarse la forma en que puede intervenir en un proceso de esta naturaleza ya instaurado; motivo por el cual resulta de obligada consideración la norma establecida en el artículo 137 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, cuyo texto resulta del siguiente tenor:

Artículo 137: Sólo podrán hacerse parte en los procedimientos a que se refieren las Secciones Segunda y Tercera de este Capítulo, las personas que reúnan las mismas condiciones exigidas para el accionante o recurrente.

Conforme a la citada norma, se observa que cualquier persona que ostente la cualidad conferida por el artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de justicia, es decir, que posea un simple interés en las resultas de un determinado juicio de nulidad, podrá intervenir en éste. No obstante, vista la pluralidad de formas de intervención de los terceros en juicio, en el presente caso debe precisarse bajo cuál de los supuestos descritos en el artículo 370 del Código de Procedimiento Civil, pueden configurarse las solicitudes de adhesión interpuestas por las sociedades mercantiles contribuyentes previamente identificadas.

En el caso de autos, pudo esta Sala advertir que las solicitudes de adhesión al recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad ejercido en forma conjunta con amparo cautelar y medida cautelar innominada de suspensión de efectos, interpuesto contra los actos administrativos contenidos en la Providencias SNAT/2002/1454 y SNAT/2002/1455 del 29 de noviembre de 2002, fueron fundamentadas en los ordinales 1° y 3° del artículo 370 *supra* indicado; no obstante, del análisis de los términos en que fueron planteadas las referidas solicitudes, aprecia fácilmente este Alto Tribunal que la intervención pretendida por los solicitantes no puede subsumirse en los supuestos regulados por el ordinal 1° del aludido artículo 370, visto que el mismo regula la denominada intervención voluntaria y principal de los terceros contra ambas partes de un proceso pendiente y donde se pretende excluir la pretensión del demandante a través de un derecho preferente o concurrir con él en el derecho o intereses alegado con fundamento en el mismo título, situación ésta no planteada en el presente caso.

En este sentido, se advierte que la intervención solicitada por las sociedades adherentes al recurso de nulidad y acción de amparo, se presenta conforme a lo dispuesto en el ordinal 3° del señalado artículo 370, en concordancia con la norma del 381 del Código de Procedimiento Civil, es decir, aquella intervención en la cual el tercero alega un interés jurí-

dico actual en sostener las razones de una de las partes, en virtud de los efectos que pudiera extender la cosa juzgada entre las partes intervinientes en el proceso, respecto de las relaciones jurídicas del tercero con el adversario de la parte en cuya victoria se está interesado. Así, habiéndose solicitado la nulidad de un acto de efectos generales, para lo cual resulta legitimado cualquier persona capaz que considere vulnerado sus derechos e intereses, conforme a la norma contenida en el artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y no configurándose ninguna de las causales de inadmisibilidad a las que hace referencia el artículo 84 *eiusdem*, resulta forzoso a esta Sala declarar admisible la adhesión al presente juicio de las sociedades mercantiles solicitantes, pues sus requerimientos denotan la existencia de intereses subjetivos vinculados directamente con el interés jurídico objeto de controversia. Así se decide”.

4.2 ASPECTOS BREVES SOBRE LA LEGITIMACIÓN

Por lo que respecta a la legitimación, digamos brevemente, con la sentencia citada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del caso Defensoría del Pueblo contra Comisión Legislativa Nacional, que con base en los principios de la democracia participativa, se trata de derechos cívicos que “cualquier miembro de la sociedad, con capacidad para obrar en juicio, puede –en principio– ejercerlos”, sea persona natural o jurídica, siempre que la pretensión sea de condena o restablecedora de situaciones, pues si existe el ánimo de lograr indemnizaciones, las que versen sobre daños colectivos sólo podrían ser demandadas por el Ministerio Público o la Defensoría del Pueblo,³⁹ mientras que las que tengan que ver con daños particulares podrán ser acumuladas por los justiciables, a la acción judicial colectiva de pretensión preventiva o restablecedora.

³⁹ Cosa que se objeta con apoyo en el derecho comparado, y también por ausencia de norma legal que indique tal monopolio, máxime cuando la vigencia del principio de unidad del tesoro, en ausencia de norma legal que afecte el ingreso, dejaría sin reparación el interés difuso o colectivo perjudicado.

En este sentido, a más de la posible actuación judicial de personas naturales, gremios profesionales, sindicatos, cámaras de comerciantes o industriales, asociaciones varias, sociedades civiles o mercantiles, fundaciones, etc., podría perfectamente pensarse en asociaciones de contribuyentes, como existen en otros países, actuando en defensa del respeto del estatuto correspondiente. O, también, en asociaciones de vecinos, integradas por ejemplo por vecinos contribuyentes del impuesto inmobiliario urbano, siendo que el artículo 5, literal n del Decreto N° 1.297 del 22 de noviembre de 1990, contenido del Reglamento Parcial N° 1 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal sobre la Participación de la Comunidad, y el artículo 107, numeral 4 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, las facultan para intentar en nombre de sus afiliados los recursos contencioso administrativos, judiciales y de cualquier índole, con el fin de hacer respetar la protección de los derechos de los vecinos, en esta materia en algo que esté vinculado con lo tributario.

4.3 LAS ADHESIONES A LOS FINES DE LA EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LOS FALLOS PROTECTORES

Desde otra perspectiva, enfrentando ahora el tema de las adhesiones de terceros litisconsortes, a los fines de la extensión de los efectos de los fallos protectores de derechos humanos, a más de reiterar los comentarios previos hechos en relación con la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, donde como fue expuesto se trataba de tutelar intereses colectivos, conviene observar que la sentencia citada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del caso Defensoría del Pueblo contra Comisión Legislativa Nacional, consagró de manera indubitable la posibilidad de tales adhesiones, incluso a iniciativa del Tribunal y aunque el accionante haya sólo reivindicado un interés individual, siempre que se considere que hay en juego intereses difusos o colectivos, o algún elemento de naturaleza colectiva (como lo son los intereses individuales homogéneos), y no únicamente en materia de Acción de Amparo, como sigue:

Es incomprensible, que una persona en razón de que pertenezca a una determinada profesión o categoría, obtenga por decisión judicial una ventaja, como el uso de placas

identificatorias para su vehículo, o la supresión de un concurso para acceder a un cargo u otra circunstancia semejante; **y que las otras personas de la profesión o la categoría que se encuentran en igual situación, tengan que acudir ante los órganos jurisdiccionales mediante acción individual para que se les reconozca el mismo derecho, atentando así contra la economía y celeridad del proceso.** Por ello, en esta materia suele hablarse de sentencias de condena abierta, donde los otros que se encuentran en la situación colectiva se adhieren al fallo, sin haber sido partes en el proceso. Este tipo de sentencias no está aún legalmente contemplado en el país, pero como desarrollo de la implantación constitucional de las acciones por derechos e intereses colectivos o difusos, y los efectos hacia la comunidad que sus decisiones tienen, si el juzgador al admitir la demanda individual, considera que ella afecta derechos e intereses difusos, debe ordenar la comparecencia de la Defensoría del Pueblo y de los interesados, así quien demande lo haga en razón de su interés directo y personal, y escuchar sus alegatos al respecto, ya que así como hay otras personas que podrían gozar de los efectos del fallo, es posible que un sector de la sociedad, del género o del grupo, se oponga a los efectos sociales supuestamente beneficiosos que se derivarán del fallo. En el futuro, las bases que tomaría en cuenta el legislador para legislar sobre las indemnizaciones a la colectividad y su reparto, posiblemente surja de estas condenas abiertas.

...

Si alguien demanda, sin fundar su acción en derechos o intereses difusos, pero el juzgador considera que de ellos se trata, deberá citar al proceso a la Defensoría del Pueblo, o a los entes que la ley establezca en particulares materias, y además hacer saber mediante edicto a todos los interesados, si no fueran procesos donde la ley los excluye y otorga la representación a otras personas. **Todos estos interesados legítimos podrán, además, intervenir como terceristas, si el juez**

tomando en cuenta la existencia de derechos o intereses difusos o colectivos, los admite como tales. (Destacados del autor).

Es fundamental precisar, por otro lado, que esta posibilidad de adhesión de terceros litisconsortes no es propia ni exclusiva de las Acciones de Amparo, como algunos han creído, sino de toda acción judicial de naturaleza colectiva, sea o no de Amparo, donde obviamente se pretenda hacer valer intereses transindividuales, sean difusos o colectivos, o intereses individuales homogéneos, precisamente por razones de tutela judicial efectiva y celeridad y economía procesales.

En este orden de ideas, varios han sido los casos en los cuales ha procedido la extensión de efectos de los fallos benefactores, en virtud del ejercicio de acciones judiciales colectivas, como se desprende de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 487 del 6 de abril de 2001, caso: Glenda López y otros contra el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera,⁴⁰ donde se:

ACUERDA la extensión de los efectos de la prenombrada decisión del 18 de diciembre de 1997 a todas aquellas personas que reúnan las siguientes condiciones: i) se encuentren inscritas en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales; ii) les haya sido diagnosticada la enfermedad del VIH/SIDA; iii) que cumplan los requisitos legales para obtener los beneficios derivados del sistema de seguridad social; y, iv) que hayan solicitado a las autoridades del prenombrado Instituto la entrega de los medicamentos necesarios para el respectivo tratamiento, así como el de las enfermedades oportunistas, y la cobertura de la realización de los exámenes médicos especializados para el tratamiento de las mismas. En consecuencia, se libra el presente mandamiento de amparo a favor todas las personas que reúnan los anteriores requisitos, y se ORDENA

⁴⁰ <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/487-060401-00-1343.htm>

al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales cumplir las siguientes prestaciones para con ellas.

Y, de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 2675 del 17 de diciembre de 2001, caso: Haydée Parra Araujo y otros contra el Decreto N° 304 del Presidente de la República y la Resolución N° 739 del Ministro del Interior y Justicia, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera,⁴¹ donde se dejó sentado que:

En estos casos se está en presencia de efectos procesales que se extienden a una comunidad en la misma situación jurídica, la cual es diversa de la comunidad de derecho contemplada en el Código Civil, pero existente con relación a las infracciones constitucionales que a todos aquejan y que no puede sostenerse que existe con respecto a unos (los que demandaron y obtuvieron sentencia favorable) y no con respecto a otros, los no demandantes.

Tratándose de derechos subjetivos de las personas, los no demandantes pueden renunciar o no a ellos, pero existe una declaración a favor de todos los que se encontraban en la misma situación jurídica, de la cual se aprovecharan o no, conforme a sus conveniencias y mientras no le caduque su acción, ya que de caducarles ellos no tendrían derecho a la fase ejecutiva de una acción caduca.

En consecuencia, acciones como las de amparo constitucional, si son declaradas con lugar, sus efectos se hacen extensibles a todos los que se encuentran en la misma e idéntica situación, así no sean partes en el proceso.

Por lo tanto, los Notarios y Registradores que legalmente califican para recibir la jubilación del Fondo de Pensiones de los Notarios y Registradores, que no participaron en esta causa, a

⁴¹ <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/2675-171201-01-0725%20.htm>

quienes no le ha caducado su acción, tienen derecho de adherirse al fallo y solicitar su ejecución, ya que gozan de los efectos del mismo, siempre que acrediten en autos fehacientemente su condición de Notarios o Registradores y el cumplimiento de los requisitos para ser jubilados conforme a las normas mencionadas. De hacerlo le notificará al querellado, a fin que exponga lo que crea conveniente, debiéndose abrir una articulación probatoria en base al artículo 607 del Código de Procedimiento Civil si el querellado disintiere del derecho del peticionista, el cual de serle negado por el juez de la ejecución, podrá dilucidar el mismo en juicio aparte.

La Sala recuerda que el amparo constitucional no produce cosa juzgada material y que por tanto si los accionantes no obtuvieren un fallo favorable, por falta de pruebas, ello no impide que otros incoen de nuevo la acción y que se les ampare, caso en que el efecto extensivo del fallo beneficiara a los perdidosos.

Por todas estas razones, la Sala declara que quienes se encuentran en igual situación que los accionantes, por tener idéntico vínculo jurídico con el agravante y habérseles violado su situación jurídica, si no les ha caducado la acción de amparo pueden adherirse a este fallo y pedir su cumplimiento en el mismo término señalando para los accionantes.

Partiendo del análisis de estos importantes precedentes jurisprudenciales, que marcan la pauta a seguir sobre la extensión de los efectos de los fallos dictados frente al ejercicio de acciones judiciales colectivas (aunque el justiciable las haya podido haber planteado en términos individuales, como vimos ocurrió en los casos citados de Cervecería Polar Los Cortijos, C.A. y Barsa Planeta de Venezuela, C.A. y Xerox de Venezuela, C.A.), pues se trata de una temática de carácter procesal, aunque desde el punto de vista sustantivo sean ajenos a la materia tributaria, a continuación se pasará revista a dos casos propios del ámbito tributario, dentro de otros que comienzan a surgir, demostrando que el proceso tributario no está al margen de la colectivización adjetiva.

De este modo, además de los asuntos ya comentados de las justiciables Cervecería Polar Los Cortijos, C.A. y Barsa Planeta de Venezuela, C.A. y Xerox de Venezuela, C.A., en conocimiento de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y vinculados con las impugnaciones de las Providencias del SENIAT que declararon a los contribuyentes especiales como agentes de retención del impuesto al valor agregado, a los cuales se han adherido literalmente centenares de empresas, en defensa de intereses colectivos del grupo diferenciado de contribuyentes especiales, se pueden referir los siguientes:

En primer lugar, el caso en el cual la justiciable Interbank Seguros, C.A. ejerció un Recurso Contencioso Tributario, con Acción de Amparo Cautelar acumulada y medidas cautelares subsidiarias en contra de un acto administrativo del SENIAT, contentivo de una doctrina interpretativa sobre que las empresas aseguradoras debían soportar el impuesto al valor agregado generado por la prestación de servicios de talleres mecánicos y de servicios médico-asistenciales, odontológicos, de cirugía y hospitalización, en provecho de los asegurados, doctrina ésta cuya ejecución no afectaba sólo a la accionante, sino a todo el sector asegurador, y de allí el carácter de acción judicial colectiva del recurso interpuesto, para la tutela de intereses colectivos del grupo diferenciado compuesto por las empresas de seguros y la Cámara que las agrupa, como ente exponencial de los intereses de ese grupo, aunque no se lo haya calificado así en el libelo por la recurrente.

Es por ello que, dado el mencionado carácter de acción judicial colectiva, se produjo una tanda inicial de solicitudes de adhesión a la causa, incluso antes de que hubiese pronunciamiento alguno, integrada por las empresas La Occidental de Seguros, C.A., Seguros Guayana, C.A. y Multinacional de Seguros, C.A., confesadas como de un mismo grupo económico, junto a la accionante.

Así, en una primera sentencia del Juzgado Superior Noveno de lo Contencioso Tributario, N° 087/2003 del 26 de marzo de 2003,⁴² tras haber

⁴² Consultada en original, en el expediente judicial N° 2004.

declarado inadmisible la Acción de Amparo Cautelar (por perseguir la misma finalidad que las medidas cautelares solicitadas), y decretado medida cautelar de orden a las empresas prestadoras de los indicados servicios, de no incluir el tributo en las facturas emitidas a nombre de los asegurados de la accionante, extendió los efectos de la cautelar in-nominada así acordada a las terceras intervinientes indicadas.

Posteriormente, tal como ocurrió con otras empresas terceras intervinientes litisconsorciales, se dictaron los autos del 25 de abril de 2003 y del 21 de mayo de 2003,⁴³ que admitieron las adhesiones y extendieron los efectos de la medida cautelar dictada, a favor de Seguros La Seguridad, C.A. y de Seguros Caracas de Liberty Mutual, C.A., respectivamente.

Incluso, por auto del 30 de abril de 2003,⁴⁴ el Tribunal ordenó notificar de la medida cautelar al SENIAT, y a quienes podrían eventualmente resultar litisconsortes pasivos, parcial o totalmente, como la Cámara Nacional de Talleres Mecánicos, al Centro Médico Dr. Rafael Guerra Méndez, etc.

Se trata pues de un típico caso de colectivización del proceso tributario, donde el elemento colectivo deriva de un acto administrativo que, si bien se presenta formalmente como de efectos particulares, contiene una doctrina interpretativa que, de aplicarse, afectaría no sólo al destinatario nominativo del acto, sino a todo el sector asegurador, como grupo diferenciado, con interés colectivo en la impugnación.

En segundo lugar, tenemos el caso en que la justiciable Sincrudos de Oriente, Sincor C.A. incó una Acción de Amparo autónomo contra el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), en virtud de haber sido notificada de una planilla de liquidación, contentiva de cobros por concepto de la contribución de paro forzoso, del mes de febrero de 2003, siendo que la base legal de tal contribución, contenida en el Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Paro Forzoso y

⁴³ Consultados en original, en el expediente judicial N° 2004.

⁴⁴ Consultado en original, en el expediente judicial N° 2004.

Capacitación Laboral, fue derogada por la Ley Orgánica de Seguridad Social, estando en vigencia sólo hasta enero de 2003.

Este caso ya fue reseñado como un ejemplo de amparización del proceso tributario, al analizarse la sentencia del Juzgado Superior Séptimo de lo Contencioso Tributario, N° 503 del 1° de abril de 2003. Empero, el mismo adoptó las características de una acción judicial colectiva, toda vez que no se trataba de impugnar una planilla aislada, sino de atacar por inconstitucional la pretensión del IVSS de recaudar, cualquiera fuese el supuesto contribuyente, una contribución sin base legal, en detrimento del principio de legalidad tributaria.

Es por ello que se produjo un gran número de adhesiones por parte de evidentes terceros litisconsorciales, a los fines de lograr la extensión de los efectos del mandamiento de amparo, que obligaba al IVSS a abstenerse de cobrar por este concepto, en cuanto al mes de febrero de 2003 y meses subsiguientes, en provecho de la justiciable. Claro que en este caso la condición de acción judicial colectiva no derivaba de la tutela de intereses colectivos, pues los patronos afectados por la antijurídica actuación del IVSS no conforman un grupo diferenciado entre sí, sino de la protección conjunta de intereses individuales homogéneos, siempre por razones de tutela judicial efectiva y economía y celeridad procesales, dado el diáfano predominio de la cuestión colectiva, antes que la individual, para lograr la justicia buscada en forma concluyente.

Sin embargo, en claro detrimento del Estado de Justicia, del principio de preeminencia de los derechos humanos, del principio del *favor libertatis* o *in dubio pro libertad*, del derecho de acceso a la justicia, del derecho a la tutela judicial efectiva, del derecho al debido proceso y de los principios de celeridad y economía procesales, el Juzgado Superior Séptimo de lo Contencioso Tributario dictó la sentencia N° 147 del 6 de junio de 2003,⁴⁵ que declaró inadmisibles dichas adhesiones (todas).

⁴⁵ Consultada en original, en el expediente judicial N° 2028.

De esta forma, el fallo negó todas las solicitudes en cuestión, bajo la tesis de que no existiría una relación jurídica, ni tributaria ni de ninguna otra índole, entre los peticionantes y el IVSS, al menos en cuanto concierne a esta contribución, por lo que en su criterio no se podría tener como partes en el juicio a estas empresas terceras, porque, según sostiene, la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que permite a terceros en la misma situación aprovecharse de los efectos de las decisiones, exigiría indefectiblemente la presencia de una relación jurídica.

El fallo parte del análisis de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 2675 del 17 de diciembre de 2001, caso: Haydée Parra Araujo y otros contra el Decreto N° 304 del Presidente de la República y la Resolución N° 739 del Ministro del Interior y Justicia (en el caso de registradores y notarios), que cabe decir no es la primera ni la única en la materia, y que fue comentada anteriormente.

Es curioso destacar, sobre este punto, que la sentencia de marras del Juzgado Superior Séptimo de lo Contencioso Tributario alude a la temática de los intereses difusos y colectivos. Efectivamente, ello resulta curioso, porque la jurisprudencia de la misma Sala Constitucional, al definir los intereses difusos, ha sostenido que se caracterizan por relaciones de hecho y no jurídicas, como ocurre en doctrina y fuera destacado previamente. Así, no se entiende cómo se llega a rechazar la intervención por no haber relación jurídica, y sin embargo mencionar a los intereses difusos como fundamento de la decisión.

Empero, no se trata el caso de la tutela de intereses difusos, por razones obvias.

Sería en cambio discutible si se asiste a un caso de intereses colectivos, o si más bien se configura algo que sirvió de fundamento de sus intervenciones en los escritos de ciertos solicitantes de adhesión, sin haber sido ello tan sólo someramente evocado en la sentencia:⁴⁶ intereses in-

⁴⁶ ¿Acaso se constituiría aquí un supuesto de denegación de justicia?

dividuales homogéneos, sobre lo que viene construyendo la ciencia procesal moderna, habiendo antes nosotros tomado partido por esta tesis, en cuanto concierne a este caso.

En definitiva, no argumentó la sentencia si se trataba de una acción judicial colectiva (por intereses transindividuales o individuales homogéneos), o de una acción judicial meramente individual.

Ahora bien, volviendo a lo anterior, parece la sentencia olvidar que si bien es sostenible que no hay una relación jurídica tributaria en este caso, pues no se da el hecho imponible, por falta de base legal, sí en cambio se da otra relación jurídica, la administrativa, derivada de las planillas de liquidación, como actos administrativos que son. De lo contrario, de no existir relación jurídica alguna, estaríamos en presencia de vías de hecho de la Administración, por ausencia de acto administrativo, y el régimen de defensa judicial sería otro, muy diferente, al recomendado en la sentencia. Ello, sin olvidar que las planillas en cuestión no se contraen sólo a la contribución de paro forzoso, sino que contienen otros rubros, que sí proceden, y frente a los cuales no se discute la existencia de la relación jurídica tributaria.

Tanto es así que existe relación jurídica, que es un caso similar al de los registradores y notarios, vinculados individual, pero homogéneamente, con la Administración Pública, por relaciones jurídicas derivadas al momento de la acción de amparo, de actos administrativos, que son tales planillas en este caso, actos jurídicos emanados del poder público, en ejercicio (aunque ilícito) de la potestad tributaria.

Empero, no debe perderse de vista que no es la existencia de relaciones jurídicas o situaciones fácticas lo que justifica en justicia la extensión de efectos de un fallo a la sociedad o a un grupo diferenciado, o a los terceros litisconsortes peticionantes, sino la naturaleza colectiva de la acción judicial incoada, en criterio del Tribunal y no dependiendo de la fundamentación del libelo respectivo, dada la relevancia social de la tutela colectiva, por la naturaleza del bien jurídico, por las características de la lesión o por el elevado número de personas alcanzadas, no, se insiste, por el acto administrativo nominativo, que no era más que un

documento probatorio, sino por la intención inconstitucional del IVSS de cobrarle a todos los patronos registrados en su banco de datos, como contribuyentes, un tributo sin base legal.

En otro orden de ideas, es sorprendente que, en lugar de aplicar el principio del *favor libertatis*, por mandato de los artículos 2, 3, 7, 19, 25, 26, 27 y 137 de la Constitución, en pro de la tutela judicial efectiva de situaciones individuales homogéneas, la sentencia indique que lo que procedería sería la vía ordinaria individual y no mediante acciones judiciales colectivas, entendida ella por el Recurso Jerárquico y el Recurso Contencioso Tributario, cuyos lapsos de interposición ya estarían caducados; o, la acción de repetición (que obviamente no tendría efecto frente a lo no pagado aún, pero que podría ser liquidado en el futuro), que no sólo tiene doble instancia, sino que luego se enfrenta a un claro problema de ejecución frente al ente público, ya que esas planillas gozan en principio de la cualidad de título ejecutivo.

Situación más grave aún resulta del hecho de que la sentencia parta de la idea de que no procede tampoco la Acción de Amparo (página 35), por ser restitutorios sus efectos. Claro que sus efectos son restitutorios, y precisamente de lo que se trata es de restituir la situación jurídica subjetiva lesionada o amenazada, privando definitivamente de ejecutividad y ejecutoriedad al acto administrativo impugnado, y ordenando al IVSS cesar en la lesión, prohibiéndole hacia el futuro continuar liquidando sobre bases ilegales.

No se entiende entonces cómo, sin romper con el principio de igualdad y el Estado de Justicia, pueda el fallo de marras considerar admisible la Acción de Amparo ejercida por Sincrudos de Oriente, C.A., y al mismo tiempo estimarla inadmisibile de ser incoada por las demás empresas, no obstante su carácter de terceros litisconsorciales, carácter este último ignorado o no tomado en cuenta en el fallo comentado.⁴⁷ Aunque luego

⁴⁷ ¿Acaso se constituiría aquí un supuesto de denegación de justicia?

(página 39), declare que surge la Acción de Amparo Autónoma (individual) “a favor de los solicitantes”, por un supuesto carácter personalísimo del tributo. Lo cierto es que si el tributo tuviese tal pretendido carácter personalísimo, no podría admitirse su pago con subrogación, por parte de terceros, lo cual es perfectamente posible.

Desde otra perspectiva, se descolla que si la sentencia sugiere la posibilidad de la acción de repetición en forma directa, es porque asume la inconstitucionalidad de las planillas respectivas. Entonces, ¿por qué no acordar la extensión de efectos explícitamente, si al parecer se lo hace tácitamente?

Claro que no convendría confiarse en esto, pues si la empresa ha pagado, según la sentencia puede pedir la repetición con fundamento en ella. Pero, si no ha pagado (y no tendría que hacerlo por ser un cobro inconstitucional), aparte de no existir acción de repetición, sobrevendría el juicio ejecutivo, frente al cual la única defensa realmente eficaz (habrían otras), sería la sentencia de extensión de efectos, injustamente negada.

En definitiva, es lo cierto que acatar la sugerencia de la sentencia citada, ejerciendo las vías ordinarias por ella referidas (Recurso Jerárquico y Recurso Contencioso Tributario, contra las planillas o contra las negativas de reintegro), o simplemente interponer Acciones de Amparo Autónomas e individuales contra las planillas, caso por caso, como lo hizo Sincrudos de Oriente Sincor, C.A., atiborraría de juicios nuevos a unos tribunales ya bastante congestionados, en detrimento de la justicia y por no entender lo que es una acción colectiva por intereses individuales homogéneos. A más de que, con excepción de la Acción de Amparo, las otras vías no serían suficientes para lograr la prohibición de nuevas liquidaciones, para los meses subsiguientes.

Es así como el anclaje en conceptos individualistas del derecho, claramente contrarios a los postulados de un Estado de Justicia, socavan la posibilidad de dar tutela judicial efectiva, celera, económica y expedita tanto a intereses colectivos como a intereses individuales homogéneos,

por medio de acciones judiciales colectivas, como las aquí estudiadas.⁴⁸ Sin embargo, sin saber aún la suerte que depara en el foro a este caso, al final, es lo cierto que es claramente ilustrativo de lo que es un supuesto de colectivización del proceso tributario, abortado por las circunstancias de ser tan sólo los primeros pasos en un mundo nuevo, de justicia colectiva, economía y celeridad procesales, en la construcción del Estado de Justicia.

El tránsito del proceso individual al colectivo es por demás asombroso y nos brinda, ávido de estudios y comprensión, el arsenal de las técnicas y soluciones que la gente aguarda del moderno derecho procesal para asegurar los bienes colectivos y lograr –al mismo tiempo– la tutela especial que proteja y defienda los singulares derechos afectados.

La defensa de la sociedad, de los intereses y derechos –vitales– caracterizados como difusos, colectivos e individuales homogéneos impone otro modo de pensar y actuar el derecho instrumental facilitador de la protección útil de los mismos.⁴⁹

4.4 ALGUNOS SUPUESTOS DE INTERÉS PARA SU ENFOQUE COLECTIVO:

Antes de finalizar esta sección de la colectivización del proceso tributario, cabría poner de relieve algunos supuestos de evidente relevancia de las acciones judiciales colectivas, por estar de por medio intereses colectivos o intereses individuales homogéneos, por la relevancia social de la tutela colectiva, por el elevado número de personas alcanzadas, por

⁴⁸ Morelo, Augusto y Stiglitz, Gabriel, *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*, Librería Editora Platense, La Plata, 1986, p. 155: “La problemática de los intereses difusos (fraccionados o colectivos) se posa actualmente de modo prioritario en la atención del jurista, removiendo muchas concepciones y dilatando o ajustando explicaciones clásicas que se muestran insuficientes para disciplinar, razonablemente, la demanda de tutela o de protección administrativa y judicial, respecto de ricas y complejas cuestiones que anidan con personalidad y cualidad propias en un cuadrante innovador del mundo jurídico”.

⁴⁹ Morelo, Augusto, *La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino*, Librería Editora Platense, La Plata, 1999, p. 56.

el predominio de cuestiones comunes sobre las individuales y por la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto, que bien convendría repensar, a la hora de diseñar las futuras estrategias impugnatorias, como serían los siguientes:

4.4.1 *Pretensión del INCE de gravar las utilidades con el aporte del 2%*

El Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE), bajo el criterio literalista de que el aporte del 2% grava las remuneraciones de cualquier especie, y la interpretación de que las utilidades son un tipo de remuneración, viene desde hace mucho tiempo formulando reparos a las empresas aportantes, por ese concepto.

Sin embargo, frente a los Recursos Contencioso Tributarios incoados separadamente por las justiciables afectadas, contra sus respectivos reparos, la jurisprudencia tanto de los Juzgados Superiores de lo Contencioso Tributario, como de la Sala Políticoadministrativa del Tribunal Supremo de Justicia, con pocas excepciones del pasado, han sistemáticamente anulado esos reparos, entiendo que lo que está gravado es lo que podría catalogarse como salario normal, de cuyas características no goza la partida de utilidades.

Ignorando esta situación, y sin que se haya nunca hablado de desacato a la autoridad judicial o a la majestad del Poder Judicial, por las consideraciones tremendamente individualistas que tradicionalmente se han hecho en casos como éstos, el INCE, no obstante perder los juicios, continúa formulando este tipo de reparos, incluso contra empresas aportantes habiendo resultado gananciosas en casos de éstos, claro que en cuanto a períodos económicos distintos, y también contra otras empresas aportantes.

Obviamente, esto llena los Tribunales de causas claramente innecesarias, que se multiplican en detrimento de la justicia, bajo parámetros individualistas.

Se asume que la única forma de impedir que el INCE continúe actuando al margen de la ley, en estos casos, vulnerando consecuentemente la

expedita administración de la justicia y directamente los principios constitucionales de legalidad tributaria, de capacidad económica y de prohibición de la confiscación, sería bajo un enfoque colectivo de la acción judicial, en defensa de intereses individuales homogéneos.

Ello podría concebirse bajo la figura de quien ejerza un Recurso Contencioso Tributario contra su reparo, y pida al Juez que, tras anular el acto administrativo, restablezca la situación jurídica lesionada o amenazada de afectación, mediante la orden de prohibición de continuar formulando reclamos fiscales por ese concepto. En un supuesto así, el Juez, siguiendo la jurisprudencia analizada previamente en la materia, al ver la presencia, en cuanto al concepto se refiere, de elementos colectivos, ha de convocar a todos los interesados a la causa, o sólo admitir las tercerías litisconsorciales que le planteen los peticionantes de adhesión.

Se debe entender la diferencia entre el interés en lograr la anulación de un reclamo nominativo concreto, por una cantidad determinada, que es un interés individual heterogéneo (sin efecto colectivo), y el interés de todas las empresas aportantes de no ser reparadas por un concepto antijurídico, que es un interés individual pero homogéneo, pudiendo coexistir acumuladamente en un proceso.

Claro que también, según el caso, podría pensarse en actuar por vía de Acción de Amparo, Cautelar o Autónomo, con las mismas consideraciones. Siendo que, en caso de Amparo Autónomo no sería menester esperar que se produzca un reparo, pues la práctica administrativa del INCE en la materia es prueba de la amenaza inminente de lesión, por ejemplo del derecho a la propiedad.

4.4.2 *Traspaso de pérdidas del ajuste por inflación*

Las autoridades del SENIAT han comenzado sistemáticamente a formular reparos a los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta, en el sentido de rechazar el traspaso a ejercicios fiscales subsiguientes, de pérdidas que se hayan generado como consecuencia de la aplicación del régimen del ajuste por inflación, por considerar que se estaría incurriendo en un doble beneficio no autorizado por la ley.

Este es un punto sustantivo sobre el cual existe mucha discusión, tanto entre los abogados como entre los contadores públicos, siendo que existen argumentos para sostener la inconformidad a derecho de estos reclamos fiscales, sin que hayan precedentes judiciales en la materia. De hecho, en este momento estos reparos están apenas contenidos en actas, pues el punto es novedoso.

Lo cierto es que se puede augurar que habrá gran actividad contenciosa sobre este aspecto, y que muy probablemente será encarada en términos tradicionales, a través de Recursos Contencioso Tributarios individuales y aislados, multiplicándose por los tribunales en perjuicio de la justicia y de la economía y celeridad procesales, sin olvidar el menoscabo a la seguridad jurídica, sobre todo la de aquellos contribuyentes que durante los años que duren esos procesos, no sepan si se les reparará o no, en caso de traspasar esas pérdidas, si convendría no hacerlo o si habría de hacerse a pesar de las consecuencias, por entenderlo procedente, etc.

Es en este orden de ideas, entonces, que estando en un caso de evidente connotación colectiva, pues trata de un tema efectiva o potencialmente afectante de todos cuantos hayan traspasado, o aspiren hacerlo, estas pérdidas, a título de intereses individuales homogéneos (como en el caso anterior), podría pensarse en concebir la tutela de estos intereses por medio de acciones judiciales colectivas, por medio del Recurso Contencioso Tributario o de la Acción de Amparo, según los casos, si se confirma el reparo en la Resolución Culminatoria del Sumario Administrativo; o, incluso, dado el carácter netamente preventivo de la materia, por vía de Acción de Amparo, sin necesidad de esperar que acontezca la predecible ratificación sumarial del reparo.

Sobre estas acciones judiciales se ratifica lo comentado en cuanto a las actuaciones del INCE, en el punto anterior.

4.4.3 *No gravabilidad de los profesionales, por el impuesto municipal a las actividades económicas*

Tradicionalmente en nuestro país las autoridades municipales han pretendido gravar con el impuesto a las actividades económicas (antes im-

puesto de patente de industria y comercio), el ejercicio de actividades profesionales, de naturaleza civil, particularmente en cuanto tenía que ver con los servicios de ingeniería.

Así, frente a los diversos reparos, las compañías de ingenieros ejercieron sus Recursos Contencioso Tributarios individuales, obteniendo resultados anulatorios satisfactorios sistemáticamente.

Incluso, también lograron que se anularan los dispositivos de las ordenanzas correspondientes, tras el ejercicio de Acciones de Inconstitucionalidad, para el respectivo control concentrado de constitucionalidad, por ante la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno, con evidentes efectos *erga omnes*.

Sin embargo, jamás se concibieron las diversas acciones judiciales incoadas, en términos colectivos.

En la actualidad, toda pretensión municipal al respecto, es decir, de gravar con el ahora llamado impuesto a las actividades económicas, el ejercicio de las actividades profesionales, sean de ingeniería, abogacía, contaduría, etc., implicaría violaciones constitucionales, dentro de los parámetros de la Constitución de 1999, conforme a lo establecido por la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia,⁵⁰ por lo que sería susceptible de impugnación judicial, por lesión de los intereses transindividuales de naturaleza colectiva, no sólo por los individuos aislados integrantes de los grupos diferenciados de profesionales, sino también por las autoridades gremiales correspondientes, sea que se interpongan Recursos Contencioso Tributarios contra los reparos, Acciones de Amparo Autónomo como las ya tratadas previamente o Acciones de Inconstitucionalidad.

⁵⁰ Como se desprende del contenido de la sentencia N° 3241 del 12 de diciembre de 2002, caso: Compañía Venezolana de Inspección, C.A. (Covein) contra Ordenanza del Municipio Bolívar del Estado Anzoátegui, con ponencia del Magistrado José Manuel Delgado Ocando (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/3241-121202-00-0824.htm>).

De hecho, existen Acciones de Inconstitucionalidad actualmente en conocimiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia,⁵¹ incoada por diversos profesionales y con adhesiones de abogados, contadores e ingenieros, en contra de la parte pertinente de la Ordenanza de la materia del Municipio Chacao del Estado Miranda, cuyas resultas se aguardan.

Se destaca pues, este último ejemplo, como un caso típico de colectivización del proceso tributario.

CONCLUSIÓN

En el camino de la construcción de un Estado de Justicia, es menester que repensemos las instituciones adjetivas en general, y particularmente en cuanto concierne al proceso tributario, para hacer realidad el derecho a la tutela judicial efectiva.

En este sentido, dadas las insuficiencias del Recurso Contencioso Tributario, sobre todo en cuanto concierne al desarrollo del efecto preventivo (a futuro) y al resultado restablecedor inmediato de la tutela judicial clamada, para lograr la justicia efectiva, económica, celera y expedita a la que el justiciable tiene derecho, se tiene al ejercicio cada vez más común y sistemático de la Acción de Amparo.

Y, a los mismos fines de prodigar una justicia como la descrita, para la mejor protección de la persona humana y el resguardo de su dignidad, frente a fenómenos masificados de violación de la parte dogmática de la Constitución o del bloque de la legalidad, según los casos, se observa, aquí en el proceso tributario, como en otras áreas del derecho procesal, el surgimiento espontáneo de acciones judiciales colectivas, por vía de Recurso Contencioso Tributario, de Acción de Amparo u otras, para la salvaguarda de intereses transindividuales (difusos o colectivos) y también de intereses individuales homogéneos, en la ruta hacia la consecución, con ánimo de prevención, de la tutela judicial anticipada.

⁵¹ Expedientes judiciales N° 02-2634 y N° 02-2820.

Notificación e Intervención del Procurador (a) General de la República en los Juicios en donde la República no es Parte, sino Tercero

Carlos DELGADO OCANDO*

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República publicada en la *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 5.554 de fecha 13 de noviembre de 2001, creyó haber regulado en forma más explícita que la Ley Orgánica anterior en el Capítulo II, Título IV que habla “De la actuación de la Procuraduría General de la República en juicio”, todo lo *relativo* a su intervención como representante y defensor de los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República, al proceder en las Secciones Segunda y Cuarta de dicho Título IV a regular de manera separada las actuaciones de la República como parte originaria en juicio, de aquella que le correspondería ejercer cuando interviene como un tercero o parte sobrevenida en un proceso judicial ya pendiente.

La Universidad del Zulia, Abogado *summa cum laude*, Doctor en Derecho. Profesor Ordinario con treinta años de antigüedad. Conferencista y autor de varias monografías. Ejerce su profesión en Hernández-Delgado S.C.

Sin embargo, a pesar de que en la Exposición de Motivos de dicha Ley Orgánica se llega a afirmar que constituye una garantía de precisión y seguridad jurídica la distinción lógica y distribución de la normativa de la nueva Ley destinada a regir la actuación de la Procuraduría General (Cfr. Decreto con Rango de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. *Gaceta Oficial N° 5554 Extraordinario* del 13 de noviembre de 2001. Caracas. Editora La Piedra. 2001. p. 5); pensamos, por el contrario, que las disposiciones contenidas en la referida Sección Cuarta, cuando la República no es parte en juicio, lejos de aclarar la situación procesal que regula, adolece de una ambigüedad tan criticable como la que existía en el artículo 38 de la derogada Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República del 02 de diciembre de 1965, ya que en ningún momento determina los supuestos de hecho que podrían presentarse cuando la República no sea parte originaria en el respectivo proceso, como debió hacerlo para armonizar dichas normas con los principios generales de intervención voluntaria o coactiva en un proceso ya pendiente, que se encuentran expresadas en el Capítulo VI del Título I, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil, los cuales sirven de fuente supletoria a todos los demás procedimientos en materia de intervención.

Ahora bien, las normas procesales relativas al deber de los funcionarios judiciales de notificar al Procurador (a) General de la República establecidas en la referida Sección Cuarta, Capítulo II, Título IV de la Ley Orgánica, dejan al juez una amplia discrecionalidad a fin de decidir si la materia debatida en el respectivo juicio obra o no *directa o indirectamente* contra los intereses patrimoniales de la República para ordenar la notificación e imponer al Procurador (a) General de la República la carga procesal de intervenir o no en defensa de tales intereses.

Debe observarse, además, que las señaladas disposiciones hablan de notificación, no de citación o emplazamiento, pues con aquélla se da conocimiento al Procurador (a) General de cualquier actuación procesal que pueda obrar contra la República, como corresponde al significado genuino del vocablo *notificación*, que etimológicamente deriva del verbo latino *noscere* que significa *conocer* y, por consiguiente, la notificación es el acto de hacer saber al destinatario de ella alguna actuación o providencia de su interés, a fin de que la noticia dada lo coloque en

situación de poder cumplir determinadas diligencias procesales para evitarse un perjuicio o para que le corra algún término.

Con fundamento en lo anterior, observamos que la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, al hablar de la carga procesal que se le establece al Procurador (a) General de actuar en juicio, regula, en realidad, dos (2) supuestos distintos: a) cuando la República es parte en el proceso; y b) cuando la República es un tercero. A su vez, en este último supuesto la Ley distingue también dos (2) situaciones, a saber: 1) cuando el proceso obre *directamente* contra los intereses patrimoniales de la República; y 2) cuando el proceso pueda obrar *indirectamente* contra tales intereses.

A este respecto, la nueva Ley Orgánica no sólo peca de la misma imprecisión en que había incurrido la Ley derogada en relación con los supuestos de hecho en que la actuación de la República, por órgano del Procurador (a) General, se hace necesaria o conveniente en procesos donde no ha sido originalmente llamada como parte; sino que mantiene la misma imprecisión del artículo 38 de la derogada Ley respecto de lo que se deba entender por juicios en los que la República, sin ser parte originaria, puedan resultar afectados *directa* o *indirectamente* sus derechos, bienes e intereses patrimoniales, pues a pesar de abarcar dichos conceptos situaciones jurídicas diversas, parece equipararlas y pretende aplicar para ambos supuestos las mismas consecuencias jurídicas procesales.

Al proceder de esta manera la vigente Ley Orgánica, está vulnerando el principio de igualdad y el principio de celeridad procesal consagrados en los artículos 21 y 26 de la vigente Constitución, porque la razón que pueda justificar la intervención del Procurador (a) General en aquellos juicios que afecten *directamente* sus derechos, no puede jamás ser igual a la del juicio que, de manera eventual, obre de modo indirecto en su contra, pues en el primer supuesto el derecho discutido puede ser invocado por la República como propio y excluyente o, por lo menos conexo o vinculado con un derecho patrimonial suyo, como por ejemplo, si se discutiera sobre la propiedad de un inmueble del cual se considere comunera la República o que le ha sido dado en garantía hipotecaria de un

préstamo otorgado por ella; mientras que en el segundo supuesto el derecho discutido le es ajeno, pertenece por lo tanto a una persona distinta de la República y es independiente del derecho de ésta, por lo que sólo podría afectarla indirectamente en su patrimonio, como ocurriría cuando la República tuviera participación accionaria en el capital social de una de las partes involucradas en dicho proceso. Por consiguiente, mientras en el primer supuesto la República, a través del Procurador (a) General, puede o debe intervenir por tener plena legitimación para obrar o para contradecir; en el segundo supuesto, esa legitimación no existe porque nadie puede ejercer en nombre propio un derecho ajeno, y sólo eventualmente pudiera surgir legitimación para intervenir cuando habiéndose pronunciado sentencia definitiva o sentencia interlocutoria que tenga fuerza de tal, ésta llegare a ser adversa total o parcialmente en contra del derecho de la parte en donde la República tenga haber accionario, pues de llegarse a ejecutar el fallo en contra de la parte vencida, se podría hacer nugatorio, menoscabar o desmejorar, tal vez injustamente, sus derechos patrimoniales de accionista; pero es evidente que la República en este último supuesto no puede tener legalmente el carácter de legítimo contradictor de ninguna de las partes originarias intervinientes en el proceso; carácter, sin embargo, que parece suponerlo la Ley Orgánica cuando de manera genérica e indiscriminada habla de la obligación de notificar a la República en la persona del Procurador (a) General respecto de toda demanda (artículo 94 de la LOPGR) o de toda oposición, excepción, providencia, sentencia o solicitud (artículo 95 de la LOPGR) que obre aun indirectamente contra los bienes, derechos e intereses patrimoniales de la República.

Resulta obvio, entonces, que si se permitiera, en base a la letra de la ley, que el Procurador (a) General interviniera en juicios cuyos resultados sólo pudiesen llegar a obrar indirectamente contra su patrimonio porque el derecho controvertido es de una persona jurídica distinta de la República e independiente del derecho de ésta, se estaría autorizando una intromisión injustificada de la República en la esfera jurídica de dichas personas, discriminatoria no sólo para ellas, sino también para la contraparte o adversario, pues teniendo toda persona moral, por el solo hecho de su existencia legal, el pleno goce de su capacidad jurídica y de obrar a través de sus órganos estatutarios o representantes legales, se le es-

taría desconociendo su propia esfera de autonomía en cuanto a la potestad de decidir y actuar en un juicio, cuya materia sólo afecta directamente *a ellas*, acerca de cuál podría ser la mejor defensa de sus derechos patrimoniales en un conflicto derivado de sus propias actuaciones o de sus operaciones mercantiles o del ejercicio de su propio poder negocial, pues estaría obligada a soportar, conforme a una interpretación meramente gramatical de dichas normas, que el Procurador (a) General pueda llegar a actuar, en un proceso de esta índole, sin limitación alguna, esto es, como si fuera verdadera parte sustancial, sin serlo ni poderlo ser, por carecer de legitimación en la causa, al no tener vínculo de conexidad con el derecho controvertido ni ser titular por derecho propio del bien en litigio, y no existir norma jurídica que autorice expresamente a la República en la persona del Procurador (a) General para actuar en dicho proceso judicial en nombre propio sobre un derecho ajeno, porque de haberlo querido así hubiera tenido que prever en forma expresa una semejante conducta en todos aquellos casos de sociedades o empresas donde tuviera la República participación accionaria, en razón del interés patrimonial público que esta participación representa.

Sin embargo, es claro que la Ley Orgánica no lo hizo ni lo podía hacer, porque de haberlo hecho hubiese desconocido la expresa diferenciación que la ley establece entre la personalidad jurídica de la sociedad y la personalidad de los socios, con el grave inconveniente de que en un supuesto semejante la intervención del Procurador (a) General podría extenderse inclusive a la actividad diaria de los órganos representativos de la empresa en detrimento de su autonomía privada, reconocida por la Constitución y la ley a su condición de persona jurídica, con existencia propia, intervención que sería la deducción lógica de un *argumentum a maiore ad minus*, según el cual se permite extender la consecuencia de una norma jurídica más fuerte a una más débil o menos grave expresada por el adagio de que *quien puede lo más puede lo menos*, ya que si el Procurador (a) tuviese facultad para intervenir en todos los asuntos judiciales de la persona jurídica de la cual es accionista, obrando en nombre propio respecto de los derechos de la sociedad y en un plano de igualdad con ésta, con mayor razón podría intervenir preventivamente cuando el conflicto de intereses originado por la actuación de los órganos representativos de dicha persona jurídica, no haya aún degenerado

en litigio, siendo que ambas intervenciones perseguirían la misma razón de derecho y daría lugar a una clara interferencia de la República, como simple accionista, sobre la actividad judicial y extrajudicial de los órganos encargados por la ley y los estatutos de administrar y responder de las operaciones patrimoniales de la sociedad anónima frente a los accionistas y frente a los terceros, actividades que son jurídicamente distintas de las de sus socios o accionistas; razón por la cual una interpretación de esta naturaleza pugnaría contra la garantía constitucional que tienen las partes a la obtención de una tutela judicial efectiva y expedita sobre sus propios derechos, con la garantía de igualdad que todas las personas tienen frente a la ley prevista en los artículos 21 y 26 de la vigente Constitución, pues obligaría al tribunal a ordenar indiscriminadamente en cualquiera de los casos enumerados en los artículos 94 y 95 de la Ley Orgánica la notificación del Procurador (a) General, permitiendo en tales supuestos, no sólo en los juicios que obren directamente, sino también en los que sólo obre *indirectamente* contra los intereses de la República, participar y aun interferir a su voluntad en las actuaciones propias de la etapa de sustanciación del proceso (carga de las alegaciones y de las pruebas), sobre un conflicto jurídico que en el último de los supuestos mencionados, pertenece exclusivamente a las partes originarias intervinientes, lo cual implicaría, por los plazos suspensivos que otorga, a favor de la República, un retardo abusivo en esta clase de juicios del cual ella no es parte, y una intromisión inaceptable, no sólo para aquélla de las partes en que la República tenga participación accionaria (que motiva el nacimiento de aquel interés indirecto de que hemos hablado y que colocaría a sus órganos de actuación con una especie de *capitis diminutio* en los asuntos judiciales y aun extrajudiciales que les incumbe afrontar), sino también para la parte adversaria que, además de sufrir una injustificada suspensión del proceso a favor de la República sin ser parte sustancial en el mismo, debe soportar la posible actuación del Procurador (a) General desde su etapa inicial, como si se tratara la República de una parte litisconsorcial al lado del verdadero, único y legítimo contradictor, que es la otra parte litigante, lo cual quiere significar que una intervención interpretada en esos términos, implicaría extender, con evidente desigualdad del adversario, prerrogativas procesales de que goza la República únicamente cuando ella obre

en juicio como parte directamente afectada en sus propios bienes, derechos e intereses patrimoniales.

Que todos los casos judiciales cuyo litigio obre *indirectamente* contra los intereses de la República supone siempre que se trata de un interés ajeno en conflicto y por lo tanto, distinto e independiente del derecho e interés propio de la República, no es posible dudarlo, por cuanto para evidenciarlo bastaría un simple análisis de todos los casos de intervención de terceros previsto en el artículo 370 del Código de Procedimiento Civil, en donde nuestra ley procesal prevé las varias formas de intervención de los terceros que acuden voluntariamente o son llamados al juicio, en defensa de sus propios derechos e intereses excluyentes o vinculados con el bien en litigio, interviniendo en una causa pendiente entre otras personas y en todos esos casos es obvio que: o bien se trata de ayudar a uno de los litigantes por ser común el interés en juicio, concurriendo a su defensa, o bien se trata de excluir sobre los bienes o derechos materia del juicio los derechos pretendidos por ambos contendientes, alegando un interés propio excluyente del de las partes. En cualquiera de ambas posiciones procesales el tercero asume el carácter de parte coadyuvante o excluyente en defensa siempre de un interés propio vinculado o distinto sobre el objeto litigioso, sólo que en el primer caso su interés es común con el de alguna de las partes, que los equipara a ellas como parte principal o simple parte accesorial que lo obligaría en este último caso a defender el interés de una de las partes principales, por las consecuencias que pueda sobrevenirles por causa del vínculo sustancial legal o contractual que él tiene con el interés en litigio, como ocurre con el llamado en garantía (artículo 370 del Código de Procedimiento Civil, ordinales 3º, 4º, 5º y 6º); y en el segundo caso, en cambio la pretensión invocada sobre el bien excluye a las partes contendientes (artículo 370, ordinales 1º y 2º del CPC). En este sentido, resulta esclarecedora la exposición del procesalista uruguayo Rafael Gallinal al expresar que: “Como tutela de los derechos e intereses de un tercero, que pueden encontrarse turbados o perjudicados por un juicio seguido entre dos personas y por la sentencia que se dicte en dicho juicio, poniéndole término, la ley da al tercero, un medio preventivo y dos sucesivos a la sentencia: el preventivo consiste en el derecho de intervenir en el juicio; y los sucesivos consisten en el derecho de impug-

nar la sentencia con el recurso de apelación, y con el de rechazar la ejecución de la misma sentencia, en cuanto pueda ocasionarle daño, invocando la máxima *res inter alios iudicata terttis non nocet*". (Cfr. R. Gallinal. *Estudios Sobre el Código de Procedimiento Civil. Ejecución de Sentencias*. Buenos Aires. Union Tipográfica Editorial Hispanoamericana. p. 251). Es decir, que en los casos de intervención de terceros en una causa ya pendiente, la legitimación para intervenir está fundamentada por la ley en un principio de carácter general, que obra igualmente para las partes originarias, el de que con su intervención el tercero trata de proteger un derecho propio excluyente sobre los bienes o derechos que pretenden las partes en un proceso y por eso éste afecta directamente a aquel interés, en cuyo caso se habla en nuestra ley procesal de tercería, que siempre es excluyente, nunca coadyuvante, al hacer valer una pretensión propia y distinta, pero vinculada al bien pretendido por quienes contienden en el juicio (artículo 370 del CPC, Ordinal 1º) que serían los legitimados pasivos de la nueva pretensión; o bien el tercero pretende oponerse a la ejecución de una sentencia sobre un bien o derecho que alega le pertenece o tener un derecho sobre él, que con su ejecución resultaría *directamente* lesionado (artículo 370 CPC Ordinal 2º), o bien el tercero alega tener un interés (*que sólo excepcionalmente puede ser indirecto*) para impugnar el fallo y evitar así su ejecución inmediata que se produciría si quedara definitivamente firme, pues entonces el fallo podría hacer ejecutoria en contra de su propio derecho o bien hacerlo nugatorio, menoscabarlo o desmejorarlo, que implica en cuanto al primero de los dos supuestos una lesión directa al derecho patrimonial del tercero, y en el segundo de los supuestos una lesión que puede afectar, aun *indirectamente* un derecho propio del tercero, cuando siendo su interés distinto e independiente al discutido y resuelto en la sentencia impugnada por vía de apelación, puede hacer frustráneo o burlar la esperanza que había concebido su titular, razón por la cual la apelación del tercero (artículo 370 del Código de Procedimiento Civil, ordinal 6º, en concordancia con el artículo 297 *eiusdem*) constituye el único caso de intervención autorizado por la ley procesal en donde al tercero se le reconoce legitimidad para actuar por tener un interés jurídico para impugnar la sentencia definitiva tanto por la lesión actual y directa, como por la lesión eventual y futura de su propio derecho, si éste representa un interés de naturaleza pública, independiente

del discutido en juicio, que puede aparecer *indirectamente* comprometido por el fallo impugnado cuando éste resultara adverso al derecho de aquella de las partes que guardase una vinculación sólo indirecta con el derecho del tercero capaz de ocasionarle un perjuicio, sobre todo si aquel fallo ha sido el resultado de una conducta negligente o maliciosa de las partes originarias que compromete el interés público representado por el tercero apelante.

En principio quien no tiene interés no tiene acción, sin embargo, el privilegio procesal que la Ley Orgánica da al Procurador (a) General en representación de la República para que, una vez notificado, pueda intervenir en un proceso ya pendiente, cuyo resultado podría *indirectamente* afectar su derecho patrimonial, sólo puede justificarse en el interés público en juego que debe ser protegido aun contra cualquier injusta lesión que pueda derivarse del fallo pronunciado en dicho juicio, porque también en este caso tal interés público exige prevenir cualquier daño eventual que por incuria o malicia atribuida a la conducta de las partes litigantes o de los sujetos intervinientes en el proceso se pudiera llegar a producir, por ser indudable que el Procurador (a) General obra en defensa de un interés público o colectivo; pero este privilegio no puede llegar al extremo, sin vulnerar los principios de igualdad y defensa que se requieren como garantías del debido proceso (artículo 49 de la CRBV), que aun sin estarse debatiendo en juicio un interés jurídico patrimonial común o excluyente vinculado en forma directa a un derecho propio de la República, pudiese ésta actuar en las mismas condiciones y amplitud de facultades como si se tratara de un derecho propio que debe proteger, pues entonces se estarían vulnerando dos principios fundamentales como son: el de que nadie puede actuar en juicio legítimamente sin un derecho propio que haga valer y el de que los derechos de las personas jurídicas en juicio no pueden confundirse con los derechos propios de sus socios o accionistas sin llegar a destruir la finalidad misma del proceso que es un medio destinado a resolver sobre derechos de las partes y no sobre derechos ajenos; así como también se destruiría la esencia de la personalidad jurídica atribuida por una ficción de la ley a los entes morales o colectivos, cuya existencia origina el nacimiento de derechos y de deberes recíprocos entre la persona jurídica y sus socios, y precisamente por ello no pueden los accionistas pretender hacerse

cargo de los derechos, deberes y cargas procesales que el ente colectivo asuma por causa de un proceso ya pendiente (salvo el caso de cesión de los derechos litigiosos en los términos exigidos por la ley procesal), pues ello conduciría a una insostenible confusión en la realidad de los hechos entre dos personas jurídicamente distintas, razón por la cual sólo inspirado en el interés público puede la Ley Orgánica reconocer excepcionalmente la posibilidad de intervención de la República, por órgano del Procurador (a) General, para proteger su derecho de naturaleza pública, aun en el supuesto de que ese interés colectivo fuese lesionado *indirectamente* por el resultado desfavorable de un fallo pronunciado sobre un derecho ajeno. La prerrogativa procesal de que estamos hablando y de la cual no gozan normalmente los terceros en un supuesto semejante, es la posibilidad de adicionar la legitimación de la República a la legitimación de las partes originarias en base a un interés público sustancial que ella en relación al interés de las partes en litigio y que es independiente y diverso de aquel interés que en doctrina se denomina *interés indirecto* en el proceso, “por depender su satisfacción, como enseña Podetti, aunque sea parcialmente, del interés de la parte en conflicto”. En otras palabras, no existe duda de que siempre que se habla de interés *indirecto*, como lo hacen las comentadas normas de los artículos 94 y 95 de la Ley Orgánica, se habla de que el derecho en conflicto es ajeno, porque es distinto e independiente del interés del tercero que lo vincula no con el objeto del litigio, sino con una de las partes originarias de dicho proceso, y de allí que el ejemplo típico del interés *indirecto* capaz de legitimar la pretensión del tercero en juicio, por ordenarlo así la ley, es el caso de la acción subrogatoria o acción oblicua (Cfr. J. R. Podetti. *Tratado de la Tercería. Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral*. Buenos Aires. Ediar. 1971. Tomo III. p. 48).

Pero esta prerrogativa de intervención que se le concede al representante de la República, por su mismo carácter excepcional no puede ejercerse sino dentro del limitado campo de los recursos, nunca para intervenir como si fuera legítimo contradictor de un derecho ajeno, ni puede por lo tanto obstruir ni retardar el normal desenvolvimiento del proceso entre las verdaderas partes, al pretender intervenir en cualquier circunstancia y en cualquier etapa del proceso al lado de las partes sustanciales, y aun de sustituirla como si fuera el propio titular del

derecho controvertido, lo cual implicaría una violación del debido proceso, cuyo contradictorio corresponde exclusivamente a las partes directamente vinculadas al conflicto, pero nunca a un tercero que invoque un interés meramente *indirecto*, a menos que, como ya se ha señalado, la ley expresamente lo legitimase para asumir el carácter de parte litisconsorcial al lado o en lugar de las partes originarias como ocurre en el caso de la acción oblicua que puede ser instaurada por un tercero acreedor frente al deudor de su deudor y con citación de éste, al que coadyuva durante todo el proceso para lograr la recuperación de su crédito (artículo 1.278 del Código Civil), o en el caso de la *nominatio autoris* por el cual el arrendatario tiene acción directa contra el tercero perturbador de la cosa arrendada (artículo 1.591 del Código Civil); pero como quiera que la Ley Orgánica no legitima de manera general a la República, para actuar en nombre propio por el derecho ajeno de una de las partes, la intervención del Procurador (a) General en nombre de aquélla tiene necesariamente que limitarse al ejercicio del recurso que como tercero le reconoce el ordinal 6º del artículo 370 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 297 *eiusdem*, de apelar contra las sentencias definitivas que, aun sin poder causar ejecutoria contra ella por recaer sobre un derecho ajeno, su interés *indirecto* lo legitima, porque la sentencia pronunciada puede hacer nugatorio o menoscabar o desmejorar su propio derecho que como accionista o socio le corresponde en el patrimonio de la parte vencida total o parcialmente.

Por eso, desde antiguo ha sido principio consustancial a la tramitación de los juicios el de que sólo tienen derecho a participar en él quienes afirmen un derecho propio e interés jurídico actual en la contienda, principio que es válido no sólo para las partes originarias de un proceso, sino también para los terceros intervinientes, a fin de evitar que el instrumento del proceso se convierta en un medio que pueda ser utilizado en forma arbitraria, incoherente e indefinida por múltiples sujetos que pudieran invocar cada uno cualquier interés, por poco trascendente que sea, para participar en él, pues haría inextricable el camino de la justicia.

En este mismo sentido, ya el Conde de la Cañada sostenía con claridad que: “El que viene al juicio pendiente, y contestado entre otros, debe motivar y fundar su pretensión en *interés propio*; pues si no lo tuviese,

o alegase a lo menos, aunque quisiera asistir y coadyuvar la instancia de alguno de los dos que litigan, no sería admitido al juicio, y se repeleería inmediatamente su intento a instancia de las partes o por oficio del juez con las excepciones: *sine actione agis: tua non interest: quoad enim ad eum pertinet, liberes aedes habeo* (Cfr. Conde de la Cañada. *Instituciones Prácticas de los Juicios Civiles*. Madrid. Imprenta de la Compañía General de Impresores y Librerías de los Reinos. 1.845. Tomo I. p. 182).

De lo anterior hemos de deducir que el Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, igual que la ley anterior, se excede de los límites constitucionales impuestos a la actuación del Procurador (a) General en representación y defensa de los derechos, intereses o bienes patrimoniales de la República, que no pueden ser confundidos con los intereses y derechos patrimoniales de personas jurídicas que no pertenecen a la organización administrativa del Estado; con esto queremos significar que la intervención del Procurador (a) General de la República no puede ser extendida por la ley a la defensa de intereses y derechos patrimoniales que no sean del Estado o de entes pertenecientes al ordenamiento administrativo de la República, ni puede hacerle asumir una responsabilidad en juicio por intereses patrimoniales de otras personas jurídicas creadas para actuar en la esfera de las actividades mercantiles propias de su objeto, pues lo convertiría en una especie de representante judicial *ad hoc* de cualquiera de ellas, por el solo hecho de tener participación aunque sea parcial en su capital social; y por consiguiente, de pretenderse semejante representación, se estaría extendiendo indebidamente sus facultades y comprometiendo la responsabilidad del Procurador (a) General más allá del ámbito fijado por el artículo 247 de la Constitución vigente, que textualmente dispone:

Artículo 247: La Procuraduría General de la República asesora, defiende y representa judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República, y será consultada para la aprobación de los contratos de interés público nacional.

La Ley Orgánica determinará su organización, competencia y funcionamiento.

En consecuencia, como ya hemos observado, sólo cuando la República esté vinculada en forma principal o accesoria con la relación sustancial discutida en el respectivo juicio por un interés propio común o por un interés propio excluyente, se podría hablar de que la causa obra *directamente* contra los intereses patrimoniales de la República, pues existiría una comunidad de litis derivada de pretensiones conexas que tienen en común algunos de sus elementos de identificación (sujeto-objeto- causa petendi) o de pretensiones distintas y excluyentes sobre un mismo bien, que permitirían al Procurador (a) General en nombre de la República intervenir en calidad de parte en un proceso al que ha permanecido extraño hasta ese momento, para hacer valer su propia pretensión o defensa en relación con el derecho discutido en juicio, pues como enseña acertadamente el Doctor Luis Loreto: “Los mismos litigantes pueden estar interesados en extender a terceros los efectos de la sentencia que deba pronunciarse y aun hacer valer acciones y defensas que se hallan estrechamente vinculadas, por razones de conexión o prejudicialidad, con la relación jurídica o pretensión material que se debate”, y luego agrega: “La noción de *parte*, como sujeto de la relación procesal, imprescindible para la teoría y la sistemática del proceso, sirve para determinar negativamente, por exclusión, el concepto procesal de *tercero*: todo sujeto que no sea parte de un determinado proceso, es un tercero respecto del mismo. La precisión científica de estos conceptos permite que puedan designarse todos los fenómenos que hagan referencia a la intervención de terceros en una causa pendiente con el término genérico de *tercería*. Bien que nuestro derecho histórico y aun el positivo sólo emplea este vocablo para denotar la intervención principal, *ad infringendum iura utriusque litigatoris*, no es menos cierto que él expresa acabadamente todas las formas y especies de intervención en juicio de personas extrañas a la relación procesal en función de parte”. (Cfr. Luis Loreto. *Ensayos Jurídicos*. Caracas. Ediciones Fabreton-Esca. 1970. p. 492).

Sin embargo, nada dice la vigente Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República en cuanto a la forma en que deba realizarse esta actuación del Procurador (a) General, pues sólo cuando se habla de la citación de la República en garantía o saneamiento en el artículo 83 de la mencionada Ley, dispone expresamente que, salvo el lapso de

veinte (20) días hábiles que allí se establece para la comparecencia de la República, el procedimiento a seguir es el de la intervención forzosa regulada por el Código de Procedimiento Civil; pero esta misma remisión de la Ley Orgánica pone en claro que la actuación de la República a través del Procurador (a) General en los juicios en donde no es parte originaria corresponde a la figura de la intervención de terceros en la causa, regulada en sus diversas modalidades por las pertinentes disposiciones del Código de Procedimiento Civil (artículos 370 al 386 CPC), lo cual revela además que el comentado artículo 83 de la Ley Orgánica se encuentra erróneamente ubicado en la Sección Segunda, Capítulo II, del Título IV que habla de la actuación del Procurador (a) General cuando la República es parte en juicio, porque el llamamiento forzoso se ordena para que el citado en saneamiento o en garantía, que no es *parte* originaria en el juicio principal y por tal razón ha permanecido *extraño* a éste, intervenga luego como parte accesorio en dicho proceso ya pendiente, y por *consequente*, la comentada norma debió estar incluida en la Sección Cuarta, Capítulo II, Título IV de la Ley Orgánica que habla de cuando la República no es originalmente parte en juicio sino tercero llamado forzosamente al proceso.

Existe, por lo tanto, la necesidad de que las normas contenidas en los artículos 93, 94 y 95 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República relativas a la posibilidad de la intervención del Procurador (a) General en un juicio ya pendiente, sean interpretadas *sede materiae*, que significa que el intérprete deberá suplir las deficiencias o ausencias de regulación en la ley de una determinada institución jurídica, en nuestro caso la intervención de terceros, por aquellas normas que, por razón de su naturaleza tienen su propia regulación en el campo del derecho procesal civil y por lo tanto, sirven para subsanar por vía supletoria aquellas lagunas o deficiencias, lo cual viene justificado además por la necesidad de integrar el ordenamiento jurídico como un verdadero sistema de normas (Cfr. Roberto Vernengo. *La Interpretación Jurídica*. México. UNAM. 1977. pp. 52, 53 y 55). En este sentido, ya Savigny enseñaba que: “La interpretación de lo particular debe también ser tal que lo particular se amolde al todo, para poder comprender lo particular *...omissis...* Mas, como cada parte individual no es inteligible sin el todo, se lo debe concebir

en relación con el todo...” (Cfr. K. Savigny. *Metodología Jurídica*. Buenos Aires. Editorial Depalma. 1979. p. 21).

Por otra parte, resulta también claro que cuando la causa en la que se ordene la notificación del Procurador (a) General obre *directamente* contra los intereses de la República, el privilegio procesal concedido a ésta por las disposiciones legales analizadas consiste en que la notificación, una vez perfeccionada, no obliga siempre al Procurador (a) General a intervenir en nombre de la República en el juicio de que se trata, ya que para ello no bastaría la simple notificación, sino que sería necesaria su citación o emplazamiento y de allí que deja a juicio del Procurador (a) General intervenir o no en la causa (salvo el caso, claro está, de que existiera litisconsorcio necesario entre el demandado y la República, como ocurriría, por ejemplo, si fuera comunera en un inmueble objeto de partición judicial y no fuera llamada a juicio por el actor, pues, entonces el deber del Tribunal no es el de ordenar su notificación, sino su citación de oficio –art. 777 CPC–, y caso de no hacerlo, la demanda estaría afectada de falta de cualidad pasiva), para cuya intervención goza de un término de noventa (90) o treinta (30) días consecutivos, según se trate de la notificación de una demanda o se trata de una oposición, excepción, providencia, sentencia o solicitud de cualquier naturaleza que obre *directa o indirectamente* contra los intereses patrimoniales de la República, a fin de que, con conocimiento de causa, adopte la posición procesal que estime más conveniente a la defensa y preservación de tales derechos e intereses; siendo, además, innegable que en caso de que se decida a intervenir efectivamente en el proceso, la actuación del Procurador (a) General de la República no puede hacerse en la forma que mejor le parezca, o a su entera discreción, sino en la forma que mejor le ha parecido a la ley procesal, por lo que se deberán respetar las normas procesales destinadas a regular la intervención de aquellos sujetos que, habiendo permanecido originalmente ajenos al juicio, se conviertan posteriormente en parte porque sea requerida su intervención o por su propia iniciativa, bien que haga valer un interés propio vinculado al objeto litigioso y excluyente del de las partes originales por tener un derecho preferente, o por tener un interés común coadyuvante con alguna de ellas.

Empero, el deber de notificación de la República en los procesos que obren *directamente* contra sus intereses, si bien dijimos es un privilegio procesal de la República, este privilegio es sólo aparente, ya que no puede entenderse (sin crear una verdadera injusticia para las partes originales), en el sentido de que si la República no interviene, pudiendo o debiendo hacerlo, no pueda derivarse ningún perjuicio contra ella, puesto que habiendo sido puesta en conocimiento de una causa que obra *directamente* contra su patrimonio y otorgándole la Ley un plazo suficientemente razonable para formarse criterio sobre la causa notificada (*litis denuntiatio*), estaría en condiciones de intervenir y si no lo hace, por negligencia inexcusable, su contumacia respecto a la carga procesal de defenderse y a la carga procesal de la prueba, podría tener por efecto extender a la República la autoridad de la cosa juzgada que se forme sobre la relación sustancial objeto del fallo, conexas o vinculadas con el derecho de aquélla, de modo que no pueda ya desconocer en el futuro los efectos de dicha *declaración de certeza*. En este sentido nos enseña el Doctor Luis Loreto que: “La *litis denuntiatio* romana era un simple medio de notificación hecha a un tercero de la pendencia de un juicio instaurado contra el denunciante, con el designio de instruirle de su existencia por si deseaba intervenir en la causa, y, al propio tiempo servía para que el garantido conservara intacto su derecho a ser indemnizado por el denunciado en caso de vencimiento de aquél en dicho juicio” (Cfr. Luis Loreto. *Ob. Cit.* p. 496).

Es de advertir que la Ley Orgánica no deja a la iniciativa de los intervinientes en el proceso, sino del tribunal que conoce de la causa, ordenar esa notificación de oficio (*iussu iudicis*). Es también importante observar que el artículo 94 ya citado, habla sólo de procesos en donde la República pueda llegar a ser sujeto pasivo, ya que la notificación ordenada está referida solamente a las causas que obren en *contra*, pero no de las que obren a *favor*, por lo que debe interpretarse que la notificación no es necesaria cuando en el proceso se reclamen o se decidan derechos que la favorezcan o, cuando no afecten en forma alguna los intereses patrimoniales de la República. A este respecto, vale la pena aclarar que si, por ejemplo, alguna entidad o empresa pública inicia un juicio en reclamo de sus derechos patrimoniales conexo o vinculado con un derecho propio de la República, por cuanto la demanda obra a favor

de sus intereses, no sería necesaria por tal razón ordenar la notificación del Procurador (a) General; sin embargo, pudiera *ocurrir* posteriormente que al excepcionarse la demandada, esta excepción, en cuanto tiende a desconocer total o parcialmente el derecho reclamado, obra *directamente* contra los intereses patrimoniales de la República, en cuyo caso la notificación de que habla el artículo 95 se deberá hacer, no en el momento de la demanda, sino en el momento de proponerse la excepción.

Esto quiere significar también, que sólo cuando el acto procesal de que se trate afecte *directamente* el interés patrimonial de la República, en un proceso en que no ha sido llamada como parte originaria, tendría la posibilidad de actuar posteriormente con tal carácter dentro de dicho proceso, pero en cambio no tendría esta condición en un juicio donde su interés ha sido afectado sólo *indirectamente*, ya que es principio universal acogido por nuestro legislador el de que nadie puede hacer valer en juicio en nombre propio un derecho ajeno (Art. 140 CPC). En efecto, cuando decimos que la relación sustancial debatida en el respectivo proceso sólo obra *indirectamente* en contra de los intereses patrimoniales de la República, es porque, como ya lo hemos reiterado en este escrito, el derecho allí discutido le es ajeno e independiente del suyo propio, y sólo un resultado adverso podría eventualmente afectar su propio derecho, el cual analizado desde el punto de vista de sus elementos de identificación no guarda conexidad ni vinculación principal o accesoria con el deducido en el juicio ni es excluyente del derecho perseguido por las partes originales.

Por consiguiente, cuando la notificación del Procurador (a) General de la República ha sido ordenada en un proceso de esta naturaleza, es claro que dicha notificación, aunque obligatoria, no es ni puede tener igual alcance que en el supuesto de obrar *directamente*, sino que aquí la notificación tiene por finalidad el de que el Procurador (a) General pueda tomar, con conocimiento de causa, las medidas que considere aconsejables en protección del propio interés patrimonial de la República que no aparece discutido en juicio, por ser independiente de éste y que, sin embargo, la ejecución de la sentencia que se dictare le podría llegar a afectar de manera indirecta, como ocurriría, por ejemplo, cuando siendo una de las partes demandadas una entidad o empresa pública o mixta,

con haber accionario de la República, la sentencia dictada, por ser adversa, pueda *indirectamente* obrar contra los intereses patrimoniales de ella como accionista (ya que *directamente* sólo puede obrar contra el patrimonio de la empresa o entidad demandada), y entonces, pudiese considerar el Procurador (a) General, una vez notificado del fallo adverso y con conocimiento de los recaudos conducentes, que dicha decisión ha sido el resultado, por ejemplo, de un grave desconocimiento del derecho por parte del Tribunal o de una conducta colusiva o fraudulenta de las partes, que lo legitimaría en base al interés público patrimonial de que hemos hablado para usar en contra de tal sentencia los medios de impugnación que estime adecuados, y aun poder hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios judiciales o de los representantes de la empresa o entidad pública que hayan incurrido en negligencia inexcusable o dolo, o colusión, prevaricación o cohecho, de ser comprobada tal conducta. Por consiguiente, de darse esta circunstancia, se justificaría que el Procurador (a) General pudiera actuar como tercero apelante, en cuanto la ejecutoria que pudiera llegar a adquirir el fallo, atentaría *indirectamente* en contra de los intereses patrimoniales de la República en su condición de accionista único o mayoritario, desmejorando su situación jurídica de socio o haciendo frustráneo su derecho, aunque en realidad dicho fallo adverso sólo atente *directamente* contra el patrimonio de la empresa demandada que es la verdadera obligada, en su carácter de persona jurídica distinta de sus accionistas y en virtud de que éstos sólo responden hasta el límite de sus respectivas acciones (artículo 201 del Código de Comercio); por lo que precisamente este menoscabo o desmejoramiento que pueda sufrir como accionista injustamente la República en virtud del interés público que ella representa, sería suficiente causa, de acuerdo con la ley procesal, para tener legitimidad en impugnar el fallo (artículo 297 del CPC), e incluso poder luego interponer el recurso extraordinario de Casación, si hubiere lugar a ello, recursos que serían admisibles no porque la sentencia pueda producir en este supuesto ejecutoria contra la República, sino porque haga nugatorio, desmejore o menoscabe su propio derecho como accionista.

En consecuencia, cuando la República se encuentre en el segundo supuesto contemplado en los artículos 94 y 95 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, es innegable que la notificación

no la debe ordenar el Tribunal respecto de la demanda ni de ningún otro acto procesal distinto de la sentencia definitiva de primera o de segunda instancia o de la sentencia interlocutoria que tenga fuerza de tal, dictada en el respectivo juicio, que sería la oportunidad en que debe hacerse efectiva la notificación, siempre que el fallo sea total o parcialmente adverso, porque si fuese favorable, el Tribunal no tendría por qué notificar a la República a través del Procurador (a) General, por estar este supuesto excluido de la norma y no habría interés jurídico actual que el representante de la República pudiese invocar para intervenir ni siquiera como tercero apelante, ya que nadie puede apelar de una sentencia que no le causa gravamen. Por eso, la más lógica interpretación de los artículos 94 y 95 de la Ley Orgánica, cuando la causa llegue a obrar *indirectamente* contra los intereses patrimoniales de la República, es que la notificación del Procurador (a) General será sólo obligatoria para el tribunal cuando la sentencia definitiva o que tenga fuerza de tal pronunciada en cualquiera de las instancias, sea adversa, circunstancia ésta que sólo podrá saberse en el momento en que el fallo sea dictado. Por esta misma razón, se excluye que el Tribunal que conoce de un proceso de esta clase, se encuentre obligado a notificar al Procurador (a) General respecto de cualquier acto procesal de las partes (demanda, oposición, excepción, providencia o solicitud enumerados en los comentados artículos 94 y 95), por cuanto no siendo la República en dicho proceso titular, ni co-titular, ni co-obligada, ni co-responsable en la relación sustancial discutida, no podría asumir el carácter de legítimo contradictor de ninguna de las verdaderas partes intervinientes en dicha causa. Esto quiere significar en sana lógica, a la luz de las normas que rigen la intervención de terceros en la causa, que la notificación ordenada por el Tribunal en este supuesto, deba ser sólo de la sentencia definitiva o que tenga fuerza de tal, que obre *indirectamente* por ser adversa en contra de su patrimonio accionario representado por determinados derechos patrimoniales de la República no deducidos en el juicio. En *consecuencia*, la notificación ordenada por el Tribunal en el supuesto analizado, no puede concederle a la República otro privilegio procesal que no sea el de darle a conocer el fallo que, caso de quedar firme, pueda llegar a ocasionarle *indirectamente* un perjuicio a sus propios intereses de socio o accionista, y colocarlo en la posibilidad de intervenir con tal carácter; porque, de lo contrario, si la sentencia fuera el resultado de una

conducta negligente o colusiva de los sujetos que han intervenido en dicho proceso, y no pudiese, en tal caso, ser revisada a instancia de la República por un Tribunal de alzada, desmejoraría su situación patrimonial, aunque el derecho propio de la República, en cuanto persona jurídica, no haya sido el debatido en el proceso, como ocurre en todos los casos en que *indirectamente* puede verse afectado el interés económico representado por su haber accionario.

Vale la pena agregar que el Procurador (a) General, en representación de la República, no está obligado a intervenir, sino que tiene sólo la carga procesal de hacerlo cuando considere intolerable la injusticia del fallo, es decir, que sólo deberá intervenir como tercero apelante cuando considere razonablemente que el fallo en cuestión ha sido producto de un craso desconocimiento del derecho o de una conducta colusiva o fraudulenta de las partes y en general de los sujetos intervinientes en el proceso, pues únicamente entonces estaría justificado que ejerciera como tercero los recursos ordinarios o extraordinarios a que hubiere lugar en un proceso donde la decisión pronunciada recae sobre un derecho que le es ajeno. Con ello se quiere también significar que este privilegio procesal no es para que la República a través del Procurador (a) General intervenga y utilice de manera caprichosa y arbitraria los recursos y privilegios que le da la Ley, ya que la propia República debe ser la primera interesada en no atacar la validez o eficacia de un fallo cuando llegue conscientemente a saber (y para eso goza del amplio plazo que la notificación le concede) que está ajustado a la ley, así sea adverso, porque lo contrario sería hacer uso impropio de ese privilegio procesal y se atentaría contra el principio constitucional a la tutela judicial efectiva y a la necesidad de una justicia transparente y expedita (Artículo 26 de la vigente constitución).

De lo antes expuesto, debe concluirse que cuando los artículos 93, 94 y 95 en comento impone al Juez el deber de notificar al Procurador (a) General de la República, aquél tendría previamente que resolver si la causa debatida en el respectivo proceso se encuentra en uno de los dos supuestos analizados, porque siendo las razones que motivan ese deber de distinta naturaleza fáctica y jurídica, su alcance y trascendencia procesal son también lógicamente diversos; de allí que si se trata del primer

supuesto, por obrar *directamente* contra un derecho patrimonial propio de la República, aun cuando ésta no haya sido llamada a juicio por ninguna de las partes originarias, resulta irrevocable a dudas que el tribunal de oficio debe darle conocimiento de la misma, acompañándole todos los recaudos conducentes, a fin de que, con tiempo suficiente y tomando en consideración que es un juicio ya pendiente en donde la República no ha sido llamada *ab initio* y, como tal, no ha sido citada, pueda el Procurador (a) General asumir la posición procesal que le exija la defensa del propio interés patrimonial de la República involucrado en dicho proceso, debiendo, por ejemplo, notificarlo: bien de la demanda o solicitud si la pretensión deducida es la que obra *directamente* contra un derecho patrimonial de la República, o notificarla de la excepción u oposición, si, por el contrario, es la defensa esgrimida por el demandado la que obra *directamente* en contra de esos mismos intereses, y así sucesivamente, en cada situación particular de las que enumeran los artículos 94 y 95 de la Ley Orgánica, a criterio del Tribunal, dejando transcurrir el término de ley para que tales notificaciones queden perfeccionadas y produzcan respecto de la República los efectos arriba señalados sobre su decisión de actuar como litis consorte o de atenerse a las consecuencias de su conducta omisiva (*litis denuntiatio*), como ocurriría, por ejemplo, cuando la República siendo co-contratante junto a otra entidad o empresa pública para la ejecución de una obra por una tercera empresa, ésta demandase por incumplimiento sólo a la empresa pública contratante y no a la República, o cuando, por el contrario, siendo la empresa pública la que demanda al tercero contratante por incumplimiento o retardo en la ejecución de la obra, el demandado oponga en el acto de la contestación de la demanda alguna defensa de fondo por la cual niega la existencia de la pretensión, *v.gr.* oponiendo la *exceptio nom adimpletis contractus* o alegando que el contrato es nulo; o cuando en materia de responsabilidad de los funcionarios judiciales, el particular lesionado accionara en responsabilidad personal contra éstos y no contra la República, que también es co-responsable a tenor de lo establecido en el artículo 49 numeral 8 de la vigente Constitución, en concordancia con el artículo 140 *eiusdem*; y así se pudieran multiplicar los ejemplos.

En cambio, cuando se trata del segundo supuesto, es decir, cuando la causa sólo obre *indirectamente* contra los intereses patrimoniales de la República, el deber de notificación del Procurador (a) General (en donde por no afectarse un derecho patrimonial propio vinculado sustancialmente con el derecho o bien debatido en juicio no podría actuar la República como parte), únicamente puede justificarse como un privilegio procesal más de los que goza la República conforme a las previsiones de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, tales por ejemplo, entre otros, el de no incurrir en confesión por incomparencia al acto de la contestación, el de no estar sujeta a condenatoria en costas en ninguna instancia, aunque se confirmen las sentencias apeladas, se nieguen los recursos interpuestos, o se declaren sin lugar, o se dejen perecer o se desista de ellos, salvo la responsabilidad personal en que pudiera haber incurrido el representante o mandatario, por negligencia, impericia manifiesta o dolo. Sólo así puede entenderse que el legislador haya previsto la necesidad de la notificación al Procurador (a) General en causas en donde la República únicamente podría actuar como un tercero y siempre que la decisión definitiva pronunciada o que tenga fuerza de tal, llegare a menoscabar o hacer nugatorios sus derechos o intereses *indirectamente* implicados en el juicio, a fin de poder actuar por vía de impugnación cuando considere que el resultado desfavorable, como ya hemos observado reiteradamente, haya sido consecuencia de negligencia de las partes o se haya derivado de fraude o colusión procesal o de cualquier otra conducta censurable de los sujetos que hayan intervenido en dicho juicio; y colocarla así en situación de poder enervar el peligro creado por el fallo, mediante el ejercicio oportuno de la apelación que, como tercero, pudiera ejercer contra ella, y cuyo ejercicio resultaría justificado por el interés que para la República significaría, como titular de un interés patrimonial público *indirectamente* afectado, impedir que por la negligencia o fraude de las partes o por grave injusticia del tribunal, el fallo en cuestión pudiera quedar definitivamente firme, no obstante de que, por esos mismos graves vicios sustanciales, sería inminente su revocatoria en el tribunal de la segunda instancia, caso de ejercerse oportunamente la apelación, que sería el único medio expedito y eficaz que en su calidad de tercero gozaría para lograr tal cometido en protección de sus intereses patrimoniales de socio o accio-

nista. De tal manera que, en el supuesto analizado, la República no puede pretender que en un juicio en donde no se está discutiendo ni afectando *directamente* la titularidad de sus propios intereses patrimoniales, pueda reconocérsele la calidad de legítimo contradictor de la demanda, excepción, oposición o solicitud, y actuar como parte litisconsorcial, ya que sólo la sentencia definitiva podría eventualmente afectarla en caso de ser adversa y, por consiguiente, es esta la oportunidad en que debe cumplirse con su notificación y el Procurador (a) General no podría exigir la reposición de la causa a una etapa anterior a la sentencia que sólo cuando ha sido adversa, legitimaría su intervención como tercero apelante, ya que, *únicamente en el momento de la sentencia podría saberse si la causa de que se trata obra o no indirectamente contra los intereses patrimoniales de la República.*

Establecido así el alcance de los supuestos contemplados en los artículos 93, 94 y 95 de la vigente Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, es necesario esclarecer también el sentido de dicha norma en relación con las condiciones y efectos en que debe cumplirse la notificación allí ordenada.

En primer lugar, debe aclararse que la notificación a que se contrae el artículo 94 de la citada ley, debe ser expresa, pues sólo cumpliendo con las formalidades allí requeridas puede considerarse válida la notificación; lo que excluye que en esta materia pueda hablarse de *notificación presunta* y de que pueda aplicarse por extensión o analogía una norma de excepción como la contenida en el artículo 216 del Código de Procedimiento Civil, ya que como señalaba la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica derogada, las modificaciones introducidas en este sentido tuvieron el propósito de corregir la ineficacia de las leyes anteriores, para dar un mayor margen de seguridad a la notificación que debe hacerse al Procurador (a) General de la República. Por lo tanto, una vez establecido por el tribunal el deber en que se encuentra de ordenar la notificación de cualquier demanda, oposición, excepción, solicitud o providencia, cuando una de estas actuaciones obre *directamente* contra los intereses de la República, o bien de la sentencia definitiva o sentencia interlocutoria que tenga fuerza de tal cuando obre *indirectamente* en contra de esos mismos intereses, esta

notificación debe perfeccionarse con estricta sujeción a las formalidades establecidas en la ley.

De estas condiciones, se deduce que por la sola actuación del Procurador (a) General o de sus abogados en las actas del expediente, no puede llegar a considerarse que exista presunción de haberse cumplido con tal notificación, toda vez que la norma exige, de un lado, que se le suministre copia certificada de todas las actuaciones conducentes y de otro lado, le concede noventa (90) o treinta (30) días continuos, según el caso, a partir de la consignación en actas del recibo del oficio entregado al Procurador (a) General, términos que deben dejarse transcurrir, para que se le pueda tener por notificado en uno y otro supuesto. A este fin, es oportuno señalar que la notificación del Procurador (a) General no se perfecciona ni siquiera con el envío de las copias que señale el órgano jurisdiccional, sino con las copias que pueda requerir en último término el mismo Procurador (a) General si estima que las enviadas no son las conducentes o no son todas las conducentes, pues, si el Procurador (a) General después de examinar las recibidas, estima que no lo son, estaría facultado para requerir al tribunal que le remita copia de las actuaciones o documentos que falten para formarse criterio. Esta interpretación está, además, en armonía con las facultades que en tal sentido le reconoce al Procurador (a) General el artículo 106 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia respecto a la solicitud de recaudos necesarios para preparar su defensa en juicio en donde la República ni siquiera es un simple tercero ajeno al proceso, como sucede en el caso que analizamos, sino parte sustancial del mismo, cuando expresa que el Procurador (a) General podrá requerir se le expida copia certificada de los escritos presentados por la otra parte, *copias que la Corte Suprema deberá expedir sin demora, si a juicio de la Procuraduría* (obsérvese que no es a juicio del Tribunal) *sean necesarias para la mejor defensa de los intereses de la república*. (Lo destacado es nuestro)

Por otra parte, la única presunción que consagra la norma del artículo 94 es la que surge del hecho de haber transcurrido el término legalmente concedido para que se tenga como perfeccionada la notificación del Procurador (a) General. En tal virtud, resulta irrevocable a dudas que el plazo de noventa (90) o de treinta (30) días continuos debe dejarse trans-

currir en todo caso; y para que pueda iniciarse el cómputo de los respectivos plazos y saber si efectivamente ha transcurrido en cada caso, no basta, como ya hemos expresado, que el Procurador (a) General o sus abogados actúen en el expediente respectivo, sino que es necesario que se cumplan todos los requisitos exigidos por la comentada disposición legal, ya que tanto la forma de practicarse la notificación como el modo de computarse los plazos otorgados para la intervención del Procurador (a) General de la República en esta clase de procesos, tiene como finalidad garantizar la eficacia de su posible intervención, asegurando que la notificación cumpla su cometido de poner en conocimiento del representante de la República en qué medida la materia debatida en juicio afecta los intereses patrimoniales de ésta, y concediendo plazo suficientemente amplio para tomar la determinación que más convenga a la defensa de tales intereses, de tal manera que la notificación no estaría perfeccionada mientras no se cumplan estrictamente con las formalidades previstas en la citada norma, a saber: a) que se haga *mediante* oficio; b) que se acompañe copia de todo lo conducente; c) que exista consignación de la notificación practicada en el respectivo expediente; y d) que haya transcurrido el plazo de noventa (90) días continuos para la notificación de la demanda (artículo 94 de LOPGR) o de treinta (30) días continuos para la notificación de la oposición, excepción, providencia, sentencia o solicitud (artículo 25 de LOPGR).

A este respecto, debemos observar que la nueva Ley Orgánica resuelve, sólo en cierta medida, uno de los problemas que la Ley Orgánica derogada había ocasionado en torno a la verdadera naturaleza de los plazos otorgados al Procurador (a) General, para poder intervenir, una vez notificado, en los procesos en que la República no fuese parte originaria, al calificar los señalados plazos de noventa (90) y treinta (30) días continuos como de carácter suspensivo del proceso. Esta aclaratoria realizada por los artículos 94 y 95 de la nueva Ley Orgánica resulta coherente con el principio procesal de que los lapsos deben dejarse transcurrir iguales para todos los sujetos intervinientes en el juicio, salvo que por disposición de la ley o por la naturaleza del acto resulte lo contrario (artículo 204 CPC); y sirve para poner término a interpretaciones jurisprudenciales contradictorias, inclusive a nivel del Tribunal Supremo de Justicia, algunas de las cuales llegaron a negar el carácter suspensivo

del expresado lapso (Cfr. Sentencia N° 01288 de la Sala Politicoadministrativa del Tribunal Supremo de Justicia, bajo la ponencia del Magistrado Ignacio Levis Zerpa, de fecha 03 de julio de 2001, caso Fredy Antonio Perdomo vs Banco Central de Venezuela), atentando contra la secuencia preclusiva y la unidad del proceso en su estructura racional que: o bien frustraba la intervención oportuna del Procurador (a) General en el respectivo juicio o hacía inútil la actividad desplegada por las partes cuando por causa de aquella intervención resultara impretermitible decretar la reposición de la causa por el tribunal al haber proseguido su marcha el proceso, no obstante la exigencia de notificación de aquél, y tener que retrotraerlo a una etapa que hiciese posible la intervención del Procurador (a) General para esgrimir oportunamente sus alegatos o defensas. Criterio este que no ha sido acogido, en principio, por la nueva Ley Orgánica, a pesar de que estaba avalada por la respetable opinión del maestro Luis Loreto en su interesante ensayo titulado *Intervención de la República en Juicio en que no es Parte*, en donde llega a sostener que se debe distinguir entre *suspensión del procedimiento* y *suspensión de los lapsos para la realización de determinados actos procesales*, lo cual es técnica y jurídicamente correcto; sin embargo, su conclusión no nos parece exacta, al afirmar que el término concedido al Procurador (a) General no es para el cumplimiento de determinado acto procesal, sino para que una vez informado sobre el contenido o alcance que tuviera o pudiera llegar a tener el juicio objeto de notificación, adoptara, vencido el plazo, la posición procesal más conveniente a los intereses patrimoniales de la República; pero es obvio que el Procurador (a) General sólo lo puede hacer en la medida en que todo el procedimiento quede en suspenso, aunque no en forma indefinida como parece sugerirlo nuestro ilustre procesalista, sino por el término preciso señalado en la Ley (Cfr. Luis Loreto. *Veinte Años de Doctrina de la Procuraduría General de la República*. 1972-1981. Caracas. Avilarte. 1984. Tomo V. p. 61). En otras palabras, se trata de una orden de notificación, no para realización de un determinado acto procesal, sino para adoptar una determinada posición procesal en nombre de la República, que puede traducirse o no en una actuación concreta a juicio del Procurador (a) General, posición procesal que sólo tendría eficacia de ser adoptada oportunamente a la altura de la etapa del proceso en donde se ordenó llevar a cabo la notificación, lo cual

jamás se podría lograr, sin un desgaste inútil de actividad jurisdiccional, si el referido proceso continuara su marcha normal de manera simultánea o paralela al transcurso del lapso de notificación, de tal forma que ya no le fuese posible a la República asumir la defensa de sus intereses patrimoniales, si la hubiere, respecto del acto para el cual fue notificado, pues para ello sería indispensable solicitar su reposición (piénsese verbigracia en la notificación de la demanda que, por no haber suspensión del procedimiento, hubiesen ya transcurrido los actos de contestación y de pruebas), amén de que en el supuesto de que hubiera prevalecido este criterio en la nueva Ley Orgánica, hubiera conducido a una interpretación *ab absurdum*, rechazado por la lógica como es la circunstancia de que el acto de notificación del Procurador (a) General que exige para su perfeccionamiento copia de todas las actas conducentes, jamás se llegaría a perfeccionar, puesto que estando en curso el procedimiento siempre resultarían incompletas las actuaciones recibidas por el Procurador (a) General para formarse el criterio en que deba fundamentar su posición en el respectivo juicio. Se comprende, entonces, que se trata en este caso de una suspensión *in toto*, ya que, por el contrario, cuando el legislador procesal quiere que se suspenda la realización de un determinado acto procesal, mientras se verifican en forma incidental determinadas actividades procesales previas al acto pospuesto, lo hace siempre de manera expresa y taxativa, ya que, de lo contrario, cabargarían los plazos respecto de actuaciones procesales excluyentes las unas de las otras y convertirían el proceso en una estructura carente de uniformidad y coherencia que perturbaría gravemente el logro de la justicia que es su finalidad esencial (Art. 257 CRBV). Así por ejemplo, cuando el vigente Código de Procedimiento Civil habla de la tramitación de las cuestiones previas, para hacerlas valer *in limine litis*, ordena expresamente en su artículo 346 el diferimiento del acto de la contestación de la demanda, *diferimiento* que es de acuerdo con su significación castiza, sinónimo de *suspensión*, para cuando sean resueltas las cuestiones previas, esto es, *que la tramitación del proceso* queda sólo suspendido respecto de aquel específico acto procesal de la contestación, continuando su recorrido en forma ininterrumpida a través de una incidencia de previo y especial pronunciamiento, cuyo resultado es indispensable esperar para que se pueda reanudar el curso del juicio con la realización del acto que resultó diferido de acuerdo a las *previsiones* del artículo

358 del mismo Código de Procedimiento Civil, que señala cuándo es la oportunidad en que, rechazadas las cuestiones previas, debe realizarse el acto procesal de la contestación de la demanda, que se debió diferir, o sea, *suspender* por causa de la alegación de tales cuestiones previas.

Por eso, los plazos de noventa (90) y de treinta (30) que se le concede al Procurador (a) General, son términos necesariamente suspensivos del proceso, cuya amplitud sólo se justifica, como lo dicen los redactores de los sucesivos proyectos de ley que antecedieron al actual, por la circunstancia de que tratándose de procesos en donde la República no ha sido llamada *ab initio* como parte, es necesario que se le conceda un plazo suficiente para que pueda tomar la posición que estime más conveniente en una causa de la que, hasta ese momento, ha permanecido extraño en calidad de tercero. De esta manera la nueva Ley Orgánica uniforma criterios sobre la naturaleza suspensiva de estos lapsos procesales con el lapso otorgado a la Procuraduría General de la República, en su artículo 97, en materia de medidas preventivas o ejecutivas, guardando perfecta armonía con la finalidad pública que se persigue con el otorgamiento de dichos términos en ambas disposiciones legales, cuyo efecto suspensivo se justifica por el carácter tuitivo que tales normas tienen sobre intereses de indudable naturaleza pública: en el caso de los artículos 94 y 95 de la Ley Orgánica, tal carácter está fundamentado en el hecho de garantizar a la República no sólo el conocimiento adecuado de la materia debatida, sino el de gozar de lapsos suficientes, que pueda aprovecharlos íntegramente, con el propósito de preparar su intervención y hacerse oír oportunamente en relación con el acto procesal para el cual fue notificada y que afecta los intereses patrimoniales públicos de la República; y en la hipótesis del artículo 97 de la misma Ley Orgánica la naturaleza suspensiva del lapso de sesenta (60) días continuos está fundamentado en el hecho de que a la República, por órgano del Procurador (a) General, se le debe dar una oportunidad razonable para evitar temporalmente, en protección del interés público o colectivo en juego, la inminente ejecución de medidas o acciones ejecutivas o posesorias sobre bienes afectos a un uso público, a un servicio público o de utilidad pública nacional; de tal manera que la simple notificación de tales medidas sería inocua si no se le otorgara dicho plazo y no se dejara transcurrir íntegramente, antes de continuar con la ejecu-

ción de aquélla, a fin de poder tomar las previsiones adecuadas y hacer los correctivos necesarios y urgentes que la situación amerite, *no para que la ejecución de la medida se frustre definitivamente en perjuicio del interés legítimo del ejecutante*, sino para que el uso público, servicio público o utilidad pública a que esté adscrito el bien que vaya a ser objeto de ejecución, no se paralice o interrumpa intempestivamente con motivo de la ejecución de la medida en detrimento del interés general de la comunidad, que es un interés público que debe prevalecer sobre el interés individual del solicitante, intereses que trata de conciliar la ley, en el sentido de que una vez vencido el plazo dado para que se implementen las medidas necesarias destinadas a impedir que se interrumpa la actividad a que está afectado el bien y aun cuando no se hayan tomado al finalizar el plazo, aquellas previsiones, el juez podrá proceder a su ejecución.

Es igualmente obvio de acuerdo a lo previsto en el artículo 94 de la vigente Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y en un todo conforme con la más sana práctica jurisprudencial, que para poder iniciar el cómputo del lapso de noventa (90) días continuos y evitar así sorpresas, tanto para las partes originarias como para la República (interpretación igualmente válida para el lapso de treinta (30) días continuos del artículo 95 *eiusdem*, por existir la misma razón de derecho) es necesario que se deje constancia en el expediente de haberse entregado al Procurador (a) General el oficio de notificación y todos los recaudos conducentes, puesto que de lo contrario podría empezarse a contar el lapso de noventa (90) o de treinta (30) días continuos, según el caso, a espaldas de las partes interesadas, con el riesgo evidente de que si se contara a partir de la fecha en que apareciere como recibidos por el Procurador (a) General dichos recaudos de notificación, sin tomar en cuenta la constancia en actas de esa formalidad, las partes ignorarían si tal lapso ha comenzado o no a correr, y en caso afirmativo no sabrían a partir de qué momento ha comenzado su cómputo al no existir constancia en el expediente del cumplimiento de esa formalidad (*quod non est in actas, non est in mundo*), creando a las partes un estado de evidente indefensión y de desigualdad procesal contrario a la seguridad jurídica y al buen orden del proceso.

Por esta misma razón, hemos advertido que los artículos 94 y 95 de la Ley Orgánica objeto de análisis, no resuelven definitivamente el problema relativo al cómputo de los lapsos otorgados al Procurador (a) General, porque la parte *in fine* de las señaladas disposiciones desvirtúan la naturaleza suspensiva de los lapsos acordados y crean una incertidumbre en su cómputo donde no debiera haberla, al establecer textualmente: “...omisis... *El Procurador o Procuradora General de la República o quien actúe en su nombre, debe contestar dichas notificaciones durante este lapso, manifestando la ratificación de la suspensión o su renuncia a lo que quede del referido lapso, en cuyo caso se tendrá igualmente por notificado*”; con lo cual ambas normas legales incurren en una contradicción insalvable, en primer lugar, porque el propio artículo 94 dispone que vencido el lapso el Procurador (a) General se tendrá por notificado, lo que significa que la notificación no se perfecciona antes del vencimiento del plazo, que es la consecuencia lógica de su naturaleza suspensiva; y en segundo lugar, porque al dejar a la sola voluntad del Procurador (a) General la posibilidad de abreviar el lapso mediante su renuncia, está implícitamente admitiendo que no es necesario dejarlo transcurrir, con lo cual violenta el principio constitucional de igualdad de los individuos frente a la ley (artículo 21 del CRBV, ratificado por los artículos 15 y 204 del Código de Procedimiento Civil sobre igualdad procesal), así como también vulnera el principio jurídico procesal de que ningún lapso puede abreviarse sin dar conocimiento a la otra parte, pues ésta no puede estar obligada a mantenerse pendiente de la conducta procesal del adversario o de un tercero durante el plazo de suspensión acordado por la ley, pues quedaría a merced de la sorpresa y de la inseguridad jurídica, se atentaría contra el derecho de defensa y la transparencia de los lapsos procesales, garantías del debido proceso, y por esta razón el artículo 203 del Código de Procedimiento Civil obliga a dar *siempre* conocimiento a las partes de cualquier abreviación, sin la cual ésta no podría surtir ningún efecto procesal.

Por las mismas razones anotadas, no podemos soslayar la grave contradicción del artículo 94 de la vigente Ley Orgánica, cuando le niega carácter suspensivo al lapso de noventa (90) días continuos en los casos de demandas que por su cuantía no sea superior a 1.000 unidades tribu-

tarias (1.000 UT), pretendiendo con ello desvirtuar la naturaleza esencialmente suspensiva del señalado plazo y supeditar tal carácter al hecho de que el proceso sea de mayor cuantía a la señalada, sin percatarse de que, cualquiera sea la cuantía del proceso, la falta de suspensión atenta contra su unidad y contra la sucesión preclusiva de sus actos, que haría inoperante dicha notificación e imposible la pretendida intervención del Procurador (a) General con grave desgaste de actividad jurisdiccional, lo cual se evitaría si en lugar de negarle carácter suspensivo, lo hubiese disminuido a un lapso mucho menor por el escaso valor económico de lo debatido. Por eso debemos insistir que si se permitiese aun en los procesos de menor cuantía, que el juicio prosiguiese su marcha, con entera independencia del plazo de la notificación, podría ocurrir una de estas alternativas: a) que la posibilidad de intervenir eficazmente en defensa de la República respecto del acto procesal notificado se frustraría, pues sería extemporánea por tardía, y la notificación ordenada no cumpliría la finalidad para la que fue concedida; o, b) que pasado el plazo de noventa (90) o de treinta (30) días continuos y estando el proceso en una etapa en que no pueda ya cumplir tempestivamente con la garantía de defensa, se pretendiera solicitar su reposición, lo cual ya no sería posible, de un lado, porque el artículo 96 de la Ley Orgánica sólo faculta al Tribunal de oficio o al Procurador (a) General para solicitarla cuando haya faltado la notificación o se haya practicado de manera defectuosa a la prevista en la ley, que sería causal de nulidad de todo lo actuado; y de otro lado, porque sería absurdo que permitiendo la misma ley, según lo pauta la norma, que el proceso continuara válidamente su curso paralelamente al plazo dado por la notificación, se invocara después este hecho por el tribunal o por el Procurador (a) General como causa de nulidad para solicitar la reposición (*contra-dictio in adiecto*). Y además porque esta facultad de decretar la reposición de oficio o a petición del Procurador (a) General no tendría ningún sentido si el plazo concedido con la notificación del acto no suspendiera el proceso, ya que entonces hubiera bastado que la Ley ordenara la notificación del Procurador (a) General sin plazo alguno, porque éste podría intervenir en cualquier momento después de notificado y aun pedir la reposición del mismo a la etapa procesal que le permitiera ejercer sus eventuales defensas, lo que indudablemente crearía un caos e inseguridad para las partes originarias del proceso, amén de que entonces el

retardo del juicio, que es lo que aparentemente la ley trata de evitar, al negarle carácter suspensivo al señalado plazo, se produciría de todas maneras con el decreto de la reposición, haciendo incurrir al tribunal y a las partes en un desgaste inútil de actividad jurisdiccional.

Por último, vale la pena observar que en cualquiera de los supuestos analizados, el tribunal que conozca de una de dichas causas no está en la obligación de ordenar sucesivas notificaciones de cada uno de los actos procesales y/o providencias jurisdiccionales enumeradas en los artículos 94 y 95 de la vigente Ley Orgánica, sino únicamente el de aquel acto del proceso que, según criterio del tribunal, obre contra los intereses de la República, y cumplida por primera vez esta finalidad no sería necesario volverla a realizar para ningún otro acto del mismo proceso, salvo el caso de que se haya producido posteriormente la paralización de la causa por algún motivo legal (artículo 14 CPC). No otro sentido debe dársele a las comentadas normas procesales, aun en los juicios en que la República actúe como parte por obrar *directamente* contra sus intereses o derechos patrimoniales y en donde, según dijimos, la notificación que debe hacer el tribunal puede ocurrir respecto de uno cualquiera de los actos de iniciación o formulación de cualquier pretensión o defensa, de los que enumeran las citadas disposiciones legales, siempre que afecte *directamente* el derecho de la República; pero una vez cumplida la notificación de uno de esos actos, ya no sería necesaria una nueva notificación en los términos en que lo concibe la analizada Ley Orgánica, ya que sería un verdadero contrasentido, atentatorio contra el principio constitucional de la tutela judicial efectiva y de la justicia pronta o expedita (artículo 26 de la CRBV), el de que sin existir una posterior paralización de la causa por un motivo legal, estando en conocimiento de la misma por razón de la notificación ya practicada y habiendo gozado del amplio plazo que le da la ley, se tuvieran que practicar sucesivas notificaciones, con otorgamiento reiterado del término allí establecido cada vez que haya de realizarse algún acto del proceso de los enumerados en dichas disposiciones legales, criterio que por absurdo haría interminable la sustanciación de estos juicios, en detrimento de las partes y de la justicia. Cabe igualmente advertir que, así como hemos sostenido que en los procesos que obren *indirectamente* contra el interés de la República, la notificación sólo puede ordenarse respecto de la sentencia

definitiva o interlocutoria que tenga fuerza de tal, sea de primera o de segunda instancia, por cuanto sólo podría intervenir como tercero apelante al no tener el carácter de legítimo contradictor de un derecho ajeno; *por argumento a contrario* debemos sostener que en los juicios que obren *directamente* contra el derecho patrimonial de la República, la notificación del Procurador (a) General debe ser ordenada por el Tribunal respecto de uno de aquellos actos de sustanciación relacionados con la materia debatida, esto es, con las pretensiones y defensas deducidas, tales como la demanda, solicitud, oposición o excepción, pero no de la sentencia definitiva de primera o segunda instancia (a menos que hubiese habido algún motivo legal de paralización de la causa), como parece también deducirse del artículo 95 de la Ley Orgánica, puesto que de ordenarse esa notificación respecto de algún acto de conclusión del proceso, como lo es la sentencia definitiva o que tenga fuerza de tal, se estaría desvirtuando la finalidad de la notificación que está inspirada, en este supuesto, en el hecho de preservar la oportuna protección o defensa de aquellos intereses públicos, que sólo puede conseguirse cuando con conocimiento de causa pueda el Procurador (a) General o a sus abogados intervenir en la etapa de alegación de aquellas pretensiones o defensas, razón por la cual si el Tribunal dejara transcurrir las etapas de sustanciación del proceso, para ordenar tardíamente la notificación de la República, al percatarse de ello tendría que decretar de oficio la reposición, y de no hacerlo, el Procurador (a) General estaría obligado a solicitarla.

A estos efectos, cabe por último advertir que si la notificación del Procurador (a) General no ha sido ordenada oportunamente por el tribunal, porque, por ejemplo, lo hizo en el momento de la sentencia definitiva de primera instancia o de segunda instancia, cuando de las actas surge que estaba o podía estar afectado un derecho de la República conexo o vinculado con el debatido en el proceso, que lo obligaba a ordenar la notificación respecto de aquel acto procesal (demanda, oposición, excepción, providencia, solicitud, etc.) que en el respectivo juicio obrare *directamente* contra aquellos intereses; o lo hizo respecto de la sentencia de última instancia que ha sido adversa, cuando la de primera instancia también lo fue y había afectado ya *indirectamente* los intereses patrimoniales de la República como accionista, por ejemplo, de una de

las partes sustanciales, el Procurador (a) General estaría en la obligación, al percatarse de ello, de solicitar la reposición de la causa al estado en que el Tribunal debió cumplir oportunamente con dicha notificación y permitirle así actuar de manera tempestiva; pero es igualmente claro que si la notificación se practicó correcta y oportunamente, el Procurador (a) General que, como representante de la República debe actuar con lealtad procesal, no tendría legitimidad para pedir la reposición ni el Tribunal para decretarla de oficio.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

- CONDE DE LA CAÑADA. *Instituciones Prácticas de los Juicios Civiles*. Madrid. Imprenta de la Compañía General de Impresores y Librerías de los Reinos. 1845. Tomo I.
- DECRETO CON RANGO DE LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Gaceta Oficial N° 5554 Extraordinario del 13 de noviembre de 2001*. Caracas. Editora La Piedra. 2001.
- GALLINAL R. *Estudios Sobre el Código de Procedimiento Civil*. Ejecución de Sentencias. Buenos Aires. Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana.
- LORETO LUIS. *Ensayos Jurídicos*. Caracas. Ediciones Fabreton-Esca. 1970.
- _____. *Veinte Años de Doctrina de la Procuraduría General de la República*. 1972-1981. Caracas. Avilarte. 1984. Tomo V.
- PODETTI J. R. *Tratado de la Tercería. Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral*. Buenos Aires. Ediar. 1971. Tomo III.
- SAVIGNY K. *Metodología Jurídica*. Buenos Aires. Editorial Depalma. 1979.
- Sentencia N° 01288 de la Sala Politicoadministrativa del Tribunal Supremo de Justicia, bajo la ponencia del Magistrado Levis Ignacio Zerpa, de fecha 03 de julio de 2001, caso Fredy Antonio Perdomo vs. Banco Central de Venezuela.
- VERNENGO ROBERTO. *La Interpretación Jurídica*. México. UNAM. 1977.

Breves Comentarios en Relación con la Citación en el Proceso Ordinario Laboral

Alejandro DISILVESTRO*

SUMARIO:

1. Introducción

1. La Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo (LOTPT): 1.1 *La citación personal con testigo.* **1.2** *La Citación por carteles.*

2. La citación de acuerdo al procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Civil: 2.1 *La negativa del demandado a firmar la boleta de citación.* **2.2** *La citación mediante carteles.*

3. La citación de acuerdo a lo establecido en la Ley Orgánica del Trabajo: 3.1 *La Citación por carteles.* **3.2** *La citación como medio para interrumpir la prescripción de la acción;*

4. La notificación de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

A manera de Conclusión

Universidad Católica Andrés Bello, Abogado, Especialista en Derecho Procesal. Universidad Central de Venezuela, Centro de Estudios de Posgrado, Especialización en Derecho del Trabajo, Profesor. D'Empaire Reyna Bermúdez, Abogados, Abogado. adisilvestro@drba.com.ve

1. INTRODUCCIÓN

El hecho que nuestro procedimiento ordinario laboral haya sido regulado en una ley especial, cual es la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo del 16/8/40 reformada el 30/07/56 y luego en G.O. N° 26.616 DEL 19/11/59 (LOTPT), teniendo como fuente supletoria al Código de Procedimiento Civil (CPC), y posteriormente con la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo (LOT) en el año de 1990 al haberle incluido a la misma normas que específicamente tratan la materia de la citación del representante del patrono, ha hecho que en la práctica existan distintas maneras de practicar la citación del demandado. Es decir, el juez al admitir la demanda puede establecer cuál va a ser el procedimiento a utilizar para lograr la citación del demandando.

Esta situación hace que en algunos casos puedan incurrirse en errores de procedimiento al utilizar las reglas establecidas en algunos de los procedimientos que adelante revisaremos, y se mezclen requisitos de una u otra manera de lograr la citación del demandado.

Esta situación se aclara con la promulgación y entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT) al establecerse en ésta un procedimiento de notificación del demandado para hacerlo parte en el proceso. Cabe destacar que esta ley no define a este llamamiento como citación, sino que, como lo señala en su Exposición de Motivos, prefiere una vía más sencilla y reducida de formalidades, como lo es la notificación.

Sin embargo, también se fija un régimen transitorio para aquellos juicios que estén en trámite a la hora de la entrada en vigencia de la LOPT, y por ello sigue siendo vigente el punto de conocer los distintos procedimientos vigentes al día de hoy para lograr la citación del demandando.

1. LA LEY ORGÁNICA DE TRIBUNALES Y PROCEDIMIENTOS DEL TRABAJO (LOTPT)

La última reforma de esta ley fue publicada en la *Gaceta Oficial* N° 26.616 del 19 de noviembre de 1959, y la misma repite las normas refe-

ridas al procedimiento de citación que establecía la primera versión de dicha ley en el año de 1940.

La razón de haber regulado en una ley especial el juicio del trabajo, se debió a las características particulares de esta materia, en la cual una de las partes se encuentra en clara desventaja económica con respecto a la otra. Ello hacía que las normas del proceso ordinario civil, en algunos supuestos, representasen obstáculos importantes para el trabajador o débil jurídico.

Como ejemplos de algunas de esas normas que reducían la carga del trabajador en el proceso encontramos la particular manera de entender la carga de la prueba, que hace que al patrono no le sea suficiente negar, de manera genérica, la pretensión del trabajador demandante sino que además debe señalar cuáles son los hechos que lo liberan del cumplimiento de las obligaciones que le reclaman, así como la de simplificar y reducir los lapsos procesales.

En tal sentido, esta ley en su artículo 48 al referirse a los trámites de citación señala que ésta se cumplirá a través de la entrega de la boleta de citación al demandado, la cual llevará anexa una copia textual de la demanda.

Por su parte, el artículo 50 señala que el Alguacil deberá entregar al demandado en su morada, o en el lugar donde ella se halle si no lo encontrare en aquélla, a menos que esté en el ejercicio de una función pública o en el templo y se le exigirá recibo que agregará al expediente.

1.1 LA CITACIÓN PERSONAL CON TESTIGO

Señala igualmente que este recibo podrá ser suplido con la declaración del Alguacil y de un testigo, por lo menos, que haya presenciado la entrega, conozca a la persona citada y determine el día, hora y lugar de la citación.

Es de hacer notar que el requisito que se exige para este testigo es que conozca al demandado desde antes de practicarse la citación. En este

caso, si el referido testigo no conocía con anterioridad al demandado, la citación quedará viciada y podrá solicitarse la reposición del juicio al estado de volverse a practicar nuevamente la citación.

1.2 LA CITACIÓN POR CARTELES

En el caso que haya sido imposible localizar personalmente al demandado, se procederá a fijar en la morada del demandado y en la sede del tribunal un cartel emplazando al demandado a que comparezca por ante el tribunal a darse por citado dentro del término de tres días siguientes a la fijación. De lo contrario, el tribunal, a solicitud del demandante, procederá a nombrarle un defensor *ad-litem* con quien se entenderá la citación y demás actuaciones procesales.

2. EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL COMO FUENTE SUPLETORIA

El artículo 31 de la LOTPT establece que “Los Tribunales del Trabajo seguirán, en cuanto sean aplicables y no colidan con lo dispuesto en la presente Ley, las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, para sustanciar y decidir los procesos y recursos legales de que conozcan; aplicándose, en la sustanciación de los procesos, el procedimiento pautado en dicho Código para los juicios breves, con las modificaciones que se indican en esta Ley”.

En el año de 1987 entra en vigencia un nuevo Código de Procedimiento Civil y con él se establecen modificaciones a las reglas que deben seguirse para lograr la citación del demandado. Con el propósito de agilizar y facilitar dichos trámites, se incluye: la citación presunta, ocurriendo ésta siempre que resulte de autos que la parte o su apoderado antes de la citación, han realizado alguna diligencia en el proceso, o han estado presentes en un acto del mismo, se entenderá que ya están citados desde entonces para la contestación a la demanda; la posibilidad de practicar la citación a través de correo certificado con aviso de recibo, así como la de gestionar la citación el propio actor o el apoderado de éste, mediante cualquier otro Alguacil o Notario de la Jurisdicción del Tribunal.

Al ser las normas del Código de Procedimiento Civil de aplicación supletoria en los procedimientos laborales, algunos Tribunales del trabajo cuando admiten la demanda pueden establecer que la citación se hará de acuerdo con el procedimiento establecido en dicho Código.

2.1 LA NEGATIVA DEL DEMANDADO A FIRMAR LA BOLETA DE CITACIÓN

Cuando se da el supuesto que el citado se niegue o no pueda firmar la boleta de citación, deberá el Secretario del Tribunal librar una boleta de notificación en la que se comunique al citado la declaración del Alguacil relativa a su situación. Esta boleta deberá ser entregada por el Secretario mismo, en el domicilio o residencia del citado, o en su oficina, industria o comercio, dejándose constancia en autos de ello y señalando la persona a quien se le hubiere entregado. Al día siguiente de la constancia que ponga en autos el Secretario de haber cumplido con dicha actuación, comenzará a contarse el lapso de comparecencia del citado.

2.2 LA CITACIÓN MEDIANTE CARTELES

En cuanto a la citación por carteles, la misma podrá ser solicitada por el demandante en caso de no poderse ubicar personalmente al demandado. En este caso, señala el CPC que “...el Secretario fije en la morada, oficina o negocio del demandado un Cartel emplazándolo para que ocurra a darse por citado en el término de quince días, y otro Cartel igual se publicará por la prensa, a costa del interesado, en dos diarios que indique el Tribunal entre los de mayor circulación en la localidad...”. Nótese en este caso, que uno de los carteles debe ser fijado igualmente en la dirección del demandado, mientras que el segundo cartel, a diferencia del procedimiento laboral que se debe fijar en la sede del tribunal, se exige que sea publicado por la prensa. Por lo tanto, al no exigirse en el proceso laboral la publicación del cartel por la prensa, evidentemente se beneficia al trabajador demandante, ya que reduce los costos de esta vía para lograr la citación del demandado.

De estos novedosos mecanismos, podemos decir que, a casi veinte años de su implantación, el de la citación presunta ha sido sumamente eficaz

ya que en el pasado, en algunos casos, el demandado actuaba en el cuaderno de medidas y no en el principal, pretendiendo de esa manera argumentar que no estaba al tanto de la demanda y por ello no debía contestarla hasta que no fuese formalmente citado. Por su parte, la vía del correo certificado con aviso de recibo no ha sido muy utilizada, bien por los requisitos formales que la vía exige se cumplan, y cuyo estudio y análisis no forman parte del presente trabajo, o bien por lo poco confiable que ha sido el servicio postal. Sin embargo, la vía de utilizar a otro Alguacil distinto al del titular del tribunal de la causa, o bien a un Notario ha sido muy utilizada y ha permitido descongestionar las tareas de muchos tribunales.

3. LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO

Al publicarse la Ley Orgánica del Trabajo en diciembre de 1990, y en vista de la necesidad de establecer un mecanismo propio de citación en los juicios del trabajo, ya que por una parte el establecido en la LOTPT de 1940 había que adaptarlo a las exigencias del momento, y por la otra el establecido en la reforma del CPC de 1986 no se adecuaba en su totalidad a las exigencias del juicio laboral, se estableció un mecanismo que pretendía ser eficiente y sencillo para lograr la citación del patrono demandado.

Efectivamente, los mecanismos para lograr la citación del patrono, señalados tanto en la LOTPT como en el CPC, habían permitido que en algunos casos los patronos evitaran o dificultaran el proceso de citación, ya que en algunos casos al trabajador le resultaba realmente difícil ubicar personalmente al patrono o a un apoderado de éste que tuviese facultades expresas para darse por citado en el proceso.

En este sentido, el artículo 52 de la LOT señala que: “La citación administrativa o judicial en la persona del representante del patrono a quien no se le hubiere conferido mandato expreso para darse por citado o comparecer en juicio, se entenderá hecha directamente a éste, a los fines legales pertinentes, siempre que se notifique al patrono en un cartel que fijará el funcionario competente a la puerta de la sede de la empresa y se entregue una copia del mismo al patrono, o se consigne en

su secretaría o en su oficina receptora de correspondencia si la hubiere. El funcionario dejará constancia en el expediente de haber cumplido con lo prescrito en este artículo y de los datos relativos a la identificación de la persona que recibió la copia del cartel. El lapso de comparecencia comenzará a correr desde el día en que se haya hecho la fijación del cartel y la entrega de su copia”.

De esta manera la citación podía perfeccionarse en la persona de uno cualquiera de los representantes del patrono, aun cuando no tuviesen poder con facultades expresas para darse por citado. De acuerdo con el artículo 51 de la LOT “Los directores, gerentes, administradores, jefes de relaciones industriales, jefes de personal, capitanes de buques o aeronaves, liquidadores y depositarios y demás personas que ejerzan funciones de dirección o administración se consideran representantes del patrono aunque no tengan mandato expreso, y obligarán a su representado para todos los fines derivados de la relación de trabajo.”

Entonces, si se logra entregar la boleta de citación de manera personal a uno cualquiera de los representantes del patrono, para poder entender que el patrono ha quedado citado, debe cumplirse con un requisito de forma imprescindible, cual es el de fijar el correspondiente cartel y que se deje constancia de ello en el expediente. Luego de tal constancia es cuando comenzará a correr el plazo para comparecer ante el tribunal para dar contestación a la demanda.

Este procedimiento es frecuentemente utilizado por los tribunales del trabajo, ya que el mismo permite una posibilidad mayor de lograr la citación personal del demandado, y con ello brindar una mayor seguridad a esta fase fundamental de todo juicio.

Es importante destacar que el incumplimiento de los requisitos formales que debe cumplir el cartel acarreará con la nulidad del procedimiento de citación, pudiendo dar lugar a la reposición de la causa al momento de tener que volver a practicar la citación. Ciertamente, en el caso de algunas empresas que tienen varios establecimientos, pudiera darse la situación que la persona a quien se le entregó la boleta de citación no tenga el rango de representante del patrono. Por ello, la finalidad de la

fijación del cartel es que el patrono se entere que la citación se practicó en la persona de uno de sus empleados de dirección o administración.

3.1 LA CITACIÓN POR CARTELES

En caso que resulte imposible la citación personal del patrono o de uno cualquiera de sus representantes, deberá procederse a la citación por carteles; pero en este caso, deberá seguirse el procedimiento establecido en la LOTPT, de acuerdo con lo establecido en el Art. 50 *ejusdem*.

En este caso, el demandante solicitará del juez de la causa que ordene librar los carteles de citación, los cuales serán fijados en la sede del tribunal y en la sede del patrono, estableciéndole un plazo de tres días para que comparezca a darse por citado. En caso de no comparecencia, el demandante podrá solicitar se le nombre al demandado un defensor *ad-litem*.

3.2 LA CITACIÓN COMO MEDIO PARA INTERRUMPIR LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

En este caso debemos comentar que la jurisprudencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia, para el caso de la interrupción de la prescripción ha entendido que es suficiente con lograr la fijación de este cartel de citación, antes de que venza el plazo establecido en la LOT.

En este sentido, el artículo 64 de la LOT establece entre otras causas, que la prescripción de las acciones provenientes de la relación de trabajo se interrumpe "...por la introducción de una demanda judicial, aunque se haga ante un juez incompetente, siempre que el demandado sea notificado o citado antes de la expiración del lapso de prescripción o dentro de los dos meses siguientes".

Es decir, que si la demanda ha sido intentada antes del año de la terminación de la relación de trabajo, y antes del transcurso de los dos meses siguientes, el Alguacil logra la fijación del cartel de citación, quedará interrumpida la prescripción de la acción.

Esta interpretación que hace la SCS acerca de la manera de interrumpir la prescripción resulta ampliamente favorable a los intereses del demandante, toda vez que no exige que el demandado quede citado para comparecer al proceso; sino tan sólo notificado mediante un cartel fijado a las puertas del tribunal y del establecimiento o sede del demandado.

En nuestra opinión, el hecho de haberse fijado un cartel de notificación en el domicilio del demandado y otro en la sede del tribunal representa una presunción *iuris tantum* de que el mismo se ha enterado del proceso. En cambio, al lograrse la citación del demandado se tiene una presunción *iure et de iure* que el mismo está debidamente enterado de la existencia del proceso. Por lo tanto, consideramos que no sería suficiente la sola fijación del cartel sino que debería haberse cumplido con la citación y haber quedado citado bien el demandado o bien el defensor *ad litem* que hubiese designado el tribunal, para entender que la prescripción de la acción ha quedado interrumpida.

4. LA NOTIFICACIÓN DE ACUERDO A LO ESTABLECIDO EN LA LEY ORGÁNICA PROCESAL DEL TRABAJO

Ahora bien, la tendencia de sustraer del proceso laboral el cumplimiento de formalidades rígidas para los distintos actos del proceso, pareciera ser la línea adoptada por la novísima Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT) y particularmente en lo referente a la citación del demandado.

Efectivamente, la LOPT al tratar el tema de la información al demandado de la existencia del proceso, señala en su Exposición de Motivos que “...se busca garantizar el derecho a la defensa pero mediante un medio flexible, sencillo y rápido, para lo cual, la Comisión ha considerado idónea la notificación, en virtud que la citación, es de carácter eminentemente procesal y debe hacerse a una persona determinada, debiendo agotarse la gestión personal, pero no exige el agotamiento de la vía personal, que es engorrosa y tardía”.

En ese sentido, el artículo 126 LOPT señala que: “Admitida la demanda se ordenará la notificación del demandado, mediante un cartel que in-

dicará el día y la hora acordada para la celebración de la audiencia preliminar, el cual será fijado por el Alguacil, a la puerta de la sede de la empresa, entregándole una copia del mismo al empleador o consignándolo en su secretaría o en su oficina receptora de correspondencia, si la hubiere. El Alguacil dejará constancia en el expediente de haber cumplido con lo prescrito en este artículo y de los datos relativos a la identificación de la persona que recibió la copia del cartel. El día siguiente al de la constancia que ponga el Secretario, en autos, de haber cumplido dicha actuación, comenzará a contarse el lapso de comparecencia del demandado.

También podrá darse por notificado quien tuviere mandato expreso para ello, directamente por ante el Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo respectivo.

El Tribunal, a solicitud de parte o de oficio, podrá practicar la notificación del demandado por los medios electrónicos de los cuales disponga, siempre y cuando éstos le pertenezcan. A efectos de la certificación de la notificación, se procederá de conformidad con lo establecido en la Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas en todo cuanto le sea aplicable, atendiendo siempre a los principios de inmediatez, brevedad y celeridad de la presente Ley. A todo evento, el Juez dejará constancia en el expediente, que efectivamente se materializó la notificación del demandado. Al día siguiente a la certificación anteriormente referida, comenzará a correr el lapso para la comparecencia de las partes a la audiencia preliminar.

Parágrafo Único: La notificación podrá gestionarse por el propio demandante o por su apoderado, mediante cualquier notario público de la jurisdicción del Tribunal.”.

En nuestra opinión, nos preocupa el hecho que un acto de tanta importancia dentro del proceso como es el del llamamiento al mismo de la parte demandada se pretenda simplificar de tal manera. Es comprensible que debe buscarse la vía más eficiente para lograr que el demandado no pueda evitar la comunicación del tribunal informándole de la existencia del proceso, y obligándolo a comparecer al mismo para pre-

sentar los argumentos de su defensa. Sin embargo, desprender de formalidad al procedimiento de citación puede resultar un inconveniente a la seguridad jurídica.

En Venezuela, la gran mayoría de las relaciones de trabajo ocurren en un ambiente de pequeñas y medianas empresas, muchas de ellas carentes de una organización o estructura interna que incluya la oficina receptora de correspondencia y en no pocos casos, no incorporados al mundo de la comunicación electrónica. Por ello, resulta de importancia fundamental que, en caso de utilizarse una de estas vías para lograr la notificación del patrono, éste disponga de la infraestructura necesaria para haber obtenido oportuna información sobre la notificación recibida.

En este sentido, sugerimos que el patrono incorpore en los contratos de trabajo o se notifique por escrito a cada uno de sus trabajadores cuál sería la vía para tramitar la notificación judicial del patrono en caso de intentarse un proceso. Esto daría seguridad al momento de practicarse la notificación.

Cuando la ley señala que se le entregará una copia del cartel fijado al empleador, entendemos que puede serle entregado a uno cualquiera de sus funcionarios a quienes la Ley les reconoce el carácter de representantes del patrono.

Pero lo más importante de este cambio que introduce la LOPT, es que el mismo representa un cambio radical de cómo entendía la citación la legislación adjetiva y los abogados litigantes. Más aún, en este nuevo proceso, no existe la posibilidad de que se fije el término de la distancia para el caso que el domicilio de la demandada no coincida con el de la jurisdicción del tribunal de la causa. El legislador consideró que el plazo de diez días hábiles siguientes a la constancia en autos de haberse cumplido con todos los trámites, sería suficiente para que el demandado comparezca a la audiencia preliminar. Debe señalarse que el plazo de diez días lo señala el artículo 128 mas no el 126, que se limita a decir que el cartel de notificación indicará el día y la hora acordada para que tenga lugar la audiencia preliminar.

Entender que el plazo señalado en el artículo 128 sólo aplica para los casos de citación por correo certificado con aviso de recibo y no a la generalidad de los casos, pudiera representar una fuente de inconvenientes para el adecuado ejercicio de la defensa del demandado. Imaginemos si un determinado tribunal decide fijar el día siguiente o el segundo siguiente para la celebración de la audiencia preliminar. Y si le agregamos el hecho que la empresa no se encuentre en la jurisdicción del tribunal de la causa, pues mucho más grave la situación.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

La nueva LOPT viene a tratar de resolver el enorme problema del congestionamiento de nuestros tribunales del trabajo, buscando dar una respuesta moderna a la actual situación de desarrollo de la relación de trabajo. En esa vía, se pretende lograr la manera más sencilla pero a la vez eficiente de lograr cumplir con el proceso en todas sus etapas.

Uno de sus grandes propósitos sería contar con la colaboración de las partes para entender hasta qué punto se justifica el continuar con el proceso como única manera de solucionar la controversia presentada entre ellas. En este sentido el juez debe llamar a las partes a tratar de conciliar, transar o someter a la decisión de unos árbitros la solución del conflicto.

En este sentido, se inserta un cambio radical en la manera de concebir a la citación del demandado como un acto lleno de formalidades, y se busca que el mismo sea un acto sencillo y práctico que logre adecuadamente informar al patrono de la existencia de un proceso judicial en su contra.

Sin embargo, por ese afán de celeridad e informalidad pudiera arriesgarse la seguridad jurídica y el adecuado ejercicio del derecho a la defensa que tiene todo demandado. Por lo tanto, a pesar de la informalidad, debería buscarse la fórmula que dé mayor nivel de certeza para entender que el patrono ha sido oportunamente notificado de la existencia del juicio y haya tenido oportunidad de prepararse para la audiencia preliminar.

Para ello, también es fundamental que los jueces sancionen adecuadamente a quienes pretendan abusar de la flexibilidad del procedimiento

de notificación de la demanda en detrimento del derecho de defensa de los demandados.

El éxito del nuevo proceso laboral estará cifrado en la transparencia y buen uso que hagan las partes y los jueces de los novedosos mecanismos de conciliación y mediación, así como de la notificación de las partes como de las reglas de promoción, evacuación y apreciación de las pruebas.

Comentarios sobre el Procedimiento de Privación de Guarda

María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN*

SUMARIO:

Introducción

1. La guarda
2. Causas que pueden dar lugar a la privación de la guarda.
3. Procedimiento de privación de guarda: 3.1 Competencia. 3.2 Legitimación. 3.3 Solicitud. 3.4 Medidas. 3.5 Citación. 3.6 Comparecencia. 3.7 Lapso probatorio. 3.8 Sentencia y apelación. 3.9 Revisión. 3.10 Necesidad de escuchar al menor.

Conclusión

* **Universidad Central de Venezuela.** Abogada. Especialista en Derecho Procesal. Investigadora-Docente. *Instituto de Derecho Privado.* Profesora Agregado. Jefe de la Cátedra de *Derecho Civil I Personas.* Cursante del Doctorado en Derecho. Autora entre otras publicaciones de la obra *Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil.* (TSJ, 2001).

INTRODUCCIÓN

Las presentes líneas buscan hacer ciertas consideraciones sobre el procedimiento de privación de guarda. No pretendemos con el presente trabajo adentrarnos al estudio de este importante atributo de la patria potestad sino reflexionar brevemente sobre algunos aspectos procesales ligados a su privación.

A tal efecto, hemos considerado conveniente dividir nuestro trabajo en tres partes: la primera de ellas trata sobre la institución de la guarda en general; en un segundo aspecto estudiaremos las causas que pueden dar lugar a la privación de este importante atributo; y en un tercer y último ítem nos centraremos en el procedimiento de privación de guarda.

1. LA GUARDA

La guarda configura sin lugar a dudas el atributo por excelencia de la patria potestad. Tiene por objeto el cuidado de la **persona** del menor de edad¹ no emancipado. Es decir, se enfoca en todo lo relativo al ámbito personal del hijo, y en consecuencia excluye lo concerniente a los atributos de “administración”² y “representación”,³ los cuales están asociados al aspecto patrimonial, es decir, a los bienes del menor de edad.

Si bien, la patria potestad comprende los atributos de guarda, administración y representación, no es difícil advertir que de éstos, el más importante sin lugar a dudas es el primero porque permite el contacto afectivo y directo con el menor. Por otra parte, los atributos de representación y administración se hacen efectivos en el caso de la existencia de bienes de fortuna, los cuales no son frecuentes en la generalidad de los casos: en tanto que el cuidado personal del niño o adolescente es absolutamente imprescindible en su desarrollo.

¹ Utilizamos el término “*menor de edad*” porque no consideramos que el mismo tenga una connotación despectiva tal como lo hemos indicado en otras oportunidades. Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Ensayos sobre capacidad y otros temas de derecho civil*. Colección Nuevos Autores N° 1, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 69-71.

² Administrar es gestionar el patrimonio de una persona de una manera beneficiosa.

³ La representación supone la realización de actos jurídicos en nombre del representado.

El atributo de la guarda se nos presenta así como el centro o núcleo esencial de la institución de la patria potestad. Se traduce en un conjunto de deberes y potestades que tienen los padres en relación con la persona del hijo a los fines de orientar su educación y desarrollo.⁴ Su estudio corresponde al régimen de protección de la patria potestad y así ha sido precisado por la doctrina en materia de Derecho Civil I.⁵ La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente⁶ en su artículo 358 señala que “la guarda comprende la custodia, la asistencia material, la vigilancia y la orientación moral y educativa de los hijos, así como la facultad de imponer correcciones adecuadas a su edad y desarrollo físico y mental. Para su ejercicio se requiere el contacto directo con los hijos y, por tanto faculta para decidir acerca del lugar de la residencia o habitación de éstos”.⁷ La doctrina ha

⁴ Sobre la guarda véase: Castán Vázquez, J. M.: *La Patria Potestad*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1960, pp. 180-208; Wills Rivera, Lourdes: *La Guarda del hijo sometido a patria potestad*. Caracas, edit. Torino, 2001; Wills Rivera, Lourdes: *La guarda del menor sometido a patria potestad y la reforma del Código Civil*. En: Revista de Derecho Privado N° 1-1, Caracas, 1.983, pp. 187-229; Domínguez Guillén, María Candelaria: *La educación del menor como contenido esencial de la guarda*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídica y Políticas N° 116, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1999, pp. 347-372; Domínguez Guillén, Ensayos..., pp. 127-150; García Pastor, Milagros: *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales*. Madrid, McGraw-Hill, 1997; Abreu Burelli, Alirio: *Las disposiciones del Código Civil atinentes a la minoridad, patria potestad, guarda, tutela y regímenes de administración de bienes de menores*. En: Derecho de Menores en Venezuela, Publicación N° 11. Caracas, Despacho del Fiscal General de la República, Instituto de Estudios Superiores del Ministerio Público, 1.985, pp. 35-54.

⁵ Véase respecto de la guarda, la doctrina nacional general: Aguilar Gorronzona, José Luis: *Derecho Civil Personas*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 14ª edic., 2.000, pp. 255-268; Hung Vaillant, Francisco: *Derecho Civil I*. Valencia-Venezuela-Caracas, Vadel Hermanos Editores, 2ª edic., 2001, pp. 312-324; Zerpa, Levis Ignacio: *Derecho Civil I Personas*. Guía y Materiales para su Estudio por Libre Escolaridad. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1987, pp. 135-145; Marín Echeverría, Antonio Ramón: *Derecho Civil I. Personas*. Venezuela, McGraw-Hill Interamericana, 1998, pp. 152-157; La Roche, Alberto José: *Derecho Civil I*. Maracaibo, Edit. Metas C.A., 2ª edic., 1.984, Vol. II, pp. 108-114; Graterón Garrido, Mary Sol: *Derecho Civil I. Personas*. Caracas, Fondo Editorial USM, 2000, pp. 233-250; Reyna de Roche, Carmen Luisa: *Patria Potestad y Matricentrismo en Venezuela. Estudio de una disfuncionalidad*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1991, pp. 73-78; Reyna de Roche, Carmen Luisa: *El Ejercicio conjunto de la patria potestad*. En: Revista de Derecho Privado N° 1-1, Caracas, 1983, pp. 145-174.

⁶ En los sucesivos LOPNA.

⁷ Una referencia similar contenía el artículo 265 del Código Civil y el artículo 37 de la Ley Tutelar de Menores.

precisado el desarrollo del contenido de la guarda siguiendo la clasificación de Castán Vázquez, en alimentación, convivencia y educación.⁸ A esta última nos hemos referido en otras oportunidades y a ella nos remitimos⁹ a los fines de dedicarnos en esta oportunidad al procedimiento de privación de guarda.

La guarda corresponde, en principio, a los progenitores que ejercen la patria potestad, y su ejercicio es conjunto cuando tiene lugar en condiciones que implican un desarrollo compartido. Las divergencias en tal caso se superan de conformidad con el artículo 359 de la LOPNA.¹⁰ Cuando los padres se encuentran separados en virtud de una sentencia de divorcio, de separación de cuerpos o de nulidad de matrimonio, los progenitores decidirán de mutuo acuerdo quién tendrá la guarda. En tal caso, el artículo 360 de la LOPNA prevé un orden de preferencia a favor de la madre de los hijos menores de siete (7) años.¹¹ De tal suerte que si el menor de edad tiene siete (7) años o menos la ley establece una preferencia a favor de la madre en cuanto a la asignación de la

⁸ Véase: Castán Vázquez, *Ob. Cit.*, pp. 180-208. Véase en el mismo sentido: Wills Rivera, *La guarda del hijo...*, pp. 37-91; Domínguez Guillén, *Ensayos...*, pp. 129-145; Domínguez Guillén, *La educación...*, pp. 347-372.

⁹ Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, pp. 129-145; Domínguez Guillén, *La educación...*, pp. 347-372.

¹⁰ Prevé la norma: "...Cuando exista desacuerdo acerca de la decisión que corresponda a uno de los aspectos del contenido de la guarda, cualquiera de los padres puede acudir ante el Juez de la Sala de Juicio, quien, previo intento de conciliación, después de oír a ambas partes y al hijo, decidirá el punto controvertido en la oportunidad que fijará con antelación, sin perjuicio de que la parte no satisfecha pueda intentar el juicio de guarda. De esta decisión no se concederá apelación".

¹¹ Indica el artículo 360: "En los casos de demanda o sentencia de divorcio, separación de cuerpos, o nulidad de matrimonio o si el padre y la madre tienen residencias separadas, éstos decidirán, de mutuo acuerdo, cuál de ellos ejercerá la guarda de los hijos de más de siete años. Los hijos que tengan siete años o menos, deben permanecer con la madre, excepto el caso en que ésta no sea titular de la patria potestad o que, por razones de salud o de seguridad, resulte conveniente que se separen temporal o indefinidamente de ella. De no existir acuerdo entre el padre y la madre respecto a cuál de los dos ejercerá la guarda de los hijos, el juez competente determinará a cuál de ellos corresponde. En el caso de los hijos de siete años o menos cuya guarda no pueda ser ejercida por la madre conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, o a solicitud expresa de la misma, el juez debe decidir si la guarda debe ser ejercida por el padre o si el interés de los hijos hace aconsejable la colocación familiar".

guarda.¹² Con posterioridad a tal edad, los padres decidirán con quién permanecerá el menor, no obstante es interesante observar que en tal caso implícitamente se sigue concediendo una suerte de prioridad a favor de la madre, pues ésta en principio habrá detentado la guarda hasta esa fecha y un elemento interesante a considerar es la preservación del *statu quo*.¹³ Es decir, en la medida de lo posible, debe tratarse de no cambiar el entorno de vida del menor; siendo así, pareciera que el cambio de la guarda de la madre al otro progenitor, precisa de una motivación acompañada por el interés del menor con circunstancias diversas al *statu quo*. Veamos entonces cuáles son las circunstancias que pueden ser alegadas a los fines de la privación de la guarda.

2. CAUSAS QUE PUEDEN DAR LUGAR A LA PRIVACIÓN DE LA GUARDA

Ante todo, cabe indicar que la ley **NO** indica expresamente las causas que pueden dar lugar a la privación de la guarda. Es decir, la ley no prevé —a diferencia del procedimiento de privación de la patria potestad—¹⁴ las causas que pueden dar lugar a la privación de dicho atributo.

Se ha dicho entonces que las circunstancias que pueden dar origen a la privación de la guarda presentan estrecha relación con el incumplimiento de los deberes implícitos en el contenido de la misma. Es decir, la deficiencia de los deberes que le incumben al padre guardador con relación a la alimentación, convivencia y educación¹⁵ pueden propiciar la privación. Indica la doctrina que la privación de la guarda, no presenta

¹² Véase: CSJ/CC, Sent. 757 del 8-12-99, J.R.G., T. 160, pp. 313 y 314, se declara con lugar el amparo porque un Tribunal decretó la restitución inmediata de un menor de un año a su padre, quien no tenía atribuida legalmente la guarda, separándolo sin motivo de su madre; se violaron normas constitucionales del debido proceso y de protección del niño.

¹³ Véase *infra* N° 2. Véase: García Pastor, *Ob. Cit.*, pp. 135-137. Supone que las decisiones en materia de guarda, ya sean judiciales o por convenio, únicamente podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias. En aplicación de este criterio los niños quedarían con aquel progenitor con el cual su vida futura fuese lo más parecida a su vida anterior. (*Ibid.*, p. 135).

¹⁴ Las cuales se encuentran enumeradas en el artículo 352 de la LOPNA.

¹⁵ Sobre tales deberes, véase nuestros comentarios en: *Ensayos...*, pp. 129-145.

una connotación tan despectiva como la privación de la patria potestad, la cual requiere causales taxativas y graves, pues se trata de conductas u omisiones que afectan en forma sustancial el desarrollo del menor.¹⁶ Las situaciones de hecho o circunstancias constitutivas de las causales de privación de guarda quedan a la libre y soberana apreciación del juez, quien ejercerá ese poder teniendo por norte el interés del menor.¹⁷

La privación de la guarda debe estar orientada por un principio básico fundamental que guía todo lo relativo a la materia donde está en juego el menor, a saber, “*el interés superior*” del niño o adolescente. Éste se encuentra consagrado expresamente en el artículo 8 de la LOPNA¹⁸ y el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.¹⁹ De tal suerte que en lo que respecta a las causas que podrían dar lugar a la privación de la guarda debe tenerse por norte el principio del interés superior del

¹⁶ Véase: Aguilar Gorrondona, *Ob. Cit.*, pp. 263 y 264, señala que el juicio de privación de guarda difiere del de patria potestad en dos aspectos sustantivos: no presupone una falta del padre o de la madre de modo que, como lo declaraba la jurisprudencia anterior, la privación de la guarda no tiene el carácter de deshonroso de la privación de la patria potestad; no afecta sino a uno de los atributos de la patria potestad (la guarda), pero no sólo priva de ella al demandado sino que se le confiere al actor (efecto este último que no tiene la privación de la patria potestad).

¹⁷ Wills, *La guarda del hijo...*, p. 241.

¹⁸ Que prevé: “*El Interés Superior del Niño es un principio de interpretación y aplicación de esta Ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.*”

Parágrafo Primero: Para determinar el interés superior del niño en una situación concreta se debe apreciar:

- a) la opinión de los niños y adolescentes;
- b) la necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños y adolescentes, y sus deberes;
- c) la necesidad de equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías del niño o adolescente;
- d) la necesidad de equilibrio entre los derechos de las demás personas y los derechos y garantías del niño o adolescente;
- e) la condición específica de los niños y adolescentes como personas en desarrollo.

Parágrafo segundo: *En aplicación del interés superior del niño, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros*”.

¹⁹ Que establece: “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”.

menor; si la privación de la guarda se traduce en un beneficio para el niño o adolescente, dicho atributo puede ser concedido al otro progenitor.

Sin embargo, ello nos coloca frente a un problema interesante que sólo puede ser determinado ante el caso concreto y es precisamente dilucidar en qué consiste el interés del menor. Ello ha sido magistralmente desarrollado por Francisco Rivero Hernández,²⁰ quien comenta que el interés del menor es un concepto jurídico indeterminado cuyos límites la ley no precisa con exactitud pero que debe referirse a un supuesto concreto al momento de su aplicación.²¹ El principal problema que presenta es su “relativismo”²² porque lo determina el juez, quien a fin de cuentas es una persona cargada de prejuicios y valores.²³ El interés del menor no se puede determinar en abstracto sino en función de un caso en concreto y de allí que el autor propone varios elementos a considerar, tales como: a) atender primero a las necesidades materiales básicas o vitales del menor (alojamiento, salud, alimentación) así como a las de tipo espiritual (afectivas, educacionales); b) deseos, sentimientos y opiniones del menor interpretados según su madurez y discernimiento; c) el mantenimiento del *statu quo*, es decir, evitar, en la medida de lo posible, la alteración del entorno personal, tales como colegio, amigos, religión; d) considerar la edad, el sexo y la personalidad; e) riesgos que la situación actual subsiguiente a la decisión en “interés del menor”; f) perspectivas personales, intelectuales y profesionales.²⁴

El interés superior del menor supone necesariamente la consideración de lo que sería más provechoso y conveniente para el menor en el caso concreto. De allí que la abstracción, subjetividad y relativismo que implica la determinación de dicho interés superior debe precisarlo el juz-

²⁰ Véase: Rivero Hernández, Francisco: *El interés del menor*. Madrid, Dykinson, 2000.

²¹ *Ibid.*, p. 57.

²² *Ibid.*, pp. 96-102.

²³ *Ibid.*, pp. 102 y 103. Señala el autor que cada persona se cree la medida de todas las cosas y contempla al mundo tomándose a sí mismo con parámetro y medida de todo. (*Ibid.*, p. 102). Se distinguen así estereotipos generales y sociales, estereotipos judiciales y estereotipos legales (*Ibid.*, pp. 103-106).

²⁴ *Ibid.*, pp. 203-205.

gador ante el conjunto de circunstancias que rodean el caso particular. En definitiva, se traduce en una suerte de pronóstico de lo que sería más favorable para el menor a mediano o largo plazo.

En el procedimiento de privación de guarda, y en la determinación de las causas procedencia de la misma, obviamente cobra fundamental importancia la noción de interés del menor, porque quien pretende la privación de la guarda debe probar que ello resulta conveniente a los efectos del interés superior del menor.

Así, la orientación de que el interés del menor pueda hacer atribuir la guarda del niño o adolescente al otro progenitor, debe tomar en cuenta múltiples y diversos aspectos: las relaciones afectivas y materiales del menor respecto de ambos progenitores; la opinión del menor de edad, siendo particularmente importante la misma según el grado de discernimiento; el mantenimiento en la medida de lo posible, del *statu quo* en el sentido de que una privación de guarda que se traduzca en un cambio de vida y entorno al menor no sería positivo; la integración del niño o adolescente a cada uno de los hogares en juego; las características de quien pretende ejercer la guarda del menor, etc.

Los deberes del padre guardador van desde una buena administración, en lo relativo a lo que tiene que ver con la “alimentación” en sentido amplio (lo que come el menor, su vestido, recreación, etc.), con la convivencia también en un sentido amplio (es decir, si le concede el soporte afectivo necesario no obstante no se habite con el hijo) y con las diversas manifestaciones de la educación (moral, religiosa, profesional, física, cívica, sexual, etc.). Esas obligaciones que tiene el progenitor que ejerce la guarda y que explicamos en su oportunidad²⁵ al ser incumplidas, pueden propiciar la privación de la misma. Recordemos que el incumplimiento no precisa ser tan grave o denigrante como las causas que dan lugar a la privación de la patria potestad.

²⁵ Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, pp. 129-145.

Rivero Hernández señala acertadamente que en la actualidad “*el interés de los hijos menores... es el único criterio legal rector de la asignación de la guarda de los hijos tras la crisis matrimonial*”.²⁶ Al momento de concretarlo, los Tribunales españoles –indica el autor– se han fijado especialmente en varias circunstancias: la consideración de la convivencia anterior de los hijos con los progenitores al que se confía la guarda, o el entorno socioeconómico y cultural que rodea al hijo e influye en su afectividad y relaciones habituales o la mejor aptitud de la madre para el cuidado de los hijos.²⁷ El autor refiere algunos casos interesantes de la jurisprudencia española en los que se ha tomado en cuenta el interés del menor en cuanto a la atribución de la guarda tras la crisis matrimonial y separación de los padres.²⁸

¿Cuáles son algunas circunstancias que pueden confluir a la privación de la guarda? Si bien en ocasiones se alega maltrato del padre guardador, pensamos que dicha causa debería ser reconducida mediante una privación de la patria potestad de conformidad con el artículo 352, letra a de la LOPNA. La privación del atributo de la guarda debería tener lugar ante una circunstancia que si bien no sea tan grave como para constituir una privación de la patria potestad afecte substancialmente el interés del menor, el cual constituye principio fundamental de la materia que rige la infancia y la adolescencia. Tales circunstancias pueden ser múltiples y dependerán del caso concreto.

²⁶ Rivero Hernández, *Ob. Cit.*, p. 179.

²⁷ *Ídem*.

²⁸ Véase: *Ibid.*, pp. 179-183: La consideración de la salud del menor afectada por las creencias religiosas de la madre permitió conceder la guarda al padre (Sentencia española del Tribunal Supremo del 27 de febrero de 1980). Otra decisión relacionó el interés de la hija con el género de vida de la madre quien convivía con un hombre casado y separado de su esposa (Sentencia del Tribunal Supremo del 17 de octubre de 1983). Una decisión consideró que debían prevalecer los intereses afectivos sobre los materiales (Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla del 3 de febrero del 2000). También se ha indicado que la atribución de la guarda precisa de una valoración conjunta en función del interés del menor y que en caso concreto se consideró: la posición económica del padre, el cariño mostrado por el padre a su hija con motivo del traslado voluntario de la madre a otra localidad, la integración de la niña al entorno cultural, familiar, social y escolar que ha mostrado y la inconveniencia de variar tal situación a la edad de siete años (Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Mataró de 13 de marzo de 1991).

Puede configurar una causa de privación de guarda el incumplimiento del progenitor guardador que afecte el interés del menor. El mismo puede manifestarse en lo que tiene que ver con el contenido de la misma: en su descuido en torno a sus obligaciones en la vigilancia de la alimentación del menor, en su negligencia en lo que respecta al contacto afectivo con el menor y en lo que tiene que ver con la orientación en su educación. Las manifestaciones que impliquen un descuido en la educación pueden ser múltiples, pues podrían suponer un abandono en la educación moral, profesional, física, sexual, etc. En la educación moral porque el padre, por ejemplo, no inculque principios éticos y morales en su hijo o porque los que le pretende inculcar afectan su libertad o constituyen un abuso de la autoridad paterna. El incumplimiento de la educación profesional o académica puede tener lugar porque el progenitor no propicia el desarrollo de las actividades intelectuales de su hijo, bien sea porque no le brinda su ayuda o soporte, porque no supervisa que el hijo acuda a la Escuela o porque impone al menor una institución educativa contraria a su interés y libertad. El incumplimiento de la educación física tiene en parte que ver con las condiciones higiénicas²⁹ y en consecuencia el vivir en condiciones de precaria higiene puede afectar al menor, inclusive desde el punto de vista de su salud.

De tal suerte que múltiples serían las circunstancias que podrían constituir un incumplimiento de los deberes del padre guardador, ello aunado a otros elementos que puede abonar el progenitor que solicita la privación de guarda en torno a la conveniencia de concederle a éste dicho atributo en función del interés del menor, tales como condiciones favorables desde el punto de vista afectivo, económico o psicológico, las cuales pueden ser determinantes. Es fundamental considerar igualmente la opinión del menor por ser el principal interesado en el procedimiento en estudio.³⁰

La noción de interés del menor excluye *per se* las frecuentes manipulaciones que se aprecian en la práctica, donde las disputas de los progenitores parecen olvidarse del principal interesado, es decir, del hijo menor

²⁹ Véase: Domínguez Guillén, *Ob. Cit.*, p. 144.

³⁰ Véase *infra* N° 3.10.

de edad. Es bien sabido que los progenitores no tienen derechos sobre sus hijos, sino que ejercen deberes y potestades, porque las atribuciones que les concede la ley no existen en su beneficio sino en exclusivo interés del niño o adolescente. Siendo así, aunque sea difícil, los procedimientos que tienen que ver con el menor como el que nos ocupa, deben tener por norte el interés y beneficio del hijo; los padres no deben utilizar el proceso como una arma ajena a lo que debe ser su único sentido: *el menor*.³¹

Las circunstancias que pueden propiciar una privación de guarda no precisan ser tan graves como las de privación de la patria potestad, porque en tal caso no tendría sentido la privación de uno solo de los atributos. Así se ha indicado que la privación de la guarda se encuentra entre un estado intermedio entre el procedimiento de privación de patria potestad y el procedimiento de modificación de guarda.³² Recordemos que este último tiene lugar cuando no se pretende quitarle el atributo de la guarda al progenitor sino la variación de algún elemento de su contenido.³³ Curiosamente, las estudiantes Johanna Bejas y Dayana Ortiz en

³¹ Véase en materia de patria potestad: TSJ/SS, Sent. 18-4-02, Sent. N° 237, J.R.G., T. 187, pp. 734-737, se indica que la negativa a prestar alimentos como causal de privación de la patria potestad supone resistencia reiterada e injustificada y no se puede considerar causas subjetivas que puedan alegar los padres para justificar el incumplimiento. Las normas deben ser interpretadas en favor y en interés de los hijos. Véase: AMCSPTA, Sent. 23-3-01, J.R.G., T. 174, se declara que el niño permanezca con su probable madre en lugar de ser ubicado en una entidad de atención hasta que se determine su verdadera filiación, se alude al interés superior del niño.

³² Véase: Almenar Diletto, Milagros Alejandra: *Causas que producen la modificación y la privación de la guarda, así como los legitimados activos llamados a solicitarla*. Trabajo realizado en el Seminario “Las causas que afectan la capacidad de obrar” (Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho 2002-2003). Caracas, junio de 2003, p. 24: Distingue entre los supuestos de procedencia de la privación de guarda; cualquier circunstancia que el juez considere de poca magnitud como para privar de la patria potestad, pero de mayor importancia como para sólo modificar la guarda; la negativa a corregir alguna de las circunstancias que dan origen a la modificación; la reincidencia en alguna de las causales de modificación de guarda. Sin embargo, en relación a esta última que indica Almenar pensamos que la reincidencia en la modificación por sí sola a falta de norma expresa no constituye una causa de privación de la guarda si no afecta el interés del menor. Milagros Alejandra Almenar Diletto realizó una investigación en la Sala II del Juzgado de Protección del Niño y Adolescente del Estado Miranda entre el 2001 y el 2003, en la cual indica que el 81,52 % de los casos de privación de guarda tenían lugar por la negativa a corregir en tanto que el 18,47% de los mismos acontecían por reincidencia. (*Ibid.*, p. 31).

³³ La modificación de la guarda se diferencia de la privación, porque en aquélla el solicitante no pretende quitarle el atributo de la guarda a quien la ejerce, sino la variación de algunos de los aspectos o elementos contenidos en dicho atributo. Por ejemplo, el progenitor que no ejerce la guarda no está de acuerdo con la forma de alimentación o educación que ejerce el padre guardador respecto a su hijo, a saber, la dieta o la institución educativa, respectivamente.

una investigación de seminario concluyeron que el juicio de privación de guarda tiene menor incidencia práctica que el procedimiento de modificación de guarda y que el de privación de patria potestad.³⁴ Igualmente resulta interesante otra investigación de campo de seminario en la que las estudiantes Mariana Jáuregui y Naiggily Rojas constataron que dentro del procedimiento de privación de patria potestad está siendo frecuentemente alegada una causal que introduce la LOPNA en su Art. 352, letra *c* relativa al incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad.³⁵ Si ello es así, ante una causal tan amplia y genérica que opaca el carácter de taxativo de las causales de privación de patria potestad, probablemente se prefiera acudir a este procedimiento antes que al de privación de guarda.

Recordemos que la circunstancia de que el progenitor que ejerce la guarda no conviva con el hijo no constituye por sí sola, incumplimiento de los deberes en juego, pues así lo indica expresamente el artículo 358 de la LOPNA³⁶ y había sido adelantado por la doctrina y la jurisprudencia.³⁷

El incumplimiento injustificado de la obligación de alimentos afecta la atribución de la guarda, salvo rehabilitación, la cual es procedente con posterioridad al año de haberla cumplido fielmente, de conformidad con el artículo 362 de la LOPNA.³⁸ No obstante, tal señalamiento en rela-

³⁴ Véase Bejas, Johanna y Dayana Ortiz: *La Guarda*. Trabajo realizado en el Seminario “Las causas que afectan la capacidad de obrar” (Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho 2002-2003). Caracas, 2003. La investigación fue realizada en la Sala XI del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas considerando el año 2002 y 2003, pp. 27-29. Se constató entre tal período dos (2) casos de privación de guarda, quince (15) de modificación de guarda y doce (12) de privación de patria potestad (*Ibid.*, p. 31).

³⁵ Jáuregui, Mariana y Naiggily Rojas: *La patria potestad*. Trabajo realizado en el Seminario “Las causas que afectan la capacidad de obrar” (Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho 2002-2003). Caracas, junio 2003, p. 33.

³⁶ Al señalar que “*por tanto, faculta para decidir acerca del lugar de la residencia o habitación de éstos*”.

³⁷ Véase nuestros comentarios y citas en: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, pp. 132-134.

³⁸ Indica la norma: “*Al padre o la madre a quien le haya impuesto por vía judicial el cumplimiento de la obligación alimentaria, por haberse negado injustificadamente a cumplirla, pese a contar con recursos económicos, no se le concederá la guarda del respectivo hijo, a menos que se declare judicialmente su rehabilitación y sea conveniente al interés del hijo. La rehabilitación procede cuando el respectivo padre ha cumplido fielmente, durante un año, los deberes inherentes a la obligación alimentaria*”.

ción con la guarda en particular resultaba innecesario, pues el incumplimiento injustificado de la obligación de alimentos es causal de privación de la patria potestad en general de conformidad con el artículo 352, letra *i* de la LOPNA³⁹ y adicionalmente también puede afectar el derecho de visitas de conformidad con el artículo 389 *eiusdem*. La eliminación del derecho de visitas en función del incumplimiento del deber de alimentos constituye una innovación de la LOPNA, por lo demás exagerada tomando en cuenta que se está afectando el derecho del hijo a relacionarse con su padre y que aspectos formales podrían alterar en forma irreversible un tiempo considerable y fundamental en la relación paterno-filial.⁴⁰ El derecho de visitas constituye la forma de hacer efectivo el derecho de todo menor a relacionarse con el progenitor que no ejerce la guarda.⁴¹

La privación de la guarda debe encuadrarse en circunstancias que tengan por norte el interés superior del menor⁴² y que permita al juzgador tener la convicción de que al privarle al progenitor de la guarda, el menor se encontrará en mejores condiciones para su desarrollo y bienestar.⁴³

³⁹ Esta causal ya se encontraba en el Art. 82 de la Ley Tutelar de Menores.

⁴⁰ De allí que tal planteamiento de la LOPNA ha sido criticado. Este sentido, véase: Morales Georgina: *El Derecho del Hijo a relacionarse con su padre (mal llamado derecho de visitas)*. En: *De los Menores a los Niños, una larga trayectoria*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Privado, 1999, p. 266. Señala la autora: “no comparto la inclusión de una disposición legal que acreciente el discurso de la negociación visitas-pensión alimentaria que, por lo demás, le otorga fuerza jurídica a la idea popular de *si no pagas, no lo ves*”. (*Ídem*).

⁴¹ Sobre el derecho de visita, véase: Tortoledo de Salazar y Francisco Salazar: *El Derecho de Visitas Derechos de Menores*. Valencia, Diario de Tribunales, 1991; Morales, *Ob. Cit.*, pp. 257-269; García Pastor, *Ob. Cit.*, pp. 227-269. Véase también sobre el derecho de vistas: AMCCSTPNANAI, Sent. 4-6-01, J.R.G., T. 177, pp. 29-31.

⁴² Véase también sobre el interés superior del menor: Goldstein, Joseph I.: *¿En interés superior de quién?* En: *Derecho, infancia y familia*. Mary Belof (Compiladora). Barcelona, Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos, Universidad de Palermo, Facultad de Derecho, Gedisa Editorial, 2000, pp. 115-129.

⁴³ Véase: AMCSFM1, Sent. 6-3-96, OPT, Última instancia 3-96, p. 234: la guarda es un atributo de la patria potestad que debe ser atribuida a uno de los padres si éstos no viven juntos; se preferirá a la madre si el menor tiene menos de 7 años y se resolverá según las circunstancias específicas de cada caso a los fines de que el menor conviva con aquel que ofrezca las mayores garantías para su desarrollo integral.

3. PROCEDIMIENTO DE PRIVACIÓN DE GUARDA

El procedimiento de privación de guarda está contenido en los artículos 511 al 525 de la LOPNA que regula el “Procedimiento *Especial de Alimentos y Guarda*”. Debe tenerse presente algunas normas complementarias en materia de guarda, de los artículos 358 al 364 *eiusdem*. Anteriormente se encontraba desarrollado en los artículos 57 al 70 de la Ley Tutelar de Menores. Se trata de un procedimiento breve que necesariamente supone la idea de celeridad, en razón que se precisa atribuir el delicado cuidado de la persona del menor al progenitor que está en condiciones más cónsonas con el interés superior de aquél.

Veamos pues algunas consideraciones sobre el procedimiento de privación de guarda.⁴⁴ A decir de Alí Lasser, estamos ante un juicio de privación parcial de la patria potestad porque se pierde el más importante de sus atributos,⁴⁵ orientado por el interés del menor⁴⁶ y caracterizado por la cortedad de sus lapsos.⁴⁷ El juez debe preocuparse por el bienestar del menor, asumiendo una función protectora y preventiva, a fin de indagar sobre lo que más le conviene al niño.⁴⁸

3.1 COMPETENCIA

El tribunal competente, a los fines de interponer la acción de privación de guarda de conformidad con los artículos 177⁴⁹ y 453⁵⁰ de la LOPNA es el

⁴⁴ Sobre el procedimiento de guarda, véase: Lasser, Alí: *El Juicio de Privación de Guarda*. En: Revista del Ministerio de Justicia N° 31, Caracas, 1959, pp. 23-41; Irureta Ortiz, Yajaira. *Derecho de Menores, Alimentos, Guarda y Custodia; Procedimientos*. Valencia-Caracas, Vadell Hermanos Editores, 1996; García de Astorga, Amarilis y Dilia María Ribeiro Sousa: *Algunos aspectos sobre alimentos y guarda previstos en los proyectos de Ley Orgánica de Protección a la Niñez y Adolescencia*. En: De los menores a los niños: una larga trayectoria. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Privado, 1999, pp. 1-32; Wills, *La guarda del hijo...*, pp. 218-268.

⁴⁵ Lasser, *Ob. Cit.*, p. 24.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 29.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 40.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 41.

⁴⁹ La norma indica en su Parágrafo Primero, letra c, que el juez designado por el presidente de la Sala de Juicio, según su organización interna, conocerá en primer grado de los asuntos de guarda.

⁵⁰ Prevé la disposición que: “El competente para los casos previstos en el artículo 177 de esta ley será el de la residencia del niño o adolescente, excepción en los juicios de divorcio o de nulidad de matrimonio, en los cuales el juez competente será el del domicilio conyugal”.

del lugar de *residencia*⁵¹ del *menor*. Así lo ha ratificado la jurisprudencia.⁵² La competencia viene determinada por el lugar donde el menor habita regularmente; ello facilita el procedimiento considerando que es imprescindible escuchar su opinión y que puede requerirse una participación activa del niño o adolescente.⁵³ La forma de impugnar la decisión que se pronuncie sobre la competencia es a través de la regulación de competencia.⁵⁴ La jurisdicción de los Tribunales venezolanos en materia de guarda no puede derogarse por acuerdo entre particulares.⁵⁵

3.2 LEGITIMACIÓN

La primera consideración es preguntarse quién puede solicitar la privación de guarda. La referencia a la legitimación activa no se encuentra en los citados Arts. 511 y siguientes de la LOPNA sino que se derivan de la referencia del artículo 361 *eiusdem*, ubicado dentro de las normas relativas a la guarda, que alude a los legitimados activos en materia de “revisión y modificación de guarda”. Dicho artículo señala: “*El juez puede revisar y modificar las decisiones en materia de guarda, a solicitud de quien está sometido a la misma, si tiene doce años o más, o del padre o de la madre, o del Ministerio Público. Toda variación de una decisión anterior en esta materia debe estar fundamentada en el interés del hijo, quien debe ser oído si la solicitud no ha sido presentada por él. Así mismo debe oírse al Fiscal del Ministerio Público*”.⁵⁶

⁵¹ La residencia es el lugar donde reside habitualmente una persona. Se diferencia del domicilio que es la principal sede jurídica y que en nuestro ordenamiento se determina de conformidad con el artículo 27 del Código Civil. Ello significa que la residencia del menor no necesariamente podrá coincidir con el domicilio del menor de conformidad con el artículo 33 *eiusdem*.

⁵² Véase: TSJ/CS, Auto de 28-5-02, J.R.G., T. 188, pp. 638-640; TSJ/CS, Sent. 4-4-02, J.R.G., T. 187, pp. 719-720; TSJ/CS, Sent. 21-3-02, J.R.G., T. 186, pp. 718 y 719.

⁵³ Véase *infra* N° 3.10.

⁵⁴ Véase: TSJ/SC, Sent. 24-1-02, J.R.G., T. 185, pp. 131-134. La decisión se refiere a un caso en el cual se ejerció el recurso de apelación en lugar de la regulación de competencia y de decisión del juez, relativa a que no tenía materia sobre la que decidir, se interpuso un recurso de amparo en el que se decide como medida cautelar innominada que el tribunal se abstenga de enviar el expediente hasta que se decida el amparo.

⁵⁵ Véase: TSJ/SPA, Sent. 4-7-00, J.R.G., T. 167, pp. 416-418.

⁵⁶ Destacado nuestro.

De dicha norma podemos extraer los legitimados activos en materia del procedimiento en estudio, en razón de que toda privación de guarda supone una revisión de una decisión anterior, ya sea judicial o convencional.⁵⁷ Pensamos que la enumeración de los legitimados activos dentro del procedimiento en estudio tiene carácter *taxativo*, dada la naturaleza de los intereses en juego, y porque además así está consagrado expresamente en el citado artículo 361 de la LOPNA. Adicionalmente, no creemos conveniente que en función del interés del menor se permita iniciar un procedimiento tan delicado a terceros que no están expresamente facultados por la ley.⁵⁸ De tal suerte, que la pretensión de los terceros no legitimados debe ser canalizada a través del Fiscal del Ministerio Público. Creemos también que una intervención oficiosa del juez debe ser expresamente atribuida por la ley por lo que igualmente el juzgador debe remitir cualquier inquietud de un tercero no legitimado al funcionario competente a los fines de la protección del menor.⁵⁹

Así pues, en nuestro concepto, los legitimados activos en el procedimiento de guarda son los siguientes:

– *El adolescente*.– Quien esté sometido a la guarda puede solicitar su revisión o modificación si tiene doce años o más, es decir, el adolescente puede dar inicio al presente procedimiento.

El adolescente tiene legitimación activa a los fines del procedimiento de privación de guarda. Ello es natural por ser el principal interesado en la

⁵⁷ Véase *infra* N° 3.3. No obstante Wills considera que la LOPNA no determina en forma expresa las personas legitimadas para ejercer la acción. (Wills Rivera, *La guarda del hijo...*, p. 233).

⁵⁸ No es conveniente alegar carácter enunciativo de la enumeración en protección del menor, porque ocurre una situación parecida a los legitimados activos en el procedimiento de interdicción, donde no obstante tratarse de un procedimiento en protección del incapaz y de interés especial por la delicadeza de los intereses en juego, se considera que sólo las personas referidas en la ley tienen la posibilidad de iniciar el proceso. Véase nuestro comentario en: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, p. 266.

⁵⁹ En sentido contrario, véase: Wills Rivera, *La guarda del hijo...*, pp. 235 y 236. La autora comenta que el criterio tradicional ha sido una amplitud absoluta en cuanto a la legitimación activa en materia de guarda, siempre con fundamento en el interés público que existe en la protección de los menores de edad. Wills considera que dada la trascendencia de los intereses involucrados, el juez puede actuar de oficio.

misma y ser una persona con discernimiento no obstante su incapacidad de obrar. Hemos señalado en otras oportunidades que en nuestra opinión tal señalamiento de la LOPNA no se configura en modo alguno como “capacidad procesal” sino como legitimación.⁶⁰ También tuvimos oportunidad de expresar nuestro parecer en el sentido que en modo alguno la LOPNA en sus Arts. 13, 80, 86 y 87 concede “capacidad procesal” al menor de edad. Esto porque según indicamos, la capacidad procesal es un concepto técnico-jurídico que implica un conjunto de actuaciones procesales complejas que van inclusive hasta la disposición del derecho. Ni siquiera el menor emancipado tiene capacidad procesal plena porque debe actuar asistido de conformidad con el Art. 383 del Código Civil. De tal suerte que, en nuestro criterio, algunos han confundido “la capacidad procesal” con “los derechos procesales” que la LOPNA concede al menor de edad. Pretender sostener una capacidad procesal plena de los menores de edad parte de una concepción equivocada, pues confunde una sana participación procesal de un incapaz con discernimiento con conceptos técnicos que desconocen lo que en esencia implica la capacidad procesal. Ello tuvimos ocasión de explicarlo ampliamente y a tales consideraciones nos remitimos.⁶¹

No creemos entonces, en modo alguno que la LOPNA haya variado el régimen del Código de Procedimiento Civil. Ese no es el sentido lógico de la ley, se trata simplemente de tomar en cuenta a los fines del inicio del procedimiento la solicitud del principal interesado, a saber, del adolescente. En tal caso, la simple solicitud del adolescente propiciará la apertura del procedimiento y ello se traduce en “legitimación”.

Es de resaltar que igualmente el niño, es decir, el menor de doce (12) años puede acudir directamente al juez a plantear un conflicto de guar-

⁶⁰ Véase nuestro trabajo: Domínguez Guillén, María Candelaria: *La capacidad procesal del menor de edad*. En: Nuevos Estudios de Derecho Procesal. Homenaje a José Andrés Fuenmayor. Colección Libros Homenaje N° 8. Fernando Parra Aranguren Editor. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Tomo I, pp. 461-463. Véase también: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Reflexiones en torno a la capacidad procesal del menor en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. En: Revista de Derecho N° 3, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 257-288; Domínguez Guillén, *Ensayos...*, pp. 94 y 95.

⁶¹ Véase: Domínguez Guillén, *La capacidad procesal del menor de edad...*, pp. 427-464.

da respecto de sí, porque el propio Art. 511 de la LOPNA alude que “*si el solicitante es un niño o adolescente*”. Si bien en tal caso la ley no le concede propiamente legitimación activa, de conformidad con el Art. 361 *eiusdem*, y para algunos el juez no estaría obligado a darle curso al procedimiento, pensamos que el juez en tal caso debe remitir al menor al organismo protector correspondiente a los fines de hacer efectivo el derecho a la justicia que prevé el artículo 87 de la LOPNA, no obstante la incapacidad procesal que sigue afectando a los menores de edad.⁶²

Todo ello porque no debe confundirse la “capacidad procesal” con los derechos procesales del menor de edad. Esto es igualmente aplicable al procedimiento de privación de guarda, el cual podrá ser iniciado por un adolescente o instando por un niño que simplemente llevará la información al juez, quien canalizará su pretensión remitiéndolo al organismo correspondiente, de conformidad con el artículo 87 de la LOPNA. Recordemos que la idea que subyace en la posibilidad de que sea el menor quien lleve la información al juez es que éste pueda iniciar la protección al menor sin formalismos en función de la petición del principal interesado, no obstante su evidente incapacidad de obrar.

– *El padre o la madre.*– El otro progenitor que no ejerce la guarda podrá solicitar ante el juez la privación de la misma. Ello es obvio por ser después del menor de edad, el principal interesado en su ejercicio. Siendo los progenitores quienes ejercen la patria potestad y dado que la guarda puede ser atribuida a uno de ellos en caso de separación, el padre no guardador es por excelencia, interesado fundamental en el presente juicio y de allí que la ley le conceda legitimación activa.

– *El Ministerio Público.*– Dado el carácter de orden público y la necesaria protección que reclama el menor, la ley le ha concedido legitimación al Fiscal del Ministerio Público a los fines de iniciar el procedimiento en estudio.

⁶² Observemos que el artículo 87 de la LOPNA igualmente establece el derecho inclusive de los niños a plantear ante los órganos jurisdiccionales sus pretensiones pero agrega que los adolescentes tienen plena capacidad de ejercer directa y personalmente este derecho.

Es de observar que los terceros no son legitimados activos en el presente procedimiento dado el carácter taxativo que en nuestro criterio presenta la legitimación. Por lo que cualquier pretensión de parientes o amigos respecto de la privación de la guarda, debe ser canalizada a través del Fiscal del Ministerio Público. Esto por ser éste la única persona distinta al adolescente o al otro progenitor a quien la ley⁶³ le ha concedido legitimación activa.⁶⁴

3.3 SOLICITUD

Indica el artículo 511 de la LOPNA que

El procedimiento especial comienza por solicitud escrita u oral, en la cual se identificará al obligado y, si fuere posible, se indicará el sitio o lugar de trabajo de éste, su profesión u oficio, la remuneración que devenga, una estimación de sus ingresos mensuales y de su patrimonio. Así mismo, se indicará la cantidad periódica que se requiere por concepto de obligación alimentaria. El solicitante debe acompañar la solicitud de toda prueba documental de que disponga, e indicar los otros medios probatorios que desea hacer valer. En caso de proponerse oralmente, si el solicitante es un niño o adolescente, o si se trata de uno de sus padres, representante o responsable, puede hacerlo sin estar asistido de abogado, ante el Secretario del Tribunal, quien levantará un escrito que contenga los mencionados señalamientos.

El procedimiento de privación de guarda comienza por una *solicitud* que puede ser escrita u oral, pero en este último caso como es obvio según indica la parte final de la norma se debe levantar un acta. Dicha

⁶³ Véase Art. 361 de la LOPNA.

⁶⁴ En la investigación de campo que realizara Milagros Alejandra Almenar Diletto en la Sala II del Juzgado de Protección del Niño y Adolescente del Estado Miranda entre el 2001 y el 2003, se indica que el Ministerio Público solicitó la privación de guarda en el 39, 13% de los casos, en tanto que el progenitor no guardador la solicitó en el 60,86 % de los casos. (Almenar Diletto, *Ob. Cit.*, p. 31). Se aprecia así que el Ministerio Público cuenta con una participación activa interesante en lo que respecta al proceso que nos ocupa.

solicitud debe estar dirigida al Juez competente y ha de indicar el carácter con que actúa el solicitante; se debe indicar los datos del progenitor a quien se le pretende privar de la guarda y todo lo relativo a sus datos personales. La referencia al sueldo que prevé la norma está dirigida al procedimiento de alimentos por lo que no resulta importante en el caso que nos ocupa.

La norma prevé que el solicitante debe acompañar la prueba documental de que disponga, lo que parece más característico de un procedimiento de pensión de alimentos; en materia de guarda, los instrumentos que han de acompañarse a la privación de guarda serían los correspondientes instrumentos que acreditan la filiación, la correspondiente sentencia que concede la guarda al otro progenitor y el instrumento poder si se actúa mediante representación judicial. Sin embargo, también podrían acompañarse a la solicitud algunos recaudos instrumentales que tiendan a acreditar la procedencia de la privación, tales como aquellos de los cuales se deriven incumplimiento de los deberes del padre guardador o que denoten la conveniencia de atribuir la guarda al solicitante. Vale acompañar por ejemplo, informe médico, psicológico o académico practicado extrajudicialmente que refleje la inconveniencia de convivir con el menor cuya guarda se solicita respecto del padre guardador. Esto no obstante el necesario informe psicológico y social que deberá tener lugar judicialmente dentro del procedimiento en estudio.

El artículo 511 de la LOPNA también indica que el solicitante debe señalar en su solicitud los otros medios probatorios que desea hacer valer en el juicio. Entre los medios de prueba tradicionales en esta materia, que no pueden faltar por razones obvias, se encuentra el informe psicológico practicado tanto a los menores como a los padres, así como el informe social. Se podrá igualmente señalar cualquier otro medio de prueba que pretenda hacerse valer, tales como documentales que no han sido acompañados a la solicitud, testigos, inspección judicial, posiciones juradas, videos, fotos, etc.

Dicha solicitud debe hacer una narración de los hechos y de segundas aludir al derecho; se requiere precisar claramente las circunstancias que logran configurar la causa que dé lugar a la privación de la guarda,

en función del interés del menor. Por ejemplo, una narración donde se indique las condiciones antihigiénicas de vida del menor y el poco afecto que le brinda su madre guardadora; igualmente, debe precisarse las circunstancias que suponen la superior calidad de vida y afecto que puede ofrecerle el otro progenitor. Todo lo que llevaría al juzgador a considerar que en función del interés superior del menor, resultaría satisfactorio concederle la guarda al progenitor que solicita la guarda.

Finalmente, el *petitum* ha de ser claro en el sentido de solicitar expresamente la privación de la guarda y formular la petición expresa de que le sea concedida al progenitor solicitante.

Como se desprende del artículo comentado, se permite excepcionalmente la posibilidad de formular la solicitud sin estar asistido de abogado. Consideramos que esta excepción a la necesidad de capacidad de postulación se limita a la mera solicitud; primero porque así lo refiere el citado artículo 511⁶⁵ y, en consecuencia, no debe extenderse al resto del procedimiento; y segundo por un sentido de sana lógica, porque ciertamente se precisa del conocimiento técnico de un abogado a los fines de proseguir exitosamente el proceso. De tal suerte que, aun cuando se levante un acta, a fin de darle curso al procedimiento, se precisa de la intervención de un profesional del derecho que sepa orientar la petición de privación de guarda y velar por la legalidad del proceso. Ello sería inclusive perjudicial al propio desarrollo del procedimiento. Es obligación del juzgador subsanar dicha deficiencia remitiendo al solicitante al correspondiente organismo de protección.⁶⁶ La misma consideración vale para el caso de que el solicitante sea un menor de edad.⁶⁷

⁶⁵ La norma indica que en caso de proponerse oralmente... puede hacerlo sin estar asistido de abogado, ante el Secretario del Tribunal.

⁶⁶ Véase en sentido contrario: Wills Rivera, *La guarda del hijo...*, p. 239. La autora comenta que la norma de la LOPNA que prevé la posibilidad de instaurar el juicio de privación de guarda y de seguir todo el proceso sin asistencia de abogado, es de aplicación prioritaria sobre la disposición contenida en la Ley de Abogados, que es una ley especial anterior.

⁶⁷ El juzgador lo remitirá al organismo correspondiente, a los fines de orientar su petición formal con la debida asistencia, tal como lo indica la parte final del artículo 87 de la LOPNA.

La intervención del Ministerio Público es necesaria so pena de nulidad en aquellos juicios que la requieran, según indica el artículo 172 de la LOPNA y la falta de notificación a tal organismo genera reposición.⁶⁸ Sin embargo, ha indicado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que no es necesaria la notificación del Ministerio Público en todos los procesos de menores; la LOPNA preceptúa la nulidad en aquellos procesos donde se ordene la participación (patrimoniales,⁶⁹ de adopción,⁷⁰ de protección).⁷¹ Eso no impide que el Ministerio Público pueda participar en los procedimientos de menores en general.⁷²

En materia de guarda, la referencia al Fiscal del Ministerio Público aparece en el artículo 361 de la LOPNA relativo a la revisión y modificación de guarda que prevé: “*El juez puede revisar y modificar las decisiones en materia de guarda, a solicitud de quien está sometido a la misma, si tiene doce años o más, o del padre o de la madre, o del Ministerio Público. Toda variación de una decisión anterior en esta materia, debe estar fundamentada en el interés del hijo, quien debe ser oído si la solicitud no ha sido presentada por él. Asimismo, debe oírse al Fiscal del Ministerio Público*”. Si tomamos la expresión variación de una *decisión anterior* como sinónimo de decisión judicial o sentencia, pensaríamos que el Ministerio Público sólo precisa ser escuchado en aquellos procedimientos de privación de guarda donde exista una sentencia previa sobre la atribución de la guarda. Ahora bien, si tomamos la expresión *decisión anterior* en un sentido amplio que incluya las decisiones de mutuo acuerdo que puedan realizar los progenitores sobre la atribución de la guarda, concluiremos que el Fiscal del Ministerio Público debe ser escuchado dentro del juicio de

⁶⁸ Así encontramos un decisión que repone la causa al estado de notificar al Fiscal del Ministerio Público en materia de menores. (Véase: TSJ/SCS, Sent. N° 348 del 12-6-02, J.R.G., T. 189, pp. 671-676.).

⁶⁹ Véase Art. 461, Parágrafo tercero de la LOPNA.

⁷⁰ Véase Art. 415, letra b) de la LOPNA.

⁷¹ Véase Arts. 278 y 323, letra a) de la LOPNA.

⁷² TSJ/SC, Sent. N° 936 del 15-5-02, J.R.G., 188, pp. 192-195. No obstante, se aprecia decisión de la Sala Social que repone la causa al estado de notificar al Fiscal en materia de menores, véase: TSJ/CS, Sent. N° 348 del 12-6-02, J.R.G., T. 189, pp. 671-676. Véase en este último sentido también: CSJ/CC, Sent. 11-11-99, J.R.G., T. 159, pp. 328-330.

guarda. Pensamos que dado que toda privación supone una revisión de una decisión previa, bien sea judicial o convencional, resulta necesaria la notificación al Fiscal del Ministerio Público a los fines de su participación dentro del procedimiento de privación de guarda.⁷³ De conformidad con el artículo 131, num. 1 del Código de Procedimiento Civil el Ministerio Público debe intervenir en las causas que el mismo habría podido promover. De allí que como el Fiscal del Ministerio Público es legitimado activo en el procedimiento de guarda⁷⁴ debe ser notificado de tal procedimiento para el supuesto de no ser el solicitante. Sin embargo, la intervención del Fiscal del Ministerio Público resulta recomendable inclusive en aquellos procedimientos de menores en que la ley no la consagre expresamente.

3.4 MEDIDAS

En torno a la posibilidad de medidas cautelares o provisionales en el juicio que nos ocupa prevé el artículo 512 de la LOPNA: *“El juez, al admitir la solicitud correspondiente, puede disponer las medidas provisionales que juzgue más convenientes al interés del niño o del adolescente, previa apreciación de la gravedad y urgencia de la situación. Puede asimismo decretar medida de prohibición de salida del país, la cual se suspenderá cuando el afectado presente caución o fianza que, a juicio del juez, sea suficiente para garantizar el cumplimiento de la respectiva obligación”*. En un sentido semejante se orienta el artículo 521 *eiusdem* en lo que respecta a las medidas cautelares que pueden ordenarse en materia de obligación de alimentos.

La medida prevista en el citado artículo 512 de la LOPNA está fundamentalmente dirigida al procedimiento de pensión de alimentos, el cual

⁷³ Obsérvese que la norma comentada no se encuentra en el citado procedimiento de guarda y alimentos (Arts. 511-525 de la LOPNA) sino en las normas especiales sobre guarda. En tanto que los artículos especiales que aluden a la obligación alimentaria (Arts. 365-384 de la LOPNA) no prevé la necesaria intervención del Fiscal del Ministerio Público, aun cuando lo considera legitimado activo de conformidad con el Art. 376 *eiusdem*.

⁷⁴ Véase *supra* N° 3.2.

supone la responsabilidad patrimonial.⁷⁵ En relación al juicio de guarda, donde lo que se discute es precisamente la atribución de la misma a uno de los progenitores, la posibilidad de medidas está un tanto limitada porque es difícil pensar en una atribución anticipada de la guarda como medida cautelar. La LOPNA no prevé tal posibilidad, pero resulta lógico pensar que ante una situación de peligro, el juzgador pueda como en cualquier otro procedimiento tomar una medida cautelar innominada que garantice el cuidado del menor.⁷⁶

3.5 CITACIÓN

La citación del demandado será como es lógico, en primer término, personal y en defecto de ésta, procederá la citación por carteles. Así prevé el artículo 514 de la LOPNA: “*Admitida la solicitud, el juez citará al*

⁷⁵ Véase: Hung Vaillant, *Ob. Cit.*, p. 321; “El nuevo procedimiento deja abierta la posibilidad de que el juez dicte las medidas provisionales que considere adecuadas a los intereses del menor o menores de que se trate; atendiendo a la gravedad y urgencia de la situación en el caso concreto. Las medidas cautelares comprenden la prohibición de salida del país; medida que deberá ser suspendida cuando el afectado por ella constituya caución o fianza suficiente, a criterio del Juez, para garantizar el cumplimiento de la respectiva obligación. Por el texto utilizado en la redacción, entendemos que esta medida de excepción –que limita la libertad de tránsito garantizada en la Constitución–, únicamente es procedente en el caso de que la solicitud tenga por objeto el cumplimiento de obligaciones alimentarias; no así en los casos en los cuales el asunto debatido constituya decisiones sobre la guarda”.

⁷⁶ Aun cuando la norma se encuentra dentro del procedimiento contencioso del Capítulo IV de la LOPNA y de éste se excluye la guarda por propia disposición del Art. 452 *eiusdem*, encuentra sentido igualmente la referencia del Art. 466 *eiusdem* que prevé la posibilidad de medidas cautelares, siempre que se presente un medio de prueba que constituya presunción grave de la causal invocada, y el juez decretará las medidas que considere necesarias para garantizar la protección y seguridad del niño o adolescente, mientras dure el juicio. De tal suerte, que esto es perfectamente consecuente con el párrafo primero del Art. 588 del Código de Procedimiento Civil relativo a las medidas cautelares innominadas. Véase: TSJ/CS, Sent. 19-9-01, J.R.G., T. 180, relativa a la aplicación del Código de Procedimiento Civil en las medidas cautelares en materia de menores; la sentencia considera que ante una norma expresa sobre medidas cautelares en materia de menores resulta innecesaria la aplicación de las normas del Código de Procedimiento Civil. En nuestro concepto la disposición del Art. 466 de la LOPNA no se distancia en su esencia de su equivalente, el Art. 588, párrafo primero del Código Adjetivo, de allí que pensamos que en razón de que el procedimiento de guarda es especial y no está incluido en el citado procedimiento contencioso (Arts. 454-492) sigue vigente la posibilidad de dictar una medida cautelar innominada, siempre que concurran los presupuestos necesarios para su procedencia. En la materia que nos ocupa, la necesidad de la medida como es de su naturaleza, se hace todavía más necesaria a fin de evitar un daño a la integridad del menor. Véase también, sobre la posibilidad de dictar medidas cautelares en el proceso de privación de guarda: Wills Rivera, *la guarda del hijo...*, pp. 249-254.

demandado mediante boleta en la cual se expresará el objeto y los fundamentos de la reclamación y fijará, el tercer día siguiente a la citación para que conteste la solicitud". De no ser posible la citación personal del demandado se procederá a la citación por carteles, que está prevista en el artículo 515 de la LOPNA: "*Si la citación no pudiese practicarse personalmente, se publicará un único cartel en uno de los diarios de la localidad y se fijará otro en la puerta del Tribunal. En el cartel se señalará una hora del tercer día siguiente a la publicación, para que comparezca el demandado a dar contestación a la solicitud*".

Se aprecia así que en el procedimiento que nos ocupa no se aplica la citación prevista en el artículo 223 del Código de Procedimiento Civil sino que es suficiente con la citación personal del demandado para que comparezca al tercer día, y de no ser posible la misma, bastará la publicación de un único cartel en un diario de la localidad y otro cartel se fijará a las puertas del Tribunal para que comparezca una hora determinada del tercer día. No se requiere en el caso que nos ocupa ni de boleta dejada en el domicilio del demandado ni de dos carteles como prevé el Código Adjetivo en relación al procedimiento ordinario.

3.6 COMPARECENCIA

La comparecencia o contestación tiene lugar según indicamos que prevén los artículos 514 y 515 de la LOPNA al **tercer (3^{er})** día siguiente a la citación a la hora indicada. Según indica el artículo 516 *eiusdem*: "*El día de la comparecencia, el juez intentará la conciliación entre las partes y, de no lograrse la misma, procederá a oír todas las excepciones y defensas cualquiera sea su naturaleza, las cuales resolverá en la sentencia definitiva*".

Al tercer día y a la hora indicada para la comparecencia, el juez está obligado primeramente a propiciar la "*conciliación*" entre las partes, a saber, que éstas lleguen a un acuerdo por incitación del juzgador. De no ser posible esto, inmediatamente tiene lugar la contestación de la solicitud en la cual se harán valer todas las excepciones y defensas que a bien tenga hacer el demandado.

Es esencial que se escuche al demandado antes dictar la privación de guarda, a fin de que éste oponga todas las defensas que considere pertinentes. Así se ha indicado que “se debe escuchar a la madre antes de decretar la privación provisional de la guarda y custodia”.⁷⁷

3.7 LAPSO PROBATORIO

Prevé el artículo 517 de la LOPNA: “*En la oportunidad fijada para la comparecencia del demandado, se considerará abierto a pruebas el procedimiento, hayan o no comparecido las partes interesadas. El lapso será de ocho días para promover y evacuar las pruebas que las partes estimen pertinentes*”.

A partir de la oportunidad pautada para la comparecencia o contestación, se abre un lapso de **ocho (8)** días para *promover y evacuar* las pruebas que las partes consideren convenientes. Recordemos que dichas pruebas fueron indicadas en la solicitud; sin embargo, creemos que la indicación de la solicitud no es óbice para promover y evacuar otras pruebas que no se indicaron al inicio del procedimiento.

El artículo 518 de la LOPNA prevé la posibilidad de un auto para mejor proveer: “*El juez podrá dictar auto para mejor proveer fijando un lapso de tres días para evacuar las diligencias ordenadas por él; si la naturaleza de la prueba exige un lapso mayor, el juez lo fijará prudencialmente*”. Al lapso de pruebas indicado de ocho días puede adicionarse un período mayor que discrecionalmente fijará el juzgador, bien sea a través de un auto para mejor proveer de tres (3) días y un período mayor, si así lo exigen las circunstancias.

Prevé el artículo 519 de la LOPNA: “*El juez podrá dar por terminado el acto de posiciones juradas o repreguntas de testigos cuando se considere suficientemente ilustrado sobre los hechos a los que se refieren tales pruebas. Asimismo, podrá relevar a las partes o a los testigos de contestar las posiciones y repreguntas que considere impertinentes*”.

⁷⁷ TSJ/SC, Sent. N° 3049 del 3-12-02, J.R.G., T. 194, pp. 183-185.

Si dentro de las pruebas promovidas y evacuadas se ubican las posiciones juradas o la testimonial, por una cuestión de evidente celeridad, el juez podrá prescindir de cualquiera de ellas si las considera impertinentes o si ya se considera suficientemente ilustrado.

En el procedimiento que nos ocupa es fundamental el informe psiquiátrico o psicológico y el informe social. A éste se refiere el artículo 513 de la LOPNA: *“Cuando la solicitud se refiera a la guarda, en cualquier estado y grado de la causa, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, ordenar al equipo multidisciplinario del Tribunal la elaboración de un informe social, psicológico o psiquiátrico del niño o adolescente y de su padres, representantes o responsables, con el fin de conocer la situación material, moral y emocional de estas personas y del grupo familiar”*.

Si bien la norma citada utiliza la expresión *podrá*, que denota discrecionalidad, lo cierto es que el informe social y psicológico se ha considerado fundamental dentro del procedimiento de privación de guarda. Así encontramos una sentencia que indica que cuando el juez dictó sentencia en el juicio de privación de guarda y custodia sin esperar las results de los informes psicológicos y psiquiátricos ordenados por el Tribunal, se lesionaron normas constitucionales del debido proceso, de la defensa y de la igualdad de las partes.⁷⁸

3.8 SENTENCIA Y APELACIÓN

Prevé el artículo 520 que *“Vencido el lapso de pruebas o el acordado en el auto para mejor proveer, el juez dictará sentencia dentro del lapso de cinco días, con vista a las conclusiones de las partes, si las hubiere”*.

La *sentencia* en el procedimiento de privación de guarda tiene lugar dentro de los **cinco (5)** días siguientes a la culminación del lapso o pro-

⁷⁸ AMCCSTPNANAI, Sent. 19-12-02, J.R.G., T. 194, pp. 42-44.

batorio o del auto para mejor proveer si fuere el caso. Es conveniente que las partes formulen sus conclusiones inmediatamente el último día del período probatorio, a los fines de ofrecer al juzgador una suerte de informes antes de dictar sentencia.

De dicha decisión se oirá *apelación* en un solo efecto, la cual se debe ejercer el mismo día o dentro de los **tres (3)** siguientes, según prevé el artículo 522 *eiusdem*: “*Contra lo decidido se oirá apelación en un solo efecto, la cual deberá interponerse el mismo día en que se dicte la decisión o dentro de los tres días siguientes. Interpuesta la apelación, la otra parte podrá adherirse. La Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente deberá decidir dentro de un lapso de diez días, después de recibido el expediente*”.

Se aprecia así que la decisión que tiene lugar en el procedimiento de privación de guarda es apelable en un solo efecto, es decir, en el solo efecto devolutivo y no en el suspensivo, por lo que la apelación no suspende los efectos de la sentencia definitiva, la cual seguirá teniendo vigencia al margen de la apelación. Dicha apelación tiene un lapso breve de apenas tres (3) días a partir de la decisión, pudiendo también apelarse el mismo día de la sentencia según indica la norma en cuestión, la cual permite expresamente la apelación anticipada.

El Juzgado Superior deberá decidir sobre la apelación dentro de un lapso de *diez (10)* días después de recibido el expediente. Aun cuando la norma no lo señala expresamente, es conveniente que las partes presenten una suerte de informes ante el Superior, los cuales deben ser presentados inmediatamente a su llegada al Tribunal Superior, a los fines de prevenir una decisión dictada en los primeros días del lapso indicado.

El artículo 525 *eiusdem* descarta expresamente la posibilidad del recurso de casación en el caso que nos ocupa: “*En el procedimiento previsto en este Capítulo no se concederá recurso de casación*”. El procedimiento de amparo se ha considerado igualmente improcedente a los fines de la concesión de la guarda en razón de que la ley ofrece el procedimiento en estudio para tal fin. Así resulta inadmisibile el amparo

que pretenda efectos constitutivos y no restablecedores en materia de guarda porque con el mismo se pretendía concesión de la guarda.⁷⁹

3.9 REVISIÓN

Las solicitudes de revisión de guarda suponen el mismo procedimiento estudiado porque pretenden un cambio de la decisión definitiva de allí que el artículo 523 de la LOPNA indique: “*Cuando se modifiquen los supuestos conforme a los cuales se dictó una decisión sobre alimentos o guarda, el juez de la Sala de Juicio podrá revisarla, a instancia de parte, siguiendo para ello el contenido previsto en este Capítulo*”. La ley alude a “cuando se modifiquen los supuestos” por lo que no establece un lapso mínimo de tiempo a partir del cual pudiera pedirse la revisión sino que lo supedita independientemente del problema temporal al simple cambio de las circunstancias.⁸⁰

Recordemos que de conformidad con el artículo 361 de la LOPNA, toda variación de una decisión anterior debe estar fundamentada en el interés del menor, el cual necesariamente debe ser escuchado al igual que el Fiscal del Ministerio Público.

La revisión y modificación⁸¹ de las decisiones de guarda tiene lugar a petición de los legitimados activos previstos en el citado artículo 361 de la LOPNA y a los que nos referimos *supra* 3.2.

3.10 NECESIDAD DE ESCUCHAR AL MENOR

Es fundamental en todo procedimiento que afecte al niño o adolescente, escuchar la opinión de éste. Ello es imperativo legal de conformidad con el

⁷⁹ AMSCA, Sent. 9-5-02, J.R.G., T. 188, pp. 35 y 36.

⁸⁰ Véase: TSJ/SC, Sent. 20-8-02, J.R.G., T. 191, pp. 358-349, indica que en las causas de guarda, las decisiones que recaigan no producen efecto de cosa juzgada, por lo que lo decidido en el presente caso no tiene el potencial necesario para causar un agravio constitucional. Se trataba de un recurso de amparo en el que el juez consideró que no tuvo lugar ninguna violación del orden constitucional porque el juez actuó en el ejercicio del arbitrio que el orden jurídico le confiere.

⁸¹ Recordemos que la modificación no supone la privación de la guarda sino la variación de uno de los aspectos de su contenido.

artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 80 de la LOP-NA, los cuales disponen la necesidad de audiencia al margen de su edad.

Se hace necesario dentro del procedimiento de privación de guarda escuchar la opinión del menor. Hemos dicho en otras oportunidades que dada la importancia de esta exigencia legal, sería conveniente que dicha consulta de opinión conste en el expediente y cuente con la presencia del funcionario protector del menor, a los fines de garantizar la transparencia.⁸² El valor que le pueda conceder el juzgador a tal opinión dependerá de las circunstancias y de la edad, siendo en ocasiones discutible que no sea vinculante especialmente en aquellos casos en que la edad sea muestra de discernimiento.⁸³ Igualmente es un derecho procesal del menor ser informado de las consecuencias jurídicas del procedimiento de privación de guarda y de la relevancia de su opinión en este sentido.⁸⁴

Se ha indicado que la necesidad de oír al menor es una obligación ineludible para cualquier órgano o autoridad que se encuentren conociendo de procesos o situaciones que afecten el bienestar del menor. La garantía de tal derecho implica la ocasión de proporcionar una oportunidad para expresarse libremente en audiencia especial, a fin de percibir su opinión como elemento principalísimo.⁸⁵

CONCLUSIÓN

La guarda es el atributo por antonomasia de la patria potestad; dirigido a la protección de la *persona* del menor de edad. De allí su importancia y trascendencia porque supone el contacto afectivo con el niño o adolescente, permitiendo orientar su vida y educación en función de los deberes implícitos en el contenido de la misma. No prevé la ley causales en torno al juicio de privación de guarda, siendo que las causas o cir-

⁸² Véase: Domínguez Guillén, *La capacidad procesal del menor de edad...*, p. 459.

⁸³ *Ibid.*, p. 457.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 459.

⁸⁵ TSJ/SC, Sent. 20-6-00, J.R.G., T. 166, pp. 452-454.

cunstances que pueden dar lugar a la misma están enfocadas en torno al incumplimiento de los deberes del progenitor que ejerce tal atributo y están orientados por el vital principio del *interés superior* del menor. Deberá el juzgador ante el caso concreto, precisar si la orientación de dicho principio permite un pronóstico favorable a futuro que dé lugar a la privación del atributo.

El procedimiento de privación de guarda está consagrado en los artículos 511 al 525 de la LOPNA y debe ser complementado con las normas de los artículos 358 al 364 *iusdem*. Se trata de un procedimiento breve que se inicia por una solicitud del progenitor, del adolescente o del Fiscal del Ministerio Público, quienes son los legitimados activos en este procedimiento especial de conformidad con el artículo 361 *iusdem*; la comparecencia del otro progenitor debe tener lugar al tercer día de la citación a los fines de explicar la defensas pertinentes, previa conciliación del juez. Se sigue de un lapso probatorio de ocho (8) días para evacuar y promover pruebas, con posibilidad de un auto para mejor proveer de tres (3) días o más, a cuyo vencimiento dentro de los cinco (5) días siguientes debe tener lugar la sentencia correspondiente. Esta última podrá ser apelada en un solo efecto el mismo día o dentro de los tres (3) días siguientes. El juzgado de Alzada deberá decidir dentro de los diez (10) de recibido el expediente.

Dada la naturaleza y celeridad del presente procedimiento especial no se admite el recurso extraordinario de casación, pero de variar las circunstancias podrá solicitarse la revisión de la decisión a petición de los legitimados activos, para lo cual se seguirá el mismo procedimiento indicado. Se precisa a nuestro criterio igualmente la necesidad de notificar al Fiscal del Ministerio Público de conformidad con el artículo 361 de la LOPNA. Por imperativo legal, en el presente proceso resulta esencial escuchar la opinión del menor al margen de su edad; tal audiencia, así como la legitimación o participación que la ley le concede al adolescente o al niño, no se traduce en capacidad procesal sino en derechos procesales del menor. Estos últimos son fundamentales en el procedimiento estudiado porque no es posible desconocer la opinión y participación del principal interesado, no obstante su incapacidad de obrar. El niño o ado-

lescente, cuya guarda se discute, es el único centro de la protección legal; sus progenitores son instrumentos esenciales que deben buscar exclusivamente su bienestar. Sólo en función del interés particular del menor puede ser concretada la difícil concesión del mayor atributo de la patria potestad, a saber, la guarda.

La Potestad de Revisión Constitucional como *Deux Ex Machina* (Enfoque Crítico)

Ramón ESCOVAR LEÓN*

*Toute Société dans laquelle la garantie des Droits
n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs
déterminée, n'a point de Constitution***

(Declaración de los Derechos del Hombre
y del Ciudadano de 1789)

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado *summa cum laude*, rango 1/62. *Magister* en Administración de Empresas *Facultad de Derecho*, Profesor Titular. **Universidad Central de Venezuela**, Doctor en Derecho, *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Profesor Titular, Pre y Posgrado. Jefe de la Cátedra de Derecho Procesal Civil. *Consejo de Apelaciones*, Presidente. **Cámara de Comercio de Caracas**, *Centro de Arbitraje*, Árbitro. **Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje**, Árbitro.

** Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución. (Artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789).

SUMARIO:

Introducción.

1. **La interpretación de la Constitución:** 1.1 *La interpretación kelseniana.* 1.2 *La interpretación según Ronald Dworkin.* 1.3 *Criterios de interpretación de la Sala Constitucional.*
2. **La revisión como potestad de la Sala Constitucional.**
3. **Alcances de la revisión constitucional.**
4. **La revisión constitucional como recurso.**
5. **La innovación y creación de nuevos conceptos constitucionales.**

Reflexión adicional

INTRODUCCIÓN

La delimitación del objeto de la revisión constitucional prevista en el ordinal 10 del artículo 336 de la Constitución ha merecido la atención de los especialistas en derecho constitucional.¹ Esta misión compete a la Sala Constitucional, la cual tiene la “voz última” en materia de interpretación constitucional, tal como lo dispone el artículo 335 de la Carta Magna.

La interpretación que realice esta Sala sobre normas y principios constitucionales es vinculante para las otras. Y para estos fines, se le asigna la facultad de revisar las decisiones “definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República” (artículo 336, ordinal 10).

¹ Véase Canova González, Antonio: *La “Supersala” (Constitucional) del Tribunal Supremo de Justicia*. En: *Revista de Derecho Constitucional*. Caracas, Edit. Sherwood, N° 3, pp. 285-319. Kiriakidis L., Jorge: *Sobre la facultad de control que la Sala Constitucional puede ejercer sobre las sentencias de las restantes salas del Tribunal Supremo de Justicia*. En: *Revista de Derecho Constitucional*, N° 3 ...cit., pp. 321-341. Haro, José Vicente: *El mecanismo extraordinario de revisión de sentencias definitivamente firmes de amparo y control difuso de la constitucionalidad previsto en el artículo 336, numeral 10 de la Constitución*. En: *Revista de Derecho Constitucional*, N° 3... cit., pp. 231-266. Casal, Jesús María: *La Facultad Revisora de la Sala Constitucional prevista en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución*. En: *Revista de Derecho Constitucional*, N° 3 ...cit., pp. 267-283. Del mismo autor, *Constitución y Justicia Constitucional*. Caracas, UCAB, 2000, pp. 91-98. Brewer-Carías, Allan: *El Sistema de Justicia Constitucional en la Constitución de 1999*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2000, pp. 110-123.

Bueno es advertir que la Sala Constitucional no está por encima de las restantes, es una Sala más y no un Tribunal Constitucional, al estilo defendido por Kelsen quien, como es conocido, estructura el sistema jurídico en forma de pirámide, en cuyo vértice superior coloca a la Constitución. Por eso la interpretación del Texto Fundamental depende de la vida y sentido de las demás normas.² De allí que para el esquema de Kelsen se impone la necesidad de crear un Tribunal Constitucional “independiente de toda otra autoridad estatal”.³ Sin embargo, es gracias a Kelsen a quien se debe la creación en Europa, luego de la Primera Guerra Mundial, de los Tribunales Constitucionales que consagran la “jurisdicción concentrada” que se contrapone al sistema de “control difuso” característico del sistema norteamericano.⁴

Pese a lo indicado en el párrafo que antecede, en el foro venezolano *prima facie* se ha arraigado la idea de que la Sala Constitucional es una “Super Sala” que estaría por encima de las restantes, y que existe un recurso “extraordinario”, la revisión, que permite a esta Sala conocer como Tribunal Constitucional y, además, como tribunal de instancia, de manera discrecional, de todo tipo de decisiones, desde las particulares hasta aquellas que por sus características involucren intereses económicos de grandes corporaciones, so pretexto de interpretar la constitución. A ello se añade la posibilidad de “revisar” aun de oficio, lo que significa un poder de control inédito, que ha llevado a la proliferación de recursos propuestos ante la Sala. Esta supremacía de la Sala Constitucional ha alterado el sano y deseado equilibrio que debe mantener el Máximo Tribunal, lo que produce un clima de inseguridad jurídica no cónsono con los principios democráticos de una sociedad civilizada.

² Y en mi opinión, como se verá en el texto, también deben calibrarse e interpretarse los principios constitucionales y aquí deben incluirse los principios “inherentes a la persona humana que no figuren expresamente” en la misma Constitución (artículo 27 de la Constitución).

³ Véase Favoreu, Louis: *Les Cours Constitutionnelles*. Paris, Presses Universitaires de France, colección *que sais-je?*, 1996, p. 16. Igualmente véase Canova González, Antonio: *Rasgos Generales de los Modelos de Justicia Constitucional en Derecho Comparado: (2) Kelsen*. En: *Revista de Derecho Constitucional*. Caracas, Edit. Sherwood, N° 6, p. 77 y ss.

⁴ Véase García De Entería, Eduardo: *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Edit. Civitas, reimpresión 1994, p. 131.

Llama la atención que hayan sido los mismos Magistrados de la Sala quienes se han autoatribuido competencias muy variadas; y dado el inédito dominio que ejercen sobre las demás Salas, pudiera decirse que dentro de las novedades de los últimos tiempos cuenta mucho la nueva configuración del TSJ. La Sala Constitucional, convertida en Tribunal de Instancia, con una supercompetencia, ha recargado a ésta de trabajo; y la ampliación de competencias ha traído como consecuencia una merma en la calidad de la interpretación constitucional. Además, la cantidad de decisiones contrasta con la manera más modesta y prudente con que actúan los órganos constitucionales de Europa y los Estados Unidos (como veremos *post*).

Para atender la materia objeto de este trabajo me propongo, en primer lugar, examinar el tema de la interpretación constitucional tomando como referencia los aportes de Kelsen y Dworkin para luego mostrar, sobre la base de sus postulados, los criterios de interpretación de nuestra Sala Constitucional. En segundo lugar, me referiré a la revisión como potestad para señalar mi opinión sobre el significado de esta facultad. En tercer término, abordaré los alcances de la revisión, para responder, en cuarto lugar, la interrogante sobre si la facultad de revisión significa que estamos ante un recurso. Luego, en quinto lugar, haré referencia a algunos de los conceptos aparentemente novedosos desarrollados por la Sala al aplicar esta potestad revisora. Y, por último, consignaré las reflexiones finales.

Quiero aclarar que este artículo es una muestra inicial de una línea de investigación que aspiro culminar con la publicación de un libro, cuyo tema central es el análisis crítico de la jurisprudencia de la Sala Constitucional con especial referencia al “recurso” de revisión constitucional. Puede parecer extraño que quien no pertenece al grupo de los constitucionalistas se haya atrevido abordar este tema. Sin embargo, me he arriesgado a realizar esta tarea porque soy consciente de que los temas procesales terminan encontrándose con el hermoso campo de la filosofía del derecho para llegar finalmente al delicado tema de la interpreta-

ción constitucional. No en balde, Constitución y proceso es el tema nuclear del derecho procesal contemporáneo.⁵

1. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución privilegia el concepto de justicia constitucional,⁶ y a la cabeza de ésta, como voz última, aparece la Sala Constitucional. El proceso interpretativo lleva consigo el uso de métodos y, desde luego, de variadas formas de argumentación.⁷ Entre los primeros se pueden mencionar el histórico, el sistemático, el finalista, el económico, el lógico, el comparado y el de la unidad de la Constitución. La escogencia y selección de cada uno de los métodos mencionados dependerá en consecuencia, de la formación profesional, cultural, de los valores y de los intereses y motivaciones que tenga el intérprete en cuestión. Así se encontrará, por ejemplo, que cuando un investigador universitario decide interpretar un tema determinado, el resultado será distinto al que pueda realizar un dirigente político o la actividad argumentativa que lleva a cabo un juez.

Cuando se trata de casos en donde los intérpretes sean jueces, entonces habrá que considerar también otras variables como aquellas que adjetivizan la condición de dicho juez, es decir, si se trata de un juez probo o si, por el contrario, se dejó llevar por las presiones de alguna de las partes para ser objeto de soborno.⁸ Sin duda, el acto interpretativo es complejo; sin embargo, su *íter* permite analizar cada una de las variables que intervienen en el proceso para poner a la vista las bondades

⁵ Las reflexiones sobre estos temas han concluido en una propuesta formal de una asignatura que ha sido incluida dentro del programa del curso de postgrado de la Especialización en Derecho Procesal, en la UCV.

⁶ Zagrebelsky, Gustavo: *La giustizia costituzionale*. Imola. Edit. Il Mulino, 1988, p. 11.

⁷ Stone, Martin: *Focusing the Law: What Legal Interpretation is Not*. En: *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy Edited by Andrei Marmor*. New York, Oxford University Press, 1997, p. 35.

⁸ O dominado por algún interés metajurídico.

y/o desviaciones de los criterios utilizados y calibrar la contundencia de la argumentación.

Entre los diversos métodos de interpretación constitucional,⁹ el de la concepción de unidad de la Constitución tiene valor permanente porque permite y facilita la necesidad de interpretación, no de manera aislada sino dentro del conjunto de normas, y luego relacionarla con las demás. Desde esa perspectiva se podrá llegar a un entendimiento de la Constitución como un todo, “...de modo integral y no como formada por compartimientos estancos”.¹⁰

Una vez entendida la unidad constitucional, las posibilidades interpretativas estarán entonces determinadas por una serie de condiciones inherentes al sujeto que realiza la interpretación. En efecto, la ideología, las creencias religiosas, las tendencias políticas, los intereses eventuales, las presiones provenientes de los diferentes sectores de la sociedad dejarán su impronta en la decisión. Además de lo señalado, hay que añadir que, para que el pronunciamiento del acto interpretativo sea comprensible, hay que tomar en cuenta la coyuntura histórica en que se hizo la interpretación.

En apoyo de la idea expresada en el párrafo que antecede, vale la pena hacer referencia a un hecho histórico, que aun cuando es sobradamente conocido por haber sido el primer pronunciamiento en que la Corte de los Estados Unidos declaró inconstitucional una ley que había sido aprobada por el poder legislativo federal, resulta paradigmático como caso que no puede ser entendido sino se tiene presente la situación del país, —EE.UU.—

⁹ Véase, Fix-Zamudio, Héctor: *Breves Reflexiones sobre la Interpretación Constitucional*. En: *La Jurisdicción Constitucional*. San José-Costa Rica, Edit. Juricentro, 1993, pp. 89-117

¹⁰ Huerta Guerrero, Luis Alberto: *Jurisprudencia constitucional e interpretación de los derechos fundamentales*. En: *Derechos Fundamentales e interpretación constitucional (Ensayo-jurisprudencia)*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1997, p. 40.

para el momento en que se produjo la decisión.¹¹ La importante materia tiene carta de naturaleza en la conocida decisión del juez John Marshall (1755-1835),¹² después de haberse enfrentado en el caso *Marbury vs Madison* (1803) a una cuestión de interpretación constitucional para definir si la facultad de revisión judicial correspondía a los jueces estatales o a los jueces federales. Esta circunstancia colocó al tema del control judicial de la constitucionalidad, en el centro del debate que tenía que ver con el reforzamiento de los tribunales y con la construcción nacional del Estado federal norteamericano.

Después de la anulación de una ley federal y de haber declarado que una Ley de la Unión era por sí misma una cláusula superior que no podía ser denegada, Marshall dictó una serie de sentencias cuya motivación se identificaba con la voluntad de formar un gobierno nacional. En sus ponencias aparecen conceptos relacionados con el carácter supremo del Estado, con el decisivo papel de la Corte Suprema en su relación con los poderes del Estado y con el derecho de propiedad, rasgos que son definitorios del modelo americano. Por estas razones, se considera que fue uno de los arquitectos del mundo moderno.¹³ Además

¹¹ El período comprendido entre 1789 y 1801 fue de dominio federalista y durante esos años, los tribunales produjeron varias sentencias que son necesarias conocer, para comprender la actuación posterior del juez Marshall. En 1792, se le otorgó atribuciones administrativas a los tribunales cuando se promulgó una ley sobre pensiones de guerra; en 1793, se emitió una sentencia que permitía a los ciudadanos de un Estado o a un extranjero, la posibilidad de acudir a los tribunales federales en sus reclamaciones contra otro Estado. En la sentencia *Calder vs Bull* negó tener facultad para declarar inconstitucional que se mostraba incompatible con la Constitución del Estado una ley estatal. En el año 1800 se realizaron las elecciones que llevaron a Tomás Jefferson a la presidencia y los republicanos al Congreso, lo cual puso de manifiesto la soberanía del poder de los Estados sobre aquella que consideraba la supremacía del poder central. La iniciativa política de los republicanos comenzó por la revisión de algunas de las decisiones de los federalistas y de esa manera colocaron a los asuntos judiciales en el campo de la política nacional. La derogación de la *Circuit Court Act* realizada por el Congreso de 1802 dio lugar a un debate acerca del protagonismo y del papel político del poder judicial. Véase, Blanco Valdés, Roberto, *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, pp. 165 y ss.

¹² Marshall fue elegido Presidente de la Corte Suprema en enero de 1801; su vida fue muy rica y variada en experiencias. Incluso llegó a negociar con Charles-Maurice Talleyrand, y contribuyó a lograr que los Estados Unidos se mantuvieran ajenos en las disputas entre Inglaterra y Francia. El Presidente John Adams lo hizo *chief justice*, cargo que ocupó durante 34 años. Como juez, dictó 1.100 decisiones, 519 de las cuales fueron sus propias ponencias. Era, al igual que Hamilton, un Federal y, a su vez, admirador de Edmund Burke y Adam Smith Véase, por todos, Johnson, Paul: *A history of the American People*. New York, Harper Collins, 1997, pp. 234-237.

¹³ *Ibid*, pp. 238-239.

entendía, y así lo expuso en una de sus decisiones, que la Constitución era algo dinámico, capaz de crecer y susceptible de cambiar.¹⁴

La visión Política (con mayúscula), el conocimiento de la realidad y el sentido de necesidad –la creación de un precedente jurídico que afianzara las características nacionalistas de la Constitución– fueron determinantes en la decisión de Marshall en el caso *Marbury vs Madison*. Como es sabido, el proceso de discusión político-parlamentario no había concluido con la Convención de Filadelfia y durante años la cuestión se mantuvo latente en los debates estatales. Cuando Marshall debió decidir sobre la imposibilidad de modificar la constitución por medios ordinarios y sobre la inadmisibilidad de considerar la vigencia de una norma contraria a la constitución, lo hizo argumentando la superioridad formal de la constitución sobre las leyes; tema central de los ochenta y cinco cartas de Hamilton, Madison y Jay en *El Federalista* para popularizar los méritos de la Constitución. Una de ellos, la número 78 dio a conocer las decisivas consecuencias que las concepciones constitucionales de los Padres Fundadores, iban a tener en la configuración del modelo americano. Por esta razón se señala que *El Federalista (The Federalist Paper)*¹⁵ sentó las bases de la revisión del poder judicial de los actos y leyes contrarias a la Constitución.

Cuando Marshall concluye que la Constitución es la norma jurídica que debe prevalecer sobre la ley, fijó los principios constitucionales de suma importancia para el futuro de la Unión, puesto que una vez adoptada es obligatoria y vínculo de unión de los Estados. Por estas razones se ha dado en señalar que la decisión *Marbury vs Madison* representa un

¹⁴ “We must never forget it is a Constitution we are expanding ...something organic, capable of growth, susceptible to change”. (Johnson: *Ibid*, p. 237).

¹⁵ Este cruce de correspondencia entre Alexander Hamilton, John Jay y James Madison constituyen el telón de fondo ideológico de la Constitución de los Estados Unidos. Y dentro de ellos, fue Hamilton quien defendió la tesis del control constitucional (*Judicial Review*). Véase: Sullivan, Kathleen M; Gunther, Gerald: *Constitutional Law*. New York, Foundation Press, fourteenth edition, 2001, pp. 14-15. Esta obra reporta la importancia de Hamilton en la defensa de la tesis del control constitucional (*Judicial Review*) (*Ibid*, p. 15).

precedente importante en la consolidación de la Constitución de los Estados Unidos.¹⁶

A la muerte de Marshall, en 1835, la presidencia de la Corte pasó a ser ocupada por Rogert Brooke Taney (1777-1864) quien la condujo en un sentido diametralmente (*diametrically*) opuesto a la tesis federalista seguida por Marshall.¹⁷ La posición del gobierno federal evidenciaba contradicciones en cuanto al destino de los estados capitalistas del norte; y la defensa de los intereses esclavistas en el sur se convirtió en tema político. En esta fase, la Corte Suprema de los Estados Unidos, pasó a estar dominada por los intereses nacionalistas de los sureños y por los principios anticapitalistas que propiciaban el cese de la Unión, aspectos éstos muy distintos a los defendidos por Marshall¹⁸ y contrarios al criterio de unidad y de equilibrio garantizado por la Constitución.

La oposición entre Marshall y Taney no era sólo política sino que manejaban criterios de interpretación muy distintos. En efecto, Marshall entendía que podía utilizar criterios de interpretación no explícitamente consignados en el texto constitucional, sino que podía utilizar la razón y el sentido común. Por eso, la doctrina califica su método de iusnaturalista-racional.¹⁹ Taney, al contrario, sostenía que en la interpretación sólo podía apelarse a la letra de su texto. Además, la Constitución debía interpretarse de acuerdo con el sentido que tenían sus normas “en el momento histórico en que la Constitución fue redactada y aprobada”.²⁰ Se trata de una interpretación literal sin cortapisas.

¹⁶ En efecto, el papel número 78, por *Publius*, que es el seudónimo que usaba Hamilton, se lee lo siguiente: “No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid”: Y luego añade que: “A Constitution is, in fact., and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body”. (Hamilton, Alexander, Madison, James, JAY, John: *The Federalist*. New York, MetroBooks, 2002, p. 492). Así, las cosas, el pionero ideológico en esta materia fue Hamilton y en sus conceptos se apoyó Marshall.

¹⁷ Johnson: *Ob. Cit.*, p. 354.

¹⁸ *Ibid.*, p. 363.

¹⁹ Véase, Estévez Araujo, José Antonio: *La Constitución como Proceso y la Desobediencia Civil*. Madrid, Edit. Trotta, 1994, p. 48-49.

²⁰ *Ibid.*, p. 49.

El paso de la Corte Marshall a la Corte Brooke Taney fue traumático para la historia americana porque la unidad se veía amenazada por la preeminencia de los esclavistas, en las instancias del gobierno federal. El cambio, en los métodos y criterios de interpretación constitucional fueron protuberantes y radicales, tal y como se evidencia en la decisión judicial sobre el caso *Dred Scott*. Se trataba de un negro que solicitaba libertad por haber vivido con su amo en el Estado de Illinois donde no regía la esclavitud, alegando ante una Corte (tribunal de primera instancia) de Missouri, que el hecho de haber permanecido por más de cuatro años en un estado donde estaba proscrita la esclavitud, le daba automáticamente la libertad. Scott ganó su caso en la Corte (tribunal de primera instancia) de Missouri y la decisión, revocada por la Corte Suprema del Estado, fue apelada ante la Corte Suprema de Justicia y ésta, bajo la presidencia de Taney, sentenció contra Scott, argumentando que no se podía quitar o anular un derecho de propiedad a un ciudadano de los Estados Unidos. Esta decisión produjo una ruptura del equilibrio político a favor de la causa esclavista y de los abolicionistas y, por esa razón, el caso fue, según la autorizada opinión de Paul Johnson, determinante en los hechos que desencadenaron la Guerra Civil.²¹

De lo expuesto en los párrafos anteriores, se puede deducir que la lectura e interpretación del texto constitucional se hace bajo ciertos criterios con el fin de que el resultado sea coherente con la norma constitucional.

Ahora bien, dado que la interpretación se hace dentro de un orden establecido, el resultado que se produzca ejercerá un efecto reflejo sobre las partes que integran la totalidad del sistema social; y es ese efecto en cadena, lo que hace relevante al proceso interpretativo²² y le otorga importancia al intérprete de la materia constitucional. Por ello, se ha proclamado, sin aspavientos, que “la suerte de la constitución depende, en mucho, de su interpretación”.²³

²¹ Véase Johnson: *Ibid*, p. 397. “*The Dred Scott ruling became of critical importance in the events leading up directly to the Civil War*” (*Ibid*).

²² Johnson: *Ibid*, p. 40.

²³ Sagües, Pedro Néstor: *La interpretación judicial de la Constitución*. Buenos Aires. Depalma, 1998, p. 1.

1.1 LA INTERPRETACIÓN KELSENIANA

Como se ha señalado, existen distintos métodos de interpretación y, por tanto, se puede llegar a diferentes conclusiones, en la interpretación de la misma norma. Con la interpretación se busca el sentido a la norma que aplicará “el órgano jurídico”. Y en este sentido Kelsen predica que:

Cuando el derecho tiene que ser aplicado por un órgano jurídico, éste tiene que establecer el sentido de la norma que aplicará, tiene que interpretar esas normas. La interpretación es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, *en su tránsito de una grada superior a una inferior*. En el caso que más se piensa cuando se habla de interpretación, en el caso de interpretación de la ley, se debe dar respuesta a la pregunta de qué contenido hay que dar a la norma individual de una sentencia judicial o de una resolución administrativa, al deducirla de la norma general de la ley para su aplicación al hecho concreto.²⁴ (Cursivas mías).

Luego añade lo siguiente:

Puesto que la necesidad de una “interpretación” resulta justamente de que la norma por aplicar, o el sistema de normas, deja abiertas varias posibilidades, lo que significa, por lo tanto, que no contiene ninguna decisión sobre cuál de las interpretaciones en competencia sea la de mayor valor, dejando esa determinación del rango de los intereses justamente al acto que se efectúe de producción de normas, por ejemplo, a la sentencia judicial”.²⁵

En la concepción de Kelsen, la interpretación es un acto jerarquizado y supone el “tránsito de una grada superior a una inferior”, y alude básicamente a la interpretación auténtica, es decir, la que realiza cualquier

²⁴ Kelsen, Hans: *Teoría Pura del Derecho*. México, Edit. Porrúa, Tr. Roberto J. Vernengo, Edic. 11ª, 2000, p. 349.

²⁵ Kelsen: *Ibid*, pp. 352-353.

órgano a quien corresponde aplicar el derecho,²⁶ y no sólo el que produce la norma. Por consiguiente, la interpretación auténtica es la que realizan tanto el legislativo, el poder judicial y la administración. El poder legislativo interpreta la Constitución para ajustar a ella la producción de leyes de rango inferior. El órgano jurisdiccional interpreta la norma abstracta en la confección de las decisiones judiciales. Y el órgano administrativo no escapa a esta tarea interpretadora al dictar actos administrativos.²⁷

Kelsen distingue, pues, entre la interpretación auténtica, en el sentido señalado en el párrafo que antecede, y la interpretación no auténtica. Esta última se define “por exclusión: sería toda aquella que no mereciera la calificación de auténtica, esto es, toda aquella interpretación no realizada por los órganos aplicadores del Derecho.”²⁸ Esta es la interpretación que realizan los abogados en ejercicio e investigadores jurídicos, es decir, los doctrinarios y cuando lo hacen, dejan de lado a los conceptos provenientes de un campo ajeno al derecho, centrándose solamente en los que establecen las normas.

De acuerdo con la Teoría Pura del Derecho, teoría del positivismo jurídico, en la cual no tienen cabida conceptos extraños a ésta, el Derecho es norma y para ser más exactos, un conjunto normativo que regula la conducta mutua de los hombres en donde no tienen cabida ni juegan ningún rol, elementos morales, psicológicos o sociológicos.²⁹

²⁶ Véase Linfante Vidal, Isabel: *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, cita N° 3, p. 54. Los órganos aplicadores del derecho son “todo órgano jurídico: legisladores, jueces o autoridades administrativas” (*Ibid.*, nota 4, p. 55).

²⁷ Cfr. Linfante Vidal: *Ibid.*, p. 60.

²⁸ *Ibid.*, p. 55.

²⁹ Esta no es la posición que defiendo, como lo expondré más adelante en el texto.

1.2 LA INTERPRETACIÓN SEGÚN RONALD DWORKIN

La teoría del derecho de Dworkin sí atiende a los criterios morales³⁰ en la tarea de interpretación. Además privilegia la solución del caso concreto. Como ejemplo utiliza las decisiones sobre acción afirmativa (*affirmative action*), la cual se apoya en la visión moral que tiene el juez en relación con las ventajas que ofrece la raza en la búsqueda de cupos universitarios y puestos de trabajo.³¹ Lo mismo puede predicarse cuando se discute la materia concerniente al aborto (caso *Roe vs Wade*), puesto que en la concepción de Dworkin el derecho es un ejercicio de interpretación, no sólo cuando los operadores jurídicos interpretan una ley o documento sino en general.³² En esta faena, los abogados y jueces no pueden escapar de los criterios políticos, entendidos en el sentido amplio de la teoría política.

Si bien las ideas de Dworkin se corresponden con las del sistema jurídico anglosajón, donde la jurisprudencia tiene crucial importancia como creadora de normas (*case law*), hay que señalar que, es una referencia importante cuando se trata de indagar acerca de los principios, de los fundamentos filosóficos del derecho y de la labor que deben desarrollar los jueces en su interpretación jurídica.³³ En general, ello permite abordar al Derecho dentro de la complejidad del contexto social y cultural, sin olvidar los aspectos que le son inherentes en lo que atañe a las normas. En este sentido, el aporte de la tesis de Dworkin es importante, porque se basa en el principio que sostiene que la existencia del derecho sería impensable sin una reinterpretación continua del contenido normativo.

³⁰ Véase, Dworkin, Ronald: *La lectura moral de la constitución y la premisa mayoritaria*. En: Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, N° 7, julio-diciembre de 2002, pp. 3-52. Este artículo es traducción del capítulo titulado *The Moral Reading and the Majoritarian Premise* publicado en su obra *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1996, pp. 1-38.

³¹ *Ibid.*, p. 6.

³² Dworkin, Ronald: *A Matter of Principle*. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1985, p. 156.

³³ Véase mi trabajo: *La Motivación de la Sentencia y su relación con la Argumentación Jurídica...* *Cit.*, pp. 43-47.

La teoría de Dworkin, sustentada en la tesis de que el Derecho está integrado por directrices, reglas y principios, resulta incompatible con el positivismo jurídico. En la interpretación positivista, la ley, independientemente de quién la produce,³⁴ era considerada un valor en sí, aun cuando ello no significa que no hubiese sido posible realizar una interpretación cuyo resultado fuese contrario a los postulados y normas de un régimen totalitario.

Como se señaló, la tendencia encabezada por Dworkin, privilegia los enunciados que establecen objetivos económicos, sociales, políticos y requerimientos de carácter de justicia, equidad y moral. En su sistema hay tres elementos esenciales: i) la admisibilidad de los principios y directrices como parte del derecho; ii) la fuerza de la discreción judicial; iii) la posibilidad de admitir ciertas proposiciones jurídicas basadas en la práctica social.³⁵ En caso de que ocurra un choque de una norma con un principio, se debe privilegiar a este último.

1.3 CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL

La interpretación constitucional está conectada con el tema de la interpretación jurídica y como es cabido, esta última es una “actividad eminentemente práctica”.³⁶ Enseña Zagrebelsky que generalmente la interpretación constitucional procede del caso (del caso al derecho), a diferencia de la interpretación científica, en la cual la interpretación se realiza al revés: del derecho al caso.³⁷ Ahora bien, en la interpretación judicial se produce un procedimiento circular, hecho-norma y norma-hecho, con un ritmo que produce un movimiento circular, es decir, un “círculo interpretativo” hasta producir un resultado interpretativo que no ofrece resistencia ni a la norma ni al caso concreto. Entonces se

³⁴ Por ejemplo, las leyes nazis.

³⁵ Nino, Carlos Santiago: *La validez del Derecho*. Buenos Aires. Edit. Astrea, 1985, p. 149.

³⁶ Zagrebelsky: *Ob. Cit.*, p. 39.

³⁷ *Ibid*, p. 40.

podrá decir que la interpretación ha alcanzado su fin y, por consiguiente, que ha sido exitosa.³⁸ Este proceso debe dejar de lado la arbitrariedad.

Además de lo anterior, hay que insistir en que el resultado de la interpretación judicial de la Constitución³⁹ debe ser aceptado por la comunidad jurídica del país. Si se llega a ese grado de conciencia sobre la trascendencia de la interpretación constitucional, podría generarse una conciencia jurídica nacional, la cual, además de ser una necesidad, ofrecería un mecanismo de control y supervisión ante las decisiones que distorsionan el derecho y, por tanto, crean situaciones indeseables. Son muchos los ejemplos que podrían citarse sobre decisiones que no atienden el sentido común y que producen resultados reñidos con las necesidades del país. Dentro de ellas debe recordarse la sentencia número 180 del 28 de marzo de 2000⁴⁰ (caso: *Megaelecciones*). En esta decisión la interpretación se hizo por efecto de presiones políticas pero alejadas de la realidad y de las expectativas que para el momento tenía la sociedad; y fue ese desacuerdo lo que contribuyó con la adversa opinión de la comunidad jurídica, y con el fracaso de la decisión. Esto autoriza a señalar que la falta de acoplamiento entre derecho y realidad tuvo como fundamento la presión de los intereses de orden político.⁴¹

En este sentido puede decirse que en la jurisprudencia de la Sala Constitucional, los criterios asumidos están relacionados con los métodos de interpretación. Cuando se trata de asuntos políticos se considera que ha seguido un criterio unívoco; y, cuando se trata de asuntos entre particulares, la interpretación ha sido casuística y, por lo tanto, nada sistemática, amén de desordenada.

³⁸ *Ibid.*, p. 41.

³⁹ En relación con el recurso de interpretación pueden verse las sentencias siguientes: N° 1077 de fecha 22-09-00 (caso: *Sergio Tulio León Briceño*); N° 1.860, de fecha 5-10-01 (caso: *Consejo Legislativo del Estado Barinas*); N° 2507 de fecha 30-11-01 (caso: *Ginebra Consuelo Martínez de Falchi*); N° 278 de fecha 10-02-02 (caso: *Beatriz Contaste Ravelo*); N° 2.714 de fecha 30-10-02 (caso: *Julián Isaías Rodríguez Díaz, Fiscal General de la República*).

⁴⁰ Para un análisis de esta decisión, véase Rondón de Sansó, Hildegard: *Análisis de la Constitución Venezolana de 1999*. Caracas, Ex libris, 2000, pp. 329-334.

⁴¹ Se entiende por interpretación política, aquella que busca definir la norma constitucional como tarea de la jurisdicción constitucional (Véase: Sagüez: *Ob. Cit.*, p. 40). En el texto se alude a la interpretación partidista de la Constitución, es decir, la que busca beneficiar al gobierno de turno o a un grupo político-partidista.

La definición del carácter político de la Sala Constitucional fue proclamada a los cuatro vientos por el Magistrado Delgado Ocando en el discurso de fecha 11 de enero de 2001. En este importante documento, el Magistrado defendió la adhesión de la jurisprudencia de la Sala al “proyecto político progresista”, manera inédita de decir que la Sala tiene que estar subordinada a los intereses de la “Revolución Bolivariana”.⁴²

En los casos entre particulares, la Sala no ha seguido los lineamientos establecidos en los precedentes jurisprudenciales. Al contrario, los criterios se fijan discrecionalmente caso por caso. Así, por ejemplo, en la sentencia de fecha 6 de febrero de 2001 (Caso: *Corpoturismo*) se indican cuáles son las sentencias revisables, y luego, en la sentencia número 1087 de fecha 09-05-03 se anuló una sentencia de la Sala Político Administrativa que no encuadraba en ninguno de los supuestos definidos en la sentencia *Corpoturismo*.⁴³

Así las cosas, cabe añadir que lo que se refiere al tema constitucional tiene sus actores y éstos sus posiciones, sus inclinaciones políticas, sus parcialidades, sus intereses, sus valores y hasta su manera de leer la constitución, razones suficientes para apreciar el alto grado de responsabilidad que tienen los magistrados de la Sala Constitucional, como agentes definitivos de dicho proceso. Por consiguiente, el magistrado de la Sala Constitucional debe cumplir cabalmente los presupuestos de la norma constitucional (artículo 263), es decir, ser un jurista de reconocida trayectoria, con independencia de criterios y poseer el título de doctor.⁴⁴ Esta norma exige requisitos muy precisos como “tener la nacionalidad venezolana por nacimiento y no poseer otra nacionalidad”. Pero también contiene uno conceptos indeterminados que requieren de una fina interpretación. Así, el ordinal 3° dispone lo siguiente:

⁴² Para unos comentarios en relación con este discurso, véase: ESCOVAR LEÓN: *La Motivación de la Sentencia y su relación con la Argumentación Jurídica*. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios, Capítulo 3, pp. 120-123.

⁴³ Lo mismo ocurrió con la sentencia N° 1.032 de fecha 5-05-03 (caso: *Poliflex*).

⁴⁴ Sería una ingenuidad predicar la independencia política de los Jueces y Magistrados, puesto que el sistema político venezolano, de antes y de ahora, desconfía de los juristas independientes. Vale más una lealtad política que cualquier mérito intelectual y profesional. Esta subordinación de los Magistrados a lineamientos político-partidistas es, al contrario, motivo de orgullo para algunos de ellos.

Ser jurista de reconocida competencia, gozar de buena reputación, haber ejercido la abogacía durante un mínimo de quince años y tener título universitario de posgrado en materia jurídica; o haber sido profesor universitario o profesora universitaria en ciencia jurídica durante un mínimo de quince años y tener la categoría de profesor o profesora titular; o haber sido juez o jueza superior en la especialidad correspondiente a la Sala para la cual se postula, con un mínimo de quince años en el ejercicio de la carrera judicial, y reconocido prestigio en el desempeño de sus funciones. (*Sic*).

De la lectura que se hace a la norma referida, se deduce que lo que se aspira con su aplicación es la conformación del máximo órgano de justicia del país, con jueces probos, dotados de conocimientos, imparciales y de reconocida solvencia moral y jurídica. Al tema de la interpretación constitucional repugna la denominada “viveza criolla” que en la decisión se traduce en la utilización de unos criterios inéditos de interpretación, cuyos resultados consistieron en beneficiar a las mismas personas que profirieron la decisión.

La importante decisión que sirve de ejemplo en esta sección es resultado de una tarea interpretativa de los magistrados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, con el fin de decidir si los aspirantes a la ratificación debían o no cumplir con el requisito correspondiente a estudios de cuarto nivel –postgrado– y a la manera cómo debía ser interpretada la categoría profesor titular, contenida en el señalado artículo 263, ordinal 3° de la vigente Constitución.

De acuerdo con la normativa universitaria, y así se cumple en la Universidad Central de Venezuela, el profesor titular es aquel que ocupa el máximo escalafón dentro de la jerarquía académica universitaria; y ello significa que ha cumplido con cada uno de los ascensos establecidos por la ley, es decir, instructor, asistente, agregado, asociado y, finalmente, titular. Para ascender a asociado se requiere poseer el título de doctor. Como se puede observar, se trata del desarrollo de una larga carrera académica y en alto grado, intelectual.

A pesar de la claridad que existe en torno al logro y alcance de esos requisitos, la Sala Constitucional realizó su propia lectura. Luego de hacer el acto interpretativo contrariando el espíritu académico normativo, arribó a una conclusión que por las características que la produjo benefició en su momento, y ha seguido beneficiando, a los propios magistrados que “interpretaron” la Constitución. Esta decisión marcó con tinta indeleble el método de “interpretación” de nuestra Sala Constitucional.

Los argumentos que fueron tomados en cuenta a los magistrados de la Sala Constitucional para tomar esta peculiar decisión, son los siguientes:

- a) Nuevo régimen de ratificación: ...“El régimen de ratificación debe ser especial, orientado hacia el cual ha sido el rendimiento de los Magistrados a ratificarse y la calidad de sus ponencias, ya que son éstos los parámetros que permiten conocer la calidad de quienes como Magistrados ya han impartido justicia desde la más alta Magistratura, y por tanto se han hecho o no dignos de ratificación”.
- b) Discriminación: Exigirles a los aspirantes a ser ratificados otros requisitos distintos a los señalados en el literal antes copiado, “...es crear una discriminación en contra de los ratificables”.
- c) Situaciones especiales: No es necesario que el Magistrado ratificable cumpla con el requisito de post grado “... si para la fecha de su graduación de abogado, existía o no organizado en el país un sistema de post grado a que pudiera acceder”.
- d) Concepción de la condición de titular: El profesor titular no es el que la comunidad universitaria entiende por tal “ya que la norma para nada se refiere a la carrera universitaria, y a la necesidad de ser profesor a tiempo completo dentro de ella, que es la que permite acceder a los grados superiores, y además, quien ingresa a una Universidad como instructor difícilmente puede llegar a la más alta jerarquía en un lapso de quince años. De allí que la categoría de titular tiene que ser entendida como la condición de una persona respecto de las demás”.

De acuerdo con lo señalado, considero que los argumentos utilizados en el acto interpretativo que produjo la decisión final no sólo alteraron el espíritu de la Ley de Universidades; y dejó de lado y obvió la tradición académica sino que puso al descubierto los intereses particulares de los propios autores de la decisión. Veamos el porqué.

a) Cuando la ley dice Título de cuarto nivel, se refiere a aquel que se obtiene luego de realizar estudios de postgrado. Como es conocido, las universidades nacionales los ofrecen y en el caso de nuestra máxima casa de estudios, la Universidad Central de Venezuela, ofrece estos cursos en el campo de la ciencia jurídica. Ahora bien, la carencia de título de postgrado en algunos Magistrados del Alto Tribunal se convirtió en argumento interpretativo para alterar las condiciones establecidas en la ley. En consecuencia, la argumentación ofrecida no se corresponde con las exigencias ni con la realidad académica.

b) Cuando se dice Profesor Titular, es para referirse a lo que establece la Ley de Universidades, es decir, a la categoría Profesor Titular, grado más alto en el escalafón universitario y según el artículo 97 para ser Profesor Titular se requiere haber sido Profesor Asociado, "... por lo menos durante cinco años" y para ser Profesor Asociado, se requiere el título de Doctor. De acuerdo con la ley, la categoría Profesor Titular está claramente descrita en la norma universitaria y deja igualmente establecido que se requiere del título de doctor, para poder llegar a ser Profesor Titular.⁴⁵

⁴⁵ Más todavía, la carrera de Profesor Universitario se inicia con un concurso de oposición, luego de lo cual el vencedor debe someterse a un plan de formación para luego ascender en el escalafón universitario, a las categorías de asistente, agregado, asociado y finalmente Titular. El paso de un grado a otro requiere no sólo del requisito de permanecer un determinado tiempo en una categoría, sino de la elaboración y presentación de trabajos de ascenso que deben cumplir con cierto rigor académico. Por eso el artículo 79 del Reglamento del Personal Docente y de Investigación de la Universidad Central de Venezuela señala que "El trabajo que conforme al artículo 89 de la Ley de Universidades se requiere para ascender de una categoría a otra en el escalafón universitario, ha de constituir un aporte personal de su autor, y por su tema, su enfoque, su desarrollo y la

En consecuencia, cualquier interpretación dirigida a concebir la existencia de un Profesor Titular sin el título de Doctor y de obra inédita, viola la legislación universitaria, su espíritu, propósito y razón; viola los usos universitarios y, sobre manera, viola la dignidad académica.

Lo señalado es una muestra del método interpretativo usado por la Sala Constitucional y dada las peculiaridades del caso, sirve para mostrar que el aporte jurisprudencial al tema de la justicia constitucional está influenciado por intereses particulares que, en este caso, tienen una motivación de carácter endógeno, toda vez que los Magistrados hicieron una lectura sesgada de la Constitución.

Desde luego que esta interpretación no puede ser vinculante, por dos razones. La primera, porque en la decisión no se plantea un tema de interpretación constitucional. Y la segunda, porque de ser vinculante, que no lo es, acabaría con el desarrollo de la carrera de ascensos en el escalafón universitario, puesto que no habría la obligación de realizar estudios para ascender en el escalafón y bastaría con una permanencia de quince años en la docencia universitaria, para llegar a la categoría de titular. Tal disparidad es, a no dudar, una conclusión absurda.

El caso anotado es una de las más importantes referencias que deben ser consideradas cuando se trata de estudiar el tema de la interpretación constitucional vernácula, porque pone al desnudo las presiones ejercidas por intereses particulares y la existencia de tensiones entre el judicial y los otros poderes. Así las cosas, decisiones como éstas no son consecuencia de un acto de interpretación constitucional sino una lectura parcializada y acomodaticia de la norma para beneficios personales, hecho que por sus características puede ser considerado novedoso en la historia de la justicia constitucional del mundo civilizado.

metodología empleada, deberá significar un aporte valioso en la materia... Quedan expresamente excluidas las obras que representen meras exposiciones o descripciones, aun con fines didácticos"; y el artículo 89 del mismo Reglamento señala que esos trabajos de ascenso deben reunir "los requisitos de razonamiento riguroso, exposición sistemática, pureza metodológica y complementación bibliográfica que establecen los usos académicos".

2. LA REVISIÓN COMO POTESTAD DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Además de la “supercompetencia” autoasignada por la Sala Constitucional, también se otorgó potestades en otras áreas y dejó abierta la puerta para justificar la posibilidad de anular decisiones de otras Salas. Así, en sentencia de fecha 2 de marzo de 2000, proclamó:

...observa la Sala que con la entrada en vigencia de la nueva Constitución, surge la posibilidad de revisar una sentencia de amparo una vez agotada la doble instancia, sin necesidad de interponer una nueva acción de amparo. No obstante esta revisión está sometida a la discrecionalidad de la Sala. En efecto, esta novísima figura de la revisión extraordinaria, cuyo fundamento es el artículo 336 numeral 10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ha sido creada con la finalidad de uniformar criterios constitucionales, así como de evitar decisiones que lesionen los derechos y garantías que consagran la Carta Magna. Su eficacia dependerá de la forma como se sistematice y la correcta aplicación de sus postulados ...esta discrecionalidad que se le atribuye a la revisión a que se ha hecho referencia, no debe ser entendida como una nueva instancia, ya que como se dijo precedentemente, la misma sólo procede en casos de sentencias ya firmes, esto es, decisiones que hubieren agotado todas las instancias que prevé el ordenamiento constitucional.⁴⁶

Posteriormente y sobre la base de la sentencia del 6 de febrero de 2001⁴⁷ (Caso: Corpoturismo), quedó establecido que “*sólo de manera extraordinaria, excepcional, restringida y discrecional*”, la Sala Constitucional posee la potestad para revisar sentencias definitivamente firmes; y partiendo de tal principio, se señaló que puede ser objeto de revisión:

⁴⁶ Sentencia N° 44, caso Francia Josefina Rondón Astor contra decisión de fecha 13-09-1999 del Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

⁴⁷ Sentencia número 1529, caso Corpoturismo.

- 1.- Las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional de cualquier carácter, dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y por cualquier juzgado o tribunal del país.
- 2.- Las sentencias definitivamente firmes de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas por los tribunales de la República o las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia.
- 3.- Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país apartándose u obviando expresa o tácitamente alguna interpretación de la Constitución contenida en alguna sentencia dictada por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado.
- 4.- Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional.

No obstante la claridad de la delimitación autoimpuesta por la Sala, en sentencia de fecha 05-05-2003 (N° 1.032, caso: *Poliflex*) declaró procedente una solicitud de revisión constitucional y anuló una decisión de la Sala de Casación Civil que había declarado inadmisible un recurso de casación.

El caso decidido por la Sala consiste sucintamente en lo siguiente:

Se trata de un caso que había accedido “en varias oportunidades a la Casación Civil” gracias a la casación múltiple.⁴⁸ En el

⁴⁸ Esta casación múltiple debe ser desterrada de nuestro sistema casacional porque viola el espíritu constitucional (artículos 26 y 257).

interregno entre la primera y posterior casación, fue modificada la cuantía, de acuerdo con la Resolución número 619 de fecha 30 de enero de 1996 del Consejo de la Judicatura. Por eso la causa fue a parar en un Tribunal de Municipio, el cual revocó una decisión de un tribunal de primera instancia.⁴⁹ Contra esta decisión la parte perdedora anunció recurso de casación, el cual fue negado por “el tribunal de municipio” y, por eso, recurrió de hecho, el cual fue declarado con lugar por la Sala Civil. Luego, la misma Sala y bajo ponencia del mismo Magistrado, como punto previo en la decisión que tenía que resolver el recurso de casación formalizado, revocó la admisión que ella misma había declarado.

Se trata de un embrollo asombroso.⁵⁰ Esta situación que ha podido remediarse por medio de una ampliación pero, en su lugar y en vista del “grueso error” cometido por la Sala, se planteó una solicitud de revisión. Ésta fue declarada procedente y anuló la sentencia de la Sala Civil de fecha 31 de octubre de 2000 “por ser violatoria de derechos y garantías constitucionales”.⁵¹

Si la revisión constitucional no autoriza a anular decisiones de otras Salas, como parece ser en vista de que no estamos ante un Tribunal Constitucional, cabe diseñar un mecanismo para reparar los errores graves cometidos por alguna Sala, como aconteció en el caso *Poliflex*, antes reseñado. Podría pensarse en: i) que la misma Sala, ante una ampliación o un reclamo, pudiese corregir el error; ii) Un recurso ante el Tribunal en pleno.

3. ALCANCES DE LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL

La Sala Constitucional a partir de la decisión de fecha 20-01-2000⁵² se atribuyó la competencia “expresada en los artículos 7 y 8” de la Ley

⁴⁹ Esta parece una situación casi inverosímil: un tribunal de municipio que revoca una decisión de un tribunal de primera instancia (Véase página 2 de la sentencia *Poliflex*).

⁵⁰ Que debe atribuirse a un relator con poca experiencia.

⁵¹ Página 11 de la sentencia.

⁵² Caso: *Emery Mata Millán*.

Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Es decir, la Sala se entiende que es la “voz última” y, por eso, asumió el control *tout court* de los amparos a que se contrae el artículo 8 de la referida ley. Esta decisión ha merecido críticas por parte de la doctrina.⁵³ Esta voracidad manifiesta de la Sala Constitucional por asumir faenas que competen a otras Salas, le ha provocado un colapso. El hecho de haber asumido tantas competencias, la ha convertido en un tribunal de instancia, al extremo de que en la actualidad actúa para resolver todo tipo de asuntos: penales,⁵⁴ administrativos, civiles, electorales, mercantiles, políticos, etc., con el agravante de que unos asuntos son decididos rápidamente y otros, por el contrario, esperan parsimoniosamente ser atendidos. En fin, la multiplicidad de funciones, la abundancia cuantitativa de casos y la discrecionalidad, ponen de manifiesto que no se aplica un criterio de selección⁵⁵ de casos, razones que explican su colapso.

El argumento que utilizó la Sala Constitucional para ejercer la facultad de revisión se encuentra en la decisión de fecha 07 de junio del año 2000 (N° 520) que predica que la facultad para revisar actos o sentencias aparece expuesta en la Exposición de Motivos de la Constitución vigente, cuando establece ...“la facultad de la Sala Constitucional para revisar los actos o sentencias de las demás Salas del Tribunal Supremo que contraríen el texto fundamental o las interpretaciones que sobre normas o principios haya realizado esta Sala”.

Como se puede observar, la posibilidad interpretativa de la Sala sobre las facultades se ve favorecida por circunstancias coyunturales y pu-

⁵³ Véase Brewer-Carías: *Ob. Cit.*, p. 40.

⁵⁴ Las decisiones que en materia penal ha dictado la Sala Constitucional están a la espera de un serio estudio. Valdría la pena hacer un detenido examen e inventario de los aciertos y errores cometidos.

⁵⁵ Así, por ejemplo, la revisión propuesta en el caso: Distribuidora Samtronic de Venezuela C.A., (mejor conocida en el foro como el caso: *Samsung* gracias al denominado “hecho notorio comunicacional”) que es asunto entre particulares, fue decidido en tiempo récord, pese a que no envolvía un problema real de interpretación constitucional. En efecto, este asunto consiste realmente en un problema comercial entre grandes corporaciones, no presenta un aspecto constitucional sino sólo en apariencia. Es necesario no caer en la trampa de buscarle la vuelta constitucional a temas realmente intrascendentes para la sociedad.

diera decirse que se está ante un caso de interpretación constructiva, en atención a que haciendo una lectura interesada, los magistrados consagraron derechos a una Sala en especial. En efecto, la Exposición de Motivos no dice que la Sala Constitucional puede anular decisiones de otras Salas, sino que dicha Sala tiene ...“facultad para revisar los actos o sentencias”.

A mi modo de ver, una interpretación como la que se ha hecho prescinde de lo contemplado en la Constitución. En verdad, el carácter creativo que caracteriza a esa interpretación produce efectos porque sus doctrinas son vinculantes para las otras Salas. En cuanto a la cosa juzgada constitucional, los efectos son mucho más extensos que los de una sentencia civil, por cuanto valen para todos los casos y son vinculantes para todos los jueces.

En el ordenamiento jurídico surgido a la luz de la señalada interpretación de la Sala Constitucional, las facultades asumidas le han permitido anular decisiones de otras Salas. Así ha anulado sentencias de la Sala Politicoadministrativa en varias oportunidades, entre otras en sentencia número 2.673 de fecha 14-12-01 (Caso: *DHL*), número 973 del 30-04-03 (caso: *Hilda Josefina Farfán*) número 1.087 del 09-05-03 (Caso: *Samtronic*), número 1.080 del 09-05-03 (caso: *José Miguel Márquez Rondón*), número 2.818 del 19-11-02 (caso: *Gladys (viuda) de Carmonal*). De la Sala Electoral: sentencia número 898 del 13-05-05 (Caso: *Universidad Central de Venezuela*). De la Sala de Casación Civil: sentencia número 1.032 (caso: *Poliflex*) del 05-05-03. Podría decirse que la Sala Politicoadministrativa posee el récord de sentencias anuladas por la Sala Constitucional.

Conviene aclarar, sin embargo, que aun cuando algunas de las decisiones anuladas podrían estar equivocadas, y su anulación tiene un sentido de justicia,⁵⁶ el procedimiento empleado para anularlas no ha sido el más confiable, tanto por el origen de la facultad asumida como porque

⁵⁶ Como he señalado en el texto, el mecanismo para anular este tipo de decisiones podría ser: a) una ampliación, b) un reclamo ante la misma Sala, y c) Un recurso en el Tribunal en Pleno (*en banc*).

representa una acción jurídica contraria a las que tradicionalmente ha sido representativa de la conciencia jurídica del país. Tras ese contraste entre tradición y “novedad interpretativa constitucional” resulta evidente que la doctrina y la jurisprudencia venezolana enfrentan, hoy por hoy, un conflicto de intereses que puede ser resuelto mediante la inclusión de una norma en la futura Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional, que atribuya esta facultad anulatoria al Tribunal Supremo *en banc*.⁵⁷

Como resultado del criterio que se comenta, fue modificada la facultad única de la Sala Político Administrativo de avocarse a conocer asuntos que cursen en otros tribunales con la declaratoria de nulidad parcial del artículo 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, cuando la Sala Constitucional⁵⁸ proclamó que esta potestad corresponde a todas las Salas y, desde luego, también a la Constitucional. Eso significa que si la Sala Político Administrativo se avoca a conocer de uno o varios asuntos, su decisión puede ser anulada por esta *Super Sala*, tal como aconteció en la sentencia número 1.087 de fecha 09-05-2003.⁵⁹ Pero hay más todavía, ni siquiera es posible que la Sala Constitucional pueda revisar sus decisiones, a través de la solicitud de aclaratoria o ampliación. Veamos lo que señaló en la decisión número 1.348 de fecha 27 de mayo de 2003:

En tal sentido, se observa que la solicitante no es parte en la presente causa y, por ende, carece de legitimación para proponer la presente aclaratoria, pues, tal como fue establecido en decisión del 10 de abril de 2003, mediante la cual el Presidente de la Sala Constitucional se pronunció acerca de la recusación planteada por la referida compañía, “...*el recurso de revisión constituye un proceso de carácter objetivo en el que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ac-*

⁵⁷ Distinta sería la situación cuando se trata de un Tribunal Constitucional.

⁵⁸ Sentencia N° 806 de fecha 24-04-02, caso: *Sintracemento*.

⁵⁹ Caso Distribuidora Samtronic C.A. contra sentencia de la SPA de fecha 25-03-2003. Obsérvese que este asunto, entre particulares, le tomó a la Sala Constitucional menos de dos meses para anular, gracias a una revisión constitucional, una decisión de otra Sala. Véase igualmente la decisión sobre la solicitud de aclaratoria y ampliación en la decisión N° 1348 de fecha 27-05-03.

túa como garante del orden público constitucional, de conformidad con lo previsto en el artículo 336, numeral 10 del Texto Fundamental, y que no puede pretenderse que dentro de esta clase de proceso se extiendan a quien es ajeno a la causa garantías procesales que únicamente corresponden al solicitante [de la revisión] por haber sido consagradas en la legislación adjetiva como derechos exclusivos de las partes”, razón por la cual la aclaratoria solicitada resulta inadmisibile, y así en efecto se declara.⁶⁰

Después de haber conocido algunos de los efectos que produce la “superioridad” de la Sala Constitucional sobre las otras Salas, resulta pertinente hacer la siguiente pregunta: ¿Por qué la revisión constitucional en casos entre particulares que no involucran realmente un problema constitucional? ¿Cuál es la necesidad de intervenir en estos asuntos? Se podría responder diciendo sencillamente que la Sala Constitucional se debería ocupar con mayor eficiencia a la atención de asuntos que atañen en mayor proporción a los derechos y libertades individuales que los pleitos entre grandes corporaciones.

Sin embargo, en la práctica la situación es otra. En efecto, en el comentado caso de Distribuidora *Samtronic*,⁶¹ la Sala Constitucional, en la antes referida decisión número 1348 de fecha 27-05-03, desliza la idea de que no es posible revisar sus decisiones, ni siquiera con una ampliación o aclaratoria. En efecto, se copia nuevamente la mencionada decisión en su parte pertinente, así:

Así pues, luego de la lectura detenida del escrito contentivo de la solicitud de aclaratoria, observa esta Sala que, en el presente caso, no se dan los supuestos previstos en la disposición antes transcrita para proceder a la aclaratoria o ampliación del fallo emitido por esta Sala el 9 de mayo de 2003, toda vez que las argumentaciones formuladas por los abogados ..., reflejan

⁶⁰ Esta decisión la volveré a citar *post* en el texto.

⁶¹ Sentencia número 1.087 de fecha 09-05-03.

la pretensión de su representada de obtener la revisión de la referida sentencia, utilizando la aclaratoria para manifestar su disconformidad con los pronunciamientos hechos en la misma y, más grave aún, con respecto a decisiones emitidas por esta Sala en las causas que cursan en los expedientes 01-2599, 01-0474 y 02-2243, alegando que fue la propia Sala Constitucional, y no la Sala Político Administrativa la que incurrió en desacato a una orden dada en virtud de una doctrina interpretativa vinculante; vale decir, que la solicitud presentada tiene implícita una crítica al fallo objeto de la misma, pues los abogados mencionados al cuestionar la fundamentación y análisis efectuado por la Sala para declarar procedente la revisión del fallo dictado por la Sala Político Administrativa el 25 de marzo de 2003 (fecha de publicación), argumentan que, respecto a los puntos debatidos, ha debido decidirse de forma distinta a la que se sentenció, lo que evidentemente desatiende a la naturaleza de la aclaratoria.⁶²

De la lectura del párrafo surge entonces esta otra interrogante: ¿Qué sucedería si es la Sala Constitucional la que desacata su propia doctrina vinculante? De acuerdo con el razonamiento y la tendencia de la jurisprudencia, se puede decir que la doctrina queda desacatada y el hecho de que la Sala actúe como la “voz última” en materia jurídica la hace acreedora de una “potestad” que le permite, en cada caso, fijar una doctrina, la cual no sería revisable, por ella misma ni por nadie. Si se equivoca, entonces la sociedad tendrá que pagar las consecuencias de esos errores.

Además de las competencias que se ha autoatribuido, hay que añadir otra: la potestad de avocar, o, también de anular la decisión que sobre avocamiento haya proferido otra Sala.

⁶² Decisión número 1.348 de fecha 27-05-03 recaída en una solicitud de aclaratoria formulada por los abogados de “SAMSUNG ELECTRONICS LATINOAMÉRICA (Zona Libre) S.A., en relación con la sentencia dictada por la SC en fecha 9 de mayo de 2003, “con ocasión de la solicitud de revisión interpuesta por los apoderados judiciales de DISTRIBUIDORA SAMTRONIC DE VENEZUELA C.A., contra el fallo emitido el 25 de marzo de 2003, por la Sala Políticoadministrativa de este Tribunal Supremo de Justicia”.

Ahora bien, la multiplicidad de competencias ejercidas por la Sala Constitucional nos obliga a considerar que se está ante un acto de *voracidad judicial* sin precedentes, puesto que no sólo se le resta competencia a las demás salas, sino que, podría llegarse a una situación en la cual la Sala Constitucional asumiría el control de todas las competencias para luego decidir todo tipo de asuntos, aun aquellos que no involucran materia constitucional.

Como ejemplo de los efectos que produce la concentración de competencias en la Sala Constitucional, se transcribe el contenido de una parte de la sentencia de fecha 29 de enero de 2003.⁶³

Corresponde a la Sala precisar su competencia para conocer de la solicitud de avocamiento formulada por el ciudadano Fiscal General de la República, y en tal sentido atendiendo la doctrina establecida en sentencia del 24 de abril de 2002 (Caso: Sintracemento), al fallar que la norma contenida en el artículo 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia que reserva de modo exclusivo y excluyente a la Sala Politicoadministrativa la facultad de avocamiento contenida en el artículo 42.29 de la misma ley, es incompatible con el principio de distribución de competencias por la materia a nivel del máximo tribunal de la República, sin que la propia Constitución lo autorice ni establezca una excepción al mismo en tal sentido, esta Sala es competente para conocer la solicitud de avocamiento en el caso de autos. Así se declara.

Cuando se trata de materia de amparo, resultaría más conveniente que cada Sala conozca sobre la base de la materia afín; y dejar a la Sala Constitucional solamente, los asuntos de interpretación y revisión

⁶³ Número 30 de fecha 29-01-2003 (Caso: *Julián Isaías Rodríguez, Rectius: (Fiscal General)*) contra decisión de amparo que favorecía al General de División Carlos Rafael Alfonso Martínez. Desde luego que este es un caso que reviste un gran interés político para el sector gubernamental del TSJ. Esta decisión representa una injerencia de la Sala Constitucional en un asunto que atañe a la jurisdicción ordinaria; y no es materia de interpretación constitucional. Este es otro ejemplo de la distorsión de la misión de la SC. Este es un indicio adicional que nuestra Sala Constitucional actúa, además, como instrumento político del gobierno.

en los términos señalados;⁶⁴ ya que es esto lo que ciertamente predica la Constitución.

Tomando en cuenta la distinción entre lo que es la facultad revisora y la interpretación de la norma constitucional, se aclararía el sentido de lo que es vinculante para todos. Esto, porque la facultad revisora de la Sala Constitucional no puede anular decisiones de otras Salas, tal como ha ocurrido, sobremanera, en la disputa que mantiene con la Sala Político-Administrativa;⁶⁵ y para esta última la Constitucional se ha convertido en su *bête noire*.

En todo caso, cuando se trate de “errores” cometidos por otras Salas, habría que diseñar otro mecanismo para tratarlo, pero siempre manteniendo la tesis de que el efecto de la decisión es hacia el futuro (*ex nunc*).⁶⁶

Esta última consideración pone de manifiesto que cuando se habla de la facultad de revisión no significa que la Sala Constitucional puede conocer el fondo o revisar la manera cómo los jueces (¡y las demás Salas!) interpretan la ley o establecen los hechos. Como es conocido, no se trata de un tribunal de instancia sino de una potestad para realizar una tarea revisora viable, es decir, sobre normas y principios constitucionales; lo que se corresponde con la verdadera misión de esta Sala.

4. LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL COMO RECURSO

Como es sabido, el recurso es el medio impugnativo más importante y tiene por objeto la revisión de las decisiones judiciales contra las cuales se aleguen vicios de forma o de fondo. En este sentido la doctrina entiende por recurso “la petición formulada por una de las partes, princi-

⁶⁴ Véase Chavero Gazdik, Rafael: *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*. Caracas, Edit. Sherwood, 2001, p. 66.

⁶⁵ Disputa que se expresa en asuntos privados, puesto que en los asuntos que interesan a la “Quinta República” la Sala Constitucional mantiene firmes tres votos que coinciden con dos Magistrados de la SPA. Se trata de un embrollo que no trasciende hacia lo político, puesto que en este terreno de la defensa de la “revolución” parece haber otros criterios de decisión.

⁶⁶ Así lo veremos *post* en el texto.

pales o secundarias, para que el mismo juez que profirió una providencia o su superior la revise, con el fin de corregir los errores de juicio o de procedimiento”;⁶⁷ y de acuerdo con lo anotado, el recurso se dirige contra las decisiones judiciales.⁶⁸

Si esto es así, la revisión prevista en el artículo 336, ordinal 10 de la Constitución no es un medio impugnativo pero en su devenir forense, se ha convertido en un recurso *tout court*, porque no se ha limitado a la revisión sino que se afirma una potestad “anulatoria” de sentencias. Esto se hace más complejo porque la utilización de la revisión constitucional como recurso dirigido a anular decisiones de otras Salas se ha convertido en una nueva práctica que compite con la proposición de amparos, al menos en sede del TSJ.

Esta potestad la ha entendido la Sala Constitucional de una manera muy amplia. Así, en la sentencia número 93 de fecha 6-02-01 (caso: *Corporativismo*) la Sala proclamó su competencia para ampliar su facultad revisora a todas las sentencias definitivamente firmes, siempre y cuando estuviese involucrado un asunto de interpretación constitucional. Además ratifica que su potestad revisora es discrecional y añade, además, la posibilidad de revisar de oficio. Lo postula de la manera siguiente:

Por lo tanto, esta Sala puede en cualquier caso desestimar la revisión, “...sin motivación alguna, cuando en su criterio, constate que la decisión que ha de revisarse, en nada contribuya a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales...”.

En cuanto a la potestad de esta Sala para revisar de oficio las sentencias definitivamente firmes en los mismos términos expuestos en la presente decisión, esta Sala posee la potestad

⁶⁷ Devis Echandía, Hernando: *Compendio de Derecho Procesal*. Bogotá, Editorial ABC, 1985, T I, 557.

⁶⁸ Véase Vescovi, Enrique: *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos*. Buenos Aires, Ediciones Desalma, 1988, p. 15.

discrecional de hacerlo, siempre y cuando lo considere conveniente para el mantenimiento de una coherencia en la interpretación de la Constitución en todas las decisiones judiciales emanadas por los órganos de administración de justicia.

Esta facultad es totalmente discrecional, lo cual fue ratificado en sentencia número 328 de fecha 09-03-2001,⁶⁹ así:

En efecto, dentro de las potestades atribuidas por la nueva Carta Magna en forma exclusiva a la Sala Constitucional, se encuentra la de velar y garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, así como su uniforme aplicación e interpretación. En tal sentido, se atribuye a esta Sala la competencia para que, a través de un mecanismo extraordinario, pueda *revisar* las decisiones definitivamente firmes dictadas por los tribunales de la República en materia de amparo constitucional, a los fines de garantizar la uniformidad en la interpretación de los preceptos constitucionales, en resguardo de la seguridad jurídica.

Los ejemplos señalados permiten mostrar que la doctrina venezolana se ha dedicado a examinar la naturaleza de la facultad discrecional en relación con el denominado *writ of certiorari*,⁷⁰ esto es, con una solicitud que formula la parte perjudicada por una decisión de una corte de ape-

⁶⁹ Esta decisión responde a la solicitud “interpuesta por las apoderadas judiciales del ciudadano Giovanni Selvaggio Spadafino –demandado en el juicio por resolución de contrato– en contra de la decisión dictada por el Juzgado Superior Tercero en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas en fecha 31 de julio de 2000, la cual revocó la decisión dictada por el Juzgado de Primera Instancia, y declaró sin lugar el amparo interpuesto por el mencionado ciudadano en contra de la decisión dictada por el Juzgado Decimocuarto de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas”. Y añade que se trata de una revisión contra una sentencia definitivamente firme proferida en materia de amparo.

⁷⁰ Véase opiniones de Haro: *Ob. Cit.*, pp. 258-264; Casals, Jesús María: *Constitución y Justicia Constitucional ... Cit.*, p. 97. Este mismo autor, acertadamente, sostiene que la Sala Constitucional es un “órgano *primus inter pares* en materia de interpretación constitucional” (*La Facultad Revisora de la Sala Constitucional prevista en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución ... cit.*, p. 281).

laciones Federal ante la Corte Suprema de Justicia para que su caso sea revisado. El término proviene del *common law* antiguo, y quiere decir “*bring forth the record*”.⁷¹ Hasta ahora la facultad revisora tiene cierta semejanza con la figura norteamericana por su carácter discrecional. Sin embargo, en su aplicación práctica no lo es. En el sistema anglosajón tiene un valor determinante el *Stare Decisis* (precedente judicial), y aquí la jurisprudencia parece no orientar a la Sala Constitucional en vista de sus cambios de doctrina, o, más bien, de producción de decisiones en las que se observa que no se atiende la doctrina previamente establecida.⁷² Tan amplia facultad debe ser objeto de una prudente aplicación para evitar incurrir en excesos que desvíen y distorsionen la verdadera misión de la Sala, cual es la interpretación constitucional.⁷³

Adicionalmente cabe agregar que nuestra Sala Constitucional, debido a la cantidad de competencias, asume un carácter monopolizador de las decisiones judiciales exhibiendo las más de las veces una actitud de voracidad dentro del sistema judicial venezolano, es decir, la Sala se desdobla en una suerte de *deus ex machina* en materia judicial. Como se ha señalado, conoce de asuntos muy variados llegando incluso a resolver asuntos penales que no involucran una interpretación constitucional *tout court*.

Frente a tan ilimitadas competencias, sería conveniente que se estableciera que las acciones de amparo fuesen competencia de la Sala afín a la materia objeto del amparo, y que sólo se atribuya a la Sala Constitucional, los específicos asuntos de interpretación constitucional. Así, por ejemplo, en un asunto penal en el cual se hubiese alegado violación al

⁷¹ Taruffo, Michel y Hazard, Jr., Geoffrey: *American Civil Procedure*. New Haven, Yale University Press, 1993, p. 185.

⁷² Ejemplo es la decisión N° 1.032 de fecha 05-05-03 (caso: *Polifex*) en la cual la Sala Constitucional declaró con lugar un recurso de revisión pese a que el caso no encuadraba en alguno de los supuestos de la doctrina de la sentencia número 93 del 6-02-01 (caso: *Corpoturismo*). No me pronuncio sobre las bondades de este método porque mientras se va aclarando el panorama en materia de revisión, la jurisprudencia tendrá que correr el riesgo de ser casuística.

⁷³ Véase Haro: *Ibid*, p. 259.

derecho de defensa del encauzado, por ser un asunto que no supone un problema de revisión, puede y debe ser decidido por la Sala Penal.

De esa manera podría quedar establecido que cada una de las Salas que componen el TSJ asuman los casos de sus competencias aplicando las doctrinas vinculantes establecidas por la Sala Constitucional. Cuando se trate de un asunto que no haya sido interpretado, la Sala respectiva debe hacer la interpretación. Y sólo en caso de duda, el asunto puede ser remitido a la Sala Constitucional. Cuando la materia no haya sido previamente interpretada, cabe la solicitud de revisión con el fin de que la Sala señale cuál es la interpretación correcta. Como se puede apreciar, en ninguno de los casos cuidadosamente planteados dentro de la competencia de la Sala Constitucional, lleva implícita la potestad de dicha Sala para anular la decisión.

Esta amalgama de competencias, y el creciente monopolio de dominio de la Sala Constitucional sobre las demás Salas, la lleva a producir curiosas interpretaciones de la Constitución. Como muestra se puede señalar un caso en materia penal; y para ilustrar lo que señalo, transcribo parte de la decisión número 369 de fecha 27 de marzo de 2001⁷⁴ así:

El que la sentencia puede dividirse en capítulos o partes, lo que es necesario en estos casos, lo ha contemplado el Código de Procedimiento Civil en los artículos 332 (del recurso de invalidación) y en el numeral 11 del artículo 442. Pero ambas normas no es que se refieran a un tipo especial o particular de sentencias, sino que parten del concepto que toda sentencia se divide en capítulos o partes, de allí que el citado artículo 332 expresa “*la invalidación de un capítulo o parte de la sentencia no quita a ésta la fuerza respecto de otros capítulos o partes que a ella corresponden*”; por lo que dicha norma parte del principio de que toda sentencia se divida en capítulos o partes, a pesar que el artículo 243 *eiusdem* no los menciona como contenido del fallo, por considerarlo innecesario. El nu-

⁷⁴ Caso: *María del Carmen Torres Herrero*.

meral 11 del aludido artículo 442 del Código de Procedimiento Civil, mantiene el mismo principio: “*Sin embargo, no se decretará la suspensión cuando el Tribunal encuentre que la causa o algunos de sus capítulos puedan decidirse independientemente del instrumento impugnado o tachado, caso en el cual continuará la causa civil*”. En ese mismo sentido también apunta el artículo 1.113 del Código de Comercio, para la sentencia del proceso mercantil.

De esta técnica de la sentencia no escapa la que se dicte en el proceso penal –ya que la situación es igual con relación a los consorciados– así los artículos 365 y 366 del Código Orgánico Procesal Penal no se refieran a las divisiones del contenido del fallo. Sin embargo, el artículo 163 *eiusdem*, al considerar los puntos sometidos al conocimiento del Tribunal mixto y a la votación de las cuestiones disputadas, está reconociendo la necesidad de que el fallo se divida en partes.

Pero la situación es totalmente distinta cuando en un proceso y ante supuestos idénticos a los estudiados, se declara la nulidad absoluta del fallo que involucraba a los consorciados, o se juzga sobre la conexidad que une a las partes. En el primer supuesto no existe el fallo, y por tanto lo favorable a algún consorte, contenido en la sentencia, desaparece. En el segundo caso, lo decidido sobre el nexo, necesariamente repercute sobre aquellos que fueron juzgados en base a él. En ambos supuestos, al volverse a sentenciar, las copartes absueltas o gananciosas en el primer fallo, podrán ejercer los recursos que les corresponden, si la nueva sentencia los perjudica. Se trata de los efectos de la conexidad. Sin embargo, hay quien considera que con respecto a las partes ya juzgadas, que la sentencia se encuentra firme con carácter de cosa juzgada.

Este tipo de efectos reflejos derivados de la conexidad es de tal importancia, que personas que no son partes en un proceso, pueden verse favorecidos por sentencias donde un potencial

consorte resulta ganancioso. Para ello basta leer en el Código Civil en materia de solidaridad, los artículos 1.236 y 1.242.

En materia de deudores solidarios, la sentencia dictada a favor de uno de los deudos aprovecha a los otros (así no hayan sido demandados en el proceso donde se dictó), a menos que se le haya fundado en una causa personal del deudor favorecido.

Tal principio lo recoge el artículo 430 del Código Orgánico Procesal Penal, bajo el Título “Efecto Extensivo”. Dicha norma reza: *“Cuando en un proceso haya varios imputados o se trate de delitos conexos, el recurso interpuesto en interés de uno de ellos se extenderá a los demás en lo que le sea favorable, siempre que se encuentren en la misma situación y les sean aplicables idénticos motivos, sin que en ningún caso les perjudique”*.

Si bien es cierto que el artículo 430 bajo comentario, se refiere al proceso con varios imputados, que es el contemplado en el artículo 67 del Código Orgánico Procesal Penal, no es menos cierto, que el mismo principio debe aplicarse cuando la causa se escinde por cualquier motivo, en relación con los diversos imputados, cual es el caso de autos.

Estas razones conducen a esta Sala a considerar que si sobre los mismos hechos imputados a María del Carmen Torres Herrero y Ángel Pascuzzo Lander, surgió un fallo absolutorio a favor del segundo por no revestir los hechos carácter penal, tal decisión de la primera instancia aprovechaba a la accionante, quien iba a ser juzgada penalmente por esos mismos hechos, y que de no anularse el fallo de la primera instancia a favor de Pascuzzo Lander, hubiere podido invocar los efectos extensivos del fallo apelado. La sentencia de la primera instancia se anula, como resultado de una apelación del Ministerio Público y la nulidad se declaró por razones diferentes a las que podía conocer el juez de la alzada por mandato del artículo 449 del Código

Orgánico Procesal Penal, por lo que tal decisión anulatoria perjudicaba tanto a Pascuzzo como a la accionante, y por ello la accionante podía incoar un amparo para preservar sus derechos, alegando la violación del debido proceso en la causa escindida al ser co-imputada, y así se declara.

En consecuencia, los vicios que afectaron la decisión en contra de Pascuzzo Lander pueden ser alegados por el otro consorte, buscando la revocación del fallo anulatorio, para lograr que se dejara sin efecto el fallo de la así viciado, y así se declara. (*Sic*).

Una lectura detenida de la decisión parcialmente copiada, advierte que, salvo la ligera referencia a los artículos 24⁷⁵ y 26 de la Constitución lo escrito no es resultado de un acto de interpretación constitucional. Y ello porque la primera de las disposiciones mencionadas es apenas copiada, carece de ningún análisis; y la segunda, es decir, la norma contenida en el artículo 26⁷⁶ se invoca para sostener que los formalismos inútiles están proscritos, lo cual no deja de ser un lugar común.

Adicionalmente, hay otras decisiones en las cuales la Sala invade –se insiste– competencia penal; e invocando el concepto del debido proceso, aplica los denominados “efectos extensivos”.⁷⁷ Puede ser que las personas beneficiadas por estas decisiones de la Sala Constitucional sean inocentes, pero la sentencia pasa por encima de los hechos y aplica estos “efectos” cuando es la Sala Penal la que tiene competencia para hacerlo. Nada de esto entraña una tarea de interpretación constitucional y no debe ocupar la atención del órgano constitucional.

Sobre la base de lo señalado en los párrafos anteriores, cabe formularse las interrogantes siguientes: ¿Es la Sala Constitucional el Juez Natural

⁷⁵ Véase página 12 de la sentencia que aparece en la página web del TSJ: www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/369-270301-00-2358%20.htm.

⁷⁶ *Ibid*, p. 14.

⁷⁷ Véase, entre otras, sentencia número 2365, de fecha 9-10-02.

para decidir amparos en materia penal que no entrañen una materia de interpretación? ¿Es la Sala Constitucional el Juez Natural para revisar sobre los hechos e interpretar la ley en asuntos distintos a la interpretación Constitucional? La respuesta tiene que ser negativa y, en consecuencia, esas decisiones que se dictan al socaire de una pretendida interpretación de la Constitución, pueden producir cosa juzgada aparente. En efecto, si la Sala Constitucional invade la esfera de competencia de las otras Salas y decide asuntos para los cuales no tiene competencia, se corre el riesgo de que en un futuro cambio político, esas decisiones puedan ser declaradas inexistentes. La Sala Constitucional no es un Tribunal de instancia como lo creen sus Magistrados. Esta voracidad debe tener un límite y esas sentencias pueden ser objeto de “revisión” en el futuro. Por eso es deseable que los Magistrados de la Sala Constitucional sean prudentes en el ejercicio de las potestades que le corresponden de acuerdo con la Constitución.

5. LA INNOVACIÓN Y CREACIÓN DE NUEVOS CONCEPTOS CONSTITUCIONALES

La Sala Constitucional, o *Super Sala*, no conforme con las facultades, competencias y potestades que ejerce en sus actuaciones como Tribunal de Instancia, ha asumido adicionalmente una protuberante vocación innovadora creando “nuevos conceptos” que, en mi opinión, pueden dar pie a la arbitrariedad. Así ocurre con el denominado hecho notorio comunicacional.

En efecto, en la sentencia número 98 de fecha 15 de marzo de 2000,⁷⁸ definió un nuevo tipo de hechos: el hecho notorio comunicacional.⁷⁹ Ciertamente que el denominado “hecho notorio comunicacional” es real-

⁷⁸ Véase mi libro *Estudios de Casación Civil*. Caracas, *Tribunal Supremo de Justicia*, Colección Estudios Jurídicos, segunda edic., 2003, pp. 404-407.

⁷⁹ Comentarios sobre esta decisión pueden leerse en: Pasceri Scaramuzza, Pier Paolo: *El hecho notorio y Publicacional*. En: *Orientaciones Jurisprudenciales del Tribunal Supremo de Justicia. XXVII Jornadas “J. M. Domínguez Escovar*. Barquisimeto, Colegio de Abogados del Estado Lara - Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, 2002, pp. 299-329.

mente un hecho notorio *tout court*, pese a que la sentencia lo considera como novedoso. La definición del concepto, hecho notorio comunicacional, la hace de la manera siguiente:

Pero con los hechos publicitados la situación es distinta, todos conocen o pueden conocer de ellos lo mismo, y mal puede hablarse que se trata de un conocimiento personal del juez incontrolable para las partes. Es por ello que la prohibición del Art. 12 del Código de Procedimiento Civil, con su sentido protector de las partes, no opera ante este tipo de hecho, producto de los tiempos actuales y del desarrollo de la comunicación.

Es cierto que el hecho comunicacional, como cualquier otro hecho, puede ser falso, pero tiene características que lo individualizan y crean una sensación de veracidad que debe ser tomada en cuenta por el sentenciador. Esos caracteres confluyentes son: 1) Se trata de un hecho, no de una opinión o un testimonio, si no de un evento reseñado por el medio como noticia; 2) Su difusión es simultánea por varios medios de comunicación social escritos, audiovisuales o radiales, lo cual puede venir acompañado de imágenes; 3) Es necesario que el hecho no resulte sujeto a rectificaciones, a dudas sobre su existencia, a presunciones sobre la falsedad del mismo, que surjan de los mismos medios que lo comunican o de otros y, es lo que esta Sala ha llamado antes la consolidación del hecho, lo cual ocurre en un tiempo prudencialmente calculado por el juez, a raíz de su comunicación; y 4) Que los hechos sean contemporáneos para la fecha del juicio o de la sentencia que los tomará en cuenta.

El que el hecho sea falso, como ya se dijo, es una posibilidad mínima, pero que siempre puede ser opuesto y constatado en la misma instancia, si es la parte quien pretende valerse de él, o en la alzada si proviene del juez; y hasta puede ser confrontado dentro del recurso de Casación, mediante el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil.

Resulta un despilfarro probatorio y un ritualismo excesivo, contrario a las previsiones de una justicia idónea, responsable, sin dilaciones indebidas y sin formalismos, que consagra el artículo 26 de la vigente Constitución, que se deba probar formalmente en un juicio, por ejemplo, que la Línea Aeropostal Venezolana es una línea aérea; que fulano es el Gobernador de un Estado; o que existen bebidas gaseosas ligeras, o que el equipo Magallanes es un equipo de béisbol; o que José Luis Rodríguez es un cantante; o Rudy Rodríguez una actriz; o que una persona fue asesinada, y que su presunto victimario resultó absuelto; se trata de conocimientos de igual entidad que el difundido por la prensa en el sentido que un día y hora determinado hubo una gran congestión de tránsito en una avenida, o se cayó un puente en ella, etc.

Del pasaje copiado deduce que el hecho notorio comunicacional, según la Sala Constitucional, es aquel hecho que llega a ser conocido gracias a la propagación o publicidad que del hecho hacen los medios de comunicación. Ahora bien, ciertamente que el hecho adquiere la categoría de notorio, pero al pretender darle una naturaleza distinta, se permite a los jueces fijar estos hechos, sin que nadie los hubiese invocado, para así permitir al contrario de quien se beneficia del establecimiento del hecho así fijado, su debido control. No hay posibilidad de discutir si el hecho es o no notorio o si es no “hecho comunicacional”. Pero hay más todavía: este tipo de “hechos” escapa, de acuerdo con el razonamiento de la sentencia, del control casacional. Esta supuesta novedad significa que se introduce un elemento altamente discrecional en el proceso, lo cual, quebranta el concepto del debido proceso. Por eso conviene reproducir la argumentación de esta sentencia:

Por la vía de la información periodística, el colectivo adquiere conocimiento, al menos en lo esencial, de determinados hechos y al todo el mundo conocer el hecho o tener acceso a tal conocimiento, no se hace necesario con respecto al proceso, mantener la prohibición del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, principio general del derecho (que no se puede sentenciar sino de acuerdo con lo probado en autos). Tal principio persigue que el juez no haga uso de su saber

personal sobre el caso, ya que de hacerlo surgiría una incompatibilidad psicológica entre la función de juez y la de testigo, tal como lo decía el Maestro Calamandrei en la página 195 de la obra antes citada; además de coartarle a las partes el control de la prueba, ya que ellas no podrán ejercer el principio de control de hechos que sólo conoce el juez y los vierte al proceso, minimizando así el derecho de defensa que consagra el artículo 49 de la vigente Constitución.

Pero con los hechos publicitados la situación es distinta, todos conocen o pueden conocer de ellos lo mismo, y mal puede hablarse que se trata de un conocimiento personal del juez incontrolable para las partes. Es por ello que la prohibición del Art. 12 del Código de Procedimiento Civil, con su sentido protector de las partes, no opera ante este tipo de hecho, producto de los tiempos actuales y del desarrollo de la comunicación.

Así las cosas, este tipo de “hechos” puede ser fijado por el juez, sin que nadie pueda controlarlo y, además, no queda arropado por el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil. En efecto, la Sala argumenta este importante asunto al proclamar que “la prohibición del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, con su sentido protector de las partes, no opera ante este tipo de hecho, producto de los tiempos actuales y del desarrollo de la comunicación”. En otras palabras, si el juez establece un hecho amparado en este concepto, el mismo no puede ser controlado en casación, porque estaría fuera de la regla del artículo 12 del CPC.

La mencionada decisión introduce el elemento arbitrariedad que puede poner en peligro el ejercicio del derecho de defensa. En verdad, el denominado hecho notorio comunicacional –hay que insistir– no es otra cosa que el hecho notorio a secas, que ha adquirido tal categoría gracias a la publicidad que le han dado los medios de comunicación. Ciertamente que en los tiempos modernos un hecho para ser notorio tiene que haber sido difundido por los medios de comunicación. Por ejemplo, la guerra de Irak del año 2003 es un hecho notorio y, ciertamente, lo es por la difusión mediática. Si fuese una información de vida efímera, no es hecho notorio ni tampoco un “hecho

comunicacional” que pueda ser fijado por el juez, sin alegato de parte y sin control casacional. Por sus características e implicaciones, el tema requiere de una serena reflexión para evitar confusiones que puedan traer consecuencias peligrosas en la práctica forense.

REFLEXIÓN ADICIONAL

Ante todo, conviene hacer referencia a algunos datos estadísticos. Durante el primer semestre del año 2003,⁸⁰ la Sala Constitucional de nuestro país ha dictado 1.751 decisiones. En el mismo período, otros órganos constitucionales (Tribunales Constitucionales) han sido menos productivos en cuanto al número de decisiones se refiere. Así, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha dictado setenta y dos (72) decisiones;⁸¹ el Tribunal Constitucional Español (en Pleno), 109⁸² y el Consejo Constitucional Francés, 131 sentencias.⁸³

Ahora bien, cabe formularse las interrogantes siguientes: ¿Cuál es la lectura que se puede hacer ante las diferencias numéricas? ¿Cuáles son las razones que provocan que nuestra Sala Constitucional sea tan productiva en sentencias en relación con sus pares en otras latitudes? ¿Son nuestros magistrados unos *Super Jueces* que integran una *Super Sala*? ¿Cuál es la relación cantidad-calidad?

A simple vista podría pensarse que el mayor resultado estadístico se debe a una mayor demanda. Sin embargo, el asunto no puede ser analizado desde una simple apreciación numérica por tres razones. En primer lugar, porque no somos europeos ni tampoco norteamericanos y, por lo tanto, pertenecemos a otra cultura. En segundo lugar, lo que nos une con ese primer mundo es el hecho de ser y pertenecer a la llamada cultura occidental. En tercer lugar, la Constitución de 1999 ha sido objeto de interpretación por parte de los Magistrados de la Sala Constitucio-

⁸⁰ Hasta el día 30 de junio de 2003.

⁸¹ Datos tomados de la página web siguiente: supremecourtus.gov

⁸² Página web: tribunalconstitucional.es

⁸³ Página web: www.conseil-constitutionnel.fr

nal para atribuirle a una de sus Salas el carácter de *Super Sala*; circunstancia que, a no dudar, como se ha señalado en este trabajo, no sólo aumentó sus competencias y alteró el equilibrio con respecto a las demás Salas, sino que ha puesto de relieve una particular, curiosa e inédita manera de interpretar el derecho.

La situación reseñada resulta en verdad muy complicada y, por lo tanto, de gran peligrosidad, puesto que despoja a las demás Salas de las facultades que la tradición jurídica les había otorgado.

La innovación introducida por la Sala Constitucional es hoy tema de debate y en relación con el balance no hay uniformidad de opiniones. Para unos, el protagonismo de la Sala Constitucional se aleja de los principios constitucionales, ya que el monopolio de las decisiones introduce un elemento altamente discrecional y asigna a la Sala un poder no previsto en la Constitución. Desde esta perspectiva, la Sala sería una suerte de *prima donna* de la Justicia Constitucional moderna, es decir, una Sala integrada por cinco seres humanos dotados de las cualidades que Dworkin atribuyó a su Juez Hércules.

Veo con preocupación la evolución que ha tenido la jurisprudencia de la Sala Constitucional, sus innumerables competencias y su asombrosa producción numérica de decisiones. Por eso, soy del parecer que el Estado de Derecho se resiente, y que no es prudente el reconocimiento de un poder jurídico autoatribuido, que repugna a la noble y delicada tarea que atañe al máximo intérprete de la Constitución. Y en esta faena no hay espacio para la arbitrariedad, ni para la improvisación.⁸⁴

Finalmente, cabe agregar que nuestra Sala Constitucional con sus amplias competencias, ejerce un carácter monopolizador de las decisiones judiciales asumiendo, las más de las veces, una actitud de voracidad dentro del sistema judicial venezolano. Sin duda, la justicia venezolana

⁸⁴ Distinta sería la situación, si se hubiese creado un Tribunal Constitucional, como sucedió en España y en otros países.

se encuentra atrapada por la intervención inesperada de la Sala. Lo que no se sabe es si estamos en una fase de la tragedia en donde la Sala se desdobra en una suerte de *deus ex machina*⁸⁵ para que sus magistrados resuelvan todo tipo de asuntos jurídicos y políticos.

Con este trabajo aspiro, con humildad, contribuir en un serio y detenido debate sobre el futuro de nuestra justicia constitucional. Si así fuese, me sentiría satisfecho de haber abordado un tema tradicionalmente reservado a los constitucionalistas.

⁸⁵ “En el teatro de la Antigüedad, personaje que representa una divinidad y que descendía al escenario mediante un mecanismo e intervenía en la trama resolviendo situaciones muy complicadas o trágicas”. Diccionario de la Lengua Española. Madrid, Real Academia Española, vigésima segunda edición, 2001, p. 547.

El Interdicto Restitutorio como una Forma de Garantizar la Tutela Judicial Efectiva de los Terceros, en caso de ser Despojados de su Posesión por una Medida Cautelar de Secuestro

Carmen Graciela FRANCISCO MATERÁN*

SUMARIO:

Introducción

- 1. Los terceros y el procedimiento cautelar:** **1.1** *Algunas consideraciones sobre la noción de parte y la noción de terceros.* **1.2** *Formas de intervención de los terceros en el procedimiento cautelar:* **1.2.1** *Vía de la oposición al embargo.* **1.2.2** *Vía de la tercería.* **1.2.3** *Vía de la apelación.* **1.3** *Vía del amparo constitucional.* **1.4** *Vía interdictal.*
- 2. La vía interdictal:** **2.1** *La protección interdictal. Generalidades.* **2.2** *Categorización jurídica de los interdictos.* **2.3** *El interdicto restitutorio:* **2.3.1** *Requisitos de procedencia.* **2.3.2**

* Universidad Católica Andrés Bello, Abogada. Universidad José María Vargas, Profesora de Derecho Procesal.

Efectos del decreto restitutorio y de la sentencia definitiva. 2.4 El interdicto restitutorio contra la ejecución de actos judiciales: 2.4.1 Evolución jurisprudencial. 2.4.2 Distintas posiciones doctrinales. 2.4.3 El interdicto restitutorio en los casos de entrega material de bienes vendidos. 2.5 El interdicto restitutorio contra la medida cautelar de secuestro y la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 26 de la Constitución.

Reflexiones finales.

1. INTRODUCCIÓN

La Seguridad Jurídica, como uno de los principios fundamentales en los cuales se erige el Estado de Derecho, puede verse seriamente lesionada cuando una persona, no siendo parte ni aun habiéndose hecho tal en el marco de un proceso, resulta afectada en su esfera jurídica de derechos por una decisión o actuación del órgano jurisdiccional.

En este sentido, el órgano jurisdiccional puede efectivamente afectar a terceros al tomar una decisión con ocasión a la solicitud de una medida cautelar. En estos casos, el ordenamiento jurídico y la doctrina patria han establecido varias alternativas para que los terceros puedan participar dentro del proceso respectivo haciendo valer sus derechos. Estas alternativas son, a saber, la oposición de terceros al embargo (preventivo o ejecutivo), el juicio de tercería, el procedimiento especial de amparo constitucional, el recurso ordinario de apelación y el procedimiento especial del interdicto restitutorio. Esta última alternativa de la vía interdictal no ha sido del todo aceptada por la doctrina ni por la jurisprudencia en nuestro país, por considerar que no es posible admitir el interdicto contra las actuaciones de los órganos jurisdiccionales.

Sin embargo, aceptar a ciegas esta posición traería como consecuencia la eliminación injustificada –a nuestro modo de ver– de una vía real y efectiva puesta al alcance de los terceros para hacer valer sus derechos, máxime cuando la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela regula dentro de su cuerpo normativo al debido proceso y la tutela judicial efectiva como principios de observancia obligatoria por los jueces al momento de desarrollar la actividad jurisdiccional.

Así pues, a la luz de estos nuevos principios constitucionales se presenta a continuación un estudio específico de la vía interdictal y la posibilidad de ser utilizada eficazmente a los fines de proteger la posesión de terceros cuando éstos resulten afectados por el decreto de alguna medida cautelar.

1. LOS TERCEROS Y EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR

1.1 *ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA NOCIÓN DE PARTE Y LA NOCIÓN DE TERCEROS*

Tradicionalmente, en el Derecho Procesal se presentaban discusiones doctrinales para establecer una definición de “parte”.

La doctrina procesalista fundamentaba la noción de parte en la relación jurídica procesal que nacía al momento de interponerse una demanda, aun y cuando ésta fuera improcedente. En este sentido, eran consideradas como “partes” aquella persona que proponía una demanda y frente a quien la misma era propuesta. Esta doctrina, también llamada formalista, fue seguida en Italia por Piero Calamandrei¹ y por Giuseppe Chiovenda.

Al lado de esta doctrina procesalista se encontraba la doctrina sustantiva, que no concebía la noción procesal de “parte” alejada de la relación jurídica material, es decir, que la noción de “parte” estaba ínsita en la relación jurídica que subyacía en el proceso y que le daba nacimiento y que por tanto se presentaba estrechamente vinculada a la acción y al interés hecho valer, identificando así a la noción de “parte” con la de “justa parte”.² Dentro de los seguidores de esta tesis se encontraba el maestro Satta.

¹ Para el maestro Piero Calamandrei “...partes son el sujeto activo y el sujeto pasivo de la demanda judicial”. Cit. Rengel-Romberg, A. (94^a): *Tratado de Derecho Procesal Civil*. II. 24.

² Cabe observar, que para la época en que estas posiciones comenzaron a manejarse, la doctrina aún no había deslindado las nociones de acción, pretensión y demanda, razón por la eran confundidas y tratadas indistintamente.

Modernamente, estas discusiones carecen de importancia toda vez que la ciencia procesal ha establecido un criterio claro de las nociones de acción, pretensión y demanda, que en el pasado eran tratadas indistintamente. Se ha aceptado de forma pacífica que las partes no son más que los sujetos de la “pretensión”, tal como se encuentra en la definición de Jaime Guasp, según la cual “parte” es quien pretende y frente a quien se pretende, es decir, quien reclama y frente a quien se reclama la satisfacción de una “pretensión”.³

Ahora bien, las partes (actor y demandado), no son las únicas personas legitimadas para actuar dentro del proceso, sino que también dentro del Derecho Procesal se ha manejado la posibilidad de la intervención de otras personas que comúnmente se denominan terceros. Lógicamente, se dice que tercero es aquel que no es parte en un proceso determinado y más técnicamente *“es la persona ajena a una relación jurídica o a una controversia suscitada entre otras”*.⁴

No obstante lo dicho, debemos acotar que actualmente las nociones de parte y terceros han entrado en crisis.

En efecto, existen en nuestro ordenamiento jurídico algunos procedimientos especiales llamados procedimientos objetivos en los cuales, debido a que no existe un sujeto determinado a quien se pueda demandar, se crea la dificultad de identificar quién es el legitimado pasivo. Por otro lado, en materia contencioso-administrativa, pareciera que la distinción entre tercero y parte ha ido desapareciendo, pues la última tendencia es llamar al proceso a todas aquellas personas que tengan algún “interés” para que se presenten a hacerlo valer. También se presentan dificultades en los procesos donde se hacen valer intereses colectivos o intereses difusos, puesto que se pregunta quiénes dentro del conglomerado social que hace valer un interés difuso o colectivo, son parte y quiénes terceros.

³ Rengel-Romberg, A.: *Ob. Cit.*, 24-27.

⁴ Puppio, V. (98²): *Teoría General del Proceso*. 274.

Por lo demás, toda esta problemática que se presenta a la hora de determinar quién es parte y quiénes terceros, conduce a afirmar que tales distinciones deben desaparecer dentro del ámbito jurídico del Derecho Procesal, dado paso a la figura única de “sujetos interesados en el proceso”.

1.2 FORMAS DE INTERVENCIÓN DE LOS TERCEROS EN EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR

Para determinar la forma de intervención de los terceros en el procedimiento cautelar hay que distinguir si estamos en presencia de las medidas cautelares patrimoniales o típicas o si estamos en presencia de las medidas cautelares no patrimoniales o innominadas, ya que dependiendo de ello los terceros tendrán diferentes vías procesales entre las cuales optar para hacer valer sus derechos.

En principio, las medidas cautelares patrimoniales o típicas sólo pueden ser decretadas sobre bienes que sean propiedad de las partes en juicio, lo cual es una innovación del Código de Procedimiento Civil de 1986, recogida en su artículo 587.⁵ Por razones de seguridad jurídica, no se puede desprender otra conclusión, ya que si una de las finalidades de las medidas cautelares es garantizar que no se haga ilusoria la ejecución del fallo, entonces no es posible que estas medidas recaigan sobre bienes que no formen parte del patrimonio de las partes en juicio porque de lo contrario se desvirtuaría el sentido y finalidad de las mismas. Además, se debe tener en cuenta que de la misma forma en que la sentencia definitiva sólo irradia el efecto de cosa juzgada frente a las partes que intervinieron en juicio, esto es, quienes tuvieron oportunidad para hacer valer sus derechos e intereses, en el caso de las medidas cautelares la cosa juzgada tampoco puede afectar a terceros que no hubieren podido hacer valer sus derechos en juicio porque ello significaría desconocer el principio del debido proceso.⁶

⁵ Art., 587 *eiusdem* “Ninguna de las medidas de que trata este Título podrá ejecutarse sino sobre bienes que sean propiedad de aquel contra quien se libren, salvo los casos previstos en el Artículo 599”.

⁶ CRBV (99): El Art., 49 recoge de manera extensiva, el derecho al debido proceso, aplicable tanto al ámbito judicial como al administrativo.

Por su parte, cuando estamos en presencia de las medidas cautelares innominadas, las posibilidades de que las mismas recaigan sobre terceros se reduce aún más por cuanto estas medidas están dirigidas a conductas, es decir, a través de ellas no se pretende garantizar la futura ejecución de la sentencia definitivamente firme, sino evitar que alguna de las partes sufra algún daño por actuaciones de su contraparte, o en el caso que el daño ya se ha patentizado y sea continuo, evitar que se siga materializando razón por la que generalmente el contenido de este tipo de medidas consiste en una autorización o una prohibición.

De este modo, a pesar que los terceros, en principio, no deberían ser afectados por las medidas cautelares sean éstas típicas o patrimoniales, o sean innominadas o no patrimoniales, la realidad es que pueden darse casos de medidas cautelares que de alguna manera afecten los derechos de terceras personas, razón por la cual el ordenamiento jurídico positivo ha establecido varias vías de las cuales pueden hacer uso los terceros que se vieren por una medida cautelar.

1.2.1 *Vía de la oposición al embargo*

Esta vía está permitida en aquellos casos en los cuales sea decretada la medida cautelar de embargo (ejecutivo o preventivo)⁷ sobre algún bien que sea propiedad de un tercero o que esté bajo su posesión.⁸ Asimismo, el tercero podrá impugnar la sentencia que resuelva la oposición, en cuyo caso dispone de dos vías procesales, a saber, el recurso de apelación y el procedimiento de la tercería, siempre que esté dentro de las posibilidades legales para la procedencia del juicio de tercería.⁹

La posibilidad de la oposición de terceros a las medidas cautelares es de carácter excepcional, y por eso esta normativa no puede ser aplicable al resto de las cautelas de carácter patrimonial, esto es, secuestro y

⁷ CPC (86): Art. 592 dispone la posibilidad de oposición a los terceros afectados por la medida de embargo preventivo, cuando remite al procedimiento previsto en el artículo 546.

⁸ *Ib.*, Art. 307 Ord. 2°, en concordancia con el Art. 377.

⁹ *Ib.*, Art. 546.

prohibición de enajenar y gravar. A esta misma conclusión se puede llegar a través de la correcta interpretación del ordinal 1º del artículo 370, en concordancia con el artículo 371, ambos del Código de Procedimiento Civil, que establece como única vía procesal para que el tercero pueda hacer valer su derecho, el juicio de Tercería.

Con respecto a las medidas cautelares innominadas, el tercero afectado por esta medida tampoco puede acudir al procedimiento de oposición que está previsto exclusivamente para la medida cautelar de embargo, en sus dos modalidades: embargo preventivo y embargo ejecutivo, así lo ha recogido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 9 de febrero de 1994, en el caso Ganadería y Carreteras Ganica, con ponencia del magistrado Alirio Abreu Burelli.¹⁰

1.2.2 Vía de la Tercería

Este mecanismo de intervención de los terceros afectados por las medidas cautelares, está previsto en los 370 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y es factible en los casos de las medidas cautelares patrimoniales, en cualquiera de sus tipos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 370 ordinal 1º en concordancia con el artículo 371 del Código de Procedimiento Civil, que disponen: *“Los terceros podrán intervenir, o ser llamados a la causa pendiente entre otras personas, en los casos siguientes: 1º- Cuando el tercero pretenda tener un derecho preferente al del demandante, o concurrir con éste el derecho alegado, fundándose en el mismo título; o que son suyos los bienes demandados o embargados, o sometidos a secuestro o una prohibición de enajenar y gravar, o que tiene derecho a ellos...”*. *“La intervención voluntaria de terceros que se refiere el ordinal 1º el artículo 370, se realizará mediante demanda de tercería...”*

Con respecto a la intervención de terceros afectados por las medidas cautelares innominadas, también pueden optar por la vía de tercería tal

¹⁰ Cit. Ortiz-Ortiz, R. (99): *Las Medidas Cautelares Innomiadas. Estudio Analítico y Temático de la Jurisprudencia Nacional*. I. 257-263.

y como se desprende de la interpretación que puede hacerse del ordinal 3° del artículo 370 del Código de Procedimiento Civil: “*Los terceros podrán intervenir, o ser llamados a la causa pendiente entre otras personas, en los casos siguientes: (...) 3° Cuando el tercero tenga un interés jurídico actual...*”. Es obvio que si un tercero es afectado por una medida cautelar innominada, las cuales se manifiestan a través de autorizaciones o prohibiciones, tiene un interés jurídico para actuar en ese juicio, siempre y cuando con esa medida se lesionen derechos de carácter legal o contractual, ya que llegado el caso de que se lesionen derechos de orden constitucional, la vía eficaz de actuación es el procedimiento especial del Amparo Constitucional, este criterio es sostenido en la doctrina nacional por Rafael Ortiz-Ortiz.¹¹

1.2.3 Vía de la Apelación

Rafael Ortiz-Ortiz sostiene esta alternativa para la intervención de los terceros en el procedimiento cautelar y fundamenta su posición en la posibilidad que el Legislador patrio les otorga para ejercer el recurso ordinario de apelación.

En efecto, una de las formas de intervención de los terceros prevista por el Código de Procedimiento Civil, es la apelación de la sentencia definitiva cuando el tercero tenga un interés inmediato en lo que haya sido el objeto o materia del juicio, o cuando la sentencia le perjudique porque la misma sea ejecutoria contra él o porque haga nugatorio su derecho, lo menoscabe o desmejore.¹² Por lo tanto, es posible que un tercero perjudicado por una medida cautelar pueda apelar de la sentencia definitiva que ponga fin al procedimiento cautelar. Además, esta posibilidad de apelación es recogida en el artículo 546 del Código de Procedimiento Civil, que establece la apelación del tercero contra la decisión del Tribunal en los casos de oposición al embargo.

¹¹ *Ib.* 77-78 “...es indudable que cuando hay perjuicios a un tercero por una medida innominada surge un *interés jurídico* suficiente para que sea escuchado por el juez, y el mecanismo procedente no es el de la oposición sino la demanda de tercería...”

¹² CPC (86): Art., 370 Ord. 6° y Art. 297.

Ahora bien, para que los terceros puedan ejercer este recurso ordinario, es necesario que la decisión sobre la medida cautelar sea definitivamente firme, es decir, que sea ejecutoria; dicho de otro modo, el tercero no podría apelar del auto que simplemente acuerda la medida porque pudiendo haber oposición debe esperar la decisión de la misma.

En tal virtud, con respecto a la oportunidad para que el tercero pueda hacer uso de este recurso, es necesario distinguir varias posibilidades:

- 1.- Si se trata del embargo ejecutivo o preventivo, una vez decidida la oposición puede ejercer el recurso de apelación, o ejercer el juicio de tercería.
- 2.- Si se trata de las demás medidas cautelares de carácter patrimonial, y dado que conforme lo previsto en el artículo 602 del Código de Procedimiento Civil, siempre se abrirá la articulación probatoria, haya o no habido oposición de parte, el tercero sólo podrá apelar de la sentencia que decida la oposición o en caso contrario de la que ratifique la medida cautelar decretada.
- 3.- En los casos de medidas cautelares innominadas, si hubo oposición de parte a la misma, deberá esperar la decisión para poder apelar, y si no hubo oposición deberá esperar que transcurra íntegramente el lapso de tres días que establece el legislador para la oposición de parte y ejercer el recurso ordinario de apelación.

1.3 *VÍA DEL AMPARO CONSTITUCIONAL*

Esta vía procede cuando los derechos de los terceros que han sido conculcados revisten carácter constitucional. Siendo esta lesión inminente y ostensible, la vía de la tercería no es la más efectiva, breve y sumaria para reparar la lesión y se legitima entonces la posibilidad de que los terceros puedan acudir a la vía del amparo constitucional.

Este criterio no era del todo aceptado por la extinta Corte Suprema de Justicia, que declaraba inadmisibile el amparo intentado por los terceros

afectados por medidas cautelares innominadas aduciendo que el ordenamiento jurídico establecía una vía ordinaria que el tercero debía acoger como lo era el juicio de tercería.

... La Sala constata la existencia de un procedimiento mero declarativo, en el cual, el prenombrado Juzgado Superior Segundo de Primera Instancia decretó una medida cautelar que vulnera los intereses de los recurrentes de amparo; por lo tanto, los recurrentes debieron utilizar los procedimientos legales preestablecidos para impugnar la decisión de instancia que supuestamente agrede su derecho...¹³

Este criterio adoptado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha ido cambiando, admitiéndose en algunas decisiones la posibilidad del Amparo Constitucional cuando los terceros son afectados por las medidas cautelares innominadas: caso de Cartera Inmobiliaria Carmosa vs El Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil del Estado Zulia, de fecha 30 de marzo de 1995, así nuevamente en el juicio Banco del Orinoco, SACA, de fecha 19 de julio de 1995, con ponencia del magistrado Alirio Abreu Burelli.

En la doctrina nacional, Rafael Ortiz-Ortiz, es del criterio que en aquellos casos de medidas de secuestro preventivo en las cuales se afectan inmuebles de propiedad de terceros, la vía procesal idónea a intentar es la del Amparo Constitucional por cuanto el juicio de tercería no aparece en estos casos como un medio procesal efectivo y eficaz para la satisfacción de la pretensión del tercero, como lo ordena la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

1.4 VÍA INTERDICTAL

Considerar la vía interdictal, concretamente el interdicto restitutorio o despojo, como una posibilidad para que los terceros puedan enervar los

¹³ Sentencia de la Sala de Casación Civil del 11 de agosto de 1993. *Cit.* Ortiz-Ortiz, R.: *Ob. Cit.*, 249.

efectos de una medida cautelar dictada en el juicio por otros seguido pero que en la práctica afecte la posesión de éstos, es precisamente la propuesta que, inspirada y más aún sustentada en la interpretación progresiva de nuestro texto constitucional, se halla contenida en la presente investigación y que abordaremos de inmediato.

2. LA VÍA INTERDICTAL

2.1 LA PROTECCIÓN INTERDICTAL. GENERALIDADES

El ordenamiento jurídico con fundamento en la paz social ha establecido una especial tutela al hecho jurídico de la posesión a través de los interdictos que se constituyen como el método práctico para proteger la posesión por cuanto se manifiesta a través de un juicio breve, sumario, eficaz y efectivo para dar protección a una de las instituciones fáctico-jurídicas de mayor trascendencia en la vida de los hombres en sociedad como lo es la posesión.¹⁴

Caracteres del interdicto

- 1.- Son de carácter real, por cuanto el derecho que tutela es el de posesión, el cual se encuentra dentro de la clasificación de los derechos reales.
- 2.- Generalmente están dirigidos a proteger el derecho a poseer bienes inmuebles, también pueden ser dirigidos a proteger la posesión de bienes muebles como en el caso específico del interdicto restitutorio.
- 3.- La defensa interdictal es autónoma, ya que se le concede al poseedor independientemente que el demandado sea el legítimo propietario del bien sobre el cual se pretende la tutela.

¹⁴ Núñez Alcántara, E. (98): *La Posesión y el Interdicto*. Este autor es seguidor de la doctrina de la paz social como fundamento del interdicto y considera que: “el interdicto es un modo de evitar las acciones de hecho según las cuales el hombre por sí mismo se hace justicia” (...) “la función del orden jurídico es garantizar la paz social”.

4.- Dentro del procedimiento interdictal no se discute la propiedad del bien sino lo que se pretende es la defensa de la posesión, tanto es así que éste puede intentarse contra el propietario del bien.¹⁵

5.- Son de carácter interino, es decir, no protegen al poseedor si luego éste es vencido por el propietario en un juicio petitorio.

En este sentido, la sentencia dictada en los procedimientos interdictales no ampara a perpetuidad la situación creada por ella, ya que la misma puede quedar sin efecto por la decisión petitoria. Esto es así, porque como quedó dicho en los procedimientos interdictales no se discute la posesión definitiva ni la propiedad, por tanto la decisión que pone fin a este procedimiento nada resuelve sobre estos aspectos.

No obstante, el carácter provisorio de la sentencia que pone fin a estos procedimientos no significa que no produzcan el efecto de la cosa juzgada; por el contrario, es perfectamente posible que la decisión alcance el efecto de cosa juzgada formal, una vez que se hayan ejercido todos los recursos que el legislador ha establecido.

Por otra parte, disentimos de la tesis mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia según la cual esta decisión no alcanza el efecto de cosa juzgada material, porque puede plantearse nuevamente el asunto en otro procedimiento. No estamos de acuerdo por considerar que una vez terminado el procedimiento interdictal, éste queda definitivamente cerrado para el que hubiere resultado vencido en él y llegado el caso en que se produjesen nuevamente hechos que hicieran necesario volver a intentar una querella, a pesar de existir identidad de partes y de objeto, la causa *petendi* sería diferente por tratarse de nuevos hechos, sobrevenidos a los ya decididos en el procedimiento anterior.

¹⁵ CC (82): Art. 783 “Quien haya sido despojado de la posesión, cualquiera que ella sea, de una cosa mueble o inmueble, puede dentro del año del despojo, pedir contra el autor de él, aunque fuera el propietario, que se le restituya en la posesión”.

Clases de interdicto

Existen cuatro tipos de Interdictos, a saber :

1. **Interdicto Restitutorio.** Regulado en el artículo 783 del Código Civil en los siguientes términos: *“Quien haya sido despojado de la posesión, cualquiera que ella sea, de una cosa mueble o inmueble, puede dentro del año del despojo, pedir contra el autor de él, aunque fuera el propietario, que se le restituya en la posesión”*.

2. **Interdicto de Amparo.** Regulado en el artículo 782 del Código Civil, el cual dispone: *“Quien encontrándose por más de un año en la posesión legítima de un inmueble, de un derecho real, o de una universalidad de muebles, es perturbado en ella, puede, dentro del año, a contar desde la perturbación, pedir que se le mantenga en dicha posesión”*.

3. **Interdicto de Obra Nueva.** Regulado en la primera parte del artículo 785 del Código Civil, *“Quien tenga razones para temer que una obra nueva emprendida por otro, sea en su propio suelo, sea en suelo ajeno, cause perjuicio a un inmueble, a un derecho real o a otro objeto poseído por él, puede denunciar al Juez la obra nueva, con tal que no esté terminada y de que no haya transcurrido un año desde su principio”*.

4. **Interdicto de Obra Vieja.** Regulado en el artículo 786 del Código Civil, el cual es del tenor siguiente: *“Quien tuviere motivo racional para temer que un edificio, un árbol o cualquiera otro objeto amenace con daño próximo un predio u otro objeto poseído por él, tendrá derecho de denunciarlo al Juez y de obtener, según las circunstancias, que se tomen las medidas conducentes a evitar el peligro, o que se intime al interesado la obligación de dar caución por los daños posibles”*.

2.2 CATEGORIZACIÓN JURÍDICA DE LOS INTERDICTOS

Se han planteado varias categorías para incluir en ellas a los interdictos:

Los interdictos como acción

Esta es la categoría aceptada por la mayoría de la doctrina que cataloga a los interdictos como acciones posesorias, tal es el caso de José Luis Aguilar Gorrondona;¹⁶ asimismo, José Ramón Duque Sánchez, quien también califica al interdicto como una acción.

Los seguidores de esta tesis de los interdictos como acción parecieran seguir el criterio romano de acción que la confunde con el derecho material, lo cual no es concebible con las nuevas tendencias del Derecho Procesal que visualizan a la acción como la posibilidad jurídico-constitucional de acudir ante los órganos de administración de justicia para hacer valer una pretensión.

Los interdictos como medidas cautelares

Esta tesis plantea que como quiera que con los interdictos se tutela el derecho de posesión en forma interina y provisoria, entonces se trata de una de las manifestaciones del poder cautelar general.

Sin embargo, partiendo de la premisa que las cautelas están dirigidas a garantizar la futura ejecución de un fallo, resulta errónea la calificación del interdicto como una medida cautelar, ya que con él no se garantiza la futura ejecución de fallo alguno sino el ejercicio del derecho de posesión del querellante.

Otra razón para negar la posibilidad de calificar al interdicto como una medida cautelar, es que el legislador prevé la posibilidad que dentro del *iter* procesal de la vía interdictal se puedan dictar medidas caute-

¹⁶ Aguilar Gorrondona, J. L. (93³): *Cosas, Bienes y Derechos Reales*. Derecho Civil III. Cuando analiza los caracteres de los interdictos establece que “los interdictos son acciones reales”.

lares,¹⁷ luego entonces, si fuera una medida cautelar no se explicaría cómo pudieran dictarse en el marco de esa medida cautelar otras medidas cautelares.

Sobre este punto de la posibilidad de dictarse medidas cautelares en los procedimientos interdictales, cabe destacar el criterio de Rafael Ortiz-Ortiz quien considera que no es posible dictar medidas cautelares de carácter patrimonial (embargo, secuestro, prohibición de enajenar y gravar) por cuanto la sentencia que pone fin a estos procedimientos no se pronuncia sobre la propiedad sino que tan sólo protege la posesión y siendo que las medidas cautelares típicas o patrimoniales están destinadas a garantizar la futura ejecución de un fallo, es decir, que al finalizar el proceso existan bienes suficientes para que pueda ejecutarse el mismo, no parecen encontrar entonces lugar dentro de los procedimientos interdictales. En cambio —señala el autor— las medidas cautelares innominadas son perfectas para estos procedimientos y el propio legislador previno la posibilidad de que el juez pueda adoptar todas aquellas medidas que sean necesarias para garantizar la ejecución del decreto judicial sobre la posesión, en el entendido que estas medidas no tendrán el carácter de cautelar, pero sí el calificativo de preventivas.¹⁸

Los interdictos como un procedimiento especial

Consideramos adecuada la tesis que califica los interdictos como un procedimiento especial, entre los cuales se encuentra Núñez Alcántara, quien define al interdicto como: “*El procedimiento especial mediante el cual el poseedor de un bien o un derecho solicita del Estado se le proteja su derecho posesorio ante un despojo, una perturbación o el daño posible que se desprenda de una obra nueva o vieja que le perjudique y a tal fin se tomen las medidas precautelativas necesarias, hasta la conclusión del procedimiento*”.

¹⁷ CPC (86). Art. 699. En el primer aparte de este artículo se establece “Si el querellante manifestare no estar dispuesto a constituir la garantía, el juez solamente decretará el secuestro de la cosa o derecho objeto de la posesión, si a su juicio, de las pruebas presentadas se establece una presunción grave a favor del querellante”.

¹⁸ Ortiz-Ortiz, R. (97): *El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas*. En el Ordenamiento Jurídico Venezolano. 418-420.

Como todo procedimiento especial, el procedimiento interdictal reúne los siguientes aspectos:

1.- Órganos específicamente destinados a conocer de la pretensión, tal y como lo dispone el artículo 698 del Código de Procedimiento Civil. El tribunal competente para conocer de los interdictos es el Juez de Primera Instancia del lugar donde esté situado el bien objeto del mismo.

2.- Formas procesales distintas del juicio ordinario. En este sentido hay que distinguir entre los distintos tipos de interdictos.

En los casos del interdicto restitutorio, la primera fase del procedimiento comienza con el decreto del juez ordenando la restitución de la posesión, una vez que el querellante pruebe la ocurrencia del despojo y otorgue la caución suficiente fijada por el juez,¹⁹ se procede a la tramitación de la fase plenaria del procedimiento.

En el caso del interdicto de amparo, éste comienza con el decreto del juez ordenando el amparo de la posesión, una vez que se encuentre probada la ocurrencia de la perturbación y posteriormente se continúa el procedimiento.²⁰

En los casos del interdicto de obra nueva y de obra vieja, el juez si encuentra llenos los extremos legales exigidos, se trasladará al sitio en donde se está construyendo la obra que causa el perjuicio haciéndose acompañar por un experto y si constata la lesión denunciada, sin audiencia de la otra parte, decretará la prohibición o continuación de la obra según el caso.²¹

3.- Las facultades del juez, son más amplias que las facultades que se le otorgan para el juicio ordinario.

¹⁹ CPC (86): Art. 699.

²⁰ *Ib.*, Art. 700.

²¹ *Ib.*, Art. 713.

Podemos afirmar en este sentido que en los procedimientos interdictales el juez tiene la facultad de ordenar la restitución de la posesión, ordenar el amparo de la posesión, puede mandar a paralizar una obra y dictar todas aquellas medidas necesarias para garantizar su decisión, entre otras facultades.

4.- Los efectos de la sentencia son especiales. En los procedimientos Interdictales la sentencia dictada por el juez es de carácter interino o provisional, es decir, que se mantiene mientras no cambien las circunstancias, lo cual no quiere decir que no produzcan cosa juzgada.²²

2.3 EL INTERDICTO RESTITUTORIO

Es un procedimiento especial posesorio tendiente a restituir la posesión de los bienes, muebles o inmuebles, cuando el poseedor de los mismos ha sido despojado de ellos.

El Legislador identifica al interdicto restitutorio o de despojo en los siguientes términos: *“Quien haya sido despojado de la posesión, cualquiera que ella sea, de una cosa mueble o inmueble, puede, dentro del año del despojo, pedir contra el autor de él, aunque fuere el propietario, que se le restituya en la posesión”*.²³

2.3.1 Requisitos de Procedencia

El artículo 783 del Código Civil contiene los requisitos de procedencia del interdicto de despojo, a saber:

1. La existencia de la posesión. Al tratarse de un procedimiento especial para la restitución de la posesión, es necesario la previa existencia de la posesión del bien, en este caso concreto, cualquiera que ella sea (legítima, precaria, mediata o inmediata).

²² *Ut supra* 3:3.1., 5. *Infra* 3:3.3.2.

²³ CC (82): Art., 783.

2. La materialización del despojo. Es decir que imposibilite el ejercicio de la posesión a la persona que ha venido ejerciéndola. Siendo que la posesión se ejerce a través de actos fácticos y supone el uso y goce del bien; cuando se impida la realización de actos de esta naturaleza, se entiende que hay despojo.

El despojo puede ser total o parcial, según afecte la posesión de toda la cosa o sólo de una parte de ella.²⁴

3. Este procedimiento especial comporta una caducidad especial. Debe ser intentado dentro del año del despojo, en caso contrario, el afectado por el despojo debe acudir a la vía ordinaria para hacer valer su pretensión.²⁵

Procede contra todo aquel que sea autor del despojo, incluso contra el propietario.

4. Este procedimiento especial debe ser intentado por el poseedor del bien despojado. No se distingue si la posesión es precaria o legítima, o si es de primer grado o de segundo grado.

5. Procede contra toda aquel que sea autor del despojo. Incluso contra el propietario.

2.3.2 Efectos del Decreto Restitutorio y de la Sentencia Definitiva

Con el interdicto restitutorio, el querellante pretende que se le restablezca en la posesión que detentaba antes de materializarse el despojo y en ningún caso que el juez declare la propiedad del bien de cuya posesión fue despojado, por cuanto este último escaparía de las facultades especiales que el ordenamiento jurídico le otorga.

²⁴ Juzg. Sup. de 1º Inst. en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. Del D.F. y Edo Miranda, sent de 19-11-60 en J.T.R., VIII, 502 y Juzg. 3º de 1º Inst. en lo Civ. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 17-11-64 en J.T.R., XII, 474. Cit. Aguilar Gorronzona, J.L.: *Ob. Cit.*, 158.

²⁵ CPC (86): Art., 709 “Después de pasado el año fijado para intentar los interdictos, no podrá pedirse la restitución ... sino por el procedimiento ordinario...”

En los procedimientos posesorios se pueden distinguir dos fases, una primera fase sumaria que termina con el decreto restitutorio y una fase plenaria en la cual se tramita todo el procedimiento y que finaliza con la decisión del juez ratificando o revocando el decreto.

El carácter provisorio se encuentra tanto en el decreto que acuerda la restitución de la posesión mientras se tramita el procedimiento, como en la sentencia ratificatoria o revocatoria del decreto y que pone fin al procedimiento interdictal.

Decreto cautelar

El decreto interdictal lo dictará el juez una vez que encuentre suficiente la prueba presentada por el querellante y constituya la garantía fijada con anterioridad.

El carácter provisorio de este decreto interdictal es con respecto a la fase plenaria del procedimiento interdictal, ya que el mismo no es vinculante para la decisión final del juez, quien puede revocar el decreto puesto que con el mismo no crea en cabeza del querellante un *status quo* que deba mantenerse a perpetuidad.²⁶

Asimismo, el carácter provisorio del decreto no significa que las pruebas promovidas y recaudos acompañados en la querella no tengan ningún valor en la fase plenaria, pues al tratarse de un solo juicio, el querellante deberá ratificar sus alegatos y pruebas dentro de la articulación probatoria que a tal fin sea abierta.

Sentencia definitiva

El efecto provisional de la decisión interdictal radica en el hecho que la misma puede quedar sin efecto por lo decidido en un procedimiento petitorio. Ello encuentra explicación porque en los procedimientos inter-

²⁶ Certad, L. (64): *La Protección Posesoria y el Interdicto Restitutorio*. 247 “El decreto, ... no crea presunción alguna a favor del querellante, ni siquiera una mejor posición procesal”.

dictales no se discute la propiedad y en ningún caso se establece la posesión en forma definitiva, esto es, porque el querellante vencedor en el procedimiento interdictal puede posteriormente ser despojado, en cuyo caso deberá hacer uso nuevamente de esta vía.

Con respecto al carácter provisorio de la sentencia interdictal, Leonardo Certad expresa que *“En la doctrina Italiana ... se señala este carácter provisorio ... del juicio interdictal insistiéndose ... en que debe distinguirse entre la sentencia posesoria favorable al titular y la desfavorable al no titular, por lo que “la acción de despojo o mantenimiento que el titular haga valer no queda nunca anulada en sus efectos, los cuales entonces son definitivos”*”.²⁷

La mayoría de la doctrina cuando trata la provisionalidad de la sentencia interdictal, señala que la misma produce efectos de cosa juzgada formal, por cuanto adquiere el carácter de inimpugnabilidad, pero no el carácter de inmutabilidad, por cuanto ésta no ampara a perpetuidad y puede intentarse posteriormente otro procedimiento interdictal, (si se produce un nuevo despojo), o en todo caso puede intentarse un juicio petitorio en las mismas circunstancias del interdictal.

Este criterio es también manejado por Leonardo Certad, quien plantea la existencia de una cosa juzgada especial, *“...cosa juzgada interdictal autónoma y sujeta a la sola disciplina de nuestro instituto posesorio”*,²⁸ además de señalar que el carácter de cosa juzgada material, es decir, la inmutabilidad no es posible en materia interdictal dado el carácter fáctico de la posesión, y en este mismo sentido ha ido la Casación Civil Venezolana.

²⁷ *Ib.*, p. 142.

²⁸ *Ib.* p. 144. Establece que no es cierto que por el efecto provisorio de la sentencia del procedimiento interdictal, no produzca cosa juzgada, y fundamenta su criterio en que, aun en los casos en los cuales el interdicto y la reivindicación tengan en común un mismo hecho generador y se traten de las mismas partes del mismo objeto, dada la naturaleza jurídica de cada proceso la *causa petendi* ... es diferente por lo que cosa juzgada posesoria y petitoria corresponden también a una estructuración que no guarda similitud alguna ...”.

Disentimos del criterio manejado por la mayoría de la doctrina, pues si bien es cierto que la sentencia que pone fin a los procedimientos interdictales tiene un carácter provisorio por cuanto ella no establece en forma definitiva la posesión y pueden sobrevenir otros actos de despojo que hagan necesaria nuevamente la protección interdictal, ello no significa que esta sentencia no haya adquirido el carácter de cosa juzgada material porque la relación jurídica que dio inicio al procedimiento interdictal fue resuelta y no va a poder ser modificada por otra decisión, ni siquiera del mismo juez. Por su parte, en el caso de que el mismo hecho que dio origen al procedimiento interdictal fuese demandado por las mismas partes en un procedimiento petitorio, no puede alegarse la cosa juzgada por cuanto la *causa petendi*, o razón de pedir es distinta, pues, mientras en el procedimiento posesorio la pretensión es la restitución de la posesión, en el procedimiento petitorio la pretensión es la reivindicación de la propiedad.

2.4 *EL INTERDICTO RESTITUTORIO CONTRA LA EJECUCIÓN DE ACTOS JUDICIALES*

La posibilidad de que los terceros puedan utilizar la vía interdictal para enervar o combatir las determinaciones judiciales, ha sido en Venezuela cuestión ampliamente discutida tanto a nivel jurisprudencial como a nivel de la doctrina, siendo que las distintas posiciones, favorables en algunos casos y adversas en otros, dieron lugar a una polémica que hoy en día recobra plena vigencia y merece de nuestra parte un especial análisis, dado que a la luz de los principios consagrados en la nueva Constitución, surge inminente el replanteamiento de la situación provocada por dicha polémica y de la cual se desprende el criterio mayoritariamente aceptado en la actualidad según el cual no procede la vía interdictal contra los actos o medidas dictados por una autoridad judicial.

Así pues, nos disponemos a hacer un recorrido por lo que ha sido la evolución jurisprudencial y doctrinaria sobre este particular, así como también por lo que ha sido el singular tratamiento que se le ha dado a los casos de entrega material de bienes vendidos para finalmente presentar nuestro criterio acerca de la procedencia del interdicto restitutorio con

base al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

2.4.1 *Evolución jurisprudencial*

El criterio de la extinta Corte Federal y de Casación y la también extinta Corte Suprema de Justicia hoy Tribunal Supremo de Justicia, ha sido vacilante en lo que atañe a la procedencia de la vía interdictal en los casos de medidas o actos dictados por autoridades judiciales. Dicho criterio ha variado desde admitir la procedencia del interdicto para luego negarla, retomar nuevamente el criterio inicial y negarlo finalmente. En este sentido, consideramos práctico y conveniente adoptar la sistemática empleada por alguna parte de la doctrina que a los fines de plasmar tal evolución jurisprudencial la ha dividido por etapas según ha sido la motivación y decisión del problema.²⁹

Primera etapa (1914-1928). A favor de la procedencia del interdicto

Tradicionalmente el criterio de nuestro Máximo Tribunal era el de considerar procedentes los interdictos contra los actos de las autoridades judiciales, siempre que el querellante no fuere parte³⁰ en el juicio en el cual se originasen, esto es, que la vía interdictal era conferida sólo al *tercero* que hubiese resultado perturbado o despojado.³¹ La Corte sostuvo que constituía un acto de despojo el hecho de privar a otro de su posesión aunque éste se hubiere materializado por una autoridad judicial.

— Sentencia de la Corte Federal y de Casación del 29/05/1914:

²⁹ Duque Sánchez, J.R. (85): *Procedimientos Especiales Contenciosos*, p. 212 y ss.

³⁰ En este sentido debemos acotar que a nuestro parecer la Corte empleó acertadamente la noción de parte en el entendido que los actos o medidas correspondientes podían ser libradas tanto en beneficio del actor como del demandado, resultando en ambos casos perjudiciales a la posesión ejercida por un tercero.

³¹ Aguilar Gorrondona, J.L. (93³): *Cosas, Bienes y Derechos Reales*. Derecho Civil II, 151. Sentencia de la Casación venezolana, de 11 de diciembre de 1928, en *Jurisprudencia ...*, del Dr. Gustavo Manrique Pacanins, tomo I, 309, N° 4. Cit. Kummerow, G. (80³): *Compendio de Bienes y Derechos Reales*. Derecho Civil II, p. 197.

...No deja de revestir el carácter de despojo el hecho de privar a otro de su posesión, **aunque ese hecho haya sido ejecutado por una autoridad judicial**, cuando la persona a quien se le priva de la posesión no ha sido citada, oída y vencida en juicio...³²

— Sentencia de la Corte Federal y de Casación del 16/04/1915:

...Consta de autos que **los querellantes se encontraban en posesión de los terrenos** que reclaman cuando se efectuó el acto judicial que los despojó sin haber sido citados...³³

Segunda etapa (1929-1945). En contra de la procedencia del interdicto

Durante esta etapa se negó la procedencia del interdicto de despojo contra las medidas judiciales y el principal argumento empleado por la Corte Federal y de Casación a tales fines aludía a los requisitos de violencia y clandestinidad del despojo que exigía el Código Civil de 1922, los cuales, técnicamente hablando, no podían identificarse en el acto cumplido por una autoridad judicial dentro del marco de las normas legales.

— Sentencia de la Corte Federal y de Casación 21/10/1929:

...requiriéndose que el **despojo fue violento o clandestino**, tales condiciones eran de imposible realización en un acto cumplido por una autoridad judicial dentro de las razones legales...³⁴

Tercera etapa (1946-1964). A favor de la procedencia del interdicto

La razón que motivó el cambio del criterio sostenido hasta ese momento por la Corte, fue la reforma que sufrió el Código Civil en el año 1942. En efecto, eliminados como fueron los requisitos de violencia y clandestinidad para el despojo, dejó de tener justificación la negativa de la tute-

³² Memoria de 1915, 163. *Cit.* Duque Sánchez, J.R.: *Ob. Cit.*, 212.

³³ Memoria de 1916, 113. *Cit. Ib. ib.*

³⁴ Memoria de 1930, 233. *Cit. Ib.*, 213.

la interdictal contra las medidas judiciales y ejecución de sentencias, volviéndose así a la posición de la primera etapa igualmente sobre la base que sólo eran los terceros quienes podían combatir dichas determinaciones judiciales con un interdicto.³⁵

– Sentencia de la Corte Federal y de Casación del 20/12/1946:

...Nada tiene que ver aquí la legalidad del acto considerado en sí mismo y respecto del Juez; **lo que importa en este caso son las repercusiones injustas que pueda tener el acto contra personas extrañas al juicio y que no debieran sufrir sus consecuencias.** Las sentencias y sus ejecuciones, y medidas o providencias judiciales, por legítimas que sean, pueden perjudicar a terceros que no tuvieron ocasión de defenderse en el juicio; estos terceros tienen varias vías entre las cuales pueden optar, para defenderse de dichos perjuicios, una de ellas es la interdictal, como se reconoce en doctrina y jurisprudencia. La máxima: *res inter alios indicatae alli non preiudicant*, se aplica no sólo a las sentencias, sino con mayor razón a toda determinación, o del Juez en el proceso, con lo cual queda dicho que no pueden aplicarse ni oponerse a terceros porque sus efectos han de limitarse a las partes que intervinieron en el juicio y sus causahabientes”.³⁶

– Sentencia de la Corte Federal y de Casación dictada en 1947 con ponencia del Dr. Pedro Arismendi Lairer:

...los terceros perjudicados por medidas judiciales y ejecuciones de sentencias, tienen siempre abierta la vía interdictal para defender su posesión contra tales actos o medidas, sean preventivas o de ejecución...³⁷

³⁵ Sentencia de la Casación venezolana de 20 de diciembre de 1946, en Jurisprudencia ..., del Dr. Gustavo Manrique Pacanins, tomo I, 295, N° 5 y sentencia de la Casación venezolana de 21 de octubre de 1959, en Gaceta Forense, N° 26, segunda etapa, 29 s. Cit. Kummerow: *Ob. Cit.*, 197.

³⁶ Memoria de 1947, 297. *Cit.* Duque Sánchez, J.R.: *Ob. Cit.*, 214.

³⁷ Gaceta Oficial Extra N° 197 del 13 de septiembre de 1947. *Cit. Ib.*, 213.

– Sentencias de la Corte Federal y de Casación del 29/07/1953 y 1957.³⁸

– Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 03/06/1956 con ponencia del Dr. José Román Duque Sánchez:

La jurisprudencia de 21 de octubre de 1929 sentada **cuando para la acción interdictal por despojo se requería violencia o clandestinidad, condiciones imposibles de darse en un acto cumplido por una autoridad judicial dentro de las normas legales, tiene hoy, bajo el nuevo Código Civil un nuevo alcance al eliminarse esas condiciones** pues aún tratándose de actos de autoridad cumplidos dentro del marco legal, como lo es la ejecución de una sentencia que conlleva la entrega material a un tercero de un inmueble en poder del demandado a quien se le quita contra su voluntad, puede significar todavía un despojo para un tercero, a los solos efectos del interdicto posesorio por él ejercible. El Diccionario de la Lengua Española dice: ‘Despojar: privar a uno de lo que goza y tiene; desposeerlo con violencia; quitar jurídicamente la posesión de los bienes o habitación que uno tenía, para dársela a su legítimo dueño, prece-diendo sentencia para ello. ... Más cónsona con la nueva disposición del artículo 783 del Código Civil es por tanto la juris-prudencia de la extinguida Corte Federal y de Casación de 20 de diciembre de 1946, ... En cuanto a las determinaciones y medidas judiciales y ejecuciones de sentencias, si bien no cabe duda de que quien es o fue parte en el juicio en que se libraron, no puede combatirlas con un interdicto, porque lo petitorio va, insito, en lo posesorio; en cambio, **respecto de los terceros perturbados por esos actos en posesión legítima, la verdadera doctrina y la verdadera jurisprudencia es que dichos terceros tienen siempre abierta la vía interdictal para defender su posesión contra tales actos y medidas, sean preventivas o de ejecución.**³⁹

³⁸ Gaceta Forense N° 1, 2ª etapa, 474. *Cit. Ib. ib.*

³⁹ Gaceta Forense N° 24, 208 ss. *Cit. Ib. ib.*

No obstante, mientras este cambio se producía a nivel de la Corte, la llamada *tendencia moderadora*⁴⁰ pretendió siempre un requisito adicional, esto es, que el acto judicial en virtud del cual el tercero resultare despojado debía ser *arbitrario* para justificar la defensa de la posesión a través del interdicto. No obstante, el concepto de arbitrariedad no logró definirse satisfactoriamente; en alguna jurisprudencia se interpretó que la arbitrariedad del acto tenía lugar cuando “la autoridad prevaleciendo de su investidura, usa sus funciones con fines ilegales” o “cuando el ciudadano que ocurrió en solicitud de los servicios de la autoridad lo hizo de mala fe, sin derecho alguno y sólo para buscar apariencias de impunidad en la actuación”.⁴¹

Por su parte, las decisiones de los Tribunales de Instancia discrepaban del expresado criterio de la Corte favorable a conceder la vía interdictal a los terceros con ocasión a la ejecución de actos judiciales y aun de la tendencia moderadora, argumentando,⁴² entre otras cosas, que:

- El decaimiento de las medidas judiciales por la interposición de una querella interdictal significaba hacer nugatoria la eficacia práctica de éstas.⁴³
- El solicitante de dichos actos y medidas judiciales no podía ser calificado como autor del despojo porque los bienes no eran puestos en su poder sino en posesión de un depositario.
- Resultaba absurdo calificar de arbitrarios los actos judiciales que a la postre resultaban generadores del despojo porque

⁴⁰ Kummerow, G: *Ob. Cit.*, 198.

⁴¹ Sentencia de la Corte Superior Segunda en lo Civil y Mercantil del Distrito Federal, de 27 de febrero de 1952, en JTR., II, 387. *Cit. Ib. ib.*

⁴² Sentencia de la Corte Superior Segunda en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda de 21 de octubre de 1963. *Cit. Ib. ib.*

⁴³ Sentencia de la Corte Superior Segunda de la 1ª C. J. en J.T.R., IV, II. *Cit. Certad, L. (64): La Protección Posesoría y el Interdicto Restitutorio*, 136. “...De admitirse la acción interdictal se harían inoperantes las medidas de ejecución en los juicios, dado el carácter sumario del proceso posesorio”.

los organismos jurisdiccionales estaban legalmente facultados para decretar y practicar este tipo de medidas o actos, con lo cual se confrontaba directamente el argumento típico sustentado por la tendencia moderadora. En este sentido se pronunció la sentencia del Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, del 30/09/1963, al señalar:

...El embargo practicado por una autoridad judicial competente, en ejercicio de sus funciones y a instancia de parte, no reviste las características de **arbitrariedad e ilegitimidad** propias de los actos de despojo. En consecuencia, quien pretenda haber sido perjudicado por dicho embargo tiene a su disposición los medios especiales creados para proteger sus intereses, como son la oposición a las medidas preventivas o ejecutivas y el juicio de tercería y no la vía interdictal...⁴⁴

– Los terceros, además del juicio ordinario, tenían señaladas vías especiales para hacer valer sus pretensiones, a saber, la oposición incidental y la tercería.⁴⁵

– Finalmente, se burlarían los límites impuestos a los terceros para oponerse al embargo al facilitárseles una vía paralela como la interdictal.

Cuarta etapa (1965). En contra de la procedencia del interdicto

La anterior posición de la Corte en torno a esta problemática no tuvo mayor aceptación y las críticas que mereció por parte de los Tribunales de Instancia, la mayoría de los abogados litigantes y más aún las dudas

⁴⁴ JTR. XI, 321 ss. También sentencia del Juzgado Superior Segundo de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, de 28 de febrero de 1966. *Cit. Ib.*, 199.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Primero de Primera Instancia en lo Civil de la 1ª C. J. JTR. IV, II “De esa medida pueden **apelar** tanto las partes como aquél que resulte perjudicado con la decisión ...” *Cit. Certad, L.: Ob. Cit.*, 135.

que suscitó entre algunos de los Magistrados de la Sala de Casación Civil, condujeron nuevamente al cambio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en el año 1965, la cual se ha venido reiterando hasta ahora:

– Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 02/06/1965 con ponencia del Dr. Carlos Acedo Toro, suscrita por el propio José Román Duque Sánchez (ponente de una de las sentencias que en su momento ratificó la posición favorable a la procedencia del interdicto):

Aunque en algunas decisiones de la extinguida Corte de Casación, hoy integrada en la Corte Suprema de Justicia, se llegó a admitirse como constitutivo de despojo, a los efectos del interdicto de restitución, ‘las sentencias y sus ejecuciones y medidas o providencias judiciales’, reconociéndose así a los terceros que se pretenden perjudicados por ellas, la vía interdictal, la actual Sala de Casación Civil del Supremo Tribunal, penetrada de serias dudas sobre la corrección y juricidad de tal solución, ha juzgado necesario considerar nuevamente tan delicada materia y, después de un profundo estudio, ha llegado a las conclusiones que se exponen a continuación.

El fundamento jurídico y filosófico de los interdictos posesorios, y especialmente del de despojo, está en el principio de que **nadie puede hacerse justicia por sí mismo**, y es por ello que la ley ampara a quien se vea perturbado en su posesión o despojado de ella, por quienquiera que sea independientemente del derecho que el perturbador o despojador crea tener sobre la cosa, y concede a quien sea víctima del despojo o perturbación, la vía interdictal de amparo o restitución, según el caso.

Ahora bien, y concretándonos en el despojo, ¿qué es despojo? Podría muy bien decirse que es el acto de quitar a otro una cosa o de apoderarse de la cosa de que otro está en posesión, **por propia autoridad del que lo hace**.

Este concepto es el que precisa magistralmente la definición que da la Enciclopedia Espasa de la acepción jurídica del vocablo, y que se copia a continuación: Despojo (Der.): apoderamiento violento o no, que una persona hace por sí sola, sin autorización de los tribunales o del poder público, de cosa o derecho de otra persona. La privación de la cosa o derecho por la autoridad competente y por los trámites legales no constituyen propiamente despojo, aunque se haga violentamente y se le dé tal nombre. El despojo puede ser justo o injusto, según que asista o no al despojante razón jurídica para el apoderamiento de la cosa o del derecho; pero siempre es ilegal pues nadie puede hacerse justicia por sí mismo.

La sociedad pone a disposición de quien sea dueño de una cosa, las vías e instrumentos legales para garantizar su derecho, cuando ello sea necesario, y no admite, por ello, que quien se encuentre en situación de requerir el uso de esas vías, prescindiera de ellas y proceda por su propia cuenta y autoridad a arrebatar la cosa a quien la esté deteniendo, **aunque no emplee ni violencia ni clandestinidad**, pues tales circunstancias no son requeridas en el estado actual de nuestra legislación, para que el acto sea considerado de todos modos como despojo. Lo que caracteriza a este último es el hecho de tomar uno, por su propia autoridad, la cosa de que otro está en posesión, aunque se considere tener derecho.

Sentados estos principios, cabe preguntar: ¿Cuadra tal concepto de despojo, al acto de un juez en ejercicio de su legítima autoridad? ¿Una sentencia que ordene la entrega de una cosa o un decreto de embargo sobre ella, pueden ser considerados como acto de despojo? Juzga esta Corte que no. El despojo es el fruto del acto arbitrario y como tal ilícito del mismo interesado que procede por su propia autoridad. **Lo ordenado y ejecutado por la autoridad judicial legítima no puede constituir despojo, porque el despojo es ilícito y lo que la autoridad judicial hace dentro de sus atribuciones, es lícito.**

Si en la práctica tales actos llegan a lesionar de algún modo en sus derechos, a terceros, ellos pueden valerse de las vías legales que garantizan esos derechos, pero no de la vía interdictal posesoria, destinada exclusivamente a obtener la restitución en caso de despojo, pues repetimos, no se puede hablar de despojo cuando se trata de actuaciones legales de una autoridad judicial legítima en ejercicio de sus funciones.

De otro modo se llegaría a consecuencias que la más elemental lógica rechaza. En efecto, si llamamos despojo al acto judicial de embargo de unos bienes, ocurre preguntar: **¿Quién es el despojador?** ¿El particular que solicitó la medida, o el Juez que la decretó en uso y por ministerio de su autoridad legal, y sin que nadie lo obligara a ello? No parece que pueda dudarse de que, en tal caso, **lo sería el Juez, ya que dicha medida, aunque solicitada por un particular, es obra y responsabilidad exclusiva del funcionario judicial.** Y si tal es el caso, llevando las cosas hasta sus últimas consecuencias, habría que concluir que, de ser declarado con lugar el interdicto **se debería imponer necesariamente las costas al autor del despojo, o sea, al Juez que decretó el embargo,** en cumplimiento del artículo 604 del Código de Procedimiento Civil, que ordena condenar en costas en la decisión respectiva del interdicto, a quien resultare perturbador o despojador. Estas costas por ministerio de la ley, son de imposición imperativa, como lo tiene establecido esta Corte.

He aquí, pues, una de las tantas consecuencias absurdas a que conduce la aplicación indebida del procedimiento interdictal, a situaciones que está sujetas a otras disciplinas.

De lo expuesto resulta que, en hipótesis como la de un embargo, por ejemplo, cual es el caso de autos, **si el tercero que se dice perjudicado por la medida, en vez de ocurrir a la vía normal de oposición al embargo, o a la tercera, propone**

un juicio interdictal de despojo, por considerar como tal el embargo practicado, no hay duda de que desnaturaliza el interdicto posesorio, desviándolo de su propia y verdadera finalidad y desnaturaliza también la oposición al embargo, al procurar sus fines de manera indirecta, sin cumplir las exigencias que la ley requiere para ella.

En efecto, en el procedimiento de oposición al embargo, el opositor debe acreditar dos extremos: a) que la cosa de encontraba en su poder; y, b) presentar prueba fehaciente de su derecho a poseer o tener la cosa por acto jurídico que la ley no considere inexistente.

Ahora bien, cuando se acude indebidamente a un interdicto a efecto de enervar o dejar sin efecto un embargo, se elimina el segundo e importante requisito para toda oposición a embargo, el de la prueba del derecho a poseer, limitándose entonces la comprobación al hecho de la tenencia, que es lo que se requiere en el juicio interdictal de despojo. En esta forma, pues, a la par que se desnaturaliza la institución legal de los interdictos posesorios, se burla la ley relativa a la oposición a embargo, al conseguirse indebidamente los fines de la oposición sin cumplir con las exigencias legales relativas a ese procedimiento.

Con esta doctrina que así se consagra, abandona este Alto Tribunal la jurisprudencia anterior de que al principio se hizo referencia, por considerar que el criterio que la inspiró no corresponde realmente al justo valor de los conceptos jurídicos entrañados en las disposiciones legales comentadas.

Como consecuencia de lo expuesto juzga esta Corte que, al reconocer la recurrida al procedimiento interdictal posesorio, como legalmente apto y eficaz para suspender una medida de embargo, con desconocimiento de las disposiciones específicas establecidas por la ley a ese fin, que las consagradas en los artículos 649 y 387 del Código de Procedimiento Civil, infringió esas disposiciones, violando también por indebida apli-

cación, la contenida en el artículo 783 del Código Civil, que instituye el interdicto de despojo.⁴⁶

– Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 11/08/1970 en el caso de Instituto Autónomo Administrativo de Ferrocarriles del Estado contra Antonio Rei Da Conceicao Estévez: La Corte ratifica su doctrina de que el despojo es esencialmente un acto ilícito y no puede tener tal carácter si emana de una acto judicial.⁴⁷

– Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 12/08/1970 en el caso de Rodolfo Tullio Dri contra Colinas de Santa Mónica C.A.: La Corte ratifica una vez más su doctrina de que no procede el interdicto de despojo contra los efectos de las medidas judiciales y que la oposición al embargo es la vía indicada para recuperar la posesión.⁴⁸

2.4.2 *Distintas Posiciones Doctrinales*

El criterio vacilante de la jurisprudencia respecto a la procedencia de los interdictos en la materia que nos ocupa tuvo también sus repercusiones dentro de la doctrina nacional. Efectivamente, en atención a los cambios experimentados en la jurisprudencia de la Corte, la doctrina fue tomando posición manifestándose a favor y en contra de dicha procedencia resultando mayoritaria la contrapartida a la tesis positiva.

A continuación presentamos una muestra de las aludidas tendencias, refiriéndonos en cada caso al parecer de los autores que se citan en cuanto a la arbitrariedad del acto judicial presuntamente constitutivo de despojo, la procedencia en sí de la vía interdictal en los supuestos de determinaciones judiciales y el aspecto relativo al legitimado pasivo de la querella, notas éstas alrededor de las cuales aparecen elaboradas tales posiciones.

⁴⁶ *Gaceta Forense*, N° 48, 2ª etapa, 501 ss. Cit. Duque Sánchez, J.R.: *Ob. Cit.*, 215 ss. Reiterada por sentencia de 01-II-66 en R & G, XIV, 452. Cit. Aguilar Gorronzona, J.L.: *Ob. Cit.*, 151.

⁴⁷ Ramírez & Garay (82): *Jurisprudencia Inmobiliaria de la Corte Suprema 1970 - 1979*. 2., 35 s.

⁴⁸ *Ib.*, 36 ss.

Posiciones adversas a la procedencia del interdicto

*Simón Jiménez Salas*⁴⁹

En su libro *Los interdictos en la Legislación Venezolana*, se expresa abiertamente en contra de la procedencia del interdicto y sintetiza su argumentación en los siguientes postulados:

- En una determinación judicial no existe arbitrariedad, ilicitud, violencia o clandestinaje porque la afectación, de haberla, deviene de una fuente legítima como lo es la autoridad del Juez.
- Los terceros poseedores perturbados o despojados por una determinación judicial tienen medios propios y apropiados para la defensa de sus derechos.
- No existe legitimado pasivo, ya que no puede legitimarse al Juez ni tampoco al depositario ni a la parte que solicitó y obtuvo la medida porque ninguno de ellos tiene la voluntad de constituir una posesión rival frente a la posesión actual y legalmente ejercida.

José Román Duque Sánchez

Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y ex profesor titular de Derecho Procesal Civil y Derecho Minero en las Universidades de Los Andes, Central de Venezuela y Católica Andrés Bello, también se pronuncia en contra de la procedencia de los interdictos. Es de hacer notar que bajo la ponencia de este procesalista patrio, la Corte, en su oportunidad, sentó la jurisprudencia,⁵⁰ ya citada en este trabajo y que en gran parte aparece transcrita por el autor en el libro que escribió sobre los Procedimientos Especiales Contenciosos en el año 1985, según la cual los terceros tenían siempre abierta la vía interdictal para defender su posesión contra las determinaciones y medidas judiciales, preventivas y de ejecución. No obstante, en la misma obra el autor admite haberse

⁴⁹ Jiménez Salas, J. S. (75): *Los Interdictos en la Legislación Venezolana*, 49 ss.

⁵⁰ *Gaceta Forense* N° 24, 208 s. Cit. Duque Sánchez, J.R.: *Ob. Cit.*, 213 ss.

convencido por los nuevos argumentos contenidos en el fallo de la Corte dictado en el año 1965 bajo la ponencia del Magistrado Dr. Carlos Acedo Toro,⁵¹ donde se abandonó la anterior jurisprudencia, siendo tales argumentos los siguientes:

En cuanto a la nota de arbitrariedad, la referida sentencia equipara arbitrariedad con ilicitud y señala que el despojo es el fruto de un acto arbitrario y como tal lícito porque es el mismo interesado quien procede por su propia autoridad, mientras que los actos llevados a cabo por la autoridad judicial dentro de sus atribuciones por tal razón son lícitos.

Como consecuencia del anterior argumento, la procedencia en sí de la vía interdictal, es negada porque no existiendo despojo los terceros pueden valerse de otros medios o vías que garantizan sus derechos.

Por último, respecto al presunto legitimado de la querella, la Corte no tuvo dudas en estimar que se trataba del juez considerado como persona natural porque el acto perturbador o de despojo era obra y responsabilidad exclusiva del funcionario judicial aunque la medida hubiere sido solicitada por un particular. Semejante razonamiento condujo a la Sala a concluir que entonces las costas debían ser impuestas necesariamente al Juez, cuestión esta última que por contrariar la más elemental lógica contribuyó al afianzamiento del criterio de la jurisprudencia adverso a la procedencia de la vía interdictal.

Posición favorable a la procedencia del interdicto

*Leonardo Certad*⁵²

El planteamiento de Certad, profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, parte del análisis a las tesis adversas a la procedencia del interdicto, pasando por la tendencia moderadora que condicionaba tal posibilidad a la arbitrariedad del acto y

⁵¹ *Ib.*, N° 48, 2ª etapa, 501 ss. *Cit. Ib.*, 215 ss.

⁵² Certad, L.: *Ob. Cit.*, 135 ss.

las tesis favorables, para concluir con su propia tesis que considera procedente la vía interdictal contra las determinaciones judiciales.

Sobre los criterios adversos a la tesis del interdicto, rechaza la afirmación según la cual en estos casos se trata de una lesión “autorizada por el ordenamiento jurídico” no constitutiva de despojo o perturbación, pues en definitiva lo que ocurre es que se confunde la forma del acto externamente lícita con su carácter contrario a derecho que es internamente ilícito en cuanto a los terceros se refiere.

Del carácter arbitrario del acto al cual algunos supeditan la procedencia de la querella, opina que la interpretación de la jurisprudencia al tratar de conceptualizar la arbitrariedad y que ya anotáramos en el presente estudio, no es satisfactoria, máxime cuando se pretende ver la arbitrariedad en la mala fe de quien solicitó la actuación para lograr apariencias de impunidad, pues alude a su vez a un concepto subjetivo de difícil prueba.

De las tesis favorables comparte la idea de que lo importante son las repercusiones injustas que puedan tener estos actos en personas extrañas al juicio y que no debieran sufrir sus consecuencias. También que el tercero perjudicado no se haya limitado a emplear la vía de la tercería o de la oposición porque éstas son facultades o derechos y no una condición indispensable para escapar del perjuicio;⁵³ y, que el principio *res Inter alios acta* (contra el tercero no puede ser invocada la sentencia pronunciada en petitorio) no sólo se refiere a las sentencias sino a toda determinación judicial que configure una lesión posesoria.

Sobre su propia tesis contra argumenta algunos de los planteamientos que en un primer momento expresó sobre el particular y añade otras dos razones que compartimos plenamente para pronunciarnos igualmente a favor de la vía interdictal.

⁵³ Sentencia de Casación de 29/07/53 en *Gaceta Forense* N° 1, 2ª etapa, 474. *Cit. Ib.*, 138. “La omisión involuntaria de tales recursos no excluye la vía interdictal; el legislador al crear esos derechos el tercero no ha pretendido que éste adivine que existe el proceso que pueda perjudicarlo ni que esté corriendo contra él, ignorante de lo que sucede, un lapso para defenderse”.

- “La producción del interdicto a ‘espaldas’ del querellado y la facilidad de la prueba testimonial se prestaban a consecuencias injustas y a hacer nugatorias medidas legítimamente dictadas por la autoridad”. Como contrapartida a este argumento ahora señala que: “al no legitimar pasivamente al actor, éste y el demandado también ‘a espaldas’ del tercero podrían despojarlo legalmente, lo que significa mayor peligrosidad social, pues sería dar pie a la impunidad del fraude procesal.
- “No hay lesión posesoria, ya que el actor no se sustituye en la posesión de la cosa y sólo se limita a indicar bienes sobre los que se practicará la medida”. Al reflexionar sobre este punto concluye que la ejecución de la medida es fatalmente la lesión posesoria, el despojo se realiza y el hecho generador está cumplido aun sin sustituirse el actor al tercero poseedor.
- El legitimado pasivo es entonces el particular que promueve la medida judicial y no el Juez ni el depositario porque ambos carecen del *animus perturbandi o spoliandi*.
- El artículo 121 del Código de Bustamante establece que “La posesión y sus efectos se rigen por la ley local” y el artículo 123 del mismo Código, no reservado por Venezuela, dispone que “Se determinan por la ley del tribunal los medios y trámites utilizables para que se mantenga en posesión al poseedor inquietado, perturbado o despojado a virtud de medidas o acuerdos judiciales o por consecuencia de ellos”. Certad encuentra en estas normas un argumento legal irrefutable a favor de su tesis. En nuestra opinión tal planteamiento de la doctrina se afianza hoy bajo la vigencia de la nueva Constitución.⁵⁴

⁵⁴ CRBV (99): Art., 23.

2.4.3 *El Interdicto Restitutorio en los casos de entrega material de bienes vendidos*

La evolución de la jurisprudencia y de la doctrina en torno a los casos de entrega material de bienes vendidos fue distinta a la de los actos judiciales en general. En principio se equiparó la entrega material con el resto de las determinaciones judiciales y en sentencia de fecha 11 de febrero del año 1969, la Corte asentó que el criterio recogido en sentencia del 02 de junio del año 1965, (según el cual no procedía el interdicto contra las medidas judiciales) era perfectamente aplicable a estos casos. Sin embargo, a partir del año 1979, una vez más en sentencia dictada bajo la ponencia del Dr. Duque Sánchez, la Sala declaró que la referida doctrina no le era aplicable sino que más bien “en el caso de entrega material de bienes vendidos sí era procedente el interdicto de despojo”.

A los fines de esta investigación, consideramos de utilidad transcribir algunos pasajes de la mencionada sentencia de modo tal que sirvan en lo próximo para ponderar las razones que conllevan a aceptar la procedencia del interdicto frente a aquéllas otras por las cuales se niega.

Dijo la Corte:

...El procedimiento de entrega material de bienes vendidos, ‘lo que encierra es los requisitos para la realización material de un contrato de venta pura y simple’, (...) ‘cuando el comprador solicita la entrega material de la cosa que se le ha vendido, no promueve un litigio o juicio contra persona alguna ...’ (...) ‘Este procedimiento no envuelve el ejercicio de una acción: con él no se procura ventilar derechos ni obtener decisión alguna de la justicia’.

(...) La citada doctrina sobre la improcedencia de los interdictos contra medidas judiciales no es aplicable a la entrega material de bienes vendidos, porque el fallo que la contiene se funda en situaciones muy diferentes: ‘medidas preventivas’, principalmente ‘embargos’ o entregas en ejecución de sentencias dictadas por en los juicios respectivos y contra los que la

Ley adjetiva señala el procedimiento que deben seguir tanto las partes como los terceros cuando quisieren oponerse a ellos. (...) En cambio, **cuando se trata de una entrega material, la Ley no establece ningún procedimiento a seguir por los terceros cuando fueren perjudicados.**

(...) el tercero que no se ha enterado del día fijado para la entrega material, pues ni siquiera el Tribunal puede notificarlo por ignorar su existencia, no tiene ningún medio para hacerse presente en dicho acto y lograr su suspensión conforme a lo establecido en el artículo 792 del Código de Procedimiento Civil (hoy 930), única eventualidad que le quedaría para hacer valer su derecho ...

La posesión del tercero, despojado por una entrega material, queda pues en desamparo al negársele el derecho de intentar el interdicto, lo cual iría contra el *desiderátum* del legislador que considera la restitución inmediata al poseedor de la posesión, como medida de tranquilidad social...⁵⁵

En igual sentido, sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 04/12/1986, con ponencia del Magistrado Dr. Adán Febres Cordero en el caso de Eusebio Lugo contra Alejandro González Salazar y otros.⁵⁶ También sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 30/09/1987 en el caso de Autolavado El Parque S.R.L. contra Amado Daniel Ortiz.⁵⁷

2.5 EL INTERDICTO RESTITUTORIO CONTRA LA MEDIDA CAUTELAR DE SECUESTRO Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 26 DE LA CONSTITUCIÓN

Hemos visto que el criterio dominante tanto en doctrina como en jurisprudencia, se pronuncia en general contra la procedencia de la vía in-

⁵⁵ Ramírez & Garay (82): *Ob. Cit.*, 269 ss. Caso Jean Loze Rajge contra José Trinidad Alborno.

⁵⁶ Pierre Tapia, O. - Pierre A. O. (86): *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. 12., 269.

⁵⁷ Hung, R. - Jaber, J. (87): *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el Nuevo CPC*. 2., 136 s.

terdictal en los casos de actos o determinaciones adoptados por un órgano jurisdiccional. No obstante, a la luz de los principios y derechos fundamentales consagrados en la nueva Constitución se hace necesario reconsiderar el problema en casos específicos como el de la medida cautelar de secuestro, pues si bien en el pasado la existencia de otros procedimientos ha servido de fundamento para determinar la improcedencia o inadmisibilidad de la vía interdictal, en casos como el planteado, ninguna otra vía legal satisface el derecho a una tutela judicial efectiva garantizada por el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.⁵⁸

Ciertamente, tratándose de una medida cautelar de secuestro, el tercero perjudicado podrá ejercer su derecho a la defensa a través de la tercería, incluso podrá obtener una oportuna respuesta entendida como aquella que se da en los lapsos que la ley tiene establecido para ello, empero, a pesar de habersele garantizado todas las oportunidades del ejercicio de la acción, no habrá una tutela judicial efectiva de sus derechos.

En cambio, la referida tutela judicial, si será efectiva a través de la protección interdictal, concretamente del interdicto restitutorio, dado el carácter sumario de este tipo de procedimientos y en especial porque se erige como defensa específica de la posesión; en tales ideas se basa justamente nuestro planteamiento.

Se trata de interpretar las normas constitucionales en la forma que más convenga al real ejercicio de los derechos en ellas consagrados, en este caso particular de la manera que más beneficie al poseedor como una medida de tranquilidad social, máxime cuando se trate de la ejecución de una medida cautelar de secuestro practicada sobre un bien que es poseído efectivamente por un tercero, afectándose sin duda alguna sus derechos.

⁵⁸ Art., 26 *eiusdem*: “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela judicial efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente...”.

Pensemos por un momento en el supuesto de una medida cautelar de secuestro que se pretenda ejecutar sobre un bien distinto al indicado en el decreto respectivo y que sea poseído por un tercero; en el secuestro de un bien inmueble que sea propiedad de un tercero ajeno al juicio; o en el caso del secuestro y subsiguiente entrega material producto de un acto de autocomposición procesal que tuvo lugar en un proceso donde el tercero poseedor no intervino ni tuvo ninguna oportunidad para hacer valer sus derechos y en el cual actor y demandado pudieran haber actuado conjuntamente para ir en contra de ese tercero (arrendador-arrendatario y tercero subarrendatario). En este último supuesto consideramos que la cosa juzgada no alcanza al tercero, esto es, porque conforme explícita redacción del artículo 1.395 del Código Civil, la autoridad de la cosa juzgada se limita a las partes que han intervenido en el juicio y si bien no es materia de ese procedimiento pronunciarse sobre el fraude, el Juez de conformidad con lo establecido en el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, no podría colocarse a espaldas de la realidad, toda vez que si a nadie le es lícito hacerse justicia por sí mismo, principio de orden público que da forma sustancial al interdicto restitutorio, tampoco es legal utilizar el proceso como un medio para alcanzar el mismo fin “hacerse justicia por propia autoridad” que a la postre es lo que se persigue a través de estos mecanismos de autocomposición previstos en la ley que pese a tener la misma eficacia de la sentencia se originan en la voluntad de las partes que se elevan ellas mismas a jueces de sus respectivas peticiones y ponen fin al proceso a través de una solución convencional tal y como lo ha señalado la doctrina.⁵⁹

Por las razones antedichas, consideramos que en casos como estos si hay lugar a la tramitación del procedimiento interdictal restitutorio y el que se sienta afectado podrá proceder bien con arreglo al artículo 710 del Código de Procedimiento Civil o a través de las diferentes vías que tutelan el derecho de propiedad, si fuere el caso, o a cualquier otra a que hubiere lugar, porque la situación en que se coloca a los terceros

⁵⁹ Rengel-Romberg, A.: *Ob. Cit.*, 329.

respecto del acto judicial que los afecta (medida cautelar de secuestro), es en esencia la misma situación de los terceros despojados de su posesión en virtud de una entrega material de bienes vendidos para la cual sí se reconoce como idónea la vía interdictal.

En efecto, al igual que ocurre en la entrega material de bienes vendidos,⁶⁰ podemos señalar que en el caso de la medida cautelar de secuestro probablemente el tercero tampoco se habrá enterado del día fijado para la práctica de la medida ni tan siquiera se habrá enterado de su decreto y aunque se hubiera enterado no podrá oponerse a ella por no aplicársele el mecanismo de la oposición que es específico para el embargo de bienes, ello quiere decir que a este tercero a quien se le ha despojado de su posesión, sólo le quedaría la vía del juicio de tercería que como es sabido se trata de un procedimiento ordinario con todas sus implicaciones; de modo tal que pudiera afirmarse sin incurrir en exageraciones que así como ocurre con la entrega material de bienes vendidos, también en este caso la posesión del tercero *“quedaría en desamparo al negársele el derecho de intentar el interdicto, lo cual iría contra el desiderátum del legislador que considera la restitución inmediata al poseedor de la posesión, como medida de tranquilidad social”*...⁶¹

Finalmente, es oportuno manifestar nuestra opinión acerca de la legitimación pasiva en este tipo de procedimientos toda vez que la autoría material del despojo no se corresponde con la intelectual. Conviene aclarar entonces que conforme lo señalado por la doctrina sólo se considera responsable al autor intelectual del despojo y no al material que resulta ser simplemente un mero instrumento para consumarlo, es decir, que la legitimación pasiva restitutoria se atribuye al que valiéndose de la obra material de otro modifica o hace modificar el estado actual de la cosa en violación del goce ajeno y en cuyo interés se ha ejecutado el despojo.⁶² Por lo tanto, a pesar de no haber ejecutado

⁶⁰ *Ut supra* 3:3.4.3.

⁶¹ Ramírez & Garay (82): *Ob. Cit.*, 269 ss. Caso Jean Loze Rajge contra José Trinidad Albornoz.

⁶² Prieto Castro, L. (52): *Derecho Procesal Civil*. II. *Cit. Certad*, L.: *Ob. Cit.*, 175.

materialmente el despojo, la autoría respecto de éste y en consecuencia, el *animus spoliandi*, quedarán evidenciados por el hecho de servirse de la cosa despojada, de lo que se deduce que en ningún caso resultará ser tal el órgano jurisdiccional que hubiere servido como medio para materializar el despojo.

REFLEXIONES FINALES

Si nos apartamos de lo que ha sido la posición sostenida por la Corte y tomamos en cuenta que la posesión es un instituto básico del sistema jurídico venezolano, debemos concluir necesariamente que impedir la protección posesoria al tercero que dice perdió la posesión como consecuencia de una medida cautelar de secuestro, sería no menos que contrario a las bases mismas del régimen legal de la posesión. De modo que —a nuestro entender— la protección a la posesión sólo pudiera faltar en caso que la medida cautelar de secuestro afectara al poseedor cuando es parte en el juicio mismo, pero no cuando afectara a un tercero poseedor que no es parte ni se ha hecho tal en el proceso, pues en tal caso, como quedó dicho, se violarían derechos fundamentales.

Además, si bien es cierto que el fundamento de mayor peso para negarle a los terceros esta posibilidad, radica en la existencia de otros procedimientos previstos en la ley, no menos cierto es que en casos como el expuesto tales medios de intervención no satisfacen el derecho constitucional de tutela judicial efectiva que también les asiste a los terceros y que se encuentra consagrado expresamente en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Indudablemente, es un tema interesante más aún, cuando las interpretaciones innovadoras y el frecuente uso de las medidas cautelares hacen necesario aclarar algunas imprecisiones que tanto tiempo han ocupado a los que como nosotros manifestamos un profundo interés sobre todo aquello que contribuya a una recta y cónsona aplicación de la legislación vigente.

Dadas estas premisas y adoptando como método la interpretación progresiva del texto constitucional, estamos convencidos de la procedencia del interdicto restitutorio como una forma de garantizar la tutela judicial efectiva de los terceros en caso de ser despojados de su posesión por una medida cautelar de secuestro en aras a una verdadera y más efectiva administración de justicia.

¿Suposición Falsa o Falso Supuesto?

(Análisis Parcial del Acápito del Artículo 320
del Código de Procedimiento Civil)

José Andrés FUENMAYOR*

Ha sido muy grato para mí el recibir la invitación de escribir un tema en homenaje al que fuera mi Profesor de Enjuiciamiento Criminal, el Doctor **Félix Angulo Ariza**. Siempre conservo en mi archivo mental tanto su figura, que hacía trascender su calidad de jurista, como su facilidad para transmitir sus conocimientos a los alumnos. El que escuchaba con atención sus exposiciones magistrales no podía quedarse sin aprender el proceso penal, aun sin ocurrir al auxilio de la lectura de autores de libros sobre la materia. Este libro en su homenaje merece el aplauso de los abogados formados bajo su magisterio y de la sociedad venezolana. **Honor al Maestro.**

* **Universidad Central de Venezuela**, Doctor en Ciencias Políticas. Profesor por 42 años en pre y postgrado. Ex Jefe de la Cátedra de Derecho Procesal Civil (1965-1979). Corredactor de la Ley de Propiedad Horizontal y del Código de Procedimiento Civil vigente. Autor de numerosos trabajos jurídicos. Cofundador de **Seguros República** y de **Seguros Sud América**, Consultor Jurídico de **Seguros Horizonte**, Fundador de **Americana de Reaseguros**, Presidente de **Americana de Reaseguros** desde 1971.

I

Voy a aprovechar esta particular oportunidad para tratar un tema nada fácil de desarrollar e igualmente nada fácil de comprender y asimilar. Me refiero al tema específico de la reforma que en el Código de Procedimiento Civil de 1987 se hizo en la materia del recurso de Casación, más concretamente al regular el problema de los hechos cambiando las denominaciones que traía el Código de 1916 de “*falso supuesto*” por la de “*suposición falsa*” y que no ha sido apreciada al haberse encerrado la Sala a quien fue dirigida en una solución simplista al considerar ambos conceptos iguales y como una simple inversión de palabras.

Para poder adentrarnos en el tema vamos a utilizar la muy valiosa y respetable opinión de uno de nuestros más conspicuos juristas, el Doctor **Leopoldo Márquez Áñez** expresada en su libro **EL RECURSO DE CASACIÓN, LA CUESTIÓN DE HECHO Y EL ARTÍCULO 320 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL**. (Fondo de Publicaciones UCAB. Fundación Polar. 1994. p. 149 y siguientes).

CAPÍTULO V. LA SUPOSICIÓN FALSA (FALSO SUPUESTO).

1. *Precisión conceptual y terminológica.* Es necesario destacar en primer lugar que en la reforma de 1987 el término tradicional de “falso supuesto” fue sustituido por la expresión “suposición falsa”, que es la que aparece al final del encabezamiento del artículo 320. Un procesalista de tan vasta experiencia y reputación como lo es nuestro querido colega José Andrés Fuenmayor, coautor del Código de 1987, ha creído advertir, y así lo ha expuesto, que en este cambio terminológico está implicada una modificación del concepto tradicional del falso supuesto, la cual, según él lo afirma, de tener acogida por el Máximo Tribunal, conllevaría la sana consecuencia de reducir sustancialmente las denuncias de esta especie, y la de evitar que se siga tratando de convertir la Casación en una tercera instancia. De seguida trataremos de exponer la tesis que el Profesor Fuenmayor sustenta al respecto.

Más adelante, expone:

Creo que para comprender cabalmente la tesis que examinamos, es necesario, aunque se disienta de ella, partir de lo que es su meta, su

propósito final. En este sentido, el Profesor Fuenmayor nos ha dicho que la labor de la Sala en este aspecto debe limitarse a examinar el trabajo intelectual del Juez para determinar si se produjo aquel defecto de conexión “actas del expediente-intelecto del Juez” (error mental del Juez, intencional o no), pero sin censurar el establecimiento de los hechos, de forma que se reenvíe a la instancia el poder de establecer la situación fáctica *ex-novo*, “sin ser tocada ésta por la Sala de Casación. En otras palabras, (este es mi entendimiento), ante la denuncia de la falsa suposición la Sala entra efectivamente a examinar las actas del expediente, pero no para censurar el hecho mismo establecido falsamente por el Juez, función ésta que la Sala dejaría a la instancia del reenvío, sino para anular la *suposición* falsa en que el Juez incurrió. Es de esta manera como, de acuerdo con la tesis del Profesor Fuenmayor, se lograría el objetivo de que la Sala no toque la situación fáctica del caso”.

II

Ahora bien, creo que esta oportunidad es propicia para aclarar algunos conceptos sobre esta reforma.

NECESARIA ADVERTENCIA PREVIA. Gramaticalmente las palabras “*suposición*” y “*supuesto*” son términos equivalentes cuando se examinan en su forma singular. Pero cuando dichas palabras pasan a formar parte de una oración, es decir, acompañadas de otra u otras palabras, pueden engendrar significados diferentes y connotaciones de importantes resultados.

Tal es el caso de las denominaciones “*suposición falsa*” y “*falso supuesto*” desde el punto de vista del campo jurídico.

Es pues necesario esta aclaratoria de los giros idiomáticos para comprender el contenido del presente trabajo y no incurrir, a la ligera, y a priori, en la descalificación de las ideas que más adelante expresaré, ni en el error en que incurrió nuestra casación de juzgarlos como términos equivalentes cuando lo equivalente son las palabras “*suposición*” y “*supuesto*” pero no las oraciones “*suposición falsa*” y “*falso supuesto*” de distinto contenido. (Ver al final de este trabajo los significados de estas palabras en el diccionario).

Ante todo debemos advertir que el problema del falso supuesto no es un problema propio del recurso de casación, sino un problema de la construcción de la sentencia la cual, como resultado de un proceso lógico, debe concluir en una proposición ajustada a la realidad de los elementos que se han suministrado al Juez para que la confeccione. Por lo tanto, este defecto puede surgir, y surge en realidad, como un problema de subsunción, como un problema de divorcio entre la norma y su aplicación a un caso concreto.

En una conferencia que dicté en el Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad del Zulia en el año 1978 sobre el tema LA CARGA DE LA PRUEBA, (desde el punto de vista subjetivo del Juez), manifesté: “.....**EL JUEZ DEBE DETERMINAR A PRIORI LA CALIDAD Y CARACTERÍSTICAS DE LAS AFIRMACIONES DE LOS HECHOS CONTENIDOS EN LA LITIS PARA LUEGO APLICAR LAS REGLAS DEL DERECHO POSITIVO**,”. Igualmente propuse, en aquella oportunidad, un símil consistente en “..... imaginarnos que la mente del Juez es la pantalla de un cine donde se han situado dos proyectores independientes a la espalda del único espectador. El primer proyector, que es el del demandante, proyecta imágenes que suscitan en la mente del Juez una serie de reacciones, favorables o desfavorables, y luego el segundo proyector, que es del demandado, proyecta otras imágenes sobre el mismo tema. Es como si una misma novela fuera llevada al cinematógrafo confeccionada por distintos directores y guionistas, aun cuando sea interpretada por los mismos artistas. Al final de la exhibición el Juez podrá emitir un juicio sobre las distintas actuaciones de los artistas, ya que a medida que vaya viendo las imágenes se irán forjando en su mente diferentes reacciones y opiniones, y podrá manifestar cuál de las versiones guarda mayor fidelidad con la novela original”.

Estas proposiciones surgieron de un continuado y meditado examen de las explicaciones de Calamandrei en su trabajo “La Génesis de la Sentencia”, que me hicieron llegar a conclusiones y conocimientos sobre los mecanismos intelectuales del forjamiento de la sentencia. Estas conclusiones me hicieron observar dos clases de defectos en el proceso lógico-intelectual de la formación de la sentencia en la mente del Juez.

Uno consistente en un error exclusivamente intelectual e íntimo; y otro, diferente, surgido en la captación de la información contenida en el expediente. El defecto exclusivamente intelectual consiste en un apartarse de la realidad al generar las ideas, defecto éste no intencional que podríamos conectar a una divagación del intelecto que conduce a un distorsionamiento en la determinación de la información aportada por las partes. El otro defecto, aun cuando también intelectual en su principio, consiste en establecer una premisa falsa que necesariamente lo conducirá a una conclusión igualmente falsa.

En el primer caso nos encontramos frente a una *suposición falsa*; en el otro, frente a un *falso supuesto*.

El segundo caso es, en el fondo, un problema de hecho que debe nacer y morir en la instancia, y, por lo tanto, como dice Calamandrei, un evento particular entre partes que no amerita la intervención de la casación para defender objetivamente la Ley. En cambio, el primero es un defecto intelectual que afecta la interpretación correcta de la norma jurídica.

Esta es, en síntesis, la motivación que me llevó a proponer en el seno de la Comisión de Reforma el cambio del sistema.

En este sentido la *suposición falsa* podría conducir a la Corte a una declaratoria de infracción por la vía del error de derecho, dejaría a la instancia toda la cuestión de hecho en obsequio de una casación más pura y de una enorme economía procesal.

Tal y como es del conocimiento general casi puede catalogarse de raras las formalizaciones que no contienen una pretensión del examen de la cuestión de hecho, así como también es del conocimiento general que de tales formalizaciones sólo un número muy reducido tiene suficiente apoyo como para producir *iudicium rescissorium*, porque sólo envuelven un replanteamiento de la instancia en nuestro más Alto Tribunal.

Es propicia la oportunidad del trabajo del Doctor Márquez Áñez para ahondar en el tema que nos ocupa, pues creo que no ha sido objeto de un verdadero y profundo estudio a pesar de su trascendencia.

III

El artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, dice: **“En su sentencia del recurso de casación, la Corte Suprema de Justicia, se pronunciará sobre las infracciones denunciadas, sin extenderse al fondo de la controversia, ni al establecimiento ni apreciación de los hechos que hayan efectuado los Tribunales de instancia, salvo que en el escrito de formalización se haya denunciado la infracción de una norma jurídica expresa que regule el establecimiento o valoración de los hechos, o de las pruebas, o que la parte dispositiva del fallo sea consecuencia de una suposición falsa por parte del Juez, que atribuyó a instrumentos o actas del expediente menciones que no contiene, o dio por demostrado un hecho con pruebas que no aparecen en autos o cuya inexactitud resulta de actas e instrumentos del expediente mismo”**.

Es sabido de los estudiosos de esta materia, que el nacimiento del falso supuesto no nace engendrado por los estudios científicos del derecho procesal, sino sobre un problema de derecho sustantivo a finales del siglo XIX originado en la interpretación de un contrato, en Francia, que condujo a censurar “la desnaturalización en la interpretación de ellos, lo cual, en esencia, vendrá a constituir la *“suposición falsa”* cuando el intérprete del contrato, juez o no, se imagina unos efectos jurídicos del contrato que sólo existen en su mente. Recordemos que si bien para esa época ya la escuela alemana había producido la polémica Muther-Winsheid, y varios autores incursionaban en el cientificismo del Derecho Procesal, los estudios sistemáticos del proceso estaban naciendo en el panorama jurídico. Por esta razón todo el estudio de la situación se hace dentro del campo del derecho sustantivo y se trasladaba al error de hecho en la interpretación de los contratos. Y si bien es cierto que hay una íntima conexión entre el error de hecho en la interpretación de los contratos y la “suposición falsa”, es posible diferenciar ambos errores en su fuente. Aun cuando ambos errores nacen del intelecto, el primero tiene una base material y el segundo una base psíquica; por lo tanto, los errores de hecho deben ser tratados como tales e igualmente los psíquicos como psíquicos. De allí que algunas legislaciones, como la italiana, ubiquen este tipo de errores de hecho dentro de la más lógica situación

legal, o sea, entre los recursos de impugnación, cuyo equivalente entre nosotros viene a ser el recurso de invalidación. ¿Por qué los proyectistas no lo ubicamos entonces en su campo propio y los suprimimos del de la casación? Por una razón muy simple. El Código todo se desarrolló sobre una filosofía de respeto a la tradición legal y forense venezolana para hacer menos traumática la implantación de los nuevos sistemas. En la reforma se le dejó una puerta abierta a la casación para que a través de su jurisprudencia acometiera una nueva etapa sobre el problema que, en un futuro próximo podría ser abordado de una manera más directa sobre el amortiguador de la nueva jurisprudencia.

La doctrina italiana no da al falso supuesto la trascendencia e importancia que le damos nosotros, ni sus expositores van más allá de casi una simple referencia. Redentí, por ejemplo, dedica en su obra *Derecho Procesal Civil*, apenas en el Tomo II de su obra el siguiente párrafo al tema “Los motivos de los números 4 y 5 (es decir, los del primer grupo) están esquematizados así en el texto”: 4. Si la sentencia es efecto de un error de hecho resultante de los actos o documentos de la causa. Se da este error cuando la decisión se funda en la suposición de un hecho cuya verdad está incontrastablemente excluida, o bien cuando se supone la inexistencia de un hecho cuya verdad está positivamente establecida, y tanto en el uno como en el otro caso, si el hecho no constituyó un punto controvertido sobre el cual hubo de pronunciar la sentencia; ...“(DERECHO PROCESAL CIVIL. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1957. Tomo II, pág. 176). Por su parte Satta, explica, “ERRÓNEA SUPOSICIÓN DE UN HECHO (Art. 395, n. 4, Código de Procedimiento Civil). Este hecho debe resultar de las actas o documentos de la causa: y eso como dice expresamente la Ley cuando la decisión es fundada sobre la suposición de un hecho cuya verdad está positivamente establecida. En cada caso el hecho no debe haber constituido un punto controvertido sobre el cual la sentencia debe pronunciarse. Parece de esta fórmula que como que se consiente hacer valer con la revocación no el error *in iudicando* pero como la falsa representación de la realidad (de un determinado hecho real) que, por no ser objeto de juicio, ha constituido el presupuesto de aquel error (de –equivocación material– eficazmente la jurisprudencia) (19) y así es, la situación de un

lugar, la cualidad de hijo de una persona, la fecha de un suceso, etc. Debeamos precisar que el hecho debe ser externo al proceso, no interno: no debe no obstante tratarse de un documento existente en actas de la cual el juez no ha tenido conocimiento, porque esto se hará valer con otro medio, no se puede servir de la revocación como un remedio contra el defecto de juicio, o como un medio para hacer conocer de la prueba. El hecho que en la norma no debe nuevamente ser objeto de juicio de revocación, más debe ser tal que, si subsiste, da entrada sin duda a la revocación de la sentencia. La jurisprudencia se muestra a veces poco rigurosa en la interpretación de la norma, y va más allá de lo indicado, por razones psicológicas. Mas esta institución debe ser rigurosamente interpretada, hasta que no se mute la ley, como a veces se auspicia. Nota (19). Es ahora un principio consolidado de la jurisprudencia que el error de hecho, deducible por la vía de impugnación por revocación en el sentido del artículo 395, n. 4, Código de Procedimiento Civil, consiste en una falsa percepción de la realidad, y en una equivocación objetiva e inmediatamente detectable, que había llevado al Juez a afirmar o suponer la existencia de un hecho decisivo, incontestablemente excluido de las actas y de los documentos de la causa, donde la inexistencia de un hecho decisivo, siempre que el hecho mismo no constituya punto controvertido sobre el cual se había pronunciado. Por lo tanto no es admisible una demanda de revocación fundada en un error de hecho resultante del contraste entre lo que se ha afirmado en la sentencia y el resultado de un documento no existente en las actas, mas producido por primera vez en el juicio de revocación. (Cass, 22 de enero de 1980, n. 491). Es además inadmisibles como motivo de revocación y puede sólo eventualmente ser objeto de recurso de casación ex art. 360, n. 5, Código de Procedimiento Civil, si concreta un vicio lógico de la motivación, el error sobre un hecho que había constituido punto controvertido en la causa en la cual la sentencia se había pronunciado (Cass, 7 maggio 1984, n. 2761).

La errónea suposición (*supossizione*) o negación debe perfilarse por tanto como un presupuesto esencial, si no único, de la decisión y debe presentarse con los caracteres de la evidencia, de la objetividad, y de la relevancia inmediata. Tales errores no son revisables en los casos en los que se asuma que el Juez había omitido examinar, si una cuestión objeto de discusión entre las partes, la prueba documental producida y

específicamente indicada, había sido precedida de una errónea e incompleta valoración de la misma, traduciéndose este gravamen en una censura de error de juicio, que va más allá del ámbito de la impugnación por revocación y es sólo denunciabile con recurso de casación, en los límites del Art. 360, n. 5 Código de Procedimiento Civil (Cass. 9 de noviembre de 1982, Cass, 27 de abril de 1982, n 2614) (traducción libre). (Véase Salvatore Satta DIRITTO PROCESUALE CIVILE. Decima Edizione. Padova. Casa Editricce Dott. Antonio Milani. 1987). (La doctrina italiana no usa el vocablo “**supposto**” que expresa en su lengua más bien el concepto de hipótesis (ipotesi).

La poca trascendencia que se da en Italia al tema que estamos examinando da una idea de lo que a los estudiantes se les enseña sobre la materia en sus cursos de pregrado.

Sergio Costa, profesor ordinario de la Universidad de Sassari, agota el tema en el siguiente párrafo: “ a) n. 4 del artículo 395: la sentencia es impugnabile (con la revocazione) si es el efecto de un error de hecho resultante de las actas o documentos de la causa. Hay este error cuando la decisión se funda sobre la suposición de un hecho cuya verdad (existencia) está incontrastablemente excluida eso es cuando la supuesta inexistencia de un hecho cuya verdad está positivamente establecida, en tanto en el uno como en el otro caso, si el hecho no constituye un punto controvertido sobre el cual la sentencia debe pronunciarse (6). La doctrina da como ejemplo el del juez que retiene la deuda no pagada, cuando ve en las actas el recibo de pago. Si se tratare de error material o de cálculo la sentencia podría ser corregida con el procedimiento de los artículos 287 y siguientes”. (Nota 6). El error de hecho que produce como efecto la revocación debe resultar.... ocular, sin posibilidades de duda de una falsa proyección de la realidad, (Cass. 22 de abril de 1958, n. 1324, en Mass. Giur, It. 1958, 303). (traducción libre). (Véase MANUALE DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE, Quinta Edizione. UTET).

III

Todo lo anteriormente expuesto nos habla de una realidad objetiva actual, pero muchas veces para comprender las instituciones jurídicas es

necesario efectuar una exploración histórica que nos ayude a comprender su verdadero significado. Vamos a intentar hacerlo.

No olvidemos que el recurso de casación llega por primera vez a nuestro Código de Procedimiento Civil en el año de 1897, pues antes se trataba de un Instituto Autónomo, regido por una ley especial que tenía como fundamento razones políticas antes que de Derecho. Las leyes son el reflejo de situaciones políticas en donde se trata de hacer prevalecer puntos de vista de quien puede promulgar la ley. El caso de la casación no escapa a este *ratio-legis*.

Lo primero que debemos recordar es que hasta mediados del siglo pasado cada Estado (como Entidad Federal) tenía una justicia local y autónoma con tres instancias en cuya cúspide se situaban las Cortes Superiores de manera que escapaba al poder central el control de las interpretaciones que de la ley estaban haciendo las Cortes Superiores dándole algunas características de regionalidad. De esta situación nace la primera Ley sobre el Recurso de Casación el 13 de junio de 1876, publicada bajo el Gobierno de Guzmán Blanco, pero que en realidad viene a aplicarse en 1881. Desde ese mismo momento nace una sórdida batalla entre dos bandos; uno perseguía que la casación funcionara como una tercera instancia y el otro lo contrario.

El Código Orgánico de Tribunales y Juzgados del 28 de febrero de 1846 al definir las atribuciones que tenían las Cortes Superiores, había establecido en su ordinal 6º del artículo 4º “***Conocer de los recursos de nulidad de las sentencias definitivas pronunciadas por los mismos jueces (de Primera Instancia), ora por haberse faltado al orden de proceder; ora por haberse pronunciado la sentencia contra ley expresa***”. ¿Encuentra el lector alguna semejanza entre esta disposición y las de las posteriores leyes sobre recursos de casación? Sin embargo, la disposición legal citada fue anulada después por la Corte Suprema de Justicia.

Pero este estado de beligerancia de poderes políticos se iba trasladando a las atribuciones del propio Tribunal Supremo, donde los bandos formaban barricadas para definir el ámbito de los asuntos bajo el control de la casación.

Toda la literatura jurídica que se desarrolló acerca de las bondades de la institución, del cientificismo del Derecho, y otras virtudes del Instituto de la Casación tenían como trasfondo el control de la interpretación de la ley para crear una doctrina única nacional tal como lo proclamó en su artículo 1º de la Ley del 13 de junio de 1876 cuando dijo: ***“Para mantener la unidad de la Jurisprudencia Nacional, y de conformidad con el inciso 22, artículo 13 de la Constitución Federal, se establece el Recurso de Casación ante la Alta Corte Federal, en la forma que va a determinarse”***.

A partir de esta Ley nace un rosario de leyes sobre el mismo tema en donde cada una de ellas va sazonando la idea de la original con algún ingrediente especial, puesto que dos ideas zumbaban, no en el templo de Astrea sino en los Salones de Palacio: quitar a las entidades federales el monopolio regional y colarse en el conocimiento y establecimiento de los hechos por los jueces de instancia, lo que dio lugar al híbrido que hoy constituye nuestro Instituto de la Casación.

Como dato curioso me permito aportar el catálogo de leyes sobre casación y que existió hasta la promulgación del Código de Procedimiento Civil de 1897, en que la casación subió a los altares. Estas leyes fueron:

5 de junio de 1881
18 de mayo de 1882
6 de junio de 1884
30 de mayo de 1887
13 de junio de 1881
5 de abril de 1895

Seis leyes en dieciséis años

IV

Así las cosas y bajo la influencia de lo sucedido en Francia con ocasión de la interpretación de un contrato de los años finales del siglo XIX, nuestra casación comienza a aplicar el falso supuesto como fuente del recurso de casación desde el año 1912, cuando dejó establecido: ***“Hay***

falso supuesto atribuyendo a declaraciones de testigos menciones que no contienen y dando con ellas por demostrados hechos esenciales de la causa". (Sentencia del 21 de diciembre de 1912, publicada en la Memoria de 1913, págs. 229 y 236. Dicha Memoria le da entrada por la puerta grande al concepto de "*falso supuesto*" que puede leerse en la Memoria citada). Esta jurisprudencia rompió el límite de la legalidad establecido en el artículo 424 del Código de Procedimiento Civil del 18 de abril de 1904 que limitaba el poder de los Magistrados al caso en que se alegare "*infracción de regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba*".

Al presentar al Congreso para su aprobación el Código de 1916, el entonces Ministro de Relaciones Interiores, el gran jurista Pedro Manuel Arcaya, lo cual ocurrió en 1915, trajo envuelto dentro de su Proyecto la consagración legal del falso supuesto en su artículo 435.

V

La misión que debe cumplir el Juez consiste, esencialmente, en determinar, de acuerdo con ciertos cánones y principios, si algunos hechos determinados ocurrieron realmente para los ojos de la Ley. Por tal razón la investigación que él efectúa es una investigación histórica, o, en otras palabras, referida a hechos pasados. Para el Proceso el futuro no existe. Una vez que el Juez establece la ocurrencia de los hechos alegados por las partes, si éstos encajan en el supuesto de hecho de la norma jurídica, el derecho contenido en la norma se materializa y el Juez lo que hace es **DECLARARLO SUBSUMIDO** (subsunción del caso concreto bajo la norma). Si el Juez determina que **A** le pagó el precio de compra convenido por el inmueble a **B**, la disposición pertinente del Código Civil sobre el contrato de compraventa se hace material y ya no puede hablarse la existencia de otro contrato sino de una venta. Si el Juez califica esos hechos subsumiéndolos en otra figura contractual incurrir en un error de juicio y emite una sentencia injusta.

El establecimiento de los hechos es pues una delicada labor que exige atributos especiales en el Juez, pues de ello depende un elemento estructural del Estado.

Esta labor del Juez puede quedar viciada y el propio legislador se ha encargado de establecer los remedios y recursos correctivos de tales situaciones.

La transmisión entre el cerebro del Juez y el expediente puede sufrir interferencias, unas simuladas e intencionadas y otras que obedecen a defectos de captación de la verdad procesal (realidad). En las simuladas e intencionales hay un disfraz que trata de ocultar la situación provocada a través de una distorsión, tergiversación u ocultamiento.

No es fácil imaginarnos un Juez con agnosia total, pero si lo es con agnosia parcial y podemos imaginarnos una agnosia óptica o ceguera psíquica, o una agnosia auditiva o sordera psíquica, esta última especialmente bajo el refrán “*no hay peor sordo que el que no quiere oír*”. Un Juez sin daltonismo es esencial para una inspección judicial, pero no lo es para coleccionar los hechos trascendentes del expediente.

Los defectos que más interesan para nuestro estudio son aquellos que dificultan una percepción de la realidad bien por la ingestión de sustancias extrañas (alcohol, alucinógenos, etc.), advirtiéndole que para decir esto estoy partiendo de un *falso* supuesto porque se presume que los jueces son personas que no incurren en semejantes desvíos o todavía más allá, aquellos que el Juez fabrica intencionalmente para distorsionar la verdad procesal. Así estamos llegando al concepto de “*suposición falsa*”, bien por la vía de la agnosia o bien por el hecho voluntario de distorsionar lo que la conciencia del Juez aprehendió correctamente.

En el “*falso supuesto*” el Juez actúa bajo una premisa falsa, sin calificar si tal premisa fue o no intencionalmente establecida. Por lo tanto se excluye la mala intención del Juez y se traslada exclusivamente el problema al campo de los hechos o situación fáctica del proceso, dejando de esta manera la puerta abierta a una casación de instancia.

Si por el contrario el poder de la Sala se reduce no al establecimiento de los hechos en la forma que tenga a bien determinar sino al examen de si el Juez varió la calificación de los hechos, ya inamovibles dentro del proceso, por un desvarío mental, los hechos seguirán siendo los mismos

y la casación no podría variarlos sino basar su fallo sobre los mismos hechos que ya el Juez estableció, pero sacó de ellos conclusiones falsas, dejando intacta la estructura del proceso.

Pero podría replicarse que este argumento encierra un sofisma y que siempre encontraremos una falla en el punto de partida: la imposibilidad material de determinar con certeza absoluta la exactitud en la ocurrencia de los hechos porque siempre podría existir un margen de error humanamente imposible de conocer; sin embargo, es preferible tener el sistema que se acerque lo más posible a la verdad a no tener ninguno.

Si logro obtener con mi inspiración una obra de arte el método empleado para realizarla pasa a un plano secundario.

Por lo expuesto si yo como Juez cuando estudio el expediente forjo en mi mente una realidad como ocurrida, lo que tenemos ahora que lograr es que su conexión con la norma jurídica sea lo más cerca posible de la voluntad del legislador expresada en ella.

Regresando ahora al examen de esa conexión del hecho con el Derecho advertimos lo siguiente:

En la “*suposición falsa*” la premisa puede ser verdadera o falsa, en el “*falso supuesto*” la premisa tiene que ser siempre falsa, porque si no existiera el problema que tratamos en este trabajo. Examinar si la premisa es falsa o verdadera *per se* es encargar a la casación un cometido que no le corresponde. De ahí que casuísticamente, y con rigor formal, la Ley establece las únicas vías de acceso para el examen del asunto, a saber: atribuir a un instrumento o acta del proceso menciones que no contiene; b) dar por demostrado un hecho con pruebas que no aparecen en autos, (aquí cabe la observación de la norma rectora de la conducta del Juez contenida en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil que lo obliga a sentenciar de acuerdo con lo alegado y probado en autos); y c) dar por demostrado un hecho con pruebas que no aparecen en autos o cuya inexactitud resulta de actas o instrumentos del mismo expediente.

Estas tres hipótesis constituyen todas aseveraciones afirmativas. ¿Pero qué decir cuando nos trasladamos a los mismos casos observándolos como en un espejo que invierte la imagen? En otras palabras cuando dichos casos los volteamos transformándolos en negativos. Esta situación fue planteada en el año 1923, apenas siete años después de introducido el falso supuesto en la legislación venezolana en un juicio donde en la sentencia de casación hubo un voto salvado del gran jurista zuliano Ramiro Parra que dejó abierta la compuerta del *“falso supuesto negativo”*. (Véase al final de este trabajo un traslado de este suceso que marcó un hito en el proceso civil venezolano, y nótese que ya Redenti en su obra en la cita que textualmente trasladamos anteriormente ya había observado lo mismo).

De 1923 en adelante comenzó a desarrollarse una estructura que si bien funcionó y comenzó a crecer sobre las bases de cierta estabilidad, dada la formación jurídica y de moral procesal de nuestros juristas. Pero al transcurrir los años la estructura que crecía comenzó a transformarse en una verdadera Torre de Babel que atentaba contra su propia supervivencia. Los cambios de Magistrados fueron introduciendo elementos que terminaron en crear un verdadero laberinto jurídico del que sólo podían salir unos pocos privilegiados, pues se generó una ritualidad para la formalización del falso supuesto que hizo pensar que la llave del tesoro estaba sólo en manos de los propios magistrados que hicieron rodar ignominiosamente las cabezas de grandes abogados litigantes y de los que habiendo sido Magistrados de la Sala de casación regresaron al ejercicio profesional rechazando sus formalizaciones con una simple declaración de rechazo del recurso por “mala formalización”.

Las doctrinas jurisprudenciales sobre el tema aparecían y desaparecían dejando una estela de confusiones. En este sentido publiqué un trabajo titulado RITOS Y FORMAS PROCESALES en mi recopilación de OPÚSCULOS JURÍDICOS. (Editorial Texto C.A.– Caracas 2001), de cuya página 115 me permito reproducir lo que sigue: *“Cuando el “ritualismo” se convierte o interpreta como condición esencial para obtener ciertos efectos procesales, se convierte en una situación de peligro pues hace prevalecer su cumplimiento al reconocimiento o declaración de un derecho subjetivo. De aquí que se hace neces-*

rio darle preeminencia a la existencia o declaración del derecho antes que al cumplimiento de la “forma rigurosa” o “ritual procesal”, pero, lamentablemente, esto no lo entienden así muchos Jueces, y, lo que es peor, gran parte de los Magistrados de nuestra Corte Suprema de Justicia. ¿Cuántos recursos de casación se declaran sin lugar por una llamada mala o defectuosa formalización? ¿Cuántas veces se comete una injusticia notoria con tal excusa? A cuantos de nuestros más ilustres juristas y litigantes se les expone al ridículo declarando sin lugar un recurso por “mala formalización” con fundamento en fórmulas misteriosas o semi-mágicas que no existen en la Ley”. De todas estas confusiones nació a su vez una generación de abogados especializados en la formalización de recursos contentivos de “falsos supuestos”.

La reforma se imponía como una necesidad, y ¿qué mejor oportunidad no sólo para acabar con ese permanente factor de perturbación de la justicia, y aprovechar la oportunidad para mantener un control sobre su legitimidad que la reforma?

Esta figura consistió en limitar la censura de la casación en que constando los hechos en el expediente, legalmente llevados a él, fueren ciertos (verdaderos) o no en la realidad por un defecto en la actividad mental del Juez no fueren reflejados lógicamente (correctamente) en la sentencia.

Así por ejemplo la casación no puede entrar en la psiquis de un testigo para examinar si lo que declaró fue producto de una presunta falsedad o no; pero sí podrá corregir la sentencia cuando la instancia habiendo examinado la deposición del testigo y habiendo establecido su dicho en las actas procesales, el Juez al sentenciar imagina hechos no ocurridos según la propia declaración, y los cuales son producto de una perturbación en la psiquis del Juez.

La reforma no consistió en una simple inversión de palabras sino en la creación de una nueva figura procesal.

LAS DECISIONES INFLUENCIADAS POR LA FORMACIÓN INTELECTUAL, SOCIAL, RELIGIOSA Y POLÍTICA DEL JUEZ

Un elemento importante en la formación del juicio del Juez está constituido por patrones y fijaciones mentales provenientes de su formación como individuo, los cuales son determinados por su formación desde muy temprana edad hasta su madurez como adulto que está alrededor de los veinticinco años de edad.

Algunos de estos elementos mencionados anteriormente podríamos calificarlos como determinantes en sus pronunciamientos.

Veamos un poco tales elementos:

a) Un país es lo que sus ciudadanos son. Si el grupo social, con las normales diferencias, está constituido por ciudadanos intelectualmente bien formados y con preparación científica suficiente, es un país civilizado en el que una de las cosas que más destaca es la administración de justicia. Ejemplo: los países de Europa Central, los Estados Unidos de América, Australia, Japón y otros. Un país por grande que sea, y por numerosa que sea su población, si no la ha preparado o lo ha hecho selectivamente, es un país a medio camino. Ejemplo: India, Latinoamérica, etc.

Por lo tanto, el factor desarrollo va parejo con la administración de justicia y los jueces de esos países tienen más posibilidad de dictar sentencias más cercanas al ideal de justicia.

b) La extracción social del Juez es también un factor influyente al momento de forjar su juicio. Al decir “su extracción social” no queremos hablar de ricos y pobres sino de la formación derivada de su entorno familiar. Si la persona se acostumbra a ver desde su infancia un hogar donde existe la promiscuidad, donde se consumen drogas, donde el libertinaje sexual es aceptado como normal, asimismo juzgará el caso *sub-iudice* e interpretará y aplicará la ley con lenidad.

Cuando los padres inculcan a sus hijos principios morales desde su infancia, la pobreza podrá ser material pero no espiritual y ese hijo pobre materialmente será rico en decisiones sabias. Uno de nuestros más grandes juristas se jactaba con orgullo de ser hijo de una cocinera. Por lo tanto, el entorno familiar es decisivo para la formación de un buen Juez que logre la correcta interpretación de la Ley.

c) La formación religiosa es otro factor determinante en la labor del Juez, pero en este caso no tanto referido a la interpretación de la norma jurídica sino al temor de cometer pecados de conciencia lo cual lo impulsa a ajustarse a patrones morales que lo inhiben de recurrir a interpretaciones sesgadas de la norma jurídica. Un polígamo no será tratado igual por un Juez católico que por uno mahometano.

d) Finalmente,

Estas últimas divagaciones nos llevan, aparentemente, a establecer las siguientes conclusiones:

1°. El Juez, como ser humano está sujeto a cometer errores inintencionales, pues cuando media la intención los errores se convierten en **delitos** procesales.

2°. Esos errores vienen de una falsa apreciación de la verdad procesal y deben ser corregidos cualquiera que sea su fuente.

3°. En algunos casos el error puede provenir de dar por sentado un hecho fundado sobre una premisa falsa, en cuyo caso debe ser corregido en la instancia, y cuando no lo es se cae bajo la sanción del artículo 12 y las disposiciones de los artículos 507 al 510 del Código de Procedimiento Civil.

4°. Cuando el pronunciamiento del Juez en su sentencia sea producto de una falsa suposición, el error debe ser corregido por la vía establecida en el acápite del artículo 420 del

Código de Procedimiento Civil, sin entrar la Sala a conocer y juzgar los razonamientos del Juez al apreciar la prueba, es decir, a establecer un nuevo juicio de valoración, sino a conocer del defecto de conexión del Juez en el expediente.

ACEPCIONES DE LOS TÉRMINOS:

Diccionario de la Real Academia, (Madrid 2001)

SUPONER: (Del latín *supponere*) tr. Dar por sentada y existente una cosa//.

2. Fingir, dar existencia ideal a lo que realmente no la tiene... 4. Conjeturar, traer algo a través de los indicios que se posean.

SUPOSICIÓN: (Del latín *suppositio-onis*). f. Acción y supuesto de suponer.//

2. Lo que se supone o da por sentado....// 4. Impostura o falsedad.// 5. Lóg. Aceptación de un término en lugar de otro.

Larousse Diccionario Enciclopédico Ilustrado, Edic. 1997.

a/c Ramón García Pelayo y Gross.

SUPONER: v.t. Admitir por hipótesis: supongamos que es verdad lo que se dice (ú.t.c. pr). Creer, presumir, imaginar... Demostrar, indicar: su actitud supone que tiene poco interés...

SUPOSICIÓN: f. conjetura, Hipótesis: hacer suposiciones// suposición gratuita, la que carece de base o fundamento.

SUPUESTO/A: Adj., fingido, falso, un supuesto periodista// Suposición, hipótesis: en el supuesto de que venga... Dar algo por supuesto, considerarlo cierto y admitirlo.

LOS ESTADOS UNIDOS DE VENEZUELA**EN SU NOMBRE****LA CORTE FEDERAL Y DE CASACIÓN****EN SALA DE CASACION ACCIDENTAL**

Vistos, siendo Ponente el Conjuez, doctor Rafael Marcano Rodríguez.

Con fecha 29 de mayo de 1931, el Juzgado Superior del Estado Yaracuy dictó sentencia confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil del mismo Estado, pronunciada el 25 de febrero del propio año, que declaró sin lugar la demanda de divorcio propuesta por el doctor José Pabantnil Vílchez contra su esposa la señora Guillermina Sieg de Vílchez, y sin lugar la reconvención de ésta contra su prenombrado marido, fundada la primera en las causales 2ª y 3ª del artículo 189 del Código Civil y la segunda en las causales 1ª, 2ª y 2ª del mismo artículo.

Anunciado por el actor el recurso de casación, fué admitido por auto de 11 de junio de 1931, en el cual se hizo constar que los diez días prescritos por el artículo 424 del Código de Procedimiento Civil fenecieron el diez del mismo mes, o sea, el día anterior.

Este recurso fué oportunamente formalizado por los apoderados del recurrente; e inhibido de conocer de él el Vocal doctor Rafael Cabrera Malo y declarada con lugar esta inhibición fué favorecido por la suerte para llenar su falta el Conjuez doctor Rafael Marcano Rodríguez, en quien recayó la Ponencia.

Hecha la relación de la causa y cumplidos todos los demás trámites legales, pasa esta Corte a pronunciar su fallo:

I

En el primer Capítulo de la formalización denuncia el recurrente la infracción de los artículos 322 y 323 del Código de Procedimiento Civil, fundado en que “consta del expediente que en el acto de litis contestación fueron producidas varias cartas por el actor, las cuales tachó la demandada, y para esta tacha no fué sustanciada en debida forma, ni para ello se nombró el Fiscal que requieren de modo impretermisible los artículos denunciados, por lo cual se impone la reposición de la causa de acuerdo con el ordinal 2º del artículo 421 del propio Código citado”. *La Corte observa:* que habiendo sido propuesta la tacha de las referidas cartas por la parte demandada, la no sustanciación de ella en el proceso, fué obra de su negligencia en instar la respectiva incidencia; esto, además de que si la pretendida falta le fuera imputable al Tribunal y no a la parte tachante, no sería, por cierto, al actor a quien le correspondería usar del recurso de casación por el motivo alegado; en razón de todo lo cual se declara que no existen las infracciones denunciadas en la formalización.

II

En el segundo Capítulo se denuncian los artículos 12 y 367 del Código de Procedimiento Civil, alegándose que “la sentencia dice que no acoge las declaraciones de los testigos Pedro Henríquez, José Santos Inojosa y Cipriano Arias, porque no dan razón fundada en sus dichos, limitándose a contestar: “sí, es verdad”; que “al hacer esta declaratoria, la recurrida falta a la verdad, incurriendo en *falso supuesto*, pues de las actas levantadas al efecto *aparecen las razones que cada uno da*, y se burlan por tanto los artículos denunciados que constituyen, el primero, una norma impretermisible, base de la justicia, y el segundo, una regla legal, para apreciar el mérito de la prueba”. *La Corte observa:* que según el ordinal 3º del artículo 435 del Código precitado, hay “falso supuesto” cuando el Juez atribuye a un instrumento o acta del expediente *mencio-*

nes que no contiene, pero no en la hipótesis contraria, esto es, cuando el Juez desconoce la existencia en un instrumento o acta de *menciones que sí contiene*. En el primer caso se hace, en efecto, una suposición contraria, a la verdad; la de que el acta contiene la mención que el Juez declara en la sentencia, siendo que la tal mención no existe. En el segundo, que es el alegado en este recurso, no hay en absoluto falso supuesto, sino que el Juez deja de reconocer lo que el instrumento contiene. No siendo, pues, el caso alegado por el recurrente el de “falso supuesto” contemplado por la ley, en el cual habría podido excepcionalmente esta Corte revisar el establecimiento o la apreciación de los hechos por parte de los jueces sentenciadores, se declara que la Corte no puede, en el presente caso, entrar en esa revisión de fondo.

Por las razones expuestas, administrando justicia por autoridad de la Ley, se declara sin lugar el presente recurso y se condena en las costas de él al recurrente.

Publíquese, regístrese y devuélvase el expediente.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Audiencias de la Corte Federal y de Casación, en el Capitolio Federal, en Caracas, a los veintiséis días del mes de enero de mil novecientos treinta y dos. – Año 122° de la Independencia y 73° de la Federación.

El Presidente, RAMIRO ANT° PARRA. El vicepresidente, *Luis I. Bastidas*. El Canciller, *Amílcar Fonseca*. Conjuez-Ponente, *R. Marcano Rodríguez*. Vocal, *Anibal Sierraalta Tellería*. Vocal, *M. Toro Chimíes*. Vocal, *Carlos M. Castillo*. El Secretario, *Luis Valera Hurtado*.

Ramiro Ant° Parra, Presidente de la Corte Federal y de Casación, salva su voto en la sentencia que antecede en la forma siguiente:

Aduce el recurrente que el Juez de Instancia incurrió en el vicio de falso supuesto, porque no aprecia algunos testigos fundándose en que no dan la razón de sus dichos, apareciendo lo contrario de las actas, puesto que en los interrogatorios se expresa el fundamento que cada uno tiene para saber lo que se le pregunta y a este efecto copia los interrogatorios; la Corte en el fallo de que disiente declara improcedente lo solicitado porque el falso supuesto únicamente existe cuando el Juez atribuye a un instrumento o acta del expediente menciones que no contiene y basa este concepto en el ordinal 3° del artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, que establece: “Cuando basan (los jueces de instancia) sus apreciaciones en falso supuesto, atribuyendo la existencia de un instrumento o acta del expediente de menciones que no contenga, o dando por demostrado un hecho con pruebas que no aparezcan de autos, o cuya exactitud resulte de actas o instrumentos del expediente mismo no mencionados en la sentencia”.

En doctrina se entiende por falso supuesto la apreciación judicial basada en un error de hecho, el cual puede ser positivo o negativo; el primero cuando se acepta la existencia de un hecho que no existe y lo segundo cuando se niega la existencia de un hecho que existe. En Italia por este vicio no se concede el recurso de casación, sino otros medios establecidos, en el artículo 494 del Código de Procedimiento Civil de dicha Nación, pero en el Digesto Italiano, volumen 7, página 84, se da el concepto del falso supuesto en estos términos: “Si el Juez de mérito funda su sentencia en un falso supuesto (en el verdadero sentido de la palabra) o sea sobre un error de hecho suponiendo la existencia de un hecho cuya verdad está excluida incontrastablemente, o bien la inexistencia de un hecho cuya verdad está establecida positivamente”.

Esta misma noción se tiene en Francia del falso supuesto y origina el recurso de casación: Gabriel Marty en su obra “Distinción del Hecho y del Derecho”, página 294, enseña que es procedente el recurso de casación cuando la decisión del juez

de instancia está basada en un párrafo que se haya copiado de un documento y se niega la existencia del hecho contenido en ese párrafo, por razón de que hay contradicción en los motivos y a la vez se admite un hecho contrario al contenido en el documento, y después agrega: “En la hipótesis semejante en que la decisión atacada ha apoyado las pruebas de hecho en un documento que ha sido simplemente considerado sin reproducir sus términos y el cual está en oposición directa con las afirmaciones que los jueces han pretendido haber encontrado en él; la contradicción no está en los motivos mismos; pero no hay entre esta segunda hipótesis y la precedente sino una diferencia formal de redacción y de presentación; si se compara el texto del escrito, considerado con las afirmaciones del juicio o de sentencia, la contradicción aparece inmediatamente”.

“No es pues sorprendente, que en esta hipótesis de contradicción entre las afirmaciones de los jueces y el texto de los documentos que han tomado por base, la Corte Suprema siempre guiada por el deseo de establecer comprobaciones de hecho serias y exentas de errores evidentes, haya sido llevada a intervenir tal como en el caso de contradicción entre los motivos”. Es, pues, evidente que en doctrina el falso supuesto es un error de hecho que puede ser positivo cuando se afirma la existencia de un hecho que no existe; y negativo, cuando se niegue la existencia de un hecho que existe; pero del razonamiento de esta Corte se deduce que el legislador venezolano se aparta de estos principios y admite únicamente el positivo, porque el ordinal 3º del artículo 345 del Código de Procedimiento Civil no trata expresamente del negativo, con lo cual no estoy de acuerdo, pues, en concepto mío, los casos expresados en ese ordinal, son explicativos y no taxativos; tienen por finalidad dar la noción de falso supuesto y no limitarlo a los casos previstos.

En la hipótesis de que la interpretación que le he dado a ese canon legal fuera desacertada, siempre sostendría la opinión de que en la recurrida se incurrió en falso supuesto, porque el

ordinal citado dice que existe ese vicio cuando se da por demostrado un hecho *cuya inexactitud resulte de actas o de instrumentos del expediente mismo no mencionado en la sentencia*, y precisamente el juez sentenciador da por demostrado el hecho de no haber dado los testigos la razón de su dicho, siendo así, que la inexactitud de su aseveración resulta del interrogatorio que se hizo a los testigos, el cual no fué mencionado en la sentencia. – Fecha *ut supra*.

El Presidente, RAMIRO ANT^o PARRA. El vicepresidente, *Luis I. Bastidas*. El Canciller, *Amílcar Fonseca*. Conjuez, *R. Marcano Rodríguez*. Vocal, *Aníbal Sierraalta Tellería*. Vocal, *M. Toro Chimíes*. Vocal, *Carlos M. Castillo*. El Secretario, *Luis Valera Hurtado*.

La Inspección Judicial y las Nuevas Tendencias en el Derecho Procesal Venezolano

Guido GARBATI GARBATI*
Alejandra LEÓN PARADA**

SUMARIO:

Introducción

- 1. Nociones Generales:** **1.1** *Naturaleza Jurídica de la Inspección Judicial.* **1.2** *Características Generales.* **1.3** *Objeto de la Inspección Judicial.* **1.4** *Fundamento del Mérito o valor probatorio.* **1.5** *Algunas Clases de Inspección Judicial Según Hernando Devis Echandía.* **1.6** *Valor Probatorio de la inspección judicial y su apreciación por el juez.*

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado. **Universidad del Caribe**, *Especialización en Derecho Marítimo*, Cursante. **Universidad de Salamanca**, Curso de Postgrado en Derecho Procesal. Diversos cursos en varios países. **Tribunal Supremo de Justicia**, *Sala de Casación Civil*, Abogado Auxiliar.

** **Universidad Central de Venezuela**, Abogada. Especialista en Derecho Procesal. Tesista. **Universidad Santa María**, Especialista en Derecho Tributario. **Tribunal Supremo de Justicia**, *Sala de Casación Civil*, Abogado I.

2. **Procedimiento de la inspección Judicial a la luz del Código de Procedimiento Civil Venezolano.**
3. **Análisis de la nuevas tendencias procesales en materia de Inspección Judicial, a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela.**

Conclusiones

INTRODUCCIÓN

Partiendo del hecho que las relaciones humanas van un paso adelante del derecho, lo que implica que primero ocurre el hecho y luego la necesidad de la creación de la norma que regule ese acontecimiento; situación que acontece no sólo en Venezuela sino en todo el mundo, surge la inquietud de determinar las nuevas tendencias en materia probatoria, en el caso específico en la inspección judicial, al ser ésta una de las pruebas de mayor relevancia en la demostración de hechos alegados en un proceso, bien en materia civil, penal, contencioso-administrativo o laboral.

Se tomará como base, en primer término, la doctrina extranjera; se tratará de determinar la naturaleza jurídica de la mencionada prueba; posteriormente, se verificarán las clases de inspección judicial con apoyo de la doctrina del doctor Hernando Devis Echandía, luego se precisará el valor probatorio de la inspección judicial que practica el juez, conforme al Código de Procedimiento Civil y; por último, daremos un vistazo al análisis jurisprudencial sobre el punto, contenido en algunas sentencias dictadas por las distintas Salas del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, con la finalidad de verificar los posibles avances en la materia.

1. NOCIONES GENERALES

1.1 *NATURALEZA JURÍDICA LA INSPECCIÓN JUDICIAL*

En toda inspección el juez extrae de los hechos informaciones pertinentes al proceso, inherentes, bien, al hecho mismo que se requiere probar o a otro que sirva como prueba de aquél. En el primer caso, la inspec-

ción la inspección constituye un medio directo de prueba y existe solamente un hecho: el que se quiere probar con éste, es decir, que la inspección judicial actúa como prueba directa del hecho indicador o indicio, e indirecta del hecho indicado o del que se pretende probar con el primero.¹

En la inspección judicial predomina la actividad preceptora del juez, a través de la cual conoce directamente del hecho que se desea probar con ella, sin utilizarse las percepciones de otras personas como medio de conocimiento. Sin embargo, existe también en esa actividad un razonamiento inductivo del juez, que le permite conocer qué es lo que percibe e identificar lo percibido por él y relacionarlo con aquello que se busca probar. Esa actividad síquica es tan rápida que algunos autores han dejado de advertirla y, como consecuencia, han defendido la tesis de que la misma no constituye un medio de prueba, alegando que sólo existe el hecho mismo objeto de la inspección, el cual es evidente, no otro que le sirva de prueba.

Sin embargo, en la realidad no se trata de que el hecho inspeccionado sea prueba de sí mismo, como suele decirse, sino que la prueba tiene su origen en la verificación por parte del juez, a través de sus sentidos y razón y, por lo tanto, existe indudablemente una actividad probatoria. Prueba es la inspección judicial, es decir, la actividad perceptora del juez y el juicio que de su percepción hace éste, para identificar y calificar el hecho percibido, no este último; el hecho inspeccionado es el objeto de la prueba de inspección.²

El problema de si la inspección constituye o no un medio de prueba se identifica con el de saber si existe o no la prueba directa, entendida como la actividad perceptora del juez aplicada al hecho que se investiga, o a otra que sirva de indicio. Carnelutti, defendió inicialmente la tesis que limita el concepto de prueba a la indirecta, no obstante, poste-

¹ Giorgio Laserra: *La Prova Civile*. Nápoli, 1957, p. 110, citado por Devis Echandía, Hernando. *Teoría General de la Prueba*. Tomo II Quinta Edición, Buenos Aires, 1981, pp. 420, 421.

² Echandía Devis Hernando. *Teoría General de la Prueba judicial*. 1995. p. 421, Tomo II. Quinta Edición. Bogotá. Colombia.

riormente modificó su opinión y refutó con sólidos argumentos aquella tesis. En efecto, observó Carnelutti, que negarle a la inspección el carácter de prueba, conducía a identificar erróneamente la prueba con el acto que la parte le suministra al juez, lo cual conducía a pensar que como en la inspección sólo aparecía la actividad del juez, y las partes no suministraban ninguna prueba, no podía tener ese carácter; pero si por prueba se entiende, como él lo sostuvo, todo medio útil para la comprobación de hechos por parte del juez, esto es, que le suministren razones o motivos de convencimiento sobre su existencia o motivos de convencimiento sobre su existencia o inexistencia, resulta indiscutible que en la inspección judicial y, por lo tanto, en la percepción directa del hecho por el juez, existe una prueba.³

En otra parte de su obra, el maestro Carnelutti corrobora sus conceptos, señalando que al excluir de la noción de prueba la inspección judicial, con el pretexto de que la certeza que produce no requiere prueba ni permite la actividad de apreciación de la prueba, conduciría al absurdo observado por Wach, es decir, que “sería tan sólo prueba lo que no produce prueba alguna, porque no aporta certeza alguna”, siendo así que, mediante la percepción, el juez comprueba la afirmación de las partes, es decir, la percepción es el proceso de fijación del hecho controvertido, del mismo modo que la deducción lo es en la prueba indirecta; además, que en ésta siempre existe la percepción por el juez del hecho intermedio.⁴

La razones expuestas por Carnelutti son suficientes para reconocerle a la inspección judicial el carácter de medio de prueba. Además, si la inspección no fuera prueba autónoma de los hechos observados por el juez, el acta de ella sería un testimonio suyo sobre lo que percibió durante la diligencia y, por ende, gozaría de todas maneras del carácter de prueba, puesto que con fundamento en ella el juez pudo declarar probado o cierto el hecho inspeccionado; sin embargo, cabe decir que este

³ Carnelutti. *La Prueba Civil*. pp. 56-59.

⁴ *Ob. Cit.* Carnelutti: *Teoría General de la Prueba*.

último concepto de testimonio del juez no es aceptable, siendo lo correcto considerar la inspección como una prueba especial.

1.2 CARACTERÍSTICAS GENERALES

- a) Es una actividad física e intelectual para la verificación de hechos.
- b) Esa actividad debe ser realizada por un funcionario judicial y, sólo excepcionalmente, si la ley lo autoriza, por un funcionario de policía mediante comisión o delegación de aquél.
- c) Tiene la naturaleza jurídica de prueba judicial.
- d) Es una prueba directa del hecho inspeccionado o examinado.
- e) Es una prueba personal, si se considera como tal la que llega al proceso mediante un acto humano, por tratarse de una actividad del juez, en oposición a la real o material que sería la constituida por cosas materiales.
- f) Es una prueba crítica o lógica, porque no es la representación de la cosa o el hecho inspeccionado, sino que consiste en su asunción directa por el juez, quien con sus sentidos o su mente lo verifica y existe siempre un juicio crítico por sencillo que sea.
- g) Es una prueba formal, porque tiene un simple valor probatorio.
- h) Es por lo general una prueba plena o completa.

1.3 OBJETO DE LA INSPECCIÓN JUDICIAL

El objeto de esta prueba es la verificación de hechos materiales de toda clase, que el juez puede examinar y reconocer. A diferencia del objeto de otras pruebas, los estados o hechos síquicos o internos del hombre escapan al objeto de la inspección por no ser susceptibles de percepción e igualmente, quedan fuera de su campo los hechos pasados, transitorios y los futuros. Las conductas humanas, en cuanto se exteriorizan en una

actividad realizada de determinada manera y en un lugar especial, pueden ser objeto de inspección o reconocimiento especial a través de la reconstrucción de hechos, en una especie de experimento judicial; también puede serlo la persona humana en su entidad física y en su cadáver.⁵

Por consiguiente, pueden ser objeto de esta prueba los hechos ocurridos antes pero que todavía subsistan total o parcialmente, los hechos que se produzcan en el momento de la diligencia, las huellas o los rastros de un hecho pasado transitorio, los inmuebles, los objetos, las cosas de todas clases, inclusive documentos, archivos, expedientes o procesos, los bienes muebles en general, los animales, las personas cuando se trate de verificar su estado físico o las heridas y lesiones que tengan, los cadáveres de personas o animales, los acontecimientos que ocurran delante del funcionario y en los que intervengan personas, animales y cosas, esos hechos pueden ser permanentes o transitorios que aun subsisten u ocurren en presencia del juez.

No pueden ser objeto de esta prueba, las deducciones o suposiciones que el juez pueda formularse mediante razonamientos lógicos, con base en los hechos observados por él. Los hechos pasados que no subsisten, ni hayan dejado rastros o huellas y los hechos que se supone lleguen a existir a futuro tampoco pueden ser objeto de inspección judicial, pues el juez no puede percibirlos.

El alcance y eficacia de este medio de prueba es el mismo en todos los procesos, sin que importe que la ley no determine su objeto o que, por el contrario, lo haya hecho en forma literalmente restringida, pues, como muy bien lo observa Florian, no hace falta que la ley haya formulado expresamente cuál es su objeto y los medios que pueden emplearse para practicarla.

1.4 FUNDAMENTO DEL MÉRITO O VALOR PROBATORIO

El fundamento de valor o mérito probatorio que se le reconoce a la inspección o el examen por el juez, del hecho que se pretende probar

⁵ Ob. Cit. por Devis Echandía, Hernando. *Teoría General de la Prueba*.

(sea el investigado u otro que sirva de indicio a aquél), radica en dos razones: a) la confianza que inspira la verificación de la existencia o inexistencia de un hecho u objeto mediante la directa percepción del juzgador o de otro funcionario delegado o comisionado por aquél, por existir una relación directa e inmediata entre la mente del examinador o inspector y el hecho u objeto examinado o inspeccionado; b) la fe que se otorga al funcionario que practica la diligencia, en cuanto a su capacidad y rectitud, para referir con honestidad, veracidad y exactitud lo observado o examinado por él.

Ese contacto personal y directo del juez con el hecho u objeto que con aquélla se pretende verificar, constituye el vehículo más seguro y sencillo para que el funcionario adquiera la certeza o evidencia indispensable para decidir si tal hecho existe o no y cuáles son sus características o modalidades incidentes en la solución del litigio, con la salvedad de que si dicha verificación del hecho u objeto exige conocimientos técnicos, científicos o artísticos que escapen a la cultura común de un juez, debe éste hacerse asesorar de peritos en la materia.

Esa mayor seguridad que ofrece la inspección o el reconocimiento judicial, no significa que el juez nunca pueda incurrir en error en la calificación subjetiva que debe hacer de sus percepciones y en la descripción que de éstas deje en el acta, pues tal posibilidad de error existe en todos los medios de prueba.

Cuando la inspección no versa sobre el hecho por probar, sino sobre otro hecho o una cosa u objeto que pueda servir de indicio a aquél, el fundamento probatorio de aquélla nada tiene que ver con el que justifique otorgarle al último valor de prueba respecto al primero; se tratará entonces, de dos pruebas diferentes en su objeto, su naturaleza y su fuerza o mérito de convicción

Evidentemente que de acuerdo con lo anterior: La inspección judicial tiene plena vida probatoria, salvo las excepciones que requieran de la percepción de personas especializadas.

1.5 *INSPECCIÓN JUDICIAL. CLASES. SEGÚN HERNANDO DEVIS ECHANDÍA:*

a) **En consideración al objeto de la diligencia:** Desde este punto de vista pueden existir ocho clases:

1. **Reconocimiento e identificación de inmuebles**, ocurre en procesos civiles, pero puede ocurrir en procesos penales, tales como: violación del domicilio u ocupación violenta de casa o terrenos; también en procesos administrativos, tales como los de ocupación parcial de inmuebles de propiedad pública e inclusive en materia laboral, por ejemplo, cuando se identifica el inmueble en donde funciona la fábrica.

2. **Reconocimiento e identificación de cosas u objetos muebles**, incluyendo los documentos; es de constante práctica en toda clase de procesos, como los civiles de reivindicación, de restitución de tenencia. En los penales, de robo o de hurto. En los laborales, por accidentes de trabajos ocasionados en el manejo de maquinarias. En los Contencioso-Administrativos, por daños en cosas muebles y en la inspección de archivos.

3. **Reconocimiento e identificación de animales**, se produce igualmente en todos los procesos.

4. **Reconocimiento e identificación de personas**, es necesario en los procesos penales para identificar al autor del delito, en los civiles, laborales y contencioso-administrativo, como en los juicios de interdicción por incapacidad física o mental, lesiones físicas al cónyuge, etc.

5. **Reconocimiento e identificación de cadáveres de personas**, necesarios en los procesos penales en los juicios de homicidio, en los procesos civiles para identificar a la persona muerta a falta de acta de defunción, y en los laborales y contencioso-administrativos, cuando los actos

se imputan a trabajadores, en procesos con el patrón, o a funcionarios públicos en ejercicio del cargo.

6. Inspección de lugares en que ocurrieron los hechos investigados, en busca de las huellas o los rastros que hubieran podido dejar allí, necesarios en los procesos penales, en algunos civiles, en los laborales y en el contencioso-administrativo.

7. Reconocimiento de sucesos que ocurran por primera vez durante la diligencia, esto puede ocurrir en los procesos penales, civiles, laborales y contencioso-administrativos.

8. Reconstrucción de hechos o acontecimientos pasados y transitorios, mediante el experimento ante el juez, de su repetición en las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar, incluyendo la actuación de personas y animales que hubieran intervenido originalmente y en el empleo de las mismas cosas (armas, medios de transportes, vestidos, etc.).

b) Según las personas que intervienen en la diligencia:
En principio éstas deben ser practicadas por un funcionario público acompañado de secretario, pero en ciertas circunstancias, deben hacerse acompañar de peritos expertos con conocimientos técnicos, científicos o artísticos.

c) De acuerdo con la oportunidad en que se practique, normalmente las inspecciones se practican en el curso del proceso, pero puede ocurrir que se practiquen antes y fuera del proceso, para futura memoria; en consecuencia, puede hablarse de inspecciones procesales o extraprocesales.

d) En consideración al impulso procesal que condena a su ordenación, las inspecciones judiciales pueden ser practicadas a solicitud de parte u oficiosamente.

e) **Desde el punto de vista del tema de prueba**, la práctica de la inspección puede tener por finalidad la verificación del hecho que constituye el tema principal de la prueba en el respectivo proceso o de otros hechos.

f) **Por su relación con otras diligencias judiciales o pruebas judiciales**, la inspección judicial puede ir aparejada con la exhibición de cosas o documentos, a una peritación, a un allanamiento de lugar o a un desahucio de personas, o cualquier otro tipo de prueba.

g) **Según la naturaleza del funcionario que la practica**, las inspecciones o reconocimientos pueden ser judiciales (practicadas por el funcionario del órgano judicial); administrativas (practicadas por el funcionario administrativo); policiales (si tienen lugar en un proceso civil o penal).

1.6 VALOR PROBATORIO DE LA INSPECCIÓN JUDICIAL Y SU APRECIACIÓN POR EL JUEZ

Según Hernando Devis Echandía:

No obstante, existir un firme fundamento lógico y psicológico para reconocerle mérito probatorio a la inspección judicial, está muy lejos de ser un medio infalible para la verificación de los hechos, puesto que el juez puede incurrir en errores de percepción, ocasionados por insuficiente atención o por ligereza en el examen que haga de los hechos, por características complejas o técnicas de éstos, por influencia de los testigos y las partes, y por errores de redacción del acta. Además, cuando el juez que valora la prueba es distinto de quien la practicó, existe también el peligro de error en la interpretación del acta, especialmente si no está redactada en forma clara y precisa. Por lo tanto, las posibilidades de error aumentan cuando la diligencia se practica por un comisionado o por un juez instructor.⁶

⁶ *Ob. Cit.* Echandía Denis, Hernando.

En algunos Códigos de Procedimiento se le otorga a la inspección judicial, practicada con citación de la parte contra quien se aduce, el valor de plena prueba, lo cual constituye una tarifa legal. Sin embargo, aun en estos casos el juez debe abstenerse de asignarle ese mérito absoluto, cuando no se reúnan todos los requisitos para su validez y eficacia; en el derecho contemporáneo repugna la imagen del juez (civil, penal o de otra jurisdicción), que esté obligado a considerar como plena prueba la que por su contenido no produce la certeza necesaria y con mayor razón si le parece errada, absurda, contradictoria, imprecisa y sin fuerza de convicción. Así se trate de una confesión judicial, de un dictamen de peritos o de una inspección.

En otros Códigos de criterio más moderno, se deja al juez en libertad para apreciar esta prueba. Así ocurre en Venezuela (Art. 1430 del CC), en Guatemala (Art. 127 del nuevo C. de P. C.), en el Brasil (C. de P. C., Art. 118), en Argentina (C. de P. C. y Co. para la justicia nacional, Arts. 386, y 384 del nuevo Código para la Provincia de Buenos Aires y en otras provincias), en Francia, Italia, Alemania, Austria, Rusia, Portugal, Estados Unidos de Norteamérica, Inglaterra (sus Cs. de P. C. y P. P. consagran en general la libre apreciación de todas las pruebas), en Colombia y en España. Esta libertad de apreciación es más conveniente cuando quien valora la prueba es un juez diferente de quien la practicó, sin que olvidemos que el acta constituye un documento público.

Algunos autores sobre este punto, expresan lo siguiente:

Mittermaier⁷ sostuvo, que como en la inspección el juez es una especie de testigo digno de crédito, “todas las causas que por otra parte vengan a aminorar la confianza debida a las declaraciones de un testigo, pueden igualmente atenuar aquí la fuerza probatoria de la inspección, en el caso de que el Magistrado estuviese sujeto a tachas semejantes”, por lo cual “convendría, en interés de la defensa, probar que no se había hecho constar convenientemente la identidad de los objetos que deben examinarse; que cuando la inspección ha tenido lugar, no es posible que se

⁷ Mittermaier: *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*, Madrid, 1877, pp. 158-159.

apoyé en bases esenciales; o también que el juez, en lugar de ver por sí mismo, recoja las observaciones de un tercero consignándolas como suyas en el acta. “Apoyándose también la fuerza probatoria de la inspección en el hecho de que los resultados del examen del juez han sido inmediatamente consignados en una pieza oficial y auténtica, se atenuará esta misma fuerza probatoria, siempre que aparezca alguna circunstancia que tienda a demostrar que el acta no ha sido inmediatamente extendida, o que falta en su contexto alguna de las formalidades requeridas por la ley”, aunque el juez haya tomado notas para consultarlas al entender más tarde el acta.

Lessona,⁸ se muestra conforme con la doctrina del Tribunal Supremo de Italia, según la cual la prueba del reconocimiento judicial no es superior al de las demás pruebas; por lo tanto, su resultado no obliga al Tribunal, el cual, por el contrario, debe apreciar dicho medio probatorio combinándolo con los demás articulados en el proceso, no obstante que el acta tiene el valor de acto público; las apreciaciones hechas incidentalmente por el juez mismo no obligan al Tribunal, el cual es libre de valorar como quiera los hechos resultantes del acta.

Florian,⁹ observa que las dificultades que pueden presentárseles a los testigos y peritos, para una percepción exacta, también puede tenerlas el juez en la observación directa de los hechos, y que los elementos físicos (terreno, luz, etc.), pueden originar factores de perturbación.

Dice que por sencillo que sea el modo de obtener el conocimiento por percepción directa del juez, “como toda ciencia humana, resulta falible”, no obstante que su percepción se desenvuelve en condiciones mejores que las del testigo, es más tranquila, más objetiva, se realiza con mayor atención y concentración, por lo cual su crítica no puede ser similar a la del testimonio; que el principal error en que puede incurrir el juez “consiste en confundir con la percepción propiamente dicha una

⁸ Lessona. *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*, Edición Reus, Madrid, 1929, Tomo II. p. 42.

⁹ Florian: *De Las Pruebas Penales*, Tomo II, p. 314.

inferencia inconsciente, que tienda a agregarse a ella, por efecto de una asociación de ideas cuando la percepción del objeto sugiere la idea de otra cosa estrechamente ligada a ella”, por lo cual se “requiere un hábito profesional, o un esfuerzo del espíritu, para separar la inferencia y la simple percepción, para no tener por verdaderamente percibido sino lo que se encuentra delante de los ojos y para esperar los datos suficientes que permitan establecer la inferencia.

Virotta,¹⁰ reconoce la posibilidad de que exista error en la percepción directa del juez.

Castro,¹¹ observa que la apreciación del acta de una inspección judicial, practicada por otro funcionario, depende de la claridad de los detalles que en ella aparezcan.

Palacio,¹² dice que debe valorarse de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Rodríguez,¹³ rechaza la tarifa legal del valor probatorio de la inspección judicial, tanto en lo civil como en lo penal, y advierte que en ella pueden existir errores físicos por ilusión de los sentidos y errores mentales en el proceso inductivo que acompaña a toda percepción. Sin contar los errores en las inferencias de las causas o los efectos del hecho observado, que son más posibles (pero, esas inferencias, correctas o no, carecen de valor probatorio, forman parte del proceso de apreciación de la prueba constituida por el hecho examinado).

Puede decirse que los autores que defienden la libertad de valoración de la prueba por el juez, como principio general, están de acuerdo en que la inspección o el reconocimiento judicial debe someterse al mismo sistema.

¹⁰ Virotta, *La perizia nel processo penale italiano*, Padova, 1968, p. 125.

¹¹ Prieto Castro, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1964, primera parte p. 453.

¹² Palacio Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1968, p. 541.

¹³ Rodríguez, Gustavo Humberto. *Pruebas Criminales en la Legislación Colombiana*, Bogotá, 1962, pp. 146-155.

Es decir, la inspección judicial practicada por el mismo juez de la causa es la prueba por excelencia para llevarle a éste la certeza sobre los hechos que percibe, comprende e identifica, por lo cual se justifica la confianza que suele otorgársele, pero esto no debe impedir que se pruebe el error en que el juez haya podido incurrir en su percepción, en la calificación que de ésta haya hecho o en la redacción del acta, por otros medios que produzcan plena convicción; ni que se otorgue al mismo juez y especialmente al superior y al comitente de quien la practicó, libertad para juzgar su eficacia probatoria, conforme a los requisitos para su validez y eficacia.

El juez superior o el comitente, e inclusive el mismo que practicó la inspección, deben apreciar soberanamente, en el momento de dictar la sentencia o de resolver el incidente para el cual sirve de prueba, el mérito que le merezcan esas inferencias o deducciones que aparezcan en el acta; si las comparte, debe colocarlas como fruto de su valoración personal de los hechos probados con la diligencia; si no las comparte, debe rechazarlas.

Los testimonios que se hayan recibido en el curso de la diligencia, al igual que los documentos que se agreguen al acta, se apreciarán de acuerdo con la técnica propia para cada medio. El juez fallador, de la instancia o del incidente, deben revisar de nuevo si esas pruebas adicionales fueron practicadas en forma legal; si el resultado de este examen es negativo, puede y debe negarle mérito probatorio, no obstante la ejecutoria de la providencia que dispuso aceptarlas, tal como sucede cuando encuentra impertinentes o inconducentes otras pruebas oportunamente aducidas y ordenadas por el juez en los términos que al efecto existen en todos los procesos judiciales.

2. PROCEDIMIENTO DE LA INSPECCIÓN JUDICIAL A LA LUZ DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL VENEZOLANO

Esta prueba prevista en el Código de Procedimiento Civil se encuentra regulada por los artículos del 472 al 476, y su valoración se desprende del contenido del artículo 1.430 del Código Civil Venezolano.

El procedimiento para esta prueba se inicia de la siguiente manera:

– ¿Quién solicita la prueba?

La prueba se practica a petición de parte o de oficio.

– ¿Quién la acuerda?

El Juez que tenga conocimiento del juicio donde se solicita la prueba, la acordará ya sea en personas, cosas, lugares o documentos.

– ¿Quién la practica?

El Juez con su secretario o quien haga las veces y/o uno o más prácticos de su elección cuando sea necesario.

– ¿Quiénes pueden asistir aparte del Juez?

Las partes y sus apoderados.

– ¿Qué le esta permitido a la partes y sus apoderados?

Les está permitido hacer las observaciones que creyeren convenientes y las mismas se harán constar en acta.

– Deber del Juez que practica la inspección judicial

El juez hará extender en acta la relación de lo practicado, sin adelantar opinión, ni formular apreciaciones, lo cual significa que el juez durante la elaboración del acta, así como durante el juicio, deberá ser objetivo, bien al emitir su decisión, bien en la apreciación de la prueba.

– ¿Cuál es la función de los prácticos o expertos que asistan a la inspección?

Deberán dar al juez los informes que creyeren necesarios para practicar mejor la diligencia; informes que podrán solicitar también de alguna otra persona, debidamente juramentada.

Respecto a la valoración de esta prueba el artículo 1.430 del Código Civil, inserto en la sección “De la inspección Judicial”, prevé textualmente, lo siguiente: “Los jueces estimarán en su oportunidad el mérito de la prueba dicha”

3. ANÁLISIS DE LAS NUEVAS TENDENCIAS PROCESALES EN MATERIA DE INSPECCIÓN JUDICIAL A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

1) Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 22 de junio de 2001, expediente N° 99-822, juicio Eudes Semer López Rosales contra Guadalupe Rodríguez Campos De López, en ponencia del Magistrado Dr. Antonio Ramírez Jiménez.

Resuelto el punto previo anterior y siendo que el formalizante cumple con la técnica para que esta Sala descienda al examen de las actas del expediente, alegando la inconducencia de una de las inspecciones judiciales promovidas para demostrar ciertos hechos establecidos por la alzada, en sentencia del 10 de Noviembre de 1993 (Juan F. Casabonne contra Bank of América National Trust and Savings Association y otro), la Sala en relación al alcance de la inspección judicial prevista en el Artículo 472 del Código de Procedimiento Civil señaló:

...la prueba contemplada en el Artículo 472 es nueva y distinta de la inspección ocular, de manera que no se trata de la misma inspección ocular de la ley sustantiva y, en esta virtud, no puede decirse que esa fuese de preferente aplicación. Una importante innovación fue, precisamente, la inspección judicial, la que, a diferencia de la meramente ocular, no se limita a lo que esté a la vista, sino que se extiende a lo que el Juez pueda apreciar con los demás órganos sensoriales; y, aparte de tal extensión en cuanto al objeto de la prueba puede ser sobre personas, cosas, lugares y cosas. (...).

(...) En esta forma el nuevo Código de Procedimiento Civil amplió el contenido de una prueba tan importante tratando sí de dar cumplimiento a uno de los objetivos que buscaba la reforma y en cuya Exposición de Motivos expresa:

No puede un estado de derecho, como el que se vive, seguir rigiéndose por normas cuyo contenido resulta hoy inoperante y caduco, en las cuales en vez de desarrollar principios que coadyuven al progreso del país son más bien factor de entorpecimiento y de estancamiento de las instituciones existentes.

Por lo tanto, considera la Sala que sería absurdo pretender, en esta época, mantener una interpretación restrictiva a una norma de tal naturaleza.

Como la Sala expuso en la sentencia del 10 de noviembre de 1993 el legislador de 1986 al reformar el Código de Procedimiento Civil se apartó del criterio del Código de 1916 de limitar la inspección a lo visual, para probar aquellos hechos para lo cual no hay otra necesidad que ver. Así, el maestro Arminio Borjas al comentar el artículo 338 del Código de 1916 y el artículo 1428 del Código Civil señalaba que la inspección judicial no era sino la verificación que efectuaba de vista el funcionario judicial. Siendo así, el artículo 1.428 establece que la inspección judicial tendrá lugar sobre cosas o lugares, aunque el artículo 338 era más específico, cuando señalaba que la inspección sólo procedía sobre los lugares en que ocurrieron los hechos o se encontraba la cosa litigiosa.

La inspección judicial de que trata el artículo 472 del Código de Procedimiento Civil se extiende, hoy en día, a todo aquello en que al momento de la inspección judicial el Juez puede apreciar no sólo visualmente. El punto que antecede es recogido por el doctor Leopoldo Márquez Áñez, en su obra *El Nuevo Código de Procedimiento Civil* cuando señala:

El Capítulo VII, Título II, Libro Segundo del Proyecto original, se refería a la inspección ocular. El mismo Capítulo y Título del Libro Segundo del nuevo Código, se refiere a la inspección judicial. Esto indica, contrariamente a lo que expresan los breves párrafos que preceden de la Exposición de Motivos, que este medio de prueba fue objeto posteriormente de una cuidadosa revisión, pues la Comisión Redactora tomó conciencia de las críticas formuladas contra la falta de innovaciones del proyecto en esa materia, lo que dio como resultado una novedosa y muy importante normativa. Es ésta la oportunidad propicia para reconocer que el cambio de criterio de la Comisión Redactora fue propiciado e inspirado por la obra del profesor Jesús Eduardo Cabrera Romero “La inspección ocular en el proceso civil”. En esta notable monografía, la Comisión Redactora encontró una guía apropiada y segura para orientar las innovaciones que quedaron incorporadas en el nuevo Código de Procedimiento Civil en relación con este importante medio de prueba. Refiriéndose a las limitaciones conceptuales, legales y prácticas de la inspección ocular, el profesor Cabrera nos dice en su citada monografía: “La inspección ocular, estructurada en nuestro derecho en tres Artículos (sic) del Código Civil y cinco del Código de Procedimiento Civil en la forma que hemos anotado, resulta una prueba muy limitada... y la estrechez de su campo se patentiza, sobre todo del hecho incontestable de que la Ley sólo previó la inspección ocular, la que se lleva a cabo sólo con la vista. La realidad es que en el mundo jurídico, tan relevante como los hechos que visualizan, son los hechos que pueden ser captados por sentidos distintos de la vista. El que la inspección esté confinada a lo visual ha sido motivo de que por vía doctrinal y jurisprudencial se haya ampliado su concepto, acogiendo el de la inspección judicial, en nuestro criterio de imposible aceptación entre nosotros dado el léxico de nuestro ordenamiento jurídico. Son estas limitaciones las que hacen imperativa una transformación de la inspección ocular en nuestro derecho probatorio. (Obra citada, pp. 161 y 162).

El Artículo (sic) 472 fue integralmente modificado, a objeto de incorporar la prueba de inspección judicial de personas, cosas, lugares o documentos, lo que quedó expresado de la siguiente manera: “El juez, a pedimento de cualquiera de las partes o cuando lo juzgue oportuno, acordará la inspección judicial de personas, cosas, lugares o documentos, a objeto de verificar o esclarecer aquellos hechos que interesen para la decisión de la causa o el contenido de documentos. La inspección ocular prevista en el Código Civil se promoverá y evacuará conforme a las disposiciones de este Capítulo”. Según una definición que cita el profesor Cabrera Romero en su referida monografía, la inspección judicial vendría a ser la percepción sensorial directa efectuada por el Juez o tribunal sobre cosas, lugares o personas, con el objeto de verificar sus cualidades, condiciones o características.

El Artículo (sic) 473 fue modificado para dar al juez la facultad de designar el número de prácticos que estime necesarios, e incluir la asistencia de los representantes de las partes, de ellas mismas, o de sus apoderados. En el Artículo 475, se ajustó su redacción para incorporar las formas de realización de los actos procesales previstos en los Artículos 189 y 502; y para eliminar la limitación de la prueba a los hechos que estén a la vista, por razones obvias. Y en el Artículo 476 se incluyó la posibilidad de que el juez solicite informe de alguna otra persona, y se agregó un aparte para regular los honorarios de los prácticos.

2) Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 30 de noviembre de 2000, juicio de la Sociedad Mercantil Atencio C.A., contra la empresa Mueblería La Facilidad C.A., hoy denominada Mercado La Facilidad Compañía Anónima, expediente N° 00-071, en ponencia del Magistrado Dr. Antonio Ramírez Jiménez

....Por una parte, el recurrente señala que la prueba de inspección judicial *extra litem* no debió apreciarse ni valorarse por cuanto no fue ratificada en el proceso, siendo por ello incapaz de producir efectos como tal, por ser una prueba irregular.

Al respecto, nuestra doctrina y la ley han señalado que la inspección judicial preconstituida es procedente, cuando se pretenda hacer constar el estado o circunstancias que pueden desaparecer o modificarse con el transcurso del tiempo. Es cierto que la causa que motiva o pone en movimiento este medio probatorio, en su carácter de prueba preconstituida, es la urgencia o perjuicio por retardo que pueda ocasionar su no evacuación inmediata, para dejar constancia de aquellos hechos, estados o circunstancias que puedan desaparecer o modificarse con el transcurso del tiempo. Esta condición de procedencia debe ser alegada al juez ante quien se promueve, para que éste, previo análisis breve de las circunstancias, así lo acuerde.

Una vez cumplidos estos requisitos la prueba debe considerarse promovida y evacuada válidamente, pues la inspección judicial preconstituida no necesita ser ratificada en el proceso para que surta efectos probatorios, por cuanto hubo intermediación del juez que aprecia por sus sentidos las circunstancias de una situación de hecho.

La no probanza de esta última condición sí afectaría su legalidad, por cuanto esta prueba preconstituida sólo es posible evacuarla para dejar constancia de las circunstancias o estado de los lugares o de las cosas que puedan desaparecer o modificarse en el transcurso del tiempo. Si no está demostrado en el proceso donde ella sea producida, la prueba no puede ser apreciada.

En la denuncia bajo análisis, el formalizante alega la valoración indebida que de la referida inspección judicial preconstituida realizó el Tribunal de Alzada, determinante para que la recurrida no reconociera la falta de cualidad e interés de la parte demandante.

Al respecto, se observa que, efectivamente, durante el desarrollo del presente no fue probada la urgencia o el retardo procesal, no obstante, dicha inspección judicial preconstituida fue aportada al juicio por la parte demandada, hoy formalizan-

te, por lo tanto, en criterio de esta Sala no puede el recurrente en su beneficio hacer valer ahora su propia torpeza para obtener la revocatoria del fallo recurrido, pues habiendo sido la parte demandada la promovente de la referida inspección judicial extra litem, correspondía a ella la carga de probar su urgencia, lo cual no hizo, por tanto, resulta inaceptable que luego que el juzgador de alzada sustentó su decisión en la prueba preconstituida presentada por la demandada, sea ésta quien recurra en casación cuestionando la validez del referido instrumento, pretendiendo con base en esa omisión imputable sólo a ella obtener la revocatoria del fallo de alzada.

Lo anterior quedó evidenciado de los extractos de la recurrida que se transcribieron en la oportunidad de analizar la segunda denuncia de forma presentada...

3) Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 22 de marzo de 2000, Expediente N° 99-235, juicio de Guillermo Padrino Camero contra Armando Vicuña Padrino y Luis Vicuña Padrino:

...Se desprende de autos que el demandante Guillermo Padrino Camero, al tener conocimiento de la destrucción de su propiedad, se dirigió al Destacamento N° 28 de la Guardia Nacional, a fin de presentar la denuncia correspondiente, motivo por el cual un funcionario de esa dependencia se trasladó al lugar del hecho y mediante una inspección ocular verificó los daños causados, dejando constancia de lo dicho por el denunciante y el ciudadano José Belisario, quien presuntamente se encontraba en el lugar al momento de ocurrir los hechos.

Ahora bien, el Juez al momento de estimar dicha inspección consideró que la misma no había sido realizada por un funcionario público competente, que carecía de fecha cierta y que todo lo expuesto en ella había sido informado por el actor.

Discrepa esta Sala del criterio del Juez de Alzada, toda vez que los miembros de la Guardia Nacional en ejercicio de sus

funciones son auxiliares judiciales, más aún, en aquellas zonas poco pobladas e intrincadas de nuestra geografía nacional, de difícil acceso a las autoridades civiles; en virtud de ello, están en la obligación de recibir cualquier denuncia y proceder a efectuar las diligencias necesarias tendientes a la verificación de lo denunciado, por lo cual a menos que se demuestre la falsedad de las actuaciones, debe dársele valor probatorio; por otra parte, el acta en referencia sí contiene fecha exacta (8 de julio de 1997), y el dicho de un tercero allí reflejado debió ser ratificado por éste en el transcurso del juicio, lo que no ocurrió.

Ahora bien, proceder a la nulidad del fallo para reponer al estado de que se dicte una nueva decisión acogiendo el criterio sostenido por esta Sala con respecto a la inspección ocular, quebrantaría los artículos 26 y 257 de la Constitución, que garantizan una justicia sin dilaciones y reposiciones inútiles, ya que a pesar de la errónea apreciación de la prueba hecha por el sentenciador, el fallo no tendría modificación alguna en su decisión definitiva, por cuanto con dicha inspección administrada a las otras probanzas sólo podría demostrarse la existencia de los daños denunciados por el actor, lo cual ya fue establecido fehacientemente por el Juez de la Alzada. En otra situación estaríamos, si con dicha prueba pudiese establecerse el responsable de dichos daños y la relación de causalidad, los cuales fueron los extremos que no pudieron ser demostrados en el curso de proceso; en consecuencia, debe declararse improcedente la presente denuncia.

CONCLUSIONES

La inspección judicial, primariamente, se puede definir como la prueba que se desarrolla a través de la actividad perceptora del juez, a través de la cual percibe hechos, personas y cosas que interesan al juicio que se está desarrollando, para el cual se promueve y evacúa.

Se considera como prueba directa y especial que sirve para la comprobación de hechos alegados en el proceso.

Constituye una prueba completa, hasta el punto que es posible emplearla no sólo para la verificación de hechos, casos o personas en el momento en que se desarrolla el proceso sino antes de que en el mismo se tenga necesidad de certeza respecto a los hechos ocurridos.

De acuerdo con los múltiples hechos que pueden ser objeto de la inspección, podemos hablar de diversas clases de inspección judicial, que variarán según sea el objeto a verificar por la inspección.

El criterio de valoración de esta prueba varía, evidentemente, de acuerdo con el sistema legal de cada país.

Sobre la Satisfacción Extraprocesal de la Pretensión, la Reposición Administrativa y la Garantía del *Non Bis In Ídem*

José Valentín GONZÁLEZ PRIETO*

SUMARIO:

Introducción

- 1. Primer Caso: la satisfacción extraprocesal de la pretensión.**
- 2. Segundo Caso: La reposición administrativa.**

Conclusión

INTRODUCCIÓN

El ejercicio de los amplios poderes de revisión de oficio que detenta la Administración Pública en el contexto de un juicio de anulación de un

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado, Especialista en Derecho Administrativo, *Facultad de Derecho*, Profesor, *Consejo de la Facultad*, Ex Representante de los Egresados, *Centro de Estudiantes de la Escuela de Derecho*, Ex Presidente. *Consejo Universitario*, Ex Representante Estudiantil. **Congreso de la República**, *Comisión Especial Reforma Ley Orgánica de la Contraloría General de la República*, Ex Secretario Ejecutivo. **D'Empaire, Reyna, Bermúdez**, Socio.

acto administrativo sancionador puede dar lugar a interesantes situaciones que no han sido analizadas detenidamente por la doctrina y la jurisprudencia venezolana.

En este artículo analizaremos los siguientes casos:

Primer Caso: la Administración impone una sanción administrativa a un particular; el particular demanda la anulación del acto administrativo ante un tribunal contencioso administrativo; en el curso del juicio de anulación, la Administración decide iniciar un procedimiento de revisión de oficio del acto administrativo sancionador, *el cual finaliza con su anulación.*

Segundo Caso: la Administración impone una sanción administrativa a un particular; el particular demanda la anulación del acto administrativo ante un tribunal contencioso administrativo; en el curso del juicio de anulación, la Administración decide iniciar un procedimiento de revisión de oficio del acto administrativo sancionador, *el cual finaliza con una orden de reposición del procedimiento constitutivo del acto administrativo sancionador.*

En el primer caso, nos encontramos ante lo que se conoce como la *satisfacción extraprocesal de la pretensión* o *autocomposición administrativa*. En el segundo caso, estamos un supuesto de *reposición administrativa* que viola la garantía constitucional del *non bis in ídem*. A continuación, analizaremos el tratamiento procesal que debe darse a ambos casos.

1. PRIMER CASO: LA SATISFACCIÓN EXTRAPROCESAL DE LA PRETENSIÓN

Sobre la *satisfacción extraprocesal de la pretensión* como forma de terminación anormal del proceso contencioso administrativo, la doctrina comparada ha señalado lo siguiente:

Una vez iniciado un proceso en el que se deduce una pretensión procesal frente a la administración pública, puede ésta, en el procedimiento administrativo correspondiente, proceder a la satisfacción de la pretensión. Como todo proceso administrativo presupone la existencia de un acto administrativo que se impugna, **tal satisfacción extraprocesal de la pretensión**

se logrará mediante la anulación del acto, y, en su caso, por el reconocimiento de la situación jurídica subjetiva negada por el mismo al demandante, y hasta la correspondiente indemnización de daños.¹ (Destacado agregado)

Un sector de la doctrina española utiliza la expresión autocomposición administrativa para calificar a esta forma de terminación anormal del proceso contencioso administrativo:

Por autocomposición administrativa cabe entender **el acto unilateral y paraprocesal** de la Administración demandada por el que, mediante la emisión de un nuevo acto administrativo, satisface totalmente la pretensión del demandante y provoca la finalización del proceso instaurado por carencia manifiesta de objeto.

(...) El fundamento de la autocomposición administrativa hay que encontrarlo en la existencia del procedimiento administrativo y de **las amplias facultades de anulación y de revisión de oficio**".² (Destacado agregado)

Sobre el tratamiento que debe darse a la *satisfacción extraprocesal de la pretensión* en los juicios de anulación de los actos administrativos y ante la ausencia de normas procesales especiales, consideramos que el artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia impone la aplicación analógica del artículo 263 del Código de Procedimiento Civil, el cual exige que el *convenimiento*³ en la demanda por parte del demandado sea homologado por el tribunal:

¹ González Pérez, Jesús, *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Temis, Bogotá 1985, p. 354.

² Gimeno Sendra, Vicente y otros, *Derecho Procesal administrativo*, tirant lo blanch, Valencia 1991, p. 452.

³ En lugar de satisfacer extraprocesalmente la pretensión del demandante mediante la anulación del acto administrativo impugnado, la Administración Pública puede reconocer su ilegalidad en el juicio, lo que constituye un forma de terminación anormal del proceso que se denomina *allanamiento*. En nuestro criterio, el *allanamiento* no es más que un *convenimiento*, en los términos del Código de Procedimiento Civil. Cf. Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia del 17 de abril de 1997, en el caso de Concretera Martín, C.A.

En cualquier estado y grado de la causa puede el demandante desistir de la demanda, y el demandado convenir en ella. El Juez dará por consumado el acto, **y se procederá como en sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada**, sin necesidad del consentimiento de la parte contraria.

El acto por el cual desiste el demandante o conviene el demandado en la demanda, es irrevocable, aun antes de la homologación del Tribunal. (Destacado agregado)

La importancia de la homologación del tribunal contencioso administrativo en los casos de *satisfacción extraprocesal de la pretensión o autocomposición administrativa* consiste en que le otorga carácter de cosa juzgada a ese modo anormal de terminación del proceso, de conformidad con lo previsto en los artículos 272 y 273 del Código de Procedimiento Civil, los cuales son aplicables por mandato del artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. De esa forma, si la Administración Pública anula o revoca el acto por el cual se verificó la *satisfacción extraprocesal de la pretensión*, al demandante le bastaría con acudir al trámite de ejecución de sentencia, impidiendo que la Administración Pública utilice la *satisfacción extraprocesal de la pretensión* como una maniobra para evitar la realización de la justicia que es el fin fundamental del proceso, tal como lo señala el artículo 257 de la Constitución.⁴

En este orden de ideas, ante la igualmente deficiente regulación de la legislación española, la doctrina de ese país ha señalado que a la *satisfacción extraprocesal de la pretensión o autocomposición administrativa* debería dársele el tratamiento del *allanamiento* para evitar maniobras fraudulentas de la Administración Pública:

El auto, en virtud del cual el Tribunal ha de declarar finalizado el procedimiento, no produce los efectos materiales de la cosa

⁴ Cf. García de Enterría, Eduardo, *Hacia una Nueva Justicia Administrativa*, Civitas, Madrid 1992, segunda edición, pp. 70-71.

juzgada. (...) Esta regulación de los efectos de la autocomposición administrativa se nos manifiesta como muy censurable. Una vez producida dicha autocomposición (...) debiera gozar del valor de un ‘allanamiento’ y, en cuanto tal, debe ocasionar sus típicos efectos de la cosa juzgada.⁵

Lamentablemente, en este primer caso que analizamos, la jurisprudencia venezolana se ha limitado a dar por terminado el juicio de anulación señalando simplemente que “*se ha producido el decaimiento del objeto del recurso de nulidad*”, facilitando así la reedición del acto administrativo impugnado.⁶

Al respecto, es necesario señalar que sería manifiestamente inconstitucional que la Administración Pública iniciare un nuevo procedimiento sancionador contra el particular que demandó la anulación del acto administrativo. En efecto, la violación de la garantía del *non bis in ídem*⁷ prevista en el artículo 49(7) de la Constitución sería grosera, ya que se estaría sometiendo al particular a un segundo procedimiento sancionador por los mismos hechos que fueron objeto del trámite sancionador inicial. No obstante, es necesario advertir que la violación del *non bis in ídem* se verificaría con independencia de que el vicio que motivó la anulación del acto administrativo sancionador sea relativo a los elementos formales o de fondo de dicho acto.⁸

2. SEGUNDO CASO: LA REPOSICIÓN ADMINISTRATIVA

Cuando la Administración inicia un procedimiento de revisión de oficio y concluye en la reposición del procedimiento constitutivo correspondien-

⁵ Gimeno Sendra, *ob. cit.* pp. 453-454.

⁶ Cf. Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 3 de agosto de 2000 en el caso de Pfizer, S.A.

⁷ El debido proceso se aplica todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: (...) 7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.

⁸ Se ha planteado la posibilidad de la tramitación de un nuevo procedimiento sancionador si la Administración anuló el acto administrativo sancionador inicial por vicios exclusivamente procedimentales. En nuestro criterio, tal posibilidad es inconstitucional y por ende inadmisibles. El *non bis in ídem* es un pilar fundamental en la estructura del derecho al debido proceso y axiológicamente se impone a cualquier interés cuya tutela haya sido encomendada a la Administración Pública.

te, dicha reposición implica *la anulación del acto administrativo revisado*, tal como lo ha señalado la jurisprudencia venezolana:

La reposición administrativa tiene el efecto de anular los actos de procedimientos viciados, a fin de permitir la repetición de los mismos depurando así dicho procedimiento de irregularidades. La reposición administrativa no es más que la nulidad del acto administrativo por vicio de forma, institución que puede operar con fundamento en el artículo 90 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos cuando la autoridad revisa un acto administrativo en virtud de un recurso de esta índole.⁹

En virtud del efecto anulatorio de la *reposición administrativa*, existen semejanzas con la *satisfacción extraprocesal de la pretensión*. No obstante, existen diferencias sustanciales.

En efecto, en el caso de la *reposición administrativa*, no puede hablarse de *satisfacción* de la pretensión del demandante. Cuando el particular demanda la anulación del acto administrativo, también busca la anulación del procedimiento sancionador con todos sus antecedentes, lo que no sucede con la *reposición administrativa*. Por el contrario, en el caso de la *reposición administrativa*, si bien el acto administrativo sancionador es anulado, la Administración buscaría subsanar los vicios formales que afectaban ese acto y volver a tramitar el procedimiento sancionador hasta su finalización, lo cual puede concluir con un nuevo acto administrativo sancionador contra el particular:

(...) reponer el procedimiento significa anular el acto resolutorio y los actos de trámite que se hubieren sustanciado a partir del vicio detectado. La reposición significa ‘repetir’ el trámite

⁹ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 11 de noviembre de 1993 en el caso de Ramón E. Tovar, consultada en Revista de Derecho Público N° 55/56, EJV, Caracas 1993, p. 204. Si bien la potestad de reponer el procedimiento administrativo sólo es mencionada en el artículo 90 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos con motivo de la decisión del procedimiento de un recurso administrativo, estimamos que la administración puede igualmente ejercer esa potestad, en principio, al decidir un procedimiento de revisión de oficio.

viciado (distorsionado) o realizar el omitido, así como toda la tramitación subsiguiente hasta llegar a una nueva resolución.

(...) La reposición ... tiene por objeto remediar vicios en el procedimiento para salvar jurídicamente el '*iter* procedimental'. En otros términos, que no se pierda la totalidad de los antecedentes, de lo sustanciado por la Administración, para lo cual se ordena que el '*iter* procedimental' sea nuevamente recorrido, a partir del vicio subsanado, y se dicte un nuevo acto, ahora con un procedimiento válido.¹⁰

Asimismo, si el particular obtiene una sentencia anulatoria del acto administrativo sancionador, la garantía del *non bis in idem* le impediría a la Administración Pública tramitar nuevamente un procedimiento sancionador contra el particular por los mismos hechos analizados en el trámite que dio origen al acto anulado por el tribunal contencioso administrativo. De esa forma, es necesario concluir que la *reposición administrativa* no constituye un supuesto de *satisfacción extraprocesal de la pretensión* del demandante que pretende la anulación del acto administrativo sancionador, ya que su situación sería mucho más favorable como consecuencia de una sentencia anulatoria del acto administrativo sancionador que como consecuencia de la maniobra que teje la Administración Pública mediante la técnica de la *reposición administrativa*.

Así, en este segundo caso, resulta esencial resaltar la contrariedad a derecho del ejercicio por parte de la Administración Pública de la potestad de reponer el procedimiento sancionador.

En términos generales, la doctrina nacional ha señalado que la potestad de la Administración Pública de ordenar la reposición del procedimiento constitutivo no puede ejercerse una vez que se ha demandado la anulación del acto administrativo definitivo ante un tribunal contencioso administrativo:

¹⁰ Meier Echeverría, Enrique, *Teoría de las Nulidades en el Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Alva, Caracas 1991, p. 78.

Los vicios de procedimiento relevantes, graves, no pueden ser convalidados por actos posteriores. El único remedio posible es retrotraer el íter procedimental a la etapa de sustanciación donde se incurrió en la irregularidad, para repetir el trámite viciado o efectuar el omitido. (Siempre que el acto no hubiere sido impugnado por ante el contencioso-administrativo).¹¹

Por otra parte, en términos concretos, en este segundo caso, la reposición administrativa implica dos cosas. En primer lugar, la Administración Pública reconoce que el acto administrativo sancionador es ilegal y por ende lo anula. Luego, la Administración Pública teje una maniobra para tramitar nuevamente el procedimiento sancionador contra el demandante por los mismos hechos analizados en el trámite que dio origen al acto administrativo anulado. En nuestro criterio, tal maniobra es inconstitucional, ya que tramitar nuevamente el procedimiento sancionador viola la garantía del *non bis in idem* prevista en el artículo 49(7) de la Constitución.¹²

Ahora bien ¿Qué debe hacer el tribunal contencioso administrativo ante un acto de la Administración Pública que ordena la reposición del procedimiento sancionador? En nuestro criterio, el tribunal debe declarar que la Administración Pública se ha *allanado* o ha *convenido* en la pretensión del demandante y debe proceder a la homologación correspondiente, en los términos del artículo 263 del Código de Procedimiento. Asimismo, para evitar que se vuelva a tramitar el procedimiento sancio-

¹¹ *Ibidem* p. 98. Dado que la reposición tiene carácter subsanador al igual que la potestad convalidatoria, es importante señalar que Meier Echeverría (p. 78) también afirma que no puede ejercerse la potestad convalidatoria una vez que se ha demandado la anulación del acto administrativo. En este mismo sentido, se pronunció la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 17 de julio de 1986 en el caso de María M. Romero de Cartaza.

¹² Es particularmente ilustrativo el *mistrial* en el proceso penal americano. El *mistrial* es un juicio que finaliza anormalmente y que deviene en erróneo, inválido o nugatorio. En principio, es posible iniciar un nuevo juicio (*retrial*) contra el acusado por los mismos hechos. No obstante, si la invalidez del juicio se debe a errores del acusador, no podrá iniciarse un nuevo juicio. Cf. Esparza Leibar, Iñaki, *El Principio del Proceso Debido*, José Ma. Bosch Editor, Barcelona 1995. En el caso que analizamos existe una similitud evidente, ya que la ilegalidad del acto sancionador es imputable a la Administración Pública.

nador, en uso de los poderes conferidos por el artículo 259 de la Constitución y el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia para restablecer la situaciones jurídicas subjetivas lesionadas, es necesario que el tribunal contencioso administrativo le ordene a la Administración Pública que se *abstenga* de tramitar procedimiento sancionador alguno contra el demandante por los mismos hechos que dieron origen al acto sancionador anulado.

Por último, es necesario alertar sobre la posibilidad de que sea el tribunal contencioso administrativo que conoce de la demanda de anulación del acto administrativo sancionador el que ordene la reposición del procedimiento administrativo al dictar sentencia definitiva. Consideramos que la potestad que le confiere el artículo 257 de la Constitución al juez contencioso administrativo para disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa, le permite ordenar la reposición de un procedimiento administrativo siempre que lo haga en protección de la situación jurídica del demandante. En el caso que analizamos, no es posible que el juez contencioso administrativo ordene tal reposición ya que dicha orden se dictaría en beneficio exclusivo de la situación procesal de la Administración Pública.¹³

CONCLUSIÓN

Si la Administración Pública decide abrir un procedimiento de revisión de oficio de un acto administrativo sancionador, una vez que su anulación ha sido demandada ante un tribunal contencioso administrativo, las únicas decisiones definitivas que ella podría válidamente adoptar, antes de que se dicte sentencia definitiva, serían la confirmación o la anulación pura y simple del acto revisado. En ningún caso, la Administración Pública podría tramitar nuevamente procedimiento sancionador alguno contra el particular demandante por los mismos hechos que fueron objeto del acto administrativo revisado.

¹³ Nos separamos del criterio de la doctrina venezolana que considera que en ningún caso el juez contencioso administrativo puede ordenar la reposición del procedimiento administrativo. Cf. Araujo Juárez, José, *Principios Generales del Derecho Administrativo Formal*, Vadell Hermanos Valencia 1989, p. 444.

La Ficción Procesal –sin proceso– que establece el Artículo 187 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Sobre las consecuencias procesales de la falta de participación de los despidos justificados

Luis Alfredo HERNÁNDEZ MERLANTI*

SUMARIO:

- 1. Introducción**
- 2. La confesión:** **2.1 Clasificación de la confesión:** **2.1.1 La confesión judicial:** **2.1.1.1 Confesión espontánea;** **2.1.1.2 Confesión provocada.** **2.1.2 Confesión extrajudicial.** **2.2 El valor de la confesión judicial espontánea y provocada, expresas o tácitas.**

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado, Especialista en Derecho Procesal. Profesor de Teoría General del Proceso y Teoría General de la Prueba y en la Especialidad en Derecho Procesal. **Corte Suprema de Justicia**, Sala Político-Administrativa, Ex relator externo. **Tribunal Supremo de Justicia**, Sala Político-Administrativa, Ex relator externo. **Anzola Raffalli y Rodríguez**, Socio.

3. **Las ficciones legales sustantivas y procesales:** 3.1 *La ficción sustantiva y la presunción iuris et de iure. Efectos equiparables y diferencias.* 3.2 *La ficción procesal vs La ficción sustantiva y la presunción iuris et de iure.*
4. **La ficción procesal –sin proceso– que establece la Ley Orgánica del Trabajo y la novísima Ley Orgánica Procesal del Trabajo:** 4.1 *Normas constitucionales que violan el artículo 187 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.* 4.2 *Tratamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ante confesiones fictas previas al proceso. Referencia expresa al artículo 116 de la Ley Orgánica del Trabajo*

INTRODUCCIÓN

El presente estudio responde a una realidad jurídico-procesal actual. Muy específicamente a la implementación de normas que crean *ficciones procesales*, derivadas de una inactividad fuera del proceso, que tienen por objeto considerar *confeso* al patrono que omita participar al Juez de Estabilidad Laboral, en un lapso perentorio de cinco (5) días, los despidos justificados que realice.

Aunque parezca irreal, nuestro legislador ha impuesto desde el año 1990, fecha de entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo, posteriormente modificada el 19 de junio de 1997 por la actual Ley Orgánica del Trabajo y parcialmente derogada –en lo que concierne al procedimiento de estabilidad laboral relativa– por la Ley Orgánica Procesal del Trabajo que, aunque promulgada, entrará definitivamente en vigencia el 13 de agosto de 2003.

La sanción –grave por cierto– es considerar que un patrono que omite participar los despidos justificados al Juez de Estabilidad Laboral, se le debe considerar confeso, en el sentido de haber realizado despidos sin justa causa o injustificadamente.

Como se verá a lo largo de este estudio, pensamos que esa *supuesta ficción procesal* constituye una flagrante violación al debido proceso y al derecho de defensa que todos tenemos. Para la mayor comprensión de nuestras conclusiones, hemos considerado pertinente realizar un aná-

lisis previo de los tipos de confesiones, entre las que se encuentran aquellas derivadas de la inactividad *procesal* y su comparación con las presunciones que no admiten prueba en contrario.¹

Así mismo, nos proponemos revisar los precedentes jurisprudenciales que han tratado el tema, bien para considerar que el supuesto de la Ley Orgánica del Trabajo, que deroga la Ley Orgánica Procesal del Trabajo constituye una presunción que no admite prueba en contrario, como aquellas decisiones jurisprudenciales que consideran tal supuesto –no obstante que el legislador la considera como una ficción legal– como una presunción que admite prueba en contrario o *iuris tantum*.

Es pues, así que toca seguidamente efectuar el análisis propuesto conforme a los términos antes indicados.

2. LA CONFESIÓN

Como todo medio probatorio, la confesión es capaz de trasladar hechos de la realidad al expediente. La forma *clásica* y tradicional en que se manifiesta la confesión, es mediante una *declaración* de parte que le desfavorece. La confesión pertenece, como medio probatorio, a los medios de prueba personales, por cuanto es una declaración o declaratoria desfavorable que realiza una parte. Esta declaración puede haber nacido dentro o fuera del proceso, pero lo fundamental es que una vez traída a él produzca efectos perjudiciales para la parte que la ha hecho.

Dicho esto, es importante resaltar las características que tiene la confesión como medio probatorio; a saber: que se trata de una *declaración de parte* y que esa declaración le produce a la parte efectos *perjudiciales o desfavorables*. Resulta por lo demás imposible concebir que las declaraciones favorables que hacen las partes dentro del proceso

¹ Nos referimos a las presunciones legales *iuris et de iure*.

podieran resultar *per se* beneficiosas para quienes lo hicieren, en virtud del principio probatorio de *alteridad de la prueba*.²

Nótese que cuando hablamos de las características de la confesión como medio, hemos indicado que se trata de una *declaración*, pues pareciera inconcebible que alguna persona confiese sin que hubiere expresado algo que le perjudique o desfavorezca.

Ello nos lleva inmediatamente a que analicemos cuáles son los tipos de confesión –bajo el punto de vista del momento y la forma en que se realiza– que prevé el ordenamiento jurídico civil venezolano para limitar el tema que nos hemos propuesto analizar en este ensayo.

2.1 CLASIFICACIÓN DE LA CONFESIÓN

Como medio probatorio, la confesión puede ser clasificada inicialmente en dos grandes grupos, vale decir, la confesión judicial y la confesión extrajudicial; clasificación que obedece precisamente al momento en que se produce cada una de ellas, por lo que el primer bloque de tal clasificación se refiere muy particularmente a aquella obtenida de la parte ante un juez y dentro del proceso, mientras que la segunda está

² La doctrina, casi en forma unánime, está conteste en que la declaración favorable de parte no tiene ningún tipo de valor. A este respecto puede consultarse a Kielmanovich (93): Medios de Prueba, 279-280, que expresa: “La *pro se declaratio*, vale decir, la declaración de hechos que resultan favorable para el propio declarante, no es pues una confesión, y más aún, pensamos que no podría ser reputada prueba dentro del sistema del ordenamiento procesal nacional que nos rige –supuesto acerca del cuál cabría si la aplicación residual del principio del *nemo in propria causa testis esse debet*, esto es, de que nadie puede ser testigo en su propia causa–, aun cuando en algunas legislaciones del derecho comparado no se descarta, en la actualidad, la eficacia de la declaración en cuanto le sea *favorable* al declarante, claro que con sujeción a la libre valoración del juez. En Venezuela, Rengel (97): *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano según el nuevo Código de 1987*. IV, 34, indica lo siguiente: “la confesión se refiere a *hechos desfavorables* a la parte confesante y *favorables* a la parte contraria. En otras palabras, la confesión contiene una *contra se pronuntiatio*. Este elemento era considerado esencial por los antiguos, a tal punto que como refiere Lessona, Quintiliano definía la confesión como ‘*una contra se pronuntiatio*’; y Voet así: ‘*Confesio est qualiscumque contra se pronuntiatio seu iudicatio*’. La jurisprudencia clásica expresaba en forma negativa el mismo principio: ‘*la confesión no puede ser nunca favorable al confesante*’; lo que es conforme con el principio tradicional que nadie puede crearse sus propios derechos, pues éstos los confiere la ley directa o indirectamente cuando reconoce efectos jurídicos a ciertos hechos”.

referida a aquellas declaraciones desfavorables que hacen las partes antes o durante el proceso, pero fuera de él.³

Seguidamente analizaremos la forma en que pueden producirse las confesiones tanto judicial como judicialmente.

2.1.1 *La confesión judicial*

La confesión judicial debe entenderse, tal y como lo hemos adelantado precedentemente, aquella declaración desfavorable que hacen las partes durante el proceso y más precisamente ante el Juez. De conformidad con el artículo 1.401 del Código Civil, la confesión judicial es la realizada por “la parte o su apoderado dentro de los límites de su mandato, ante un Juez aunque éste sea incompetente ...”.

La interpretación del artículo 1.401 del Código Civil, en cuanto a la frase “ante un Juez aunque éste sea incompetente”, ha originado discusiones tanto en doctrina como en jurisprudencia, toda vez que esta última sostiene que para que exista confesión judicial, la declaración desfavorable deberá producirse en el trámite de un proceso contencioso en el que existan verdaderas partes; se cierra de tal manera el que se considere como confesión judicial a aquellas declaraciones desfavorables que efectúen las partes ante un Juez que actúa bajo las reglas de la jurisdicción graciosa o voluntaria.

Sin embargo es necesario advertir que no todas las declaraciones que se hace una parte dentro del proceso pueden producir confesión, vale decir, una declaración desfavorable que, bajo los términos del artículo 1.401 del Código Civil, en cuanto al valor probatorio que a ellas cabe atribuírsele, constituyan plena prueba. En efecto, la confesión judicial normalmente se puede producir en cualquier estado y grado de la causa, en cualquier acto del proceso, y hasta en las propias preguntas que se realizan como consecuencia de la admisión de las posiciones juradas.

³ Este primer deslinde de la confesión está contenido en el propio artículo 1.400 del Código Civil, que dispone: “La confesión es judicial o extrajudicial”.

No obstante ello, existe la posibilidad que las partes declaren dentro del proceso, que sus declaraciones sean desfavorables y no con ello podrán atribuirse los efectos de la confesión judicial. Estamos refiriéndonos a los interrogatorios *ad clarificandum* o de tipo clarificativo, como son precisamente los previstos en el ordinal 1° de los artículos 401 y 514 del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, tanto el ordinal 1° del artículo 401 del Código de Procedimiento Civil como el 1° del artículo 514 *eiusdem*, prevén la figura del interrogatorio de las partes.⁴ El primero de los casos se trata de las diligencias oficiosas del juez que pueden ocurrir luego de finalizada la etapa de evacuación de pruebas y que la doctrina venezolana califica de diligencias instructorias;⁵ mientras que el segundo de los supuestos está referido al auto para mejor proveer de tipo aclarativo. Pensamos que en ambas situaciones no podría producirse el efecto de la plena prueba que se deriva de las confesiones judiciales clásicas; en todo caso, el juez tendría que valorar tales declaraciones bajo las reglas de la sana crítica que imperan en aquellos medios probatorios que no se encuentran tarifados por el legislador.⁶ Para concluir con este particular aspec-

⁴ Sustancialmente ambos ordinales son idénticos, toda vez que se trata de interrogatorios, salvo que solamente en el ordinal 1° del artículo 401 se establece que es “sin juramento” y libre, mientras que en el ordinal 1° del artículo 514 nada se dice con respecto al juramento o a la libertad del interrogatorio. Sin embargo, pensamos que en el interrogatorio a que hace referencia el ordinal 1° del artículo 514 del Código de Procedimiento Civil el Juez no podría exigir juramento a la parte sometida a él.

⁵ Así lo hace Cabrera Romero (89): *Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre*. II, 228-232

⁶ No está de más recordar aquí que –por lo menos en el ordenamiento jurídico civil venezolano– la confesión es uno de aquellos medios en que el legislador atribuye directamente el valor probatorio que habrá de atribuirle el juez cuando lo constata: se trata de una prueba tasada, regida por el sistema de la tarifa legal. Y es que en el caso de la confesión, bien judicial o extrajudicial, el Código Civil establece el valor probatorio que deberá dárseles. Así, en el caso de la judicial, el artículo 1.401 le establece valor de plena prueba, mientras que en el caso de la extrajudicial, si ella es realizada a la parte tendrá esos mismos efectos y cuando se realiza a un tercero, sólo valor de indicio (Art. 1.402 del Código Civil).

to de los interrogatorios, instructorios o aclarativos, el juez es el único sujeto procesal que tiene la disposición de los mismos.⁷

En definitiva y volviendo al tema de la confesión judicial, ésta es aquella que se produce en el trámite del proceso contencioso, bien sea emanada de la propia parte o de un apoderado que actúe en su nombre y representación dentro de los límites de su mandato.

Ahora nos permitiremos señalar la forma en que podría producirse la confesión judicial.

2.1.1.1 *Confesión espontánea*

Judicialmente la declaración desfavorable que realiza una parte puede brotar o emanar de ella misma sin ningún tipo de coacción o medio capaz de inducirla. A este tipo de declaraciones se les conoce en doctrina y jurisprudencia comúnmente como *confesión espontánea*.

Se trata de aquellas declaraciones de parte, desfavorables a ella y favorable a la contraria, que la parte realiza en el trámite del proceso y que pueden verificarse desde el propio libelo de demanda, pasando por cualesquiera de los actos diseñados por el legislador para el trámite del proceso. Se caracterizan esencialmente, como dijimos antes, por emanar de la parte sin ningún tipo de presión o coacción.

Esta confesión que brota de la propia parte en un proceso debe calificársele como una confesión *expresa*, ya que se trata precisamente de una declaración.

Pero también, por lo menos desde el punto de vista doctrinario, la confesión espontánea puede producirse de manera tácita. Luce desapro-

⁷ Pareciera que para la doctrina venezolana los interrogatorios a que hacemos referencia no pueden desencadenar en confesiones de las partes que se encuentren sometidas a ellos. A esos efectos, *Vid. Rengel, Ob. Cit.*, p. 39: “En nuestro derecho no existe esta distinción que hace el Código de Derecho Canónico y no se da la confesión bajo juramento provocada por el juez, sino la provocada por las partes (prueba de posiciones juradas) y el eventual interrogatorio de las partes provocado por el juez *ad clarificandum* que no tiene el valor de la confesión”.

piado por un momento establecer que una confesión espontánea pueda calificársele de tácita, cuando uno de los requisitos de toda confesión es que se trate de una *declaración desfavorable*.

La confesión espontánea puede ser *tácita* cuando el demandado que no da contestación a la demanda que es propuesta contra él, nada prueba que le favorezca dentro del lapso probatorio y cuando no fuese contraria a derecho la petición del demandante, caso en el cual se forma una *confesión ficta* a tenor de lo dispuesto en el artículo 362 del Código de Procedimiento Civil.⁸

Nótese que para que se produzca una *ficción de confesión*, es indispensable que el demandado se encuentre en estado de rebeldía o contumaz al no dar contestación a la demanda en los plazos que establece la legislación, que además la petición del demandante no sea contraria a derecho y, finalmente, que el demandado en estado de rebeldía nada probare que le favorezca.

La confesión espontánea tácita que se produce en el supuesto anteriormente mencionado constituye un efecto del silencio procesal que produce, además, la inversión de la carga de la prueba, esto es, si el demandado era quien tenía la carga de probar y no lo hizo, la ley ordena que se asimile esa falta de pruebas a una confesión.

Es así que se produce de manera tácita una confesión ficticia que consiste simplemente en tener por ciertos los hechos afirmados por el demandante en su libelo. Decimos que se trata de una confesión ficticia, por cuanto resulta evidente que el legislador ha querido atribuir efectos procesales y probatorios al silencio procesal del demandado que incurre en los supuestos del artículo 362 del Código de Procedimiento Civil. Más adelante volveremos con este tema de las confesiones espontáneas tácitas cuando tratemos el tema de las ficciones legales.

⁸ El artículo 362 del Código de Procedimiento Civil establece lo siguiente: “Si el demandado no diere contestación a la demanda dentro de los plazos indicados en este Código, se le tendrá por confeso en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante, si nada probare que le favorezca. ... (omissis) ... ”.

2.1.1.2 *Confesión provocada*

Cuando hablamos de confesiones judiciales provocadas nos referimos precisamente a aquellas declaraciones desfavorables a la parte que la realiza, pero obtenidas a través de un mecanismo o fórmula de presión. Es el caso muy particular de las posiciones juradas que establecen los artículos 403 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.⁹

La confesión provocada, a su vez, puede ser *expresa*, cuando la parte de manera clara y diáfana, en un acto de posiciones juradas, admite un hecho que le es desfavorable.

Pero también la confesión provocada puede ser *tácita* en algunos de los supuestos del Código de Procedimiento Civil. Más concretamente, nos referimos a los efectos que produce la inasistencia al acto de posiciones juradas, o cuando habiendo asistido, la parte absolvente no contesta y guarda silencio, contesta de manera ambigua o miente bajo juramento.

Estos supuestos se encuentran previstos en el artículo 412 del Código de Procedimiento Civil, que textualmente establece lo siguiente:

Se tendrá por confesa en las posiciones que la parte contraria haga legalmente en presencia del Tribunal: a la que se negare a contestarlas, a menos que el absolvente, por su propia determinación, se niegue a contestar la posición por considerarla impertinente, y así resulte declarado por el Tribunal en la sentencia definitiva; a la que citada para absolverlas no comparezca sin motivo legítimo, o a la que se perjure al contestarlas, respecto de los hechos a que se refiere el perjurio. ... (omissis)

...

Del análisis de la norma resulta fácil colegir que, igualmente con lo que ocurre con los supuestos de confesión espontánea tácita (contumacia en la contestación a la demanda y falta de pruebas), el legislador *crea*

⁹ Cabe recordar que las posiciones juradas no constituye un medio probatorio sino un mecanismo o fórmula procedimental para obtener otro como es el caso de la confesión.

una ficción de confesión en razón de la inactividad o silencio procesal de la parte sometida a las posiciones juradas.

En este caso que analizamos, la ficción de confesión produce el efecto de considerar que el absolvente incurso en estos supuestos ha declarado hechos de manera desfavorable a él y, por tanto, favorables al preguntante de las posiciones juradas. Generalmente también se ha sostenido sobre este particular, que en las posiciones estampadas por inasistencia del absolvente o en los demás casos del artículo 412 del Código de Procedimiento Civil, operaría una especie de “plena prueba” derivada de las preguntas de las posiciones juradas, lo cual –en nuestra opinión– no puede ser una conclusión absoluta, toda vez que el juez podría perfectamente comparar las posiciones estampadas con el resto de las probanzas del proceso y si se llegase a estar convencido de las otras pruebas, podría razonadamente desechar el efecto que producen las posiciones estampadas.

2.1.2 *La confesión extrajudicial*

Como declaración que es, la confesión no solamente puede producirse en el trámite del proceso, sino también fuera de él. Nos referimos a los supuestos de aquellas declaraciones desfavorables que hace una parte antes del proceso o durante él, pero que no consta en las actas del expediente.

La confesión extrajudicial *siempre es expresa* y puede producirse bien frente a la contraparte que tendrá valor de plena prueba, y si se hiciera frente a un tercero, sólo tendrá el valor de indicio.¹⁰

En tal sentido, cuando se habla de la confesión extrajudicial, es forzoso concluir que no se presentan los supuestos del silencio procesal a que hicimos referencia en el caso de la confesión judicial espontánea o provocada, ya que evidentemente no existe proceso o, por lo menos, la

¹⁰ El artículo 1.402 del Código Civil establece sobre el particular lo siguiente: “La confesión extrajudicial produce el mismo efecto, si se hace a la parte misma o a quien la representa. Si se hace a un tercero produce sólo un indicio”.

declaración no se hace en él. Y en todo caso, la confesión extrajudicial *siempre* supone una *declaración expresa*. Precisamente por ello, vale decir, por razones lógicas, el legislador jamás ha previsto que el silencio extraprocesal pueda causar el efecto de la ficción de confesión.

2.2 EL VALOR DE LA CONFESIÓN JUDICIAL ESPONTÁNEA Y PROVOCADA, EXPRESAS O TÁCITAS

Ya en la sección anterior tuvimos la breve oportunidad de hacer referencia al valor que el legislador asigna a las confesiones en sus distintas modalidades. Sin embargo, quisiéramos centrarnos en el análisis al valor probatorio que la Ley asigna a aquellas confesiones que se producen en el proceso de forma espontánea (expresa o tácita) o de manera provocada (expresa o tácita).

Resulta indudable que toda declaración que realice la parte y que además le desfavorezca, constituye la prueba indubitable de la verdad que tal declaración contiene; sobre todo si se tiene en consideración que es una máxima de experiencia que quien declara o admite un hecho que le desfavorece, está diciendo la verdad. Es por ello que en sistemas en los que aún rige la tarifa legal, el legislador asigna el valor de *plena prueba* a todas esas declaraciones expresas que perjudican a la parte que las realiza.

De tal forma que en Venezuela, país en el cual rige un sistema mixto de valoración entre la prueba tarifada y la sana crítica, el Código Civil, más concretamente su artículo 1.401, atribuye a la confesión judicial expresa, bien obtenida de manera espontánea o en forma provocada, el valor de *plena prueba*.

En tal sentido, no obstante que la declaración desfavorable que constituye confesión judicial brote de la propia parte sin coacción, o que ella se obtenga mediante el sistema de las posiciones juradas, el valor que le asigna la legislación a ella deberá considerarse como *plena prueba*.

No sucede lo mismo con aquellas confesiones que de manera tácita se logran dentro del proceso. Muy particularmente nos referimos a aque-

llas confesiones judiciales espontáneas tácitas que se producen en los casos del artículo 362 del Código de Procedimiento Civil (confesión ficta derivada de la rebeldía y la falta de pruebas), como de aquellas confesiones judiciales provocadas tácitas que se derivan del artículo 412 *eiusdem* (inasistencia al acto de posiciones juradas, negativa a contestar las pruebas, respuestas ambiguas o perjurio).

Si por un momento analizamos el contenido de ambos dispositivos técnicos, podremos percatarnos que el legislador *no atribuyó valor probatorio alguno* a esas conductas tácitas o al silencio procesal. Ni el artículo 362 ni el 412 del Código de Procedimiento Civil atribuyen al silencio procesal el valor de *plena prueba* y solamente se limitan a expresar en ambos casos que la parte se tendrá por confesa. Es más, ni siquiera se aclara en qué consiste la frase se tendrá por confesa. No obstante, pareciera obvio que cuando el legislador establece tal consecuencia procesal, el efecto que se origina, por lo menos desde el ángulo de la valoración de la prueba, equivaldría a aquellas declaraciones desfavorables expresas.

Aquí, cuando el legislador expresa “se le tendrá por confeso” o “se tendrá por confesa”, tal y como se dispone en los artículos 362 y 412 del Código de Procedimiento Civil, crea una **ficción** legal; una ficción según la cual se tienen por ciertos unos hechos cuando —en la realidad— el contumaz no los ha expresado.¹¹

Esta ficción que establece por propia voluntad el legislador obedece siempre al silencio procesal que ocurre, bien cuando no se contesta y nada se prueba que favorezca al demandado, o cuando en el acto de posiciones juradas no se asiste, se niega el absolvente a responder una pregunta pertinente, contesta de manera ambigua o comete perjurio. Se trata, sin más, de un fenómeno de tipo estrictamente procesal que el legislador ha deseado imponer cuando la conducta ordenada no se produce.

¹¹ En este mismo sentido *Cfr.* Rengel (97): ID. pp. 57-58.

Sin embargo, también nos parece que la tendencia actual indica que no obstante existir en las actas del proceso silencio o inactividad de la parte, tanto en lo que concierne a los supuestos del artículo 362 del Código de Procedimiento Civil, como en los supuestos del artículo 412 *eiusdem*, la prueba no resulta tan irrefutable e irreversible como cuando se presenta la declaración desfavorable expresa que constituye la confesión judicial. Sobre ello volveremos más adelante, por cuanto el tratamiento jurisprudencial de instancia venezolana al tema de las ficciones derivadas de la inactividad procesal, por lo menos en materia de Derecho Procesal del Trabajo, no pareciera adoptar conclusiones idénticas a las anotadas en este párrafo.

3. LAS FICCIONES LEGALES SUSTANTIVAS Y PROCESALES

Para la mayor parte de la doctrina moderna, la ficción legal es una creación del legislador dirigida a considerar como cierto un determinado hecho cuando –en la realidad– se desconoce su certeza. Se trata, a su vez, de la consecuencia jurídica que el legislador atribuye a determinadas situaciones por razones de conveniencia social o de interés público.

Para Glück, la ficción es “... *aquella disposición legal por la que se acepta como verdadera una cosa que manifiestamente no lo es, sino que sólo hubiera sido posible*”.¹² Macchiarelli la define como “*una equitativa disposición de la ley que supone existir en el orden natural de la verdad lo que en realidad no existe, sea por la esencia o por los defectos, a fin de que el Derecho desarrolle o alcance sus fines*”.¹³

Messineo sostiene que “*una cosa diversa de la definición es la ficción legal, la cual consiste en un procedimiento lógico, en virtud del cual una norma prescribe que se considere como si no existiese una determinada situación, sino otra; como si existiese la situación ficticia y no la real; el hecho A vale, jurídicamente, como si fuese el hecho B*”.¹⁴

¹² Extraído de Lessona (83): *La prueba en Derecho Civil*. 5, p. 131.

¹³ ID. 131-132.

¹⁴ Messineo (79): *Manual de Derecho Civil y Comercial*. I, p. 100.

En Latinoamérica, Devis Echandía sostiene que la ficción “*a diferencia de las presunciones, sólo puede ser obra del legislador y consiste en suponer existente o inexistente un hecho o una cosa que no es así, o en trasladar las consecuencias jurídicas de un estado de cosas a otro diferente, como si fuese iguales*”.¹⁵

Se ve por tanto similitud en los conceptos que aporta la doctrina sobre el término de ficción legal, con lo cual se establece aquella voluntad legislativa de dar por ciertas o inciertas situaciones jurídicas que realmente lo son al contrario.

A título ilustrativo, las ficciones legales –por lo menos en lo que respecta a la legislación venezolana– están referidas a materias de tipo sustantivo. Cuando el artículo 2 del Código Civil establece que la ignorancia de la Ley no excusa de su cumplimiento, establece claramente una ficción, según la cual, la Ley es conocida por todo el mundo, cuando en la realidad esto –lógicamente– no es así. Y es que resulta plenamente lógico que, aun cuando la Ley sea desconocida, el legislador no pueda permitir que ante la excepción de no conocerla, se dé entrada a violaciones de la misma.

Igualmente existe una ficción cuando la Ley atribuye personalidad jurídica a entes distintos de los individuos de la especie humana, vale decir, la República, institutos autónomos, fundaciones, sociedades y asociaciones civiles, así como a las sociedades mercantiles de todo tipo, vale decir, a las denominadas personas jurídicas *stricto sensu*.¹⁶ Cuando la ley otorga personalidad jurídica a entes inanimados, le otorga derechos y prerrogativas que sólo, de manera regular, pueden tener los seres o individuos de la especie humana.

Es así que la creación legislativa de las ficciones pretende considerar reales a situaciones que en definitiva no lo son.

¹⁵ Devis (934): *Teoría General de la Prueba Judicial*. 2, p. 707.

¹⁶ Sobre este particular consúltese a Lessona, *Ob. Cit.*, 5, p. 138, que indica lo siguiente: “Las personas jurídicas se consideran (Art. 2º del Código Civil), como ficciones: ésta es al menos la teoría que tiene por sí la tradición histórica y el mayor asentimiento entre los juristas prácticos”.

Ahora bien, nótese que nos hemos referido en forma genérica a la ficción legal prevista como tal en el derecho sustantivo; sin embargo, también existen ficciones que funcionan en el campo del *derecho procesal* y más específicamente en el mundo del *proceso*. Estas ficciones deben calificarse de *procesales*, vale decir, aquellas que indicábamos en la sección anterior y que son consecuencia de conductas que impone el legislador a las partes y no se realizan. Pueden calificarse también a estas ficciones como la consecuencia jurídico-procesal de la *actividad ordenada* en el texto adjetivo que no se cumple.

De tal forma, cuando el Código de Procedimiento Civil venezolano ordena contestar la demanda y esto no se realiza, aunado al hecho de no probar el demandado algo que le favorezca dentro del lapso probatorio y que la petición del actor no sea contraria a derecho, crea una ficción de tipo procesal porque –como dijimos previamente– esa contumacia o rebeldía tiene como consecuencia el considerar ciertos los hechos afirmados por el demandante, aunque ello no fuere realmente así.

Igual sucede cuando hablamos de la rebeldía o contumacia de las posiciones juradas, cuando en el acto de su realización el absolvente no responde a preguntas pertinentes, contesta de manera ambigua o comete perjurio, el legislador establece la ficción de considerar ciertos y desfavorable al demandado, los hechos contenidos en las interrogantes del preguntante de las posiciones juradas, independientemente de quien las haya promovido o no.¹⁷

En la doctrina italiana y sobre el tema particular de la confesión ficta, Pugliatti expresa: “*Se habla de ‘ficta confesio’ con referencia a un fenómeno atinente al proceso y al derecho procesal y precisamente a la disciplina de las pruebas, y particularmente con relación al interrogatorio y al juramento. ... (omissis) ... la falta de respuesta*

¹⁷ Es evidente que la ficción de confesión que resulta de estas situaciones en materia de posiciones juradas no sólo son aplicables al absolvente no promovente, sino también cuando se realicen las recíprocas.

*al interrogatorio o a la falta de prestación del juramento equivale a una admisión (o confesión) de los hechos controvertidos”.*¹⁸

Resulta indudable pues que, cuando se verifica la inactividad de la parte que el legislador sanciona con confesión –aunque no se trate de una declaración– se crea una ficción de índole procesal. Lo interesante de este tema de la ficción procesal derivada de la inactividad es la determinación del *efecto probatorio* que produce. En otras palabras, determinar si efectivamente como se viene planteando ante algunos órganos jurisdiccionales venezolanos, la ficción procesal derivada de la confesión ficta, en cualquiera de sus modalidades, es equiparable a la presunción que no admite prueba en contrario o si, como expresan otros órganos jurisdiccionales venezolanos, admiten prueba en contrario o, por lo menos, que el juez la pueda desestimar.

3.1 LA FICCIÓN SUSTANTIVA Y LA PRESUNCIÓN *IURIS ET DE IURE*. EFECTOS EQUIPARABLES Y DIFERENCIAS

La presunción *iuris et de iure* es una presunción legal que no admite prueba en contrario. Basta simplemente que la parte que alega la presunción *iuris et de iure* demuestre el supuesto de hecho de la norma que la prevea, para que inmediatamente surja otro hecho desconocido que no admite la prueba contraria; ese hecho desconocido es incontrovertible.

En muchos casos la doctrina ha sostenido que la presunción *iuris et de iure* es exacta a la ficción legal, porque en ambas figuras no se admite la prueba contraria.¹⁹

¹⁸ Pugliatti (68): Voz *Finzione* en *Enciclopedia del Diritto*. XVII, p. 667. La traducción es libre y el original responde a lo siguiente: “Si parla di ‘*ficta confessio*’ con riferimento ad un fenomeno attinente al processo e al diritto processuale, e precisamente alla disciplina delle prove, con particolare riguardo all’interrogatorio e al giuramento. ... (omissis) ... la mancata risposta all’interrogatorio o la mancata prestazione del giuramento equivalgono ad ammissione (o confessione) dei fatti articolati”.

¹⁹ Nuevamente sobre este particular citamos a Lessona, *Ob. Cit.*, p. 145, que nos ilustra así: “Sin embargo, algunos han combatido recientemente este aceptado criterio. Así, Giorgi dice que la presunción legal es *cuasi una ficción* creada por el legislador *contra rationem iuris*, y Ferrini, con más exactitud, afirma que la presunción *iuris et de iure* se puede equiparar a la ficción. La razón de esta identidad esencial se encuentra contestada con la prohibición de la prueba contraria, común a la ficción y a la presunción legal absoluta”.

Creemos que en materia sustantiva dicha equiparación entre la presunción *iuris et de iure* con la ficción legal, como hacen diversos autores de la doctrina y por lo menos en cuanto a los efectos *absolutos* de ambas, es razonable. El efecto absoluto no es otro que lo incontrovertible de ambas. En la presunción *iuris et de iure* cuando el que la alega demuestra el supuesto de hecho contenido en la norma, se desprende inmediatamente otro hecho desconocido que no admite la prueba contraria; cuando se está ante una ficción legal de tipo sustantivo, la verdad –aunque irreal– que contiene la norma, es también incontrovertible.²⁰

Sin embargo, modernamente también se ha admitido, no obstante los efectos exactos de ambas figuras, que el origen y propósito de ellas difiere. Se dice que, por una parte, la presunción *iuris et de iure* evita dificultades procesales y el arbitrio en la apreciación de los hechos, mientras que las ficciones legales alteran las condiciones jurídicas normales por una irrealidad.²¹ De hecho, consideramos también que la presunción surge de las máximas de experiencia, ya que el legislador estima que en el caso particular debe ser verdadero lo que ordinariamente sucede en la mayor parte de las situaciones en que se da el hecho conocido.

Así, sobre el tema de las diferencias entre las ficciones y las presunciones *iuris et de iure*, la más reconocida doctrina italiana ha expresado lo siguiente:

Pero sì, tenendo in cuenta los efectos prácticos, la equiparación es justa, es siempre innegable la diferencia que media entre presunción *iuris et de iure* y ficción, y es ésta: en la ficción, al hecho verdadero se atribuye una figura que se sabe de cierto que no le corresponde, o se le atribuyen elementos que de cierto se sabe que no le pertenecen; en la presunción *iuris et de iure*, como en toda presunción, se parte del supuesto de que el hecho concreto debe tener todos los caracteres del género de los hechos a que pertenece, atendiendo a lo

²⁰ ID: “Ahora bien: que existe esta comunidad de prohibición de la prueba contraria, es exactísimo”.

²¹ *Ib, ib*: 146.

que acontece de ordinario. Pero ello no quita que en una legislación se pueda dar de mano a expedientes prácticamente inútiles, como es la ficción.²²

Pero también, agregamos nosotros, cuando estamos en presencia de una ficción legal de tipo sustantivo, por ejemplo aquella que establece que todos conocemos la Ley y que, por tanto, no podemos excusarnos bajo el argumento de su ignorancia, no obliga a quien la alega a demostrar absolutamente ningún hecho en el proceso para que funcione la disposición legal que contiene la ficción legal sustantiva. Si la Ley existe –situación que por lo demás está relevada de la carga de la prueba en virtud del principio *iura novit curia*– inmediatamente todos estamos obligados a cumplirla, aun cuando no la conozcamos. En términos generales, también podría afirmarse que la ficción legal *se basta por sí misma* no requiere de actividad procesal alguna para que opere.

No sucede lo mismo con la presunción *iuris et de iure*, que obliga a quien quiere aprovecharse de ella a ejercer una actividad probatoria que, como dijimos, recae sobre el supuesto de hecho que contiene la norma jurídica.

3.2 LA FICCIÓN PROCESAL VS LA FICCIÓN SUSTANTIVA Y LA PRESUNCIÓN IURIS ET DE IURE

Para nosotros es absolutamente claro que existen diferencias radicales entre la ficción sustantiva y la ficción procesal. Si bien es cierto que –en principio– el efecto de ambas pareciera ser absoluto (incontrovertible), no podemos olvidar que la ficción procesal siempre responde a una situación de silencio procesal o, por lo menos, equiparable a él.

Cuando se verifican los supuestos del artículo 362 del Código de Procedimiento Civil (confesión ficta por contumacia en contestar a la demanda) opera inmediatamente una ficción con la cual se consideran ciertos

²² Coviello (49): *Doctrina General del Derecho Civil*. p. 620.

los hechos afirmados por el demandante. Igual sucede con el silencio procesal derivado del acto de posiciones juradas que prevé el artículo 412 *eiusdem*.

En ambas situaciones (Arts. 362 y 412 del Código de Procedimiento Civil) el efecto del silencio es precisamente entender que se tendrá por *confesa* a la parte que en él incurre, pero no establece el Código el valor probatorio derivado del silencio procesal.

Ahora bien, cabe preguntarse si esa “realidad” derivada de la ficción procesal que como hemos visto responde siempre a una actividad no realizada, debe equipararse a los efectos que se producen tanto con la presunción *iuris et de iure* y la ficción sustantiva: lo incontrovertible de ambas. En otros términos, ¿será posible –a la luz de los propósitos del proceso– hacer prevalecer al silencio sobre la realidad de los hechos que se debaten judicialmente?

La respuesta dependerá evidentemente de los elementos probatorios que constan en autos. Nos explicamos: el principio de la carga probatoria está dirigido a que las partes que afirman en el proceso deben aportar los medios probatorios necesarios para evidenciar tales afirmaciones. Se trata de una carga y, por tanto, un imperativo del propio interés que origina una consecuencia procesal ante su incumplimiento, esto es, que las afirmaciones que carecen de prueba se desestiman o desechan.²³

Pero puede perfectamente suceder que las partes desplieguen su actividad probatoria y que no obstante ello, por razones que aquí no vale la pena detallar, pudieran incurrir en un silencio procesal capaz de *tenerlas por confesas* en cuanto a ciertos y determinados hechos que ellas ya han probado. Por ejemplo: supongamos que la parte ha afirmado un

²³ Para corroborar estos asertos, bastaría invocar simplemente el contenido del artículo 506 del Código de Procedimiento Civil, que reza: “Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación. Los hechos notorios no son objeto de prueba”. Disposición casi idéntica se prevé en el artículo 1.354 del Código Civil.

hecho, que ese hecho lo ha demostrado en el proceso y con diversos medios probatorios que gozan de elementos de credibilidad pero –ante la proposición de unas posiciones juradas de su contrario– no asiste al acto destinado para ello.

¿Podrá el juez concluir que, ante las pruebas ya aportadas por el absolvente inasistente, su silencio debe prevalecer sobre los medios que indican el efecto contrario?

Pensamos que en esa situación el juez puede perfectamente separarse de la ficción procesal que crea el legislador ante el silencio derivado de la inasistencia al acto de posiciones juradas (Art. 412 del Código de Procedimiento Civil), para dar *preeminencia a la realidad* que se desprende de las probanzas aportadas por la parte.

Y es que además, por otra parte, el efecto de confesión que provoca el silencio procesal, bien derivado de la falta de contestación o de la inasistencia al acto de posiciones juradas, permite que la parte afectada pueda demostrar la causa extraña no imputable que le impidió cumplir con el acto procesal (contestación o posiciones juradas) y, además –por lo menos así lo asevera nuestra jurisprudencia nacional– la contraprueba de los hechos afirmados por el actor.²⁴

De ahí que, por lo menos, en materia de ficciones procesales que derivan siempre del silencio procesal, la verdad de él no se hace incontro-

²⁴ En la sentencia número 106 del 27 de abril de 2001, la Sala de Casación Civil sostuvo lo siguiente: “Es oportuno hacer el comentario siguiente en relación con el segundo punto contenido en el artículo 362. La expresión “si nada probare que le favorezca” ha dado lugar a discusión doctrinaria al respecto. Se ha sostenido tradicionalmente que al demandado le es permitida la prueba que tienda a enervar o paralizar la acción intentada, es decir, la contraprueba de los hechos alegados por el actor, demostrar que ellos son contrarios a derecho. En cambio no le es permitida la prueba de aquellos hechos constitutivos de excepciones que han debido alegarse en la contestación de la demanda”.

vertible.²⁵ Se trata, además, de una conclusión adoptada en la doctrina del proceso que permite al juez, utilizando la sana crítica, desechar esa supuesta no controvertibilidad del silencio procesal.²⁶

Por ello la ficción procesal, además de separarse de la ficción legal sustantiva, difiere de la presunción *iuris et de iure* que explicamos en secciones anteriores, ya que esta última, demostrado el supuesto de efecto de la norma hace deducir inmediatamente otro que no requiere objeto de prueba alguna y se hace incontrovertible.

4. LA FICCIÓN PROCESAL –SIN PROCESO– QUE ESTABLECE LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO Y LA NOVÍSIMA LEY ORGÁNICA PROCESAL DEL TRABAJO

Nuestra introducción a este breve estudio refleja la existencia de normas dirigidas a sancionar el incumplimiento de conductas *sustantivas*, con los efectos que normalmente establece el ordenamiento jurídico adjetivo para aquellas conductas que se exigen en el proceso y que acarrearán una ficción de tipo procesal.

²⁵ Basta para ello citar la decisión del 12 de diciembre de 2001 dictada por el Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas (caso C. Suárez contra G. Pizzorni), en la que se indicó lo siguiente: “En tal sentido, debe tenerse como estampadas las posiciones formuladas por la promovente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 412 *ibidem*, las cuales son del tenor siguiente: ... (omissis) ...”.

No obstante, las probanzas antes analizadas, esta Alzada tiene a bien determinar el valor probatorio de las mismas. En este sentido, se venía diciendo que la confesión era la reina de las pruebas, por ello una vez verificada en la causa se relevaría de alguna otra probanza. Empero, este mito ha cambiado en el derecho procesal contemporáneo, donde se indica que la confesión debe analizarse como un medio de prueba más en concordancia con los demás medios probatorios de autos, por imperativo del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, según el cual ‘los jueces deben analizar y juzgar todas cuantas pruebas se hayan producido, aun aquellas que a su juicio no fueran idóneas para ofrecer algún elemento de convicción, expresándose siempre cual sea el criterio del Juez respecto de ellas’. ... (omissis) ...

Si bien, a la parte demandada se le estampó las posiciones juradas, estima esta Alzada que dado lo anteriormente expuesto en el sentido en que a la confesión se le ha bajado del pedestal probatorio en que estaba (plena prueba), para ser valorada con las demás pruebas que resulten en autos, concluye este Tribunal Superior que en el caso bajo estudio, no existe plena prueba de los hechos afirmados por la actora, respecto a la existencia del contrato que alega y del cual deriva su derecho a cobrar la comisión alegada”. Extraída de Ramírez & Garay (01): *Jurisprudencia*. CLXXXIII, pp. 29-30.

²⁶ Para ello puede consultarse a Pugliatti, *Ob. Cit.*, p. 667.

De hecho, ya hemos adelantado que prácticamente el objeto de nuestro análisis es precisamente determinar la inconstitucionalidad de una previsión del procedimiento de estabilidad laboral que obliga al patrono a efectuar las particiones de despidos justificados al Juez de Estabilidad Laboral, *so pena de quedar confeso* en que el despido lo hizo sin justa causa.

La previsión técnica a que hacemos referencia se encuentra establecida en el artículo 116 de la Ley Orgánica del Trabajo, que textualmente dispone lo siguiente:

Artículo 116: Cuando el patrono despida a uno (1) o más trabajadores, deberá participarlo al Juez de Estabilidad Laboral de su jurisdicción, indicando las causas que justifiquen el despido dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, y *de no hacerlo se le tendrá por confeso en el reconocimiento de que el despido lo hizo sin justa causa.* ... (omissis) (Las cursivas son nuestras).

La simple lectura de la norma nos permite equiparar la inactividad del patrono que no participa al Juez de Estabilidad Laboral acerca de la ocurrencia de un despido justificado, con el silencio que se deriva de la falta de contestación a la demanda y al silencio que se produce cuando se dan los casos de confesión ficta del acto de posiciones juradas. En otras palabras, se pretende con tal disposición establecer una *ficción de tipo procesal* sin que exista siquiera un proceso instaurado. En efecto, la participación a que hace referencia el artículo 116 de la Ley Orgánica del Trabajo prevé una obligación del patrono previa al inicio del proceso de estabilidad laboral a que hace referencia las normas subsiguientes.²⁷

²⁷ Villasmil Briceño (91): *Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo*, I, p. 272, se pronuncia de manera idéntica a la elaborada por nosotros, en el siguiente sentido: “Como se desprende del artículo 116, es al Juez de Estabilidad Laboral a quien el patrono debe participar por escrito el despido de sus trabajadores, indicando en cada caso las causas que lo justifican. Esa participación debe efectuarse dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha del despido. La omisión de este requisito por parte del patrono conlleva, según el texto legal, que se le tenga como confeso en el reconocimiento de que el despido o despidos efectuados han sido sin justa causa. Nos parece inadecuada la técnica empleada por el legislador, al aplicar la figura de la confesión ficta para sancionar el incumplimiento del patrono en la participación del despido; *porque la confesión ficta presupone el incumplimiento de una carga dentro del proceso, como la carga de contestar la demanda o la carga de absolver las posiciones juradas*; situación que no es aplicable al incumplimiento del patrono en la participación del despido, puesto que en ese momento no existe proceso alguno”. (Las cursivas son nuestras).

La aplicación de esa norma legislativa ha sido utilizada indiscriminadamente para sancionar a los patronos que la incumplen tanto con los efectos de la confesión ficta (sin que exista proceso) como con aquellos derivados de la presunción *iuris et de iure*. Seguidamente encontraremos algunos ejemplos de ello:

Sentencia del Juzgado Superior Quinto del Trabajo y de Estabilidad Laboral de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda del 18 de febrero de 1993

El artículo 116 de la Ley Orgánica del Trabajo establece para el patrono el cumplimiento de una carga procesal cuando éste ha procedido a despedir al trabajador. La obligación consiste en participar al Juez del Trabajo y Estabilidad Laboral, dentro de los cinco días siguientes al despido, las causas que motivaron la ruptura de la relación laboral por voluntad unilateral del patrono.

Como puede apreciarse, el empleador, de haber procedido al despido, tiene en primer lugar que participar el hecho de la finalización de la relación de trabajo; segundo, hacer dicha participación dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al despido; y, tercero, señalar las causas, circunstancias, del despido, independientemente de que también indique la causal en la cual subsume los hechos.

Estos tres requisitos son ocurrentes y si no se participa dentro de los cinco días las causas del despido, se concluye en que no dio cumplimiento a lo pautado por el legislador en el artículo 116 de la Ley Orgánica del Trabajo *teniendo como consecuencia jurídica que ‘se le tendrá por confeso en el reconocimiento de que el despido lo hizo sin justa causa’*.

Este Juzgado Superior, por sentencia de fecha 08 de mayo de 1992, señaló:

La omisión de participar el despido constituye evidentemente una confesión, que no acepta prueba para des-

virtuarla, al no tratarse de la confesión ficta que surge de la inasistencia al acto de contestación a la demanda, en cuyo caso sí es posible demostrar con pruebas lo contrario de la confesión. (Las cursivas son nuestras).²⁸

Según esta decisión, la falta de participación del despido ocasiona un perjuicio procesal para el patrono que incumple, al considerarlo confeso en el reconocimiento de haber hecho el despido sin justa causa. Pero peor aún, invocando otra decisión del propio Juzgado Superior del 8 de mayo de 1992, considera que esa “confesión” extraprocesal es incluso más incontrovertible que la derivada de la falta de contestación a la demanda a que hace referencia el artículo 362 del Código de Procedimiento Civil. Según este Juzgado Superior la falta de participación no admite ni siquiera la prueba contraria, como sí sucedería por la rebeldía a la contestación de la demanda. Por lo pronto, la sentencia no tiene ningún tipo de fundamento que permita efectuar las aseveraciones que hace.

Sentencia del Juzgado Superior Segundo del Trabajo
de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana
de Caracas del 9 de diciembre de 1994

En este sentido es que la jurisprudencia de los Tribunales del Trabajo es pacífica al considerar que cuando la participación se hace sin señalar con precisión dichas circunstancias, ello equivale a no participar el despido, por lo cual opera la *presunción* del artículo 166 de que el despido fue injustificado, presunción que *no admite prueba en contrario* de acuerdo con el propio texto de la Ley, salvo el caso de que se niegue la relación de trabajo; y esta confesión es distinta a la confesión ficta común, prevista en el artículo 362 del Código de Procedimiento Civil, la cual admite cuando no se haya contestado la demanda, que la misma puede ser destruida con las pruebas aportadas o si lo pretendido es contrario a derecho.²⁹ (Las cursivas son nuestras).

²⁸ Pierre Tapia (93): *Jurisprudencia de los Tribunales de Última Instancia*. II, pp. 236-237.

²⁹ Pierre Tapia (94): *Ob. Cit.*, XII, p. 147.

Según esta decisión de los Tribunales Superiores de Estabilidad Laboral, el artículo 116 de la Ley Orgánica del Trabajo contiene una presunción que no admite prueba en contrario, imaginándonos que se refiere a las *iuris et de iure*. Y además indica la decisión, que esa “presunción” difiere de la confesión ficta, porque en esta última sí se admite la prueba contraria.

Decisiones como las recientemente transcritas han existido desde la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, considerando pues, indistintamente, que el efecto de la falta de participación de los despidos justificados acarrea o una confesión ficta que no admite prueba en contrario o una presunción *iuris et de iure* que tampoco admite la prueba contrario, lo que evidencia un desconocimiento radical de la figura que se produce con la confesión ficta y sin distinguir, lamentablemente, que las confesiones fictas no se producen fuera de un proceso sino dentro de él.

Ahora bien, el artículo 116 de la Ley Orgánica del Trabajo ha sido expresamente derogado por la Ley Orgánica Procesal del Trabajo,³⁰ que mantuvo, no obstante la evidente revisión y ajuste del trámite del proceso laboral, la sanción al patrono que incumple con la obligación de notificar al Juez de Estabilidad Laboral, la ocurrencia del despido injustificado. La nueva previsión contenida en el artículo 187 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, establece lo siguiente:

Quando el patrono despida a uno o más trabajadores deberá participarlo al Juez de Sustanciación, Mediación y de Ejecución de su jurisdicción, indicando las causas que justifiquen el

³⁰ El artículo 194 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, dispone: “Los artículos 49, 178 y 179 de la presente Ley entrarán en vigencia una vez publicada la misma en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, el resto de su articulado, al año siguiente de su publicación, desde su vigencia quedará derogada la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimientos del Trabajo, promulgada el 16 de agosto de 1940, reformada parcialmente el 30 de julio de 1956, y el 18 de noviembre de 1959, con la excepción de los artículos 33 al 41, ambos inclusive; de igual manera quedan derogados los procedimientos especiales contemplados en la Ley Orgánica del Trabajo, en los artículos 52 y 53 y 116 al 124, ambos inclusive, así como el artículo 665 *ejusdem*. ... (omissis) ... ”. (Subrayado nuestro).

despido dentro de los cinco días hábiles siguientes, *de no haberlo se le tendrá por confeso, en el reconocimiento de que el despido lo hizo sin justa causa.* ... (omissis) ... (Las cursivas son nuestras)

Resulta más que evidente el mantenimiento de la sanción que impone el legislador al patrono que incumple con la participación del despido realizado con justa causa, esto es, considerarlo *confeso* en el sentido de reconocer –aunque no exista proceso judicial alguno– que el despido lo hizo sin justa causa.

El mantenimiento de esta sanción no es otra cosa que un desconocimiento abierto a los más elementales principios en materia de ficciones, que revelan que el silencio procesal sólo se produce en el trámite de un proceso legalmente instaurado.³¹

Lamentablemente, la escasa doctrina referida a este nuevo texto legislativo que obedece a lo reciente de la promulgación de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, no se ha pronunciado en relación a las reflexiones que aquí hacemos.³²

³¹ El artículo 11 del Código de Procedimiento Civil establece que “En materia civil el Juez no puede iniciar el proceso sino previa demanda de parte, pero puede proceder de oficio cuando la Ley lo autorice, o cuando, en resguardo del orden público o de las buenas costumbres, sea necesario dictar alguna providencia legal, aunque no la soliciten las partes. ... (omissis) ...”. Pensamos que, aunque la Ley Orgánica Procesal del Trabajo no contiene una disposición similar o idéntica a esta que acabamos de transcribir, resulta obvio que el proceso laboral requiere para su existencia de demanda de parte. De ahí que nos resulte lógico concluir que no puede haber *confesión ficta* por la falta de participación en el despido justificado que efectúe el patrono, cuando ni siquiera existe proceso.

³² Para el momento de la redacción de este ensayo fue publicado el libro del Dr. Henríquez La Roche (03): *Nuevo Proceso Laboral Venezolano*. En su página 540 simplemente se restringe a expresar sobre la norma que aquí cuestionamos, lo siguiente: “Dice el artículo 187 que la falta de participación al juez del despido o despidos que haya hecho el patrono acarrea en su contra la confesión ficta en cuanto al reconocimiento de que el despido lo hizo sin justa causa. Aparte esta confesión ficta que prevé el presente artículo si el patrono no participa el despido al Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo, se deduce de la doctrina procesal el trabajador no tiene la carga de probar el carácter injustificado del despido. El despido”. Para nosotros es lamentable que el apreciado Dr. Henríquez La Roche no se hubiere pronunciado sobre la evidente inconstitucionalidad de la norma y más aún que no hubiere señalado la imposibilidad de prever una confesión ficta, derivada exclusivamente del silencio incurrido en el proceso, en el caso de omisión de participación del despido.

4.1 *NORMAS CONSTITUCIONALES QUE VIOLAN EL ARTÍCULO 187 DE LA LEY ORGÁNICA PROCESAL DEL TRABAJO*

En nuestro parecer y sin que pretendamos en este ensayo realizar un extenso y pormenorizado análisis sobre aspectos de índole netamente constitucional, tanto el artículo 116 de la Ley Orgánica del Trabajo como el 187 de la novísima Ley Orgánica Procesal del Trabajo, violan flagrantemente derechos constitucionales.

En efecto, habiendo explicado ya que resulta antijurídico sostener que por medio de una ficción legal fundamentada en una actividad extraprocesal, se sancione al patrono que omitió participar el despido con los efectos típicos de la confesión ficta; confesión que constituye –vale la pena repetir– una ficción mediante la cual se toman como reconocidos hechos que distan de la realidad.

Pero concentrándonos en el tema de índole constitucional, resulta afirmar que la norma de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo viola garantías previstas en nuestro texto fundamental. Seguidamente nos permitimos brevemente señalar cuáles son esas garantías y derechos de rango constitucional que se violan con el artículo 187 *eiusdem*; a saber:

– *El derecho a la defensa*. Si entendemos que la defensa –como lo expresa el artículo 49.1 de la Constitución de la República de 1999– es un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso, resulta lógico sostener que el artículo 187 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo viola indefectiblemente tal derecho. En efecto, basta decir con respecto a tal afirmación, que al pretenderse incorporar una ficción legal que le impide al patrono incumplidor demostrar algo que le favorezca dentro del proceso, se le cierra la compuerta del derecho a defenderse dentro de él. Y es que si se aplicara con todo rigor la norma, al patrono le daría exactamente lo mismo no contestar a la demanda, toda vez que ya la legislación lo sancionó –sin existir proceso– por falta de participación del despido.

– *Derecho a la presunción de inocencia*. Igualmente consideramos que el artículo 187 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo viola el derecho a que todos se presuman inocente hasta prueba en contrario, tal y como lo dispone el artículo 49.2 de la Constitución. Cuando la Ley Orgánica que comentamos sanciona apriorísticamente al patrono que omite participar el despido justificado, considera culpable a ese patrono sin darle siquiera oportunidad para defenderse, no obstante que puede ser citado en el proceso que instaure el trabajador, pero actuando con una *cápitis minutio*.³³

– *Derecho a ser oído*. También consideramos que la confesión ficta extra-proceso del ya tantas veces indicado artículo 187 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, viola el derecho que tenemos a ser oídos (artículo 49.3. de la Constitución) y máxime cuando –reiteramos– la ficción de confesión que crea esa norma le impide –aun cuando se le otorgue al patrono la oportunidad de contestar a la demanda– se oigan sus planteamientos y afirmaciones de hecho.

En fin, pensamos que la norma que estamos comentando adolece de vicios que la reputan como inconstitucional, razón suficiente para considerar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia debe efectuar el correspondiente pronunciamiento en un proceso destinado a obtener su nulidad.

4.2 TRATAMIENTO DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA ANTE CONFESIONES FICTAS PREVIAS AL PROCESO. REFERENCIA EXPRESA AL ARTÍCULO 116 DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO

Resta simplemente por efectuar aunque sea un breve análisis, acerca del tratamiento que ha realizado la Sala Constitucional del Tribunal Su-

³³ La *cápitis minutio* debe ser considerada como una mengua en la condición jurídica de una persona.

premo de Justicia ante los supuestos del artículo 116 de la Ley Orgánica del Trabajo (ahora 187 de la Ley Orgánica Procesal Penal).

Nos referimos a la decisión N° 370 del 27 de marzo de 2001, con ponencia del Dr. Jesús Eduardo Cabrera. En esa decisión, la Sala Constitucional tuvo la oportunidad de conocer por vía de amparo constitucional, la decisión dictada en segunda y última instancia por un Juzgado Superior del Trabajo y Estabilidad Laboral, que previamente había condenado a un patrono al reenganche y pago de salarios caídos de un trabajador, precisamente en razón de la omisión de participar el despido.

Dicha decisión es sumamente interesante, por cuanto la Sala detectó por primera vez las impropiedades del artículo 116 de la Ley Orgánica del Trabajo. En dicha sentencia se señaló lo siguiente:

La confesión requiere de una declaración expresa e inequívoca de una parte que es favorable a su contraparte y perjudicial para ella.

Las declaraciones confesorias expresas son en principio insustituibles, pero por efecto del silencio procesal, el Código de Procedimiento Civil crea la figura de tener a una parte por confeso, y para que ello ocurra, previamente desplaza la carga de la prueba hacia la parte que tenía que contestar alegatos o preguntas de su contraparte, y no lo hace, bien porque se niega a hacerlo, o porque no concurre al acto, a fin que de probar algo que lo favorezca, no se consolide con su silencio el que se le tenga por confeso. En estos casos, si en el transcurso del proceso la parte que guarda silencio no prueba algo que lo favorezca, el Código de Procedimiento Civil reputa que sobre el hecho afirmado por su contraparte se le tendrá por confeso; es decir, que no es realmente confeso (ya que no existe declaración expresa), sino que su silencio equivale a una confesión, y en base a ella se fijan los hechos en la sentencia definitiva. En este sentido, los artículos 362 y 412 del Código de Procedimiento Civil son claros, y ellos, al igual que los artículos 424,

436 ó 444 *eiusdem*, señalan los diversos efectos del silencio procesal, siempre en perjuicio de quien lo guarda.

El artículo 362 citado, considera que el demandado que no contesta la demanda se le tendrá por confeso, cuando en el término probatorio no pruebe nada que lo favorezca y la demanda no sea contraria a derecho. Luego, para tenerlo como confeso, lo que se declara en el fallo definitivo, como una garantía al derecho de defensa, se le permite al demandado probar algo que lo favorezca, lo que significa que ni siquiera se le exige una plena prueba contra una presunción en su contra.

Con relación al artículo 412 del Código de Procedimiento Civil y las confesiones por falta de contestación a las posiciones juradas formuladas, no dice nada dicho Código de cómo se puede hacer perder el efecto del silencio, pero existe un principio general, cual es que toda confesión es rectificable si se alega y prueba el error de hecho (artículo 1404 del Código Civil), y un sector de la doctrina, tomando en cuenta que la situación del artículo 412 es semejante a la del artículo 362 ambos del Código de Procedimiento Civil, ha considerado que con cualquier prueba que favorezca a quien no contestó –por cualquier razón– la pregunta, logra revocar la potencial confesión.

La confesión expresa puede siempre ser revocada o rectificada mediante la prueba del error de hecho (artículo 1404 del Código Civil), y por ello los efectos del silencio que conduce a que alguien se tenga por confeso, igualmente y con mayor razón pueden ser revocados, no siendo necesario el alegato y prueba del error de hecho, ya que el artículo 362 del Código de Procedimiento Civil previene que con probar algo que favorezca al no concurrente, evita que se consoliden los efectos del silencio, y por tanto que se le tenga por confeso. Se trata de principios generales, congruentes con el mantenimiento del derecho de defensa de las partes.

Hasta aquí la Sala Constitucional estableció las características de la confesión ficta que se produce en materia procesal civil e, incluso, analizó el carácter *controvertible* de la confesión así obtenida, partiendo de la premisa que el valor pleno de la confesión se deriva precisamente de *declaraciones expresas* efectuadas por las partes. A esos efectos, notamos que la decisión anteriormente transcrita reconoce la posibilidad de revocar aquellas declaraciones expresas que constituyan confesión, cuando se alega o demuestra el error de hecho.

En los siguientes párrafos revisaremos la forma en que la Sala interpretó a la ficción extraprocesal del artículo 116 de la Ley Orgánica del Trabajo, lo cual hizo en los términos siguientes:

El artículo 116 de la Ley Orgánica del Trabajo, fuera del proceso, crea una “*pena*” al patrono que incumpla un deber de participar al juez de estabilidad laboral de su jurisdicción, el despido de uno o más trabajadores, en el lapso allí indicado, y de no hacerlo se le tendrá por confeso en el reconocimiento de que el despido lo hizo sin justa causa.

Se trata de una norma proyectable hacia el proceso de estabilidad, la cual, por incumplimiento de una formalidad, hace que para el caso de un juicio, se tenga por confeso al patrono de que despidió sin justa causa al trabajador.

A diferencia de los artículos 362 y 412 del Código de Procedimiento Civil, que requieren que sea en la sentencia definitiva donde se fijen los hechos alegados por una parte (actora o formulante de las posiciones juradas) por las confesiones, la Ley Orgánica del Trabajo, de una vez atribuye una presunción de confesión al incumplimiento de una formalidad extrajuicio, lo que conlleva a que sea el patrono quien tenga que desvirtuar la presunción nacida de inmediato por mandato legal, relevando de prueba al trabajador.

Ahora bien, esta presunción no es *iuris et de iure*, no sólo porque el artículo 116 de la Ley Orgánica del Trabajo no le da

ese trato, sino porque si la confesión expresa puede ser revocada, con mucha mayor razón lo podrá ser la proveniente de ficciones de la ley, ya que de no ser así, no sólo se violaría la estructura de la prueba de confesión, sino se transgrediría el derecho de defensa del patrono, o de cualquiera que se vea afectado por el incumplimiento de formalidades, que impedirían la búsqueda de la verdad. De aceptarse esto, no se estaría ante un Estado de Derecho y de Justicia como el que preconiza el artículo 2 de la vigente Constitución, sino ante un Estado de ficciones legales, que devendría en la negación de la Justicia, ya que la ficción obraría contra la realidad.

Por estas razones, no puede ser *iuris et de iure* la presunción que hace el artículo 116 comentado, y ella debe admitir prueba plena en contrario, que desvirtúe la presunción que nace del incumplimiento de la participación. La carga de la prueba corresponderá al patrono. Además, la presunción *iuris tantum* que nace del artículo 116 de la Ley Orgánica del Trabajo, se refiere al despido sin justa causa, pero no a ningún otro elemento de la relación laboral, el cual debe dilucidarse judicialmente si es controvertido.

El salario, por ejemplo, puede ser objeto de litigio y los hechos controvertidos de tal elemento necesitarán de prueba, sin que ninguna presunción obre a favor del trabajador en ese sentido.

En el caso de autos, erró el Juez Superior al considerar no sólo que el artículo 116 de la Ley Orgánica del Trabajo establecía una presunción *iuris et de iure* sobre la injusta causa del despido, sino el ir más allá y considerar que la presunción abarcaba el salario que hubiese señalado el trabajador, vulnerándose así los derechos constitucionales de defensa y de debido proceso del accionante, y así se declara.³⁴

³⁴ Consultada en la página web www.tsj.gov.ve

Del análisis de la sentencia anteriormente transcrita la Sala adopta las siguientes conclusiones:

- Que el artículo 116 de la Ley Orgánica del Trabajo establece una formalidad exigible en un juicio futuro incoado por el trabajador que alegue haber sido despedido sin justa causa;
- Que el incumplimiento de dicha formalidad acarrea una *pena* para el patrono;
- Que el artículo 116 de la Ley Orgánica del Trabajo no constituye una presunción *iuris et de iure* que no admite prueba al contrario. Para ello, fundamenta la Sala su conclusión en que si las declaraciones expresas que constituyen confesión pueden ser revocadas por el error de hecho cometido por la parte que las realiza, más aún puede sostenerse que esa *presunción* del artículo 116 de la Ley Orgánica del Trabajo deba admitir la prueba en contrario. Así, se indicó que la presunción que se deriva de la norma bajo análisis es una presunción *iuris tantum*.
- Adicionalmente, también indicó que la única presunción que se deriva del artículo 116 de la Ley Orgánica del Trabajo es la referida al despido injustificado, pero no sobre otros hechos distintos al propio despido. En ese sentido, cabe advertir que el Tribunal Superior cuya decisión revisó la Sala por la vía del amparo, había concluido que no habiendo el patrono participado el despido, la presunción *iuris et de iure* se extendía igualmente a otros elementos de la relación de trabajo, tales como el salario, beneficios, etc.

En nuestra opinión, la Sala corrige la interpretación realizada por los Tribunales de instancia y de Alzada en relación a los efectos de la falta de participación del despido o despidos injustificados. Resulta más que evidente que la Sala acierta al establecer que bajo ninguna circunstancia esa *presunción* deba considerarse *iuris et de iure*, sino que por el contrario debe admitir la prueba contraria.

Sin embargo, lamentamos que la Sala no hubiere entrado en el análisis de la intención legislativa de crear la ficción de confesión, típica de normas como las previstas en los artículos 362 y 412 del Código de Procedimiento Civil, como fue analizado a lo largo de este estudio. De hecho, la Sala se limitó a corregir la supuesta *interpretación* que hizo el Juez Superior al artículo 116 de la Ley Orgánica del Trabajo, pero sin adentrarse en las naturales violaciones que produce una norma que impide el pleno ejercicio del derecho a la defensa, el derecho a ser considerado inocente salvo prueba en contrario y a ser oído en el proceso.

No obstante todo lo señalado, pensamos que la Sala efectuó profundas correcciones en el criterio seguido hasta esos momentos.

Pero queda latente la problemática aquí esgrimida. La Ley Orgánica Procesal del Trabajo entrará en vigencia el 13 de agosto de 2003 y contiene una disposición idéntica a la prevista en el artículo 116 de la Ley Orgánica del Trabajo, norma sobre la cual efectuó la Sala Constitucional el pronunciamiento objeto de esta sección.

Pensamos, salvo mejor criterio, que los Tribunales de instancia y sus Superiores, a la luz de la interpretación efectuada por la Sala Constitucional en la sentencia transcrita y comentada en esta sección y no obstante la derogatoria del artículo 116 de la Ley Orgánica del Trabajo, deberán necesariamente desaplicar por inconstitucional el artículo 187 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, salvo que la Sala Constitucional, en uso de sus facultades, anule el referido dispositivo técnico.

Sobre el Principio de la Improcedencia del Cargo Oficial y el Enjuiciamiento de Altos Funcionarios por la Comisión de los Crímenes Previstos en el Estatuto de Roma

Gonzalo HIMIOB SANTOMÉ*

*A mi esposa, Duglavia en agradecimiento
a su amor y a su apoyo incondicionales*

SUMARIO:

- 1. Igualdad, privilegios, prerrogativas, beneficios e improcedencia del cargo oficial.**
- 2. El principio de la improcedencia del cargo oficial.**
- 3. Antejudio de mérito, allanamiento de la inmunidad parlamentaria e improcedencia del cargo oficial.**

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado, Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, Profesor en Pre y Posgrado. *Centro de Investigaciones Jurídicas*, Investigador. **Universidad Central de Venezuela**, *Especialización en Ciencias Penales y Criminológicas* (pendiente defensa de Trabajo de Grado), *Cursos de Doctorado*, *mención Ciencias*, aspirante. Autor de varias monografías. **Escritorio Jurídico Rosich, Himiob & Asociados**, Socio Fundador, Coordinador del Área Penal y Criminológica.

1. IGUALDAD, PRIVILEGIOS, PRERROGATIVAS, BENEFICIOS E IMPROCEDENCIA DEL CARGO OFICIAL

Dispone nuestra Carta Magna (Arts. 21 y 26, CRBV) que, como principio, todos tenemos pleno derecho de acudir ante los órganos de administración de justicia para hacer valer nuestros derechos e intereses y, muy especialmente, que todos somos iguales ante la ley. De la asunción del principio de igualdad ante la ley no sólo surge que las normas formales no pueden crear ni fomentar discriminaciones entre los ciudadanos sino también la conciencia de que todos debemos esperar de los órganos de administración de justicia un trato equitativo e igualitario sin que, en principio, puedan establecerse (salvo por vía de excepción) fórmulas legislativas o procesales (que aquí llamaremos “prerrogativas” en su sentido más literal) que supongan un trato discriminatorio, desigual o privilegiado.

El principio de la igualdad ante los órganos de administración de justicia reconoce algunas excepciones. Como bien lo destaca el maestro Arteaga Sánchez, A. (2003, 489)¹ el Art. 21 de nuestra Constitución señala que todas las personas somos iguales ante la ley “...de lo cual se infiere que no pueden establecerse diferencias en cuanto a la determinación de su responsabilidad y en cuanto a los efectos o consecuencias de sus actos, según las normas...”, pero también del principio de igualdad nace que, *en algunos casos especiales*, para evitar que se vea comprometido el correcto funcionamiento del Estado por acciones judiciales temerarias o carentes de fundamento, puedan establecerse diferencias que, como en el caso de nuestra Carta Magna y de nuestras leyes, “...reconocen inviolabilidades, inmunidades, o prerrogativas procesales que, en definitiva, en algunos casos, o bien sustraen de manera absoluta al funcionario del ámbito de la esfera de la aplicación de la ley penal... (omissis) ...o bien lo resguardan temporalmente y en forma relativa, mientras esté investido de la

¹ Arteaga Sánchez, A.; *El Enjuiciamiento de altos funcionarios públicos*. En *Ciencias Penales. Temas Actuales. Homenaje al R.P. Fernando Pérez Llantada, S. J.* p. 489. Publicaciones de la Universidad Católica “Andrés Bello”. Junio de 2003. Caracas-Venezuela.

función pública y no se levante el privilegio... (omissis) ...o bien imponen un obstáculo procesal para su enjuiciamiento, por la exigencia de trámites especiales...”.²

Los privilegios,³ beneficios⁴ o las mejor denominadas prerrogativas⁵ procesales que amparan a, por ejemplo, los altos funcionarios de un gobierno determinado, derivan de la necesidad de proteger el interés público que representan dichos cargos y no a las individualidades o personas que, como en el caso de los crímenes de Lesa Humanidad, es precisamente de esta posición de poder de la que se sirven para cometer tales crímenes y, a la vez, procurar su impunidad. Por ello han de aceptarse que *las mismas no son absolutas y admiten, en casos especiales, su inaplicación*.

Estas fórmulas privilegiadas excepcionales (en relación concreta al principio de igualdad ante la ley y ante los órganos de administración de justicia) se incorporan al ordenamiento jurídico con la finalidad de proteger la integridad de la función o cometido público que desempeñan las personas y no para el resguardo absoluto de los funcionarios a título individual o personal. Son estas excepciones que a su vez, pueden verse limitadas, en casos muy específicos, por otras que nacen directamente de la propia Constitución, de Tratados Internacionales tutelares de los derechos humanos o de las leyes vigentes en el país.

Así, como será destacado a lo largo de esta entrega, las prerrogativas procesales, políticas o de cualquier otra naturaleza (señaladas en nuestra Carta Magna como “beneficios”) que dimanen del cargo o de la posición que ejerzan o hayan ejercido los culpados de las diversas for-

² Arteaga Sánchez, A.; *Ob. Cit.*, pp. 489 y 490.

³ Entendido según lo dispone el DRAE como la “1. (m) Exención de una obligación o ventaja exclusiva o especial que goza alguien por concesión de un superior o por determinada circunstancia propia”.

⁴ Entendido según lo dispone el DRAE en su acepción décima como el “Derecho que compete a alguien por ley o **privilegio**” (destacados nuestros).

⁵ Término que hemos de entender como sinónimo a “privilegio” según lo destaca el DRAE en su acepción primera “**Privilegio**, gracia o exención que se concede a uno para que goce de ella, aneja regularmente a una dignidad, empleo o cargo”. (Destacados nuestros)

mas criminales señaladas en el Art. 29 de la Constitución y en el Art. 5º y siguientes del Estatuto de Roma son inaplicables y no han de tener cabida en la investigación y juzgamiento de estas especiales modalidades delictivas (es decir, los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra). Así lo dispone además el que aquí denominaremos principio de la “Imprudencia del Cargo Oficial” previsto en los cuerpos internacionales que regulan la persecución de crímenes de guerra, de Lesa Humanidad y las violaciones graves de los derechos humanos a cargo de los operadores del Estado y, más concretamente, el Art. 27 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (vigente en Venezuela desde el 13/12/2002, según G.O. N° 5.507 Ext. de esa misma fecha) en lo que a la calificación de los crímenes allí descritos se refiere, y en lo que respecta a los principios de enjuiciamiento e investigación correspondientes.

Hemos afirmado que las prerrogativas procesales que amparan a altos funcionarios derivan de la necesidad excepcional de proteger, de acciones judiciales irresponsables, el interés público que representan dichos cargos. Ahora bien, en forma específica, el propio Estatuto de Roma (Art. 27) y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Art. 29) estipulan casos particulares (que podemos afirmar como verdaderas “excepciones a la excepción” antes destacada al principio de igualdad ante la ley) en los que las dichas prerrogativas procesales que dimanen del cargo oficial no son aplicables u oponibles, precisamente, para evitar la impunidad de los crímenes perpetrados o la posibilidad de generar una situación de riesgo intolerable en relación a la continuidad de la comisión de los crímenes imputados.

La magnitud de algunos crímenes (con independencia de la importancia del cargo oficial de la persona que los cometa) obliga a que los mismos se excluyan de cualquier beneficio, privilegio o prerrogativa procesal que tenga la aptitud o la potencialidad suficientes para procurar la impunidad. Así lo destaca textualmente el artículo 29 de la Constitución venezolana que indica que dichos delitos

“Quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar a su impunidad”, lo cual es corroborado por el Art. 27 del Esta-

tuto de Roma cuando señala que el Estatuto “...será aplicable por igual a todos sin distinción alguna, basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un Gobierno o Parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena...”; y que “...Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella...”.

2. EL PRINCIPIO DE LA IMPROCEDENCIA DEL CARGO OFICIAL

Como ya ha sido adelantado, el artículo 27 de la Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (G.O. N° 5.507 Ext. del 13/12/00) que es parte integral del ordenamiento jurídico venezolano, establece lo siguiente:

Artículo 27

Improcedencia del cargo oficial

1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena.
2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.

Es este el que aquí denominamos *principio de la improcedencia del cargo oficial*, recogido parcialmente, además, en el artículo 29 de la Constitución venezolana.⁶ Según éste, quienes hayan cometido cualquiera de las modalidades criminales previstas en el Estatuto de Roma no pueden ampararse (ante las jurisdicciones locales o universales) para evitar su enjuiciamiento, en prerrogativas (políticas, legales o de otro tipo) aptas para procurar la impunidad que deriven de los cargos oficiales o de las posiciones de poder que detenten o hayan detentado. Ello se concreta con miras a impedir la impunidad derivada de fórmulas privilegiadas, ventajosas u obstaculizantes de juzgamiento de las que pueda nacer, para el culpado de estos ilícitos, cualquier forma de injusta ventaja, sustancial, procesal o política que permita la impunidad.

Quizás extrañe, de primera pasada, que a las disposiciones que entrañan la improcedencia del cargo oficial en la persecución penal de ciertas formas criminales particularmente graves (Art. 29, CRBV y Art. 27, EDR) se les haga reconocedoras de un “principio” (es más, de un principio jurídico⁷ en estricto sentido) y no simples ajustes procesales estructurados sobre la base de una mejor operatividad judicial. En efecto, esta entrega se fundamenta en que, en lo que se refiere al enjuiciamiento de crímenes de guerra, violaciones graves de los derechos humanos, genocidio y crímenes de Lesa Humanidad, la improcedencia del cargo oficial es un principio que, por tal, no es sólo la causa o comienzo de una especial modalidad dinámica de proceso criminal, sino constituye aquella esencia “...que fundamenta y está presente y actuante en todos y cada uno de los estados, niveles o componentes de subsistencia...”⁸ de los procesos que involucren investigación, juzgamiento y castigo de estas tan ominosas formas criminales.

⁶ “Artículo 29. El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades. Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía”.

⁷ De lo que nace que son, como lo destaca Fernández Carrasquilla, J. *Principios y Normas Rectoras del Derecho Penal. Introducción a la Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático del Derecho*. Primera Edición. 1998. p. 46. Grupo Editorial Leyer. Bogotá-Colombia, “primeros, prioritarios y principales”, lo que significa que nada hay en el derecho antes de ellos, que prevalecen sobre las demás normas jurídicas y que, además, sólo ceden ante principios de peso superior.

⁸ Fernández Carrasquilla, J.; *Ób. Cit.*, p. 43.

En el mismo sentido en que lo plantea Fernández Carrasquilla J., (1998, p. 43)⁹ el principio de la improcedencia del cargo oficial es una condición, con plena vocación de permanencia y de imprescindibilidad, sin la cual no es posible concebir siquiera el proceso para el castigo de los culpados por las formas graves de criminalidad señaladas en nuestra Constitución (Art. 29) y en el Estatuto de Roma (Arts. 5, 6, 7 y 8) de manera que, al prescindir de la inaplicabilidad e improcedencia de prerrogativas derivadas del cargo oficial en los procedimientos de jurisdicción (local o internacional), estaremos prescindiendo del procedimiento mismo o, lo que es más grave, incurriendo en formas sesgadas y parciales de administración de justicia postrada al margen de los valores superiores que el ordenamiento jurídico reconoce en materia de resguardo a los derechos humanos y, más allá, en materia de investigación y castigo de actos criminales de tal gravedad que se propone ofenden al íntegro de la humanidad.

Así entendido, el principio de la improcedencia del cargo oficial impone que las prerrogativas procesales, políticas o de cualquier otra naturaleza que dimanen del cargo o de la posición que ostenten o hayan ostentado los culpados de las diversas formas criminales señaladas en el Estatuto de Roma son inaplicables (tanto en las jurisdicciones locales como en las jurisdicciones internacionales) y no han de tener cabida en la investigación y juzgamiento (en cualquiera de las correspondientes etapas del proceso) de las especiales modalidades delictivas previstas, concretamente, en el Art. 29 de la CRBV y en los Arts. 5, 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

A título explicativo, tal como lo expresa el autor Kai Ambos (1997, p. 30)¹⁰ existen, a nivel general, dos tipos de impunidad: la normativa y la fáctica. “...*Por impunidad normativa se entiende toda ausencia de pena que se invoque directamente en normas (...) La impunidad fáctica es, por el contrario, el resultado fáctico, los mecanismos*

⁹ Fernández Carrasquilla, J.; *Ob. Cit.*, p. 43.

¹⁰ Kai Ambos. *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. 1997, p. 30. Ediciones del Instituto “Max Planck”. Bogotá-Colombia.

que no abarcan lo normativo y que impiden el procesamiento y la penalización". En estos términos, las fórmulas de proceso privilegiadas derivadas del cargo oficial, conducen a una posible absolución anticipada sin que para ello se proceda a un juicio justo e imparcial. Es decir, sin realizar el "*conjunto de actos dirigidos a la formación o la aplicación de los mandatos jurídicos*". Por ello, y para tratar de evitar ambas formas de impunidad es que se postula a la improcedencia del cargo oficial como principio jurídico dirigido a fundamentar de manera continua e imprescindible, el actuar policial, judicial y fiscal cuando involucra la investigación y proceso de criminales de guerra o contra la humanidad, de genocidas, terroristas de Estado o agresores.

En los casos de terrorismo de Estado, y cuando se cometen crímenes de Lesa Humanidad, crímenes de guerra, el crimen de agresión o el de genocidio, las prerrogativas políticas, procesales o de otra especie que dimanen del cargo oficial no son aplicables, precisamente, para evitar la impunidad de los delitos cometidos y para conjurar la posibilidad de generar una situación de riesgo intolerable en relación con la continuidad de la comisión de los crímenes imputados.

Particularmente, a título de ejemplo, no tiene ningún sentido afirmar que para que un criminal de Lesa Humanidad sea juzgado por éstos hay que "esperar" que, de alguna manera, las prerrogativas que dimanen para el dicho funcionario del cargo oficial que detenta (que son las que le sirven, además, como medio de comisión de sus crímenes, y como instrumentos adecuados a la mejor concreción de su anhelo criminal) cesen o sean allanadas, pues ello significa colocar, por encima del anhelo de una justicia material y expedita, el resguardo de formalidades que, además, no están diseñadas para proteger a las personas sino a los cargos que ejercen y las funciones que desempeñan en todos los casos, *salvo en los que involucran la comisión de los crímenes descritos en el Art. 29 de nuestra Carta Magna y en los Arts. 5, 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma*.

Como se verá más adelante, de la manera en que estas prerrogativas procesales especiales están planteadas en Venezuela (mediante los denominados antejuicios de mérito o a través del allanamiento de la inmunidad parlamentaria) basta simplemente una correlación de fuerzas

políticas favorables a las personas imputadas, presuntas autoras de los crímenes señalados en el Art. 29 de la CRBV o en el Estatuto de Roma, para que no se les pueda investigar y, en consecuencia, se procure, desde lo que en principio es un factor promotor de inmunidad normativa, su impunidad fáctica y se fomente la posible comisión de crímenes similares en el futuro, dejando a la sociedad en un absurdo y peligrosísimo desamparo, violando así los preceptos jurídicos más elementales propios del Estado Social y Democrático de Derecho.

La magnitud de ciertos delitos obliga a que los mismos se excluyan de cualquier beneficio o prerrogativa, nacida de los cargos oficiales que detentan o hayan ejercido los culpables, que tenga la aptitud o la potencialidad suficientes para procurar la impunidad (normativa o fáctica). El principio de justicia universal del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, reconocido en la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad”, adoptada en 1968 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (Resolución N° 2.391), y más recientemente en el Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional, entre otros instrumentos internacionales, procuran evitar que el fenómeno de la impunidad prevalezca, y se propone que determinados crímenes de especial seriedad, por cuanto agravan tanto a las víctimas directas como a toda la humanidad, sean por tanto universalmente perseguibles y sancionables y, *a fortiori*, investigados y juzgados en la jurisdicción donde se cometieron los hechos lesivos a la conciencia universal, haciendo de la justicia universal una jurisdicción instrumental que tendrá carácter complementario en relación con las jurisdicciones penales nacionales.

Tal como lo señala el autor J. Hugo Rodríguez Brignardello (2001, pp. 238 y 239)

...bajo este criterio las decisiones legales, políticas y pragmáticas al uso, como a las leyes de amnistía (o autoamnistía), los indultos y los juicios en farsa –entre otras medidas formales– e inclusive las actitudes puramente fácticas que permiten la impunidad, resultan ineficaces, quedando abierta la posibilidad permanente del enjuiciamiento y sanción a los responsables

(...) y no cabe duda que el fenómeno de la impunidad particularmente el que se presenta ante los crímenes de guerra, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, resultan absolutamente incompatibles con los derechos humanos. Ninguna justificación ‘política coyuntural’ puede mostrar que estos derechos, que se proclaman medulares en las sociedades democráticas, logran de algún modo convivir con situaciones en que la obligación y el deber de respetar la vida, la integridad física y el acceso a la justicia de las víctimas de aquellos delitos resultan violados, sin consecuencia alguna para los responsables. Es insostenible que se sugiera que la Dignidad, la Libertad y la Igualdad de dichas víctimas puedan siquiera imaginarse si los autores directos e indirectos de estos crímenes permanecen intocables...¹¹

Como ya se ha indicado, el Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional y el Art. 29 de nuestra Carta Magna buscan preservar la investigación y la sanción de los delitos de extrema gravedad de la aplicación de prerrogativas procesales de las que pueda nacer la impunidad. Ello, en virtud de que dichos privilegios son esencialmente contrarios a los Derechos Humanos y al Estado democrático y social Derecho y de Justicia que garantiza la Constitución. Al referirnos, igualmente, a la efectividad del acceso a la justicia, que no se concreta a la mera investigación, sino al establecimiento de sanciones y responsabilidades, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990 (Excepciones al agotamiento de los recursos internos, Artículo 46.1, 46.2.A y 46.2.B Convención Americana sobre Derechos Humanos), precisó lo siguiente:

El artículo 1 de la Convención obliga a los Estados Partes no solamente a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, **sino a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda**

¹¹ Rodríguez Brignardello, J. H.; *Los organismos de derechos humanos como parte en los procesos judiciales por crímenes de lesa humanidad*. En AA.VV. *El principio de justicia universal*. Primera Edición 2001. pp. 238 y 239.

persona sujeta a su jurisdicción. La Corte ya ha expresado que esta disposición contiene un deber positivo para los Estados. Debe precisarse, también, **que garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce.** Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención. Como lo ha afirmado esta Corte.

...cuando se demuestra que los recursos son rechazados sin llegar al examen de la validez de los mismos, o por razones fútiles, o si se comprueba la existencia de una práctica o política ordenada o tolerada por el poder público, cuyo efecto es el de impedir a ciertos demandantes la utilización de los recursos internos que, normalmente, estarían al alcance de los demás... **el acudir a esos recursos se convierte en una formalidad que carece de sentido.** Las excepciones del artículo 46.2 serían plenamente aplicables en estas situaciones y eximirían de la necesidad de agotar recursos internos que, en la práctica, no pueden alcanzar su objeto (Caso Velásquez Rodríguez, *supra* 23, párr. 68; Caso Godínez Cruz, *supra* 23, párr. 71 y Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, Sentencia de 15 de marzo de 1989. Serie C No. 6, párr. 93).

36. Considera la Corte que, en los casos planteados por la Comisión, son los factores expuestos los que hacen que los recursos sean adecuados y efectivos, como lo señalan los principios generales del Derecho internacional aplicables como lo exige el artículo 46.1, es decir, **idóneos para proteger la situación jurídica infringida y capaces de producir el resultado para el que [fueron] concebido[s]** (Caso Velásquez Rodríguez, *supra* 23, Párr. 64 y 66; Caso Godínez Cruz, *supra* 23, Párr. 67 y 69 y Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, *supra* 34, Párr. 88 y 91). (Resaltado nuestro).

Como se ve, en relación con la coordinación de la investigación, juzgamiento y sanción de los crímenes de guerra, de los crímenes contra los derechos humanos (agresión, genocidio, etc.) y los crímenes de Lesa Humanidad (en los que, como característica fundamental, están involucrados el Estado, sus personeros, o particulares que obran bajo la dirección o tutela de éstos), cualquier forma privilegiada de procesamiento luce no sólo como un despropósito, sino que el acudir a éstas se convierte en una formalidad de la que puede nacer la impunidad de dichos crímenes.

En la mayoría de los casos, estas fórmulas de privilegio introducen un factor político exógeno que se constituye en una cortapisa o barrera inadecuada para la prosecución de la investigación y del proceso a nivel judicial, que hace inefectiva la persecución de estos crímenes, susceptibles, en consecuencia, de quedar impunes, arrojando la posibilidad de que la componenda, el interés público subalterno y el juicio político produzcan resultados encubridores de la responsabilidad por crímenes y delitos, no precisamente comunes, sino aquellos que atentan contra el íntegro de la humanidad, el Estado de Derecho, la conciencia y la paz social, en fin, los valores universales y más sagrados de la dignidad humana.

En efecto, ya en un plano de mayor detalle, no debe olvidarse lo ya afirmado en reiteradas ocasiones: los privilegios o beneficios que dimanan de los cargos oficiales pretenden proteger la investidura del cargo y no a la persona del funcionario imputado y, mucho menos, contrariar los valores universales de tutela de los derechos humanos. Se trata de trámites previos que buscan activar límites prohibitivos contra una acusación directa y, con ello, proteger el ejercicio de altos cargos de la proliferación indiscriminada de acciones judiciales irresponsables de contenido penal. Como tales, definitivamente constituyen prerrogativas que, por su carácter de condicionante de la apertura del proceso penal, tienen la aptitud suficiente para impedir el enjuiciamiento nacional e internacional de los crímenes graves contra los Derechos Humanos.

En este sentido, el artículo 27.2 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional establece que *las inmunidades y las normas de procedimiento especiales* (incluidos, por supuesto, los requisitos de procedi-

bilidad inherentes a la instrumentación del privilegio de que se trate) que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte Penal Internacional (y con mayor razón, la jurisdicción interna, en el caso que corresponda) ejerza su competencia sobre ella.

De conformidad con lo anterior, es contrario a la necesidad de restablecer estos altos intereses, y contrario al objetivo fundamental de la justicia universal según el cual, con respecto a determinadas infracciones, nunca ha de prevalecer la impunidad, que al órgano jurisdiccional, al cual expresamente se le exige controlar la investigación y juzgar para determinar la verdad jurídica, se le obstaculice, a través de fórmulas procesales de privilegio que, nacidas del cargo oficial del culpado de las formas criminales más graves que puede concebir la humanidad, impidan la determinación de la verdad por las vías jurídicas.

De esta forma podemos concluir que tanto el Art. 29 de nuestra Constitución como el Art. 27 del Estatuto de Roma, en forma categórica, establecen que cuando se trata de crímenes de guerra o de agresión, de genocidio, de violaciones a los derechos humanos cometidas por autoridades del Estado, o de crímenes de Lesa Humanidad, del enjuiciamiento por dichos crímenes quedan excluidas las prerrogativas (entendidas, repetimos, en su sentido más literal) que puedan conllevar a su impunidad fáctica o normativa. Las dichas normas, por así decirlo, son radicales en cuanto a la eliminación de cualquier privilegio u obstáculo que impida el juzgamiento efectivo de los posibles culpables sin que ello suponga en lo absoluto desconocimiento de sus derechos fundamentales. Tan es así, que la norma del Estatuto de Roma (Art. 27) es precisa en cuanto a la supresión de los privilegios como fórmulas aún remotas o eventuales de evasión de las responsabilidades penales. En ese sentido, las fórmulas de proceso privilegiadas nacidas del cargo oficial, abren definitivamente la posibilidad de impunidad de crímenes tan graves y grotescos como los de terrorismo, los de *Lesas Humanidad*, los crímenes de guerra o las violaciones graves de derechos fundamentales y es en esos términos que el Art. 27 del Estatuto de Roma y el Art. 29 de nuestra Constitución pretenden, la eliminación de inmunidades y normas de procedimiento especiales (y de cualquier condición accesoria

de procedibilidad inherente a las mismas) que, en virtud de los cargos oficiales, haya establecido el ordenamiento interno en favor de funcionarios oficiales, incluidos, como se verá en el aparte siguiente, muy especialmente, el antejuicio de mérito y el proceso previo al allanamiento de la inmunidad parlamentaria.

3. ANTEJUICIO DE MÉRITO, ALLANAMIENTO DE LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA E IMPROCEDENCIA DEL CARGO OFICIAL

En nuestro país, el antejuicio de mérito (al igual que la previa autorización requerida a la Asamblea Nacional para el enjuiciamiento y allanamiento de la inmunidad de parlamentarios, prevista en el Art. 200 de la CRBV) son en efecto prerrogativas procesales que suponen una excepción al principio general de igualdad ante la ley previsto en el Art. 21 de la Constitución.

Según lo disponen los numerales 2 y 3 del Art. 266 de nuestra Carta Magna, el antejuicio de mérito ampara, desde la promulgación de la Constitución de 1999, al Presidente de la República (o quien haga sus veces) al Vicepresidente, a los diputados a la Asamblea Nacional, a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, a los Ministros, al Procurador General de la República, al Defensor del Pueblo, al Contralor General de la República, al Fiscal General de la República, a los gobernadores de los Estados, a los oficiales (generales o almirantes de la Fuerza Armada Nacional) y a los Jefes de las Misiones Diplomáticas de la República. La inmunidad parlamentaria ampara, por su parte (Art. 200, CRBV) a los Diputados a la Asamblea Nacional.

De ambas modalidades protectivas (es decir, de las prerrogativas o beneficios procesales que dimanen de los cargos de los Altos Funcionarios del Estado, como de las que nacen de la inmunidad parlamentaria) puede nacer, en los términos que prescriben el Art. 29 de la CRBV y el Art. 27 del EDR, impunidad, por lo que por aplicación del principio de la improcedencia del cargo oficial, no pueden ser opuestos, como prerrogativas derivadas del cargo oficial, en los casos de investigación y enjuiciamiento por los crímenes señalados tanto en el Art. 29 de nuestra

Carta Magna como en los Art. 5, 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma. Ello, por las razones que se expondrán seguidamente.

El antejuicio de mérito y el proceso previo al allanamiento de la inmunidad parlamentaria, según lo dispone el Art. 378 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP) y el propio Art. 200 de la CRBV, se manifiestan de diversas formas en distintas etapas:

i) En una primera etapa, y para el caso de todos los Altos Funcionarios del Estado (incluido el Presidente de la República) el Tribunal Supremo de Justicia decide si existen o no fundamentos jurídicos para proceder al enjuiciamiento de los destinatarios de la dicha prerrogativa. En esta etapa, como puede fácilmente percibirse, se realiza una evaluación jurídica destinada a determinar si existen (desde la perspectiva netamente legal) méritos para proceder a enjuiciar a un alto funcionario por los crímenes que le sean imputados. Esto, *per se*, (tanto por la especialidad del órgano encargado de la evaluación judicial, como por el carácter de paso previo al enjuiciamiento del imputado) constituye una ventaja procesal distinta a aquéllas de las que goza cualquier ciudadano, dado que al ciudadano común, aunque le son aplicables disposiciones análogas que normalmente sitúan sobre los Tribunales de Control ordinarios, similarmente, las mismas atribuciones que en este caso se ubican en Tribunal Supremo de Justicia, no se le beneficia o privilegia con excepciones al principio de igualdad ante la ley que se concretan en la posibilidad de que un obstáculo procesal previo (adicional, por demás, a los propios y “normales” que existen en los procesos ordinarios) impida el normal curso del proceso e incluso decida sobre el mérito de la acción intentada. Ya hemos dicho que estas “ventajas” o mejor dicho, las denominadas prerrogativas procesales que dimanar de los cargos oficiales, nacidas de la necesidad indiscutible de tutelar la función pública (que no a las individualidades) son válidas excepciones al principio de igualdad ante la ley que, sin embargo, precisamente por su potencialidad productora de impunidad, en casos especiales (a guisa de “excepciones de la

excepción”) no son aplicables, esto es, en los casos de investigación y juzgamiento de los crímenes y violaciones contra los derechos humanos previstos en el Art. 29 de nuestra Carta Magna y en los Arts. 5, 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma.

ii) En la segunda fase, sin embargo, suceden, según los funcionarios de que se trate, de acuerdo con lo pautado en el Art. 378 del COPP, situaciones diversas. Una distinción relevante a los efectos de esta investigación se da cuando el antejuicio de mérito refiere a *Altos Funcionarios del Estado (los señalados en el Art. 381 del COPP y en el numeral 3. del Art. 266 de la CRBV) distintos del Presidente de la República o de quien haga sus veces y de los parlamentarios*. En este primer supuesto, tal y como lo dispone el Art. 378, segundo párrafo, del COPP, si el Tribunal Supremo de Justicia encuentra que existen méritos suficientes para el enjuiciamiento del alto funcionario, por la comisión de crímenes o delitos comunes, deberá pasar de inmediato las actas al Tribunal Ordinario correspondiente. Por el contrario, si el delito fuere de los calificados como “delitos políticos”, el propio Tribunal Supremo de Justicia, declarado como sea el mérito favorable al enjuiciamiento, deberá continuar conociendo de la causa hasta la sentencia definitiva. En este supuesto se articula, para los Altos Funcionarios que no son el Presidente de la República ni los parlamentarios, una prerrogativa (igualmente proscrita por el principio de improcedencia del cargo oficial, para el caso de la investigación y proceso de graves crímenes contra la humanidad) que les sustrae de la investigación directa a cargo de los Tribunales ordinarios, y hace pasar a las causas que se pretendan iniciar contra estos Altos Funcionarios por una suerte de “filtro” judicial (a cargo del propio Tribunal Supremo de Justicia) del que puede derivar, sin duda, la impunidad. En estos casos, pese a que no existen los condicionantes políticos en la decisión de procesamiento que sí están presentes en otras situaciones similares (como las que se analizarán más adelante) se instrumenta un obstáculo procesal del que puede derivar la

impunidad de los funcionarios que se pretenda han cometido crímenes contra la humanidad.

iii) Diferentes y más asertivas consideraciones hay que hacer cuando se trata de la declaratoria de mérito para el enjuiciamiento del Presidente de la República (o de quien ejerza las funciones de Presidente de la República) o de los parlamentarios. En estos casos el antejuicio de mérito *tiene una cara diferente de las anteriormente discriminadas que, en la determinación de los méritos para la instrucción de una causa criminal, abre la puerta a consideraciones, distintas de las netamente jurídicas, que ciertamente pueden promover o procurar la impunidad.*

En efecto, tal y como lo señalan el Art. 378 del COPP, en su primer párrafo, y el Art. 200 de la CRBV, declarado el mérito jurídico para el enjuiciamiento del Presidente (o de quien haga sus veces) o de los miembros de la Asamblea Nacional, *corresponde a la misma Asamblea Nacional (máximo representante del Poder Legislativo) el autorizar el pase a juicio del alto funcionario involucrado (el Presidente o el representante de la Asamblea Nacional) hasta sentencia definitiva.*

La necesidad de autorización política para el enjuiciamiento de la Asamblea Nacional, tanto para el denominado “antejuicio de mérito” del Presidente de la República como para el allanamiento de la inmunidad parlamentaria, puede en efecto comportar (por conveniencia política, que no con base a los principios del esquema acusatorio y cognoscitivo vigente) la impunidad de los crímenes cometidos. Es esta actividad la que, en conjunto con la prerrogativa previa de la declaratoria judicial de mérito jurídico para el enjuiciamiento, de manera mucho más evidente y certera, puede promover (de espaldas al ideal de la justicia material, recogido en nuestra Carta Fundamental, y al respeto debido a los derechos fundamentales de las personas) la impunidad (en este caso, del Presidente y de los parlamentarios) pues no corresponde a la Asamblea Nacional la determinación de los *méritos jurídicos* para proceder al enjuiciamiento de los altos funcionarios de que se trate (cometido reservado a este honorable Tribunal Supremo de Justicia), *sino la determi-*

nación de la conveniencia política (siempre sujeta a condicionantes y manipulaciones que poco o nada tienen que ver con el anhelo de justicia universal) de iniciar el juicio correspondiente.

Por ello, en lo que respecta al Presidente de la República o a quien haga sus veces, el antejuicio de mérito o, para el caso de los parlamentarios, el procedimiento de la previa autorización requerida a la Asamblea Nacional para el enjuiciamiento y allanamiento de la inmunidad de parlamentarios, prevista en el Art. 200 de la CRBV; *son, de manera clara, prerrogativas de las que puede derivar la impunidad*, de manera que, por mandato expreso del Art. 29 de nuestra Constitución y del Art. 27 del Estatuto de Roma, quedan expresamente excluidas y son inaplicables en las investigaciones y juicios que, a estas personas, se sigan por los graves crímenes destacados en el Art. 29 de nuestra Constitución y en los Arts. 5º y siguientes del Estatuto de Roma.

En conclusión, el antejuicio de mérito al Presidente de la República y los procedimientos previos al allanamiento de la inmunidad parlamentaria (que a los efectos jurídicos son “lo principal”) y el conjunto de condiciones de procedibilidad inherentes a los mismos (que a nuestros efectos son “lo accesorio”, como el requerimiento de interposición de una querrela previa) *como prerrogativas procesales de estos Altos Funcionarios del Estado*, cuando se trata de los crímenes señalados en el Art. 29 de nuestra Carta Magna y los crímenes señalados en los Arts. 5, 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma *quedan totalmente excluidos y, más aún, en aplicación del principio de la improcedencia del cargo oficial (Art. 29, CRBV y Art. 27, EDR) queda excluida la posibilidad de que se requiera en ningún caso la autorización política de la Asamblea Nacional para el enjuiciamiento en el caso del Presidente de la República, o de los parlamentarios*, en virtud de que la dicha autorización, evidentemente, se fundamenta en consideraciones esencialmente políticas (no jurídicas, que serían, en todo caso, de la competencia privativa de los órganos judiciales) de las que puede nacer, de espaldas al ideal de la justicia universal en materia de los crímenes tipificados en el Estatuto de Roma, la impunidad.

El Contencioso Administrativo Funcionarial

Salvador LEAL WILHELM*

SUMARIO:

Introducción

1. Partes: 1.1 *Legitimación Activa*. 1.2 *Legitimación Pasiva*.
2. Tribunales Competentes.
3. Objeto.
4. Presupuestos: 4.1 *Agotamiento de la vía Administrativa*. 4.2 *Lapso para Intentar el Recurso*.
5. El Procedimiento: 5.1 *Inicio*. 5.2 *Sustanciación*: 5.2.1 *Medios de Pruebas*: 5.2.1.1 *La Prueba Documental*. 5.2.1.2 *La Confesión*. 5.2.1.3 *Testigos*. 5.3 *Terminación*.
6. Ejecución.
7. Medidas Cautelares.

Conclusiones

* La Universidad del Zulia (LUZ), Abogado (Primer Lugar en su Promoción), merecedor, por ello de los Premios **Simón Bolívar** (LUZ, promedio más alto), **Antonio José de Sucre** (Fundación Ayacucho, Primer Lugar en la promoción), **Simón Rodríguez** (LUZ, más alta calificación en 1988, 1990 y 1991), Maraven a la Excelencia (Promedio más alto, 1991). Doctor en Derecho, Jefe de la Cátedra de Procedimientos Administrativos y Contencioso Administrativo, Profesor Asociado, Premio CONABA (2001), Profesor Meritorio Nivel III (1996.1999). Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, Miembro Fundador. Programa de Promoción al Investigador, CONICIT (P.P.I), Nivel I (1998-2002). Autor de varias obras y de numerosos artículos publicados en revistas especializadas y arbitradas. Ha asistido a numerosos congresos y reuniones nacionales, siendo ponente en varios de ellos.

INTRODUCCIÓN

El 06 de septiembre de 2002 se publicó la Ley del Estatuto de la Función Pública, en su versión definitiva. Fue dictada originalmente como parte del paquete de decretos-leyes de 2001. La ley establecía una *vacatio legis* que fue prorrogada mientras se reformaba la ley. Finalmente, el 11 de julio de 2002 entra en vigencia. Produciéndose una nueva publicación para corregir un error material. Esta ley ajustará la función pública a la nueva realidad constitucional. Uno de los aspectos más profundamente transformados es el contencioso administrativo.

A continuación se examinará ¿quiénes son las partes en el proceso contencioso funcional? ¿Cuál es el Tribunal competente? ¿Cuál el objeto del proceso y cómo se desarrolla el proceso?

1. PARTES

1.1 LEGITIMACIÓN ACTIVA

Está legitimado:

Puede acceder a los Jueces (...) y Tribunales del Orden Jurisdiccional Contencioso Administrativo para, ejerciendo su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (...) en un caso concreto, plantear una demanda contra cualquiera de las Administraciones Públicas...¹

Todo funcionario o aspirante a serlo, al servicio de las Administraciones Públicas, nacional, estatal o municipal, al ser éstos los sujetos de la ley del Estatuto de la Función Pública (LEFP).² Pero la propia ley excluye

¹ Bermejo Vera, José en Varios. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa* de 1998. Edición Especial Nº 100 de la Revista Española de Derecho Administrativo. Madrid. Civitas. 1998. p. 234.

² Pellegrino, Cosima. *Algunas Consideraciones sobre las Categorías de Funcionarios Públicos a la luz de la Ley del Estatuto de la Función Pública en Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*. Caracas. TSJ 2002. p. 334.

de su ámbito a funcionarios al servicio de la administración pública ejecutiva. Así excluye a los funcionarios del Servicio Integrado de Administración Tributaria, del Servicio Exterior, cuya ley somete al personal administrativo y auxiliar a la LEFP (Art. 100 Ley del Servicio Exterior) y la Procuraduría General de la República, cuya ley lo convierte en un órgano con autonomía funcional, Art. 26 Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (LOPGR), y la autoriza a dictar su propio estatuto de carrera (Art. 27 *ejusdem*).

Esta legitimación corresponde tanto a aquel que en virtud de nombramiento expedido por la autoridad competente se desempeñe en la función pública (Art. 3 LEFP) como a aquel que aspire a ello en ejercicio del derecho de acceso al cargo consagrado en el artículo 23 literal C del Pacto Interamericano de Derechos Humanos y 23 de la Constitución Nacional. Siendo únicamente limitable por edad, nacionalidad, residencia instrucción, idioma, capacidad civil o mental (no física, como regla general) o condena por juez penal, Art. 23 numeral 2 del Pacto precitado.

Debido a que son objeto también del contencioso funcional, las cláusulas del contrato colectivo (Arts. 93 y 32 LEFP) y tomando en cuenta que de acuerdo con el artículo 507 de la Ley Orgánica del Trabajo (LOT), los contratos colectivos se celebran entre patrono y sindicato, el sindicato firmante posee también legitimación. Lo mismo debe decirse si se produce un contencioso sobre la huelga, pues ésta sólo puede ser declarada por un sindicato, ex artículo 494 *ejusdem*.

En cambio, están excluidos los obreros. Y lo estarían los funcionarios al servicio de los Poderes Judicial, Legislativo, Ciudadano y Electoral. Igualmente los docentes e investigadores de las universidades. La LEFP hace referencia al personal administrativo, pero debe entenderse se refiere a profesores en funciones de gerencia y no a los empleados.

En cuanto al Poder Legislativo, debe observarse que el Estatuto Funcional de la Asamblea Nacional sujeta a los empleados de la Asamblea al régimen contencioso de la LEFP. Lo cual es razonable, el personal que desempeña funciones administrativas responde a las mismas características, sin importar el órgano en el cual se desempeña. Las excepciones se

justifican sólo en lo referente a los cargos que se corresponden con las funciones propias del órgano en cuestión: diputados, fiscales, jueces, etc. Y así lo estableció la Sala Constitucional para el personal de apoyo de los Poderes y órganos excluidos por la derogada Ley de Carrera Administrativa. Sin que por lo demás faltaran decisiones contradictorias:

..., se han producido en materia de competencia electoral decisiones no concordantes (SPA, sentencia del 20-12-2000, atribuye la competencia para conocer en materia de funcionarios al Tribunal de la Carrera Administrativa; el 8-3-2001, la SPA declinó en la SE el conocimiento de la materia electoral; el 25-5-2001 la SE declaró competente para conocer, en primera instancia, a la CPCA y en alzada a la SE; en sentencia del 17-7-2001 la SPA reiteró el criterio mantenido en su decisión del 20-12-2001 (...) a quien le compete conocer en primera instancia de las controversias suscitadas entre los funcionarios del CNE y este organismo.³

Y la Sala Constitucional zanjó la controversia afirmando que el Tribunal Competente

Es el funcional, pues la misma tuvo origen en la relación de empleo público existente entre el Consejo Nacional Electoral y el accionante... y que conforme lo previsto en el artículo 73, ordinal 1º, de la Ley de Carrera Administrativa, el Tribunal de la Carrera Administrativa ejerce el control de las actuaciones, actos y omisiones derivadas de las relaciones de empleo público en perjuicio de los funcionarios nacionales.⁴

1.2 LEGITIMACIÓN PASIVA

Están legitimados la República, los estados y los municipios y los institutos autónomos. No lo están en cambio las empresas del Estado, Funda-

³ Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones 2002*. 1er semestre CDROM: decisiones/scon/Junio/1136-050602-02-0109.htm

⁴ *Ídem*.

ciones y Asociaciones Civiles sujetas al derecho privado (Art. 106, 112 y 114 Ley Orgánica de la Administración Pública, LOAP), en claro ejemplo de la huida del derecho administrativo.

Eventualmente, un tercero podría ser parte pasiva si puede ser afectado por el resultado del proceso, así el ganador del concurso impugnado o el que ocupa un cargo que quedó vacante por el acto impugnado.

2. TRIBUNALES COMPETENTES

El acto o hecho objeto del proceso puede emanar del Ministro o de otros funcionarios (Art. 89, numeral 8 LEFP) y de acuerdo con la CN, Art. 266 numeral 5 y Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, Art. 40 numeral 10, al emanar del Ministro debería ser competencia del Tribunal Supremo de Justicia. Pero la Ley de Carrera Administrativa atribuyó la competencia al Tribunal de Carrera Administrativa y la LOFP la atribuye a los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo.

De acuerdo con la LOCSJ de 1977 los Tribunales Superiores en lo Civil de cada estado ejercían la competencia Contencioso Administrativa sobre actos del poder estatal y municipal, básicamente (Arts. 180 y 182 LOCSJ). Pero el Presidente de la República, en uso de la competencia organizativa que le confería la Ley Orgánica del Poder Judicial, dictó el decreto 2.057 creando ocho regiones con nueve tribunales contencioso administrativos, luego por resolución del extinto Consejo de la Judicatura se elevó el número a 11 regiones. En la región capital el Tribunal de Apelaciones de Inquilinato se convirtió en tres tribunales contencioso administrativos. Ahora la ley convierte al Tribunal de Carrera Administrativa en tres Tribunales Superiores Contencioso Administrativos.

A su vez la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en aplicación del artículo 185 numeral 4 de la LOCSJ, asumió la segunda instancia. El artículo 110 LEFP le da base legal expresa a esa competencia.

Serán entonces los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo los competentes para conocer del recurso funcional (Disposición Transitoria Primera).

El problema lo plantea la elección del Tribunal competente por el territorio. La LEFP, Disposición Transitoria Primera, establece que lo será el Tribunal con competencia en el lugar donde hubieren ocurrido los hechos, donde se hubiere dictado el acto o donde tenga su sede el órgano o ente que dio lugar a la controversia.

Primera cuestión: con hechos ¿se refiere a los que son objeto del procedimiento contencioso? Como se verá *infra*, no se está frente a un contencioso de actos. ¿los hechos que provocaron el acto objeto del recurso?

Segunda cuestión: el acto ¿se entiende dictado en la sede del órgano o ente? ¿donde se notifica? Si la primera opción es la respuesta, el acto se entenderá dictado siempre en Caracas en caso de los actos de destitución, pues emanan del Ministro (Art. 87 numeral 8 LEFP).

Tercera: ¿el lugar donde funcione es la sede del órgano o ente? Caracas, siempre, si es un ente u órgano nacional o ¿la ubicación del órgano que dictó el acto? que en el caso de destitución es Caracas.

Entonces, ¿cuál es el cambio con respecto a la regulación actual? Los Tribunales Superiores, salvo caso de sanciones de amonestación a funcionarios nacionales no conocerán sino de casos de funcionarios públicos estatales y municipales, competencia que les daba la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (LOCSJ), Art. 180. Obviamente desconcentrar el conocimiento de los casos de funcionarios nacionales contribuiría al acceso a la justicia. Pero no es claro que la LEFP lo haya logrado

3. OBJETO

Una característica que se adscribió tradicionalmente al contencioso administrativo fue su carácter revisor. Así, en las leyes de Minas de 1945 (derogada), Ley de Registro Público de 1943, y en su Reforma de 1978 (en 1993, reformada nuevamente y hoy derogada), Ley de Regulación de Alquileres de 1960 (derogada), en su Reglamento, en la Ley de Naturalización de 1955, se establecían apelaciones a la Corte Federal de Casación, o a la Corte Suprema de Justicia. En la Ley Orgánica

de la Corte Suprema de Justicia de 1976, se establece un Recurso de Nulidad de actos de efectos particulares (artículo 123 *ejusdem*), como se ve por las expresiones utilizadas “recurso” y “apelación” no se concebía al recurso contencioso administrativo sino como una segunda instancia, siendo entonces la función de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, revisora de actos administrativos.

Como efecto de este carácter revisor, si la Administración erróneamente se declara incompetente o bien desestima por extemporáneo el recurso administrativo, el juez se limitaría a anular el acto que decidió el recurso y ordenaría oír el recurso, y si éste fuese desestimado, recurrir por segunda vez. O peor aún, se exige la plena conformidad de las pretensiones planteadas en vía administrativa y en vía contenciosa, como en sentencia de la Corte Primera en lo Contencioso-Administrativo de 27 de marzo de 1996, en la cual se consideró que:

Constatados (sic) como ha sido la falta de coincidencia entre lo pretendido en la querella con respecto a lo pedido en vía conciliatoria, se debe tener como no realizada la gestión conciliatoria prevista en el parágrafo único del Artículo 15 de la Ley de Carrera Administrativa y, en consecuencia, procede la inadmisibilidad de la querella.⁵

La LEFP va a:

Superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito.⁶

⁵ Corte Primera en lo Contencioso Administrativo en Pierre Tapia, *Jurisprudencia de los Tribunales de última Instancia*. Caracas. Pierre Tapia 1996, N° 3. p. 152.

⁶ Citado en Garrido Falla, Fernando. *La Justicia Administrativa*. Madrid, Tecnos 2002. p. 163.

Así, son objeto del recurso no sólo los actos administrativos de efectos particulares en ejecución de lo LEFP sino también la actividad material o la inactividad de los órganos sujetos a la LEFP. Tales como destituciones de hecho, así lo consideró el Tribunal Supremo de Justicia el 14 de diciembre de 2001, caso: *Marisol Ocando López vs Ministro de Interior y justicia*, donde señaló:

Respecto a los demás accionantes, esta Sala observa que lo que pretenden es la nulidad por la vía del amparo constitucional de una destitución de hecho, producto de la negativa de acceso a sus lugares de trabajo.

Debe reiterar esta Sala que la vía ordinaria para justiciar la supuesta destitución al negar el acceso a su lugar de trabajo es la querella funcional, ya que ante la vía de hecho alegada, pueden ser solicitadas las medidas cautelares tendientes a evitar que se sigan causando los hechos que se denuncian como lesivos, máxime cuando no ha sido comprobado el requisito de la inmediatez necesario para el válido ejercicio de la acción de amparo, motivo por el cual debe ser declarada su inadmisibilidad por estar incurso en la causal contenida en el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así se decide.

Congruente con su propia doctrina, esta Sala declara inadmisibile la acción.⁷

Y no será necesario ningún recurso que convierta la actividad (informal) en formal.⁸ En el caso de la inactividad de la Administración el recurso procederá cuando haya una obligación expresa de decidir y ésta no se haya producido.

⁷ En *Decisiones 2002*. 1er Semestre CDROM. [decisiones/scon/Mayo/861-080502-01-1817%20.htm](#)

⁸ Garrido Falla, *Opus Cit.*, p. 166.

4. PRESUPUESTOS

4.1 AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

La Sala Político Administrativa ha considerado que el agotamiento preceptivo de la vía administrativa no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 26 CN) afirmando que:

No responde al cumplimiento de una simple formalidad sino que es necesaria para garantizar a los administrados la posibilidad de resolver el conflicto en sede administrativa, antes de acudir a la vía jurisdiccional a través de la fuerza de la conciliación y con el fin de garantizar de una manera efectiva la tutela de los intereses del Estado y la participación ciudadana en la resolución de los conflictos.⁹

Los intereses del Estado ¿están en peligro al discutirse ante los jueces como el mismo Tribunal? Salvo en los casos de menor cuantía ¿qué posibilidades tiene el administrado al interponer un recurso?

La LOAP, en cambio, convierte en optativa la vía administrativa, Art. 7 numeral 9. Pero sólo entrará en vigencia cuando se dicte la Ley Orgánica que regule la Jurisdicción Contencioso Administrativa. La LEFP, hace ya optativos los recursos administrativos al establecer que los actos dictados en ejercicio de la ley causaran estado Art. 92 .

En el caso del régimen sancionador se establecen dos procedimientos.

El de amonestación que será decidido por el supervisor del funcionario. Contra la decisión puede intentarse recurso jerárquico ante la máxima autoridad de manera facultativa (Art. 85 *ejusdem*). En consecuencia, y concatenando los artículos 85 y 92 *ejusdem*, se agotará la vía administrativa o en el supervisor o bien ante la máxima autoridad.

⁹ Tribunal Supremo de Justicia en Tapia, Pierre. *Opus Cit.* Vol. 7, Año 2002. p. 162.

El segundo procedimiento es el de destitución, cuya decisión final corresponde a la máxima autoridad (Art. 89 numeral 8 *ejusdem*). En caso de institutos autónomos, esta norma excluye expresamente el llamado recurso jerárquico de segundo grado (Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, LOPA, Art. 96).¹⁰

Sin embargo, la LEFP al no tratarse de una Ley Orgánica no puede ni desarrollar el artículo 7 numeral 9 LOAP ni derogar lo establecido en la LOPA que establece la obligación de agotar la vía administrativa (Arts. 85, 94 y 95). Sólo en el caso de tratarse de la máxima autoridad del órgano o ente, no habría recursos que ejercer por el carácter facultativo del recurso de reconsideración cuando debe decidirlo aquélla.

4.2 LAPSO PARA INTENTAR EL RECURSO

La LEFP reduce el lapso de caducidad del recurso con respecto tanto a la Ley de Carrera Administrativa y de la LOCSJ estableciendo en tres meses a partir de la notificación o publicación o desde que se produjo el hecho. El lapso se computará de acuerdo con las reglas del Código Civil Art. 12 y Código de Procedimiento Civil (CPC) Art. 199, el lapso se iniciará al día siguiente a la notificación o al acaecimiento del hecho y se vencerá el día igual al de la fecha del acto o hecho que da lugar al lapso. Si el último día fuese inhábil, se vencerá el último día hábil siguiente (Art. 200 CPC). Pero ¿día hábil en los Tribunales o en la Administración? Tratándose de un lapso judicial ante los Tribunales.

5. EL PROCEDIMIENTO

5.1 INICIO

El procedimiento Contencioso Funcionario como todo proceso se inicia por demanda –querella la llama la LEFP– el acto procesal que postula la pretensión. Este escrito deberá revestir esa forma (Art. 186 CPC y 95 LEFP) sirve para demostrar el cumplimiento de los requisitos procesales.

¹⁰ Carrillo, Carlos. *El Redimensionamiento del Recurso Jerárquico Impropio en Venezuela en Varios. Libro Homenaje*. Cit., pp. 432 y 433.

Se presentará cualquier día y hora ante el Secretario del Tribunal o el Juez (Art. 339 CPC). Se puede presentar ante el Tribunal competente o bien cualquier juez de Primera Instancia o de Municipio para que éste lo remita al competente (Art. 97 LEFP).

Los requisitos están establecidos en el artículo 95 de la LEFP. Debe destacarse que la LEFP exige precisar las pretensiones pecuniarias, acompañar los instrumentos en que se funde la acción, lo cual significa normalmente la notificación del acto respectivo. Y prohíbe explanarse en citas doctrinales o citar extensamente sentencias o artículos. Obviamente esta excesiva rigurosidad de los requisitos busca evitar las querellas barroquistas que aumentan el tiempo que el juez requiere para procesarla. Pero al establecer que el juez devuelva al querellante el escrito para que la corrija aumenta el tiempo que el proceso requiere y por otra parte puede traducirse en un formalismo que impida el acceso a la justicia. Esta devolución deberá ser hecha en los tres días siguientes a su presentación o en su recibo por el Tribunal competente si no se presentó ante éste (Art. 96 y 97 LEFP).

Si al tercer día no es devuelta, en ese mismo día a más tardar, dentro de los tres días siguientes a la reformulación deberá dictarse el auto de admisión de la querella, tomando en cuenta las causales de inadmisibilidad previstas en la LOCSJ.

Deberá el Juez revisar los aspectos contemplados en el artículo 124 LOCSJ en concordancia con el artículo 84 *ejusdem*.

1.- Que la ley disponga expresamente la inadmisibilidad. Esta norma debería ser inconstitucional en materia contencioso administrativa como regla general porque se estaría negando la existencia de la cláusula general en el Art. 259 CN, pues se estaría considerando un acto excluido del control jurisdiccional. Por lo tanto, tratándose de actos administrativos de carácter particular que incidan en la esfera de particulares no podría hacerse valer esta causal.

2.- Si el conocimiento de la causa compete a otro Tribunal, lo cual se determinará como ya se explicó. Y tal indicación corresponderá hacerla

al Tribunal que se declare incompetente. Sin que se extinga el procedimiento. Se pasará el expediente al Tribunal declarado competente. (Argumento Arts. 75, 358 y 49 CPC)

3.- Si fuere evidente la caducidad de la acción. Dado el carácter de orden público de la caducidad, vencido los lapsos de tres meses desde la notificación del acto o de la ocurrencia del acto no podría admitirse.

Para demostrar la no caducidad, basta con la fecha de recibo de la notificación o bien con la fecha de recibo del recurso administrativo. Distinto será en el caso de hechos que requerirá una mayor actividad probatoria.

4.- Cuando se acumulen pretensiones cuyos procedimientos se excluyan mutuamente o que sean incompatibles.

5.- Cuando no se acompañen los documentos que demuestren el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad también será rechazados. Tales documentos son la notificación o publicación, documento-poder y los documentos que prueben la legitimación, como el nombramiento de funcionario.

6.- En caso de contener conceptos ofensivos o irrespetuosos o cuando sea inteligible o contradictorio el escrito, tal sería el caso que se pidiese conservar y anular la misma parte del acto parcialmente viciado. Pero esta causal en cuanto a lo último no es aplicable ex artículo 96 LEFP.

7.- Cuando sea manifiesta la falta de representación que se atribuye el actor será inadmisibile el recurso. Así se presentará en casos tales como que el representante no haya consignado el poder o que éste es insuficiente, no esté autenticado o no cumpla con los requisitos del CPC para otorgar un poder.

Igualmente el artículo 124 LOCSJ contempla tres posibilidades más que hacen inadmisibile el recurso.

Uno, la falta de caducidad o interés del recurrente. Esto, es un presupuesto de la sentencia de fondo no de la existencia del proceso; no obstante, la LOCSJ lo considera una cuestión a resolver *in limine litis*.

Segundo, que el recurrente no hubiere agotado la vía administrativa, no es aplicable como ya se vio *supra*. Sin embargo, si se intenta el recurso jerárquico deberá esperarse la respuesta antes de intentar la querella.

Tercero, que exista un recurso paralelo.

El auto de admisión, como sentencia interlocutoria que es, deberá contener todos los requisitos de una sentencia y deberá producirse dentro del término de tres días de despacho.

Este auto en caso se declarara el recurso inadmisibile, requiere la motivación por ser una interlocutoria con fuerza de definitiva, pues pone fin al juicio sin entrar a conocer el fondo de la causa y tiene apelación en ambos efectos para ante la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo (CPCA) ex artículos 288 y 290 CPC y 110 LEFP.

Una vez admitida la querella, se notificará al Procurador General de la República o del Estado, Síndico Procurador Municipal o representante legal del Instituto Autónomo, para que remita el expediente, pues éste es:

la prueba que debe presentar la administración para demostrar la legitimidad de sus actuaciones la veracidad de los hechos y el fundamento de la sanción...¹¹

Simultáneamente se emplazará al órgano ente accionante para contestar la querella en los quince días de despacho siguientes. La Ley Orgánica de la Procuraduría establece que sólo pasados quince días desde de la citación al Procurador General de la República comenzará el lapso para contestar (Art. 80). Esto reedita el conflicto planteado cuando entró en vigencia la Ley de Carrera Administrativa. En sentencia de 2 de agosto de 1972, la SPA de la Corte Suprema de Justicia consideró que la ley orgánica sólo tiene aplicación preferente en la materia de su orga-

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Pierre Tapia. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. N° 7. 1996. p. 69.

nicidad.¹² Y aplicó la Ley de Carrera Administrativa. El criterio surge, siendo válido y deben aplicarse las normas de la LEFP.

Una vez citada la parte querellada, ambas partes estarán a derecho, salvo que lo determine la “ley” ¿Cuál? ¿la LEFP? ¿El CPC?, en cuyo caso sólo en algunos procederá una nueva notificación. O la LOPGR, en cuyo caso deberá notificarse cada actuación y suspender el proceso un lapso de ocho días (Art. 84). Obviamente la respuesta es: la LEFP y el CPC por ser la primera de aplicación preferente y la segunda por remisión de la LEFP (Art. 111).

La contestación será hecha en la misma forma de la querella sin poder ser devuelta. Si se opusiesen cuestiones previas serán resueltas en capítulo previo a la sentencia de fondo (Art. 101 LEFP). En caso de no asistencia del querellado, se entenderá por contradicha la querella (LEFP Art. 102, LOPGR Art. 66, Ley Orgánica de Régimen Municipal Art. 102, Ley Orgánica de Descentralización y Delimitación y Transferencia de Competencias Art. 33 y la LOAP Art. 97). Para que procediese la confesión ficta sería necesario la disponibilidad del objeto por parte de la accionada. Y las administraciones públicas no poseen esa disponibilidad. Y no se trata en lo absoluto de un privilegio ni es extraño en derecho común (CPC, Art. 758).

Precluido el lapso para contestar, haya habido o no contestación, se fijará en uno de los cinco días siguientes una audiencia preliminar, a una hora fija, ex artículo 103 LEFP. En esta audiencia en ejercicio de la obligación establecida en la CN Art. 258, de promover los medios alternativos de solución de conflictos y previa fijación de los términos de la litis, según la pretensión y las excepciones, el Juez buscará la conciliación, que

Las partes lleguen a un acuerdo mutuamente aceptable... Ayudándoles a alcanzar un consenso, sin compulsión. Las partes mismas son la que elaboran el acuerdo.¹³

¹² Aguilar Gorrondona, José Luis. *Las Leyes Orgánicas en la Constitución de 1961* en Varios. *Estudios sobre la Constitución*. Caracas, UCV 1979. p. 1.972.

¹³ Nolan-Haley, Jacqueline. *Alternative Dispute Resolution*. Minnesota. West Group. 1992 p. 56.

En caso de conciliación, se extinguiría el proceso. Sin embargo, debemos hacer notar un nuevo conflicto de leyes, pues el artículo 68 LOPGR exige autorización expresa del Procurador e instrucciones previas por escrito de la máxima autoridad del órgano respectivo para conciliar. Obviamente ni el Procurador estará en todas las audiencias ni estarán los ministros. Ni es posible conocer de antemano los términos de conciliación.

5.2 SUSTANCIACIÓN

A falta de conciliación en la audiencia deberá solicitarse la apertura a pruebas. La LEFP, Art. 105 repite lo establecido en el artículo 126 LOCSJ. La Corte Suprema de Justicia, en su momento, consideró:

Que esto además de riguroso y excesivo, resulta ilegal... Algunas veces serán las partes, expresamente y mediante solicitud fundamental, quienes pedirán la no apertura del juicio a pruebas y otras como en el juicio ordinario (Art. 278 del Código de Procedimiento Civil [derogado hoy]), será el juez, por legal y propia iniciativa, quien podrá así decidirlo. Pero siempre será indispensable la solicitud de la parte o la orden del juez o una disposición prohibitiva y expresa de la Ley para impedir o negar la apertura del lapso de pruebas.¹⁴

Pero dice el voto salvado:

Revela la expresión verbal empleada por el legislador en el artículo 126 (podrán) la facultad o potestad de que concede a los impugnantes coadyuvantes u opositores allí señalados, para solicitar –o no– la apertura a pruebas...

Prescribe por su parte el artículo 127 que, de abrirse, porque pudiese haber ocurrido que no hubiere sido abierto, bien porque las partes no hayan hecho uso de ese derecho...

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Pierre. *Opus Cit.* Vol. 3, Año 1994. p. 79.

Esta precedencia de recursos (administrativos) al contencioso administrativo, justifica el principio de la no apertura automática, lapso probatorio consagrado en las normas transcritas en que se deja a la conveniencia de los interesados, el hacer valer o tratar de destruir durante un eventual lapso probatorio las pruebas acumuladas.¹⁵

Ahora no hay precedencia de recursos, pero como regla general habrá habido un procedimiento previo. Pero en ese procedimiento el trámite probatorio, está apenas regulado, es casi inexistente. No hay siquiera reglas de promoción y evacuación más allá de una remisión a las normas de derecho civil y penal. Por lo que podría compartirse plenamente la posición de la antigua Corte Suprema de Justicia.

En el lapso de cinco días, siguientes a la audiencia, se acompañarán las pruebas documentales que no sean fundamentales, éstas debieron acompañarse a la querella (Art. 95 numeral 5 LEFP). Y se promoverán las que requieran evacuación. El lapso de evacuación es de diez días de despacho. Según la LEFP, se cuentan desde el vencimiento del lapso de promoción. La norma obvia que los escritos de prueba son secretos hasta el vencimiento del lapso de promoción (Art. 110 CPC) y que el juez debe pronunciarse sobre la admisión, rechazando aquellas inconstitucionales (Art. 49 CN) ilegales o impertinentes (Art. 398 CPC). El lapso para añadir, oponerse y admitir deberá ser el de tres días, Art. 10 CPC. Y sólo entonces comenzaría la evacuación

5.2.1 Medios de Pruebas

5.2.1.1 La Prueba Documental

La prueba por excelencia seguirá siendo el expediente administrativo y se podría pensar que se trata de documentos públicos con base en el artículo 1357 CC, al ser autorizado con las solemnidades legales por un funcionario con fe pública, y exigiría la tacha del documento y hará inútil el procedimiento de nulidad. Pero se ha afirmado que son:

¹⁵ *Ibidem* pp. 81 y 82.

Documentos administrativos, aquellos emanados de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias específicas... que por referirse a actos administrativos de diversa índole su contenido tienen el valor de una presunción respecto a su veracidad y legitimidad, en razón del principio de ejecutividad y ejecutoriedad, que le atribuye el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimiento Administrativos y que por lo tanto deben considerarse ciertos hasta prueba en contrario. Estos documentos están dotados de una presunción de veracidad... que puede ser destruida por cualquier medio legal... y no sólo a través de la tacha de falsedad.¹⁶

Pero por lo general se tratará de expedientes en procedimientos sancionatorios, por lo cual la presunción de certeza choca con la presunción de inocencia, por lo cual no se produce la inversión de la carga de la prueba.¹⁷

5.2.1.2 *La Confesión*

La LOCSJ, Art. 89 excluye la confesión de los funcionarios si significa confesión de la administración. Pero será admisible, como lo prevé el artículo 89 LOCSJ, dirigir preguntas por escrito a los funcionarios sobre hechos de los que tengan conocimiento personal y directo. De este interrogatorio se obtiene un testimonio, pues proviene de un tercero respecto a la Administración, de dudoso valor dada la relación de subordinación que lo debería hacer inadmisibile.¹⁸

Es admisible la confesión del recurrente en los procedimientos sancionadores según los términos de la CN Art. 49 numeral 5 y las normas procesales penales.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, *Opus Cit.* Vol. 7 Año 1998. p. 462.

¹⁷ Aguado, Vincec. *La Presunción de Certeza en el Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid Civitas. Generalitat de Catalunya 1994 *in totum*.

¹⁸ Arias Velasco, José y Sartorio Albalay, Susana. *Procedimientos Tributarios*. Marcial Pons. Madrid 1996. p. 156

5.2.1.3 Testigos

La prueba de testigos ha sido considerada delegable y poco confiable.¹⁹ Pero las situaciones que dan lugar a los procesos son cuestiones de hecho que difícilmente podrán ser probadas sino por testigos. Pero se presentarán los problemas que se presentan en el proceso laboral, unos están subordinados a una de las partes y si no lo están, salvo que se trate del público, serán ex funcionarios con motivos para ser parciales.

5.3 TERMINACIÓN

Vencido el lapso probatorio, dentro de los cinco días siguientes se fijará la audiencia definitiva.

Ésta no es sino la ocasión para que las partes presenten sus informes oralmente. Podrá el juez interrogar a las partes para complementar su conocimiento del caso.

Hecho esto, el juez se retirará para dictar sentencia definitiva. La LEFP, siguiendo precedentes jurisprudenciales, pretende decisiones instantáneas, obvia que el análisis de los hechos, el valorar las pruebas, el interpretar el derecho y sopesar los argumentos de las partes exige tiempo. En caso de que el asunto sea complejo podrá dictarla en los cinco días de despacho siguientes (Art. 107). Vencidos estos cinco días, aun si se dictó la sentencia en la audiencia definitiva, se dictará sentencia escrita. Los requisitos de la sentencia que deberá ser escrita los establece el artículo 108 LEFP.

En capítulo previo a la sentencia de fondo deberán decidirse las cuestiones previas. Podrá igualmente declarar inadmisibile la demanda. Esto sólo es posible si los hechos que fundamentan la inadmisión, sugieren durante el proceso. De lo contrario el mismo juez se pronunciaría dos veces sobre el mismo punto. Cuando este tipo de decisiones ocurre en lo CPCA o el TSJ es distinto, ya que quien se pronuncia sobre la admi-

¹⁹ Sartorio Albalay, Concepción. *La Prueba en el Procedimiento Administrativo*. Navarra Arazandi 2001.

sión es el juzgado de sustanciación no la Corte o la Sala. Aquí en cambio se trata de un tribunal unipersonal.

A partir de la publicación de la sentencia por escrito corren cinco días para apelar para ante la CPCA (Art. 110 LEFP). No será necesario notificar al PGR o su equivalente (Art. 99 *ejusdem*). En la segunda instancia se seguirá el procedimiento de la LOCSJ, Art. 162 y Sgtes.

6. EJECUCIÓN

La ejecución de la sentencia contra la República exige la notificación al Procurador General de la República que tendrá sesenta días para informar sobre la forma de ejecución. Una vez notificado el Procurador notificará al órgano respectivo para que éste presente un proyecto de ejecución para lo cual tendrá treinta días desde la notificación. Una vez presentada la proposición el Procurador tiene veinte días para notificarlo al juez.

El interesado, una vez notificado puede o no aceptarla. En caso de rechazo se fijará un nuevo plazo. De no ser aprobada esta vez o no ser presentada una nueva propuesta, el Juez procederá a la ejecución forzosa.

En caso de cantidades de dinero deberá ordenar la inclusión de la partida que establece el artículo 57 Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público para los dos ejercicios presupuestarios siguientes.

En caso de obligaciones de hacer no hay forma de ejecutar lo juzgado, pues las leyes no ponen ningún medio en manos del Juez para forzar al funcionario. Sólo puede oficiar al Ministerio Público para exigir la responsabilidad por la desobediencia a la autoridad (Art. 485 Código Penal) que conlleva arresto de cinco a treinta días y como regla exige un antejuicio de mérito (Art. 266 numeral CN).

7. MEDIDAS CAUTELARES

La LEFP autoriza al Juez a dictar medidas cautelares, la medida por excelencia es la suspensión de los efectos del acto de destitución. Pero contra esto se alega que la suspensión de la destitución atenta contra la disciplina de la oficina, pues o bien el funcionario permanece en ella o bien en su casa

con goce de sueldo.²⁰ En Venezuela, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 2 de junio de 1994, denegó la suspensión de la destitución, basándose en los sofisticados argumentos de un autor extranjero, ya que:

... No se trataría de ‘suspender’ los efectos del acto impugnado sino de satisfacer de una vez por todas la pretensión del recurrente, lo cual revela que sería un pronunciamiento definitivo, colmador de sus aspiraciones sin tener que esperar la sentencia que pusiera fin al recurso con la resolución del asunto de fondo.²¹

Y añadió que:

El fallo a favor en definitiva podría reparar el daño, ordenando la reincorporación al cargo hasta entonces ocupado o a otro de similar categoría.²²

Respondamos diciendo que la suspensión como medida cautelar es provisional, está en su esencia que hasta la sentencia definitiva no se consolida la situación jurídica por lo que el particular no ha sido satisfecho pues el juicio sigue pendiente, incluso si no lo insta se revoca por contrario imperio la suspensión (artículo 136 LOCSJ)

Pero aquí la cuestión real es la siguiente: de un lado un funcionario es suspendido y privado de su sueldo tal vez durante años y puede resultar en definitiva inocente de la falta imputada, por otro si la falta presunta es especialmente grave, podría representar un peligro su permanencia en el servicio tanto para los particulares como para el servicio. Entonces en cada caso según la gravedad de los indicios y las imputaciones debería decidirse la suspensión o no de la destitución. La LEFP en todo caso ha limitado el tiempo de la suspensión preventiva del funcionario al menos en vía administrativa.²³

²⁰ Coco Vita, Eduardo. *A vueltas con la suspensión de la ejecución de los actos administrativos recurridos. Últimas aportaciones doctrinales y jurisprudenciales*. Revista de Administración Pública Nº 127. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 1992. p. 248.

²¹ Corte Suprema de Justicia en Tapia, Pierre. *Opus Cit.* Vol. 6. 1994. pp. 87 y 88

²² *Ídem*.

²³ Corte Suprema de Justicia. Pierre. *Opus Cit.* Vol. 6. 1996. pp. 169 y ss.

CONCLUSIONES

- 1.- La LEFP intenta desarrollar los principios constitucionales sobre el proceso, tutela judicial efectiva en la materia contencioso funcional.
- 2.- La LEFP, lo mismo que la derogada LCA, excluye del ámbito a una serie de funcionarios. Con esto obvia la jurisprudencia que ha buscado someter a todos los asuntos de funcionarios a la competencia del Tribunal de Carrera Administrativa antes, y hoy a los Superiores Contencioso Administrativos.
- 3.- La LEFP se aparta de la tradición del contencioso revisor para instituir un contencioso de actos y hechos.
- 4.- La LEFP ley especial, vuelve optativo el agotamiento de la vía administrativa, a pesar de que esto fue reservado por la LOAP a la Ley Orgánica del Contencioso Administrativo, con lo cual entra en conflicto con la LOPA, que sólo si el acto emana del superior jerárquico, como es el caso de las destituciones, hace optativo el recurso administrativo.
- 5.- La LEFP reduce aún más los lapsos de caducidad del contencioso administrativo.
- 6.- La LEFP al regular la citación de la Administración Pública, reproduce el conflicto de leyes entre la LCS y la LOPGR, que la Jurisprudencia resolvió a favor de la LCA. Al considerar que la LOPGR es superior sólo el ámbito de su organicidad, la estructura de la PGR.
- 7.- La LEFP no establece mecanismos de ejecución forzosa de las decisiones judiciales. La LOPGR sólo los establece para obligaciones de dar y no de hacer.
- 8.- La LEFP se limita a autorizar al juez para dictar medidas cautelares, sin precisar que puede suspender los efectos del acto. Esto es necesario, pues la jurisprudencia pacífica y reiterada ha negado la suspensión.

Privación Judicial Preventiva de Libertad

Orlando MONAGAS RODRÍGUEZ*

La detención preventiva es una medida que por ser contraria al derecho personal de la libertad debe ser estudiada con todo detalle, a los fines de determinar su significación y extensión en el proceso penal.

Ciertamente de principio, el derecho a la libertad personal es absoluto y sólo por la vía excepcional se permite su privación. Tal excepcionalidad es cónsona a la concepción de la libertad como derecho que corresponde a todo ciudadano, del cual no puede ser privado sino en determinadas situaciones permitidas por la Constitución de la República.

Sin embargo, es sabido que en las investigaciones penales se tiende, como primer paso, a detener al sujeto sindicado, quien así ve comprometida su libertad en función de los fines de la investigación. Esa ha sido la constante de la fase de investigación del proceso penal en Venezuela, cuya esencial actuación es la privación de libertad. Pareciera que si no se detiene se hace imposible averiguar.

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado, Profesor en pre y posgrado. **Universidad Católica Andrés Bello**, Profesor de Cursos Itinerantes, nivel superior. **Escritorio Pesci Feltri, Díaz-Cañabate & Asociados**, Socio.

Puede afirmarse sin reserva, que la historia del proceso penal venezolano, no es más que la sucesión de innumerables capítulos con privaciones arbitrarias de la libertad personal.

El nuevo Código Orgánico Procesal Penal, congruente con los postulados del Estado de Derecho, ha invertido los términos de la ecuación, postulando el principio de la libertad durante el proceso, permitiendo sólo en vía excepcional la privación judicial preventiva de la libertad. Se niega así a los órganos de investigación la facultad de detener, de la cual, nuevamente sea dicho, se ha abusado con creces en Venezuela.

Con su nueva concepción, el legislador venezolano ha apuntado hacia el establecimiento de un estricto control del ejercicio del *ius puniendi del Estado*, imponiendo que la privación de la libertad personal sólo sea consecuencia de un juicio penal previo, cumplido con todas las garantías y, sobre todo, respetuoso del derecho a la libertad personal.

En esta materia se ha de tener en cuenta que la prisión preventiva no solamente afecta al derecho a la libertad, sino que, además, quebranta la condición de inocente que se reconoce al imputado, por la cual éste entra y permanece en el proceso penal con calidad de inocente.

De otra parte, la prisión preventiva es vista como un adelanto de la pena, lo cual atenta, también, contra el principio del juicio previo, pues es el juicio el que debe preceder a la pena, y no ésta a aquél.

Estas consideraciones hacen difícil la justificación de la privación de libertad y por ellas incluso se ha dicho que es un instituto de dudosa moralidad.

José María Asencio Mellado (*La Prisión Provisional*, p. 29. Editorial Civitas, S.A. Madrid 1987) con acierto sostiene que “la medida preventiva de libertad es el resultado del conflicto de intereses individual en la libertad-social en el mantenimiento de la seguridad, en la eficacia de la persecución de los delitos que, en todo caso, y en un Estado democrático debe solucionarse a través de la consecución de la síntesis de ambos, los cuales son igualmente dignos de protección”.

Esta postura, compartida por nosotros, hace aparecer la prisión provisional como un mal necesario, o como ha sido calificada en antaño, “injusticia necesaria”, sobre todo si se tiene en cuenta que el proceso penal, como todo proceso, no es de cumplimiento instantáneo, por lo que en ocasiones es necesario adoptar medidas asegurativas de su realización y de su posible resultado en imposición de la pena.

Por ello, interesa entender la privación judicial preventiva de la libertad en sus fines y sus caracteres y determinar la naturaleza cautelar que le atribuye el Código Orgánico Procesal Penal, en su artículo 243 aparte único.

En este sentido conviene advertir con José María Asencio Mellado: “El problema de la prisión provisional, pues, no es tanto el de su existencia –ya que lo deseable pero inviable en la actualidad, sería que la libertad se mantuviera hasta el momento de dictarse la sentencia– sino el de su regulación positiva en la forma más acorde con los derechos constitucionales a la libertad y a la presunción de inocencia y las consecuencias derivadas de su vigencia”. (*Ob. Cit.* p. 30).

1. FINES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

En este punto, es conveniente descartar, de una buena vez, que la detención preventiva responda a la idea de presumir la culpabilidad de toda persona imputada, para dar cabida y primacía al principio de inocencia.

Mucho se ha dicho en torno a las finalidades de la detención preventiva, sin embargo, en la doctrina como sostiene Asencio Mellado (*Ob. Cit.* p. 38), siguiendo a Fernández Entralgo, se agrupan en cuatro, a saber: evitar la frustración del proceso imposibilitando la fuga del imputado; asegurar el éxito de la instrucción y el ocultamiento de futuros medios de prueba; impedir la reiteración delictiva; y, satisfacer las demandas sociales de seguridad en los casos en los que el delito haya causado alarma.

Es menester revisar el contenido de cada una de las nombradas finalidades de detención preventiva, para precisar cuáles de ellas son justificadas en el proceso penal.

1. Evitar la frustración del proceso impidiendo la fuga del imputado.

Esta función presenta dos aspectos claramente determinados, cuales son asegurar la presencia del imputado en el proceso, de una parte, y, de la otra, asegurar, en su caso, la ejecución de la posible pena.

La vinculación entre ambos aspectos parece indiscutible, pues la presencia del imputado esencialmente en la fase del juicio oral, hace posible la celebración del proceso, el cual no puede tener lugar sin la comparecencia personal del imputado y, desde luego, en caso de pronunciarse una sentencia condenatoria, su ejecución se hace viable en la medida en que se tenga la disposición de la persona del condenado, la cual se asegura con su presencia en el proceso.

En doctrina se discute acerca de la justificación de estos dos aspectos de la finalidad de asegurar la presencia procesal del imputado, discutiéndose principalmente el aseguramiento de la ejecución de la posible pena, en que puede desembocar el proceso penal. No obstante ello, pensamos que las dos finalidades son igualmente justificables, puesto que ambas responden a la necesidad superior de realización de una justicia penal efectiva.

En este sentido, insistimos en dejar aclarado, que en cada caso concreto será necesario justificar la aplicación de la medida de detención preventiva.

2. Asegurar el éxito de la instrucción y evitar la ocultación de futuros medios de prueba.

La necesidad de la prueba como fundamento objetivo de la convicción judicial y de la consiguiente sentencia que ponga fin al juicio, justifican esta finalidad de la detención preventiva.

Para la efectiva realización de la justicia penal, es necesario tutelar el aporte probatorio al proceso, correspondiéndole al imputado adoptar una conducta que, sin menoscabo de su derecho a la defensa, sea respetuosa del desarrollo de la investigación, de los órganos de prueba, sin que le sea permitido ejercer interferencias ilegítimas en el desarrollo de los

actos de investigación, ni de los actos de prueba. En este sentido, hay que admitir la necesidad de tutelar el descubrimiento de la verdad, de tal manera que si el imputado desvirtúa su derecho a la libertad entorpeciendo la investigación, intimidando o sobornando testigos y expertos, bien puede privársele preventivamente de ese derecho protegiéndose así el objeto y la justicia del juicio previo.

3. Evitar la reiteración delictiva por parte del imputado.

La posibilidad de que el sujeto imputado pueda incurrir en un nuevo delito, hace aparecer a la prisión preventiva, para algunos, como el remedio eficaz para evitarlo, con lo cual se da al instituto el carácter de una medida de seguridad, que proporciona un correcto orden social y tranquilidad ciudadana.

A esta función se le critica acertadamente diciendo que las medidas de seguridad están regidas por el principio de legalidad y, en consecuencia, darle ese carácter a la prisión preventiva, implica una infracción a ese principio y a ello se agrega que también la aplicación de las medidas de seguridad, requieren de un juicio previo. Además, con la prisión preventiva lo que se persigue es la presencia del sujeto imputado en el proceso a los solos fines de la realización de éste y no el aislamiento de un sujeto posiblemente peligroso.

4. Satisfacer las demandas de seguridad.

Se dice que el delito por sí mismo causa alarma social y además, la frecuencia con que se cometen determinados tipos de delito también causan intranquilidad ciudadana, precisamente por el sentimiento colectivo de inseguridad que ello representa.

Se explica entonces que la prisión preventiva debe tener efectos intimidantes para que aquellos que atentan contra el orden social desistan de sus propósitos delictuosos, con lo cual se revela un efecto de la pena.

A esta postura se le critica diciendo que la prisión preventiva no tiene por objetivo retribuir el delito y que en esos casos indebidamente aquélla actuaría como un anticipo de la pena, función que no le es propia.

2. CARACTERES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

José María Asencio Mellado en su estudio citado (p. 42) atribuye a la prisión preventiva los siguientes caracteres: 1) Instrumentalidad; 2) Provisionalidad; 3) Obedecer a la regla *rebus sic stantibus*; 4) Jurisdiccionalidad.

1. Instrumentalidad

Las medidas cautelares no son un fin en sí mismas, se establecen dentro de un proceso y, en concreto, atienden a la ejecución de la sentencia que ha de dictarse.

La providencia cautelar tiende a asegurar los resultados del juicio expresados en la sentencia definitiva, las cuales, de no dictarse la providencia, podrían ser inútiles, bien por la ocultación de bienes en el caso de responsabilidades civiles, o por la fuga del imputado en lo que respecta al cumplimiento de la condena.

La actividad cautelar se explica porque los procesos judiciales no son de cumplimiento instantáneo, requieren de tiempo para su tramitación y posterior culminación. Como dice Asencio Mellado, “si la sentencia se decretara en forma inmediata, tales resoluciones perderían toda razón de ser” (p. 42).

La prisión provisional se considera una medida cautelar, puesto que se impone dentro de un proceso penal, en previsión del cumplimiento de la posible condena. Ese carácter está reconocido en el artículo 243, aparte único del Código Orgánico Procesal Penal.

2. Provisionalidad

La Provisionalidad o cualidad de provisoria que se otorga a las providencias cautelares, consiste en la duración limitada de éstas, comprendida entre el momento en que se acuerdan y el momento en que se produce la sentencia definitiva que pone fin al juicio y extingue los efectos de la providencia cautelar.

Junto con el carácter de provisoriedad a las providencias cautelares también se le asigna el carácter de temporalidad, queriendo significar con ello que no dura siempre, pues tiene una limitación en el tiempo.

Es obvio que la prisión preventiva también posee este carácter de la Provisionalidad, puesto que está llamada, en principio, a ser mantenida hasta el momento en que se produzca la sentencia definitiva, llegado el cual la prisión provisional pierde su vigencia, pues se traducirá en pena si la sentencia definitiva es condenatoria y cesará si la sentencia definitiva es absolutoria.

3. Obedecer a la regla *rebus sic stantibus* o variabilidad

De acuerdo con la **regla *rebus sic stantibus***, las providencias cautelares quedan sometidas a los cambios o modificaciones que presenten las condiciones que hayan determinado su imposición. En virtud de ello se ha sostenido que la prisión provisional debe mantenerse mientras permanezcan los motivos que la ocasionaron.

El Profesor Asencio Mellado, en su obra citada, (pp. 47, 48 y 49), fija claramente el contenido y la operabilidad de la regla *rebus sic stantibus* y así explica:

a) Contenido. La regla *rebus sic stantibus* hace referencia a la dependencia de la vigencia de la prisión preventiva en un proceso determinado, de la subsistencia o invariabilidad de las razones y motivos que constituyeron la base de su adopción.

En su virtud, si dichos motivos desaparecen o varían a lo largo de la causa, correlativamente, la medida cautelar ha de sufrir los efectos derivados de tal modificación y, consecuentemente, debe ser levantada o acomodada a la nueva situación.

b) Operatividad. La operatividad de la regla *rebus sic stantibus*, a diferencia de la temporalidad y la provisionalidad, depende, fundamentalmente, del libre criterio del Juez, el cual, mediante la valoración de los elementos contenidos en los ar-

tículos 503 y 504 de la Lecrim, podrá mantener o levantar la prisión si considera que los motivos han variado o si, por el contrario, permanecen inalterables.

Como veremos, esta regla ha sido acogida por el legislador venezolano.

4. Jurisdiccionalidad

La Jurisdiccionalidad de la prisión preventiva, en cuanto a su naturaleza de medida cautelar, comprende la indisponibilidad del derecho a la libertad, el carácter instrumental de la providencia y el principio de exclusividad jurisdiccional.

Realmente, por ser la libertad un derecho que corresponde a todo hombre, garantizado constitucionalmente, ninguna persona puede renunciar a su ejercicio, y su privación sólo es posible en situaciones predeterminadas por la Ley, sin que sobre las mismas tengan influencia alguna los particulares, toda vez que corresponde exclusivamente al Juez natural pronunciar su procedencia en los casos y condiciones establecidos por la Ley, en atención a un proceso penal, con lo cual se pone de manifiesto que la imposición de la prisión preventiva corresponde a los órganos jurisdiccionales, tal como se establece en el artículo 44 de la novísima Constitución de la República.

Claro está que dentro de esa exclusividad de la jurisdicción, la declaración de procedencia de la prisión provisional, corresponde al juez natural, entendiendo por tal, el Juez ordinario y predeterminado por la Ley, en conformidad con el principio de legalidad que significa que la privación de la libertad solamente puede ser acordada, bien mediante una sentencia condenatoria o bien con fundamento en la existencia de la comisión de un hecho punible, y de fundados o racionales indicios de que una persona lo ha cometido, siempre con miras a evitar que el imputado, pueda sustraerse a la acción de la justicia, poniendo en peligro el desarrollo total del juicio previo.

2. FUNDAMENTOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Dice Giuseppe Chiovenda que “la condición general para dictar una medida preventiva es el temor de un daño jurídico, es decir, la inconveniencia de un posible daño a un derecho o a un posible derecho:” (*Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Volumen I. p. 319. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1954).

Resalta así, con brevedad el Profesor de Roma, las dos condiciones esenciales para decretar una medida preventiva, a saber:

- a) El peligro en la demora o *periculum in mora*; y,
- b) La presunción del derecho que se reclama o *fumus bonis iuris*.

Periculum in mora.

Explica Piero Calamandrei que existe un interés específico que justifica la procedencia de las medidas cautelares, “este interés surge siempre de la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva (*periculum in mora*).” (*Providencias Cautelares*. p. 40. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1945).

Aclara Calamandrei que no basta el estado de peligro, sino que además se requiere que a causa de la inminencia del peligro la providencia solicitada tenga carácter de urgencia, siendo además, necesario que la tutela ordinaria se manifieste demasiado lenta, de manera que su espera dé lugar a que el daño temido se produzca o se agrave. (Páginas 41 y 42).

Como bien lo afirma Asencio Mellado, el *periculum in mora* en el Proceso Penal, está representado por el peligro de fuga del imputado (p. 63) cuya ausencia del proceso no sólo haría imposible la ejecución de la posible condena, sino que también afecta el desarrollo o realización del proceso penal, el cual, como se sabe, no puede cumplirse en ausencia del encartado. En este sentido, es bueno aclarar, que de acuerdo con las normas que regulan el debido proceso, contempladas en el ar-

título 49 de la nueva Constitución de la República, no se permite el juicio en ausencia, pues no se hace excepción alguna y se asienta el principio del juzgamiento en presencia personal.

El Código Orgánico Procesal Penal en su artículo 251, contempla el peligro de fuga configurándolo “especialmente”, a través de las siguientes circunstancias:

- 1.- Arraigo en el país determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto.
- 2.- La pena que podría llegarse a imponer en el caso.
- 3.- La magnitud del daño causado.
- 4.- El comportamiento del imputado durante el proceso, o en otro proceso anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.
- 5.- La conducta predelictiva del imputado.

Parágrafo Primero: Se presume el peligro de fuga en casos de hechos punibles con penas privativas de libertad, cuyo término máximo sea igual o superior a diez años.

En este supuesto, el Fiscal del Ministerio Público, y siempre que concurran las circunstancias de artículo 250, deberá solicitar la Medida de Privación Judicial Preventiva de Libertad. A todo evento, el Juez podrá, de acuerdo con las circunstancias, que deberá explicar razonadamente, rechazar la petición Fiscal e imponer al imputado una medida cautelar sustitutiva. La decisión que se dicte podrá ser apelada por el Fiscal o la víctima, se haya o no querellado, dentro de los cinco días siguientes a su publicación.

Parágrafo segundo: La falsedad, a falta de información o de actualización del domicilio del imputado, constituirá presunción de fuga y motivará la revocatoria de oficio a petición de parte, de la medida cautelar sustitutiva que hubiere sido dictada al imputado”.

Esta disposición nos merece un breve comentario:

La consideramos apropiada al concepto de peligro de fuga, en lo que se refiere al arraigo en el país y la conducta del imputado ante el proceso. Empero respecto a las referencias de la pena que podría imponerse y la magnitud del daño causado, nos parece que se afincan en una rancia presunción de culpabilidad, que es, contraria, por supuesto, al principio de inocencia que ha de imperar en el proceso penal.

En efecto, no siempre la amenaza de la pena necesariamente es un estímulo para la fuga del imputado. El hombre inocente, quien siempre se ha de tener presente en el proceso penal, no huye por el solo anuncio de la pena. El hombre inocente de principio siempre enfrentará el proceso penal, no obstante el mucho miedo que éste le pueda inspirar.

La presunción de peligro de fuga en los términos de ese Parágrafo Primero, fue introducida en la reciente reforma del Código Orgánico Procesal Penal, sancionada el 2 de octubre del 2001, siendo contraria al principio constitucional de progresividad de los derechos humanos, consagrado en el artículo 19 de la Constitución de la República, cuyo respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público. En efecto, esa disposición desmejora la situación procesal del imputado, en orden a su derecho individual a la libertad, así como a su condición de inocente también consagrado constitucionalmente, razón suficiente para que sea desaplicada de conformidad a lo pautado en el artículo 364 constitucional en relación con el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal.

En cuanto a la magnitud del daño causado por el delito, no es posible hacerla valer durante el proceso, sin quebrantar el principio de inocencia, como explicaremos.

Respecto al *fumus bonis iuris*, en el proceso penal, está representado por la probabilidad de atribuir al imputado responsabilidad penal por su participación en el hecho objeto del enjuiciamiento. En este sentido es bueno aclarar que el juicio de probabilidad ha de estar fundado sobre racionales motivos, con entidad probatoria suficiente para fijar indicios respecto a esa participación.

El Código Orgánico Procesal Penal contempla como base de procedencia de la prisión preventiva el *fumus bonis iuris*, tal como ha quedado descrito. Así, en los numerales 1 y 2 de su artículo 250 exige que se acredite (pruebe) la existencia de:

1.- Un hecho punible que merezca pena privativa de libertad y cuya acción penal no se encuentre evidentemente prescrita.

2.- Fundados elementos de convicción para estimar que el imputado ha sido autor o partícipe en la comisión de un hecho punible.

Exige también el Código Orgánico Procesal Penal la concurrencia del peligro de obstaculización en la búsqueda de la verdad respecto a un acto concreto de investigación.

El artículo 252 dispone que para decidir sobre tal peligro, se tendrá en cuenta “especialmente la grave sospecha” de que el imputado:

1.- Destruirá, ocultará o falsificará elementos de convicción.

2.- Influirá para que coimputados, testigos o expertos, informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o inducirá a otros a realizar tales comportamientos, poniendo en peligro la investigación, la verdad de los hechos y la realización de la justicia.

La interpretación de este dispositivo técnico es realmente sencilla, pues se sostiene que el imputado no puede utilizar su libertad para entorpecer la investigación de los hechos, pues a él le incumbe el deber de permitir que la verdad de los hechos fluya libremente en el proceso penal. Se trata de tutelar el descubrimiento de la verdad, como factor preponderante de la realización de la justicia.

Sin embargo, nos merece crítica el empleo de la expresión “**grave sospecha**”, pues la sospecha no es más que una apreciación subjetiva, conjetural que carece de fundamento, por ello preferimos la expresión “**presunción razonable**”, aplicada por el legislador en el ordinal 3 del artículo 250 del mismo Código, toda vez que solamente a través del raciocinio se puede obtener una convicción confiable y respetable.

Cuanto llevamos dicho revela que la detención preventiva solamente encuentra justificación cuando persigue alguno de los fines siguientes:

- 1.- Asegurar la presencia procesal del imputado.
- 2.- Permitir el descubrimiento de la verdad.
- 3.- Garantizar la actuación de la Ley Penal sustantiva.

Como se ve, estos fines son de estricto carácter procesal y ubican a la detención preventiva en su exacto lugar de medida cautelar.

De esta conclusión deriva que sólo para cumplir con fines procesales, se puede decretar la prisión provisional, la cual no puede estar al servicio de fines distintos.

El Código Orgánico Procesal Penal en esta materia contempla el principio de la libertad individual, acatando así el respeto y garantía de ese derecho que consagra expresamente la Constitución de la República con primacía, en su artículo 44.

Efectivamente, la Constitución de la República concibe la libertad personal como un derecho permanente pero permite su privación mediante sentencia dictada en juicio previo, celebrado con todas las garantías. Amparado en este postulado llega el imputado al proceso penal, cuya realización de justicia no puede ser obstaculizada por el abuso que de ese derecho a la libertad pueda hacer él, pues también es finalidad constitucional el afianzamiento de la justicia, para cuyo logro es menester que el imputado no procure sustraerse de ella, ni la obstaculice en manera alguna.

Por tanto, solamente cuando el imputado con su conducta entorpezca el normal desarrollo del proceso penal, se entenderá justificada su detención preventiva.

El Código Orgánico Procesal Penal en su artículo 243 dispone: “Toda persona a quien se impute participación en un hecho punible permanecerá en libertad durante el proceso, con las excepciones establecidas en este Código”.

Esta es la regla que rige en el proceso penal venezolano; aun cuando aparezcan acreditados la comisión de un hecho punible, que merezca pena privativa de libertad y racionales indicios de que el imputado es autor o partícipe del hecho, toda vez que esos son los requisitos que justifican la instauración del juicio previo; y sólo se podrá llegar a la privación de la libertad del imputado, cuando a través de una sentencia condenatoria firme, quede desvirtuada su condición de inocente. De modo que al imputado, en principio, mientras es juzgado no se le puede privar de su libertad por el mero hecho de su procesamiento. Solamente cuando racionalmente se presuma que intentará sustraerse de la justicia, o frustrar los fines del proceso, se justificará su detención provisional, ya que ésta tiene como llevamos dicho, estricto carácter cautelar.

Siendo la libertad personal un derecho declarado inviolable por la Constitución de la República, es obvio que las disposiciones que autorizan su restricción o privación se interpreten restrictivamente, como lo ordena el Código Orgánico Procesal Penal en sus artículos 9 y 247.

Además, la privación de libertad en el proceso penal debe ser proporcional a la gravedad del delito, tal como se contempla en el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal: “No se podrá ordenar una medida de coerción personal cuando ésta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y sanción probable”.

Esta norma legal no puede interpretarse, como se ha hecho, en el sentido de una autorización expresa al Juez, para decretar la detención preventiva en todo caso de juzgamiento por delito grave, lo cual implica una violación de la necesidad de interpretación restrictiva de las normas relativas a la privación de la libertad (artículos 9 y 247 del Código Orgánico Procesal Penal).

Si así fuera, se estaría presumiendo, ante la sola gravedad del hecho punible, la culpabilidad del imputado, su sustracción al proceso y se aplicaría también una injustificada razón de defensa social, que implicaría un adelanto de la pena, todo lo cual es violatorio de la condición de inocente.

La gravedad del hecho, insistimos, no justifica por sí sola la privación de libertad, la cual, repetimos, por su estricto carácter cautelar, solamente puede dictarse en función de los fines del proceso.

Conviene aclarar que en la doctrina se refiere la proporcionalidad a la correlación de los derechos del individuo en conservar su libertad deambulatoria y del Estado en mantener la paz social y alcanzar la efectiva realización de la justicia penal. Por ello se dice con fundamento en el principio de proporcionalidad, que la medida de detención preventiva debe reducirse a lo estrictamente necesario, tratando siempre de evitar que se transforme en una anticipada aplicación de la pena en virtud de su exceso, puesto que con la detención preventiva, indudablemente, se quiebran el derecho a la libertad y el principio de inocencia.

La detención preventiva es una medida excepcional ante la regla que consagra a la libertad por principio rector del proceso penal, como lo reconoce el propio legislador en el artículo 9 del Código Orgánico Procesal Penal.

Es más, por ministerio del artículo 243, aparte único, **ejusdem**, la privación de libertad sólo puede aplicarse, cuando las medidas cautelares no privativas de la libertad sean insuficientes para asegurar las finalidades del proceso.

Precisamente, por atender exclusivamente a las finalidades del proceso, el legislador ha fijado un límite temporal a la detención preventiva en el primer aparte del artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal, según el cual, en ningún caso la detención preventiva podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder del plazo de dos años.

Sin embargo el Legislador, en la reforma sancionada el 2 de octubre del 2001, afincado en el errado concepto de pretender que a través de la Ley Procesal se puede hacer política criminal sin desnaturalizar su objeto y fines, introdujo la posibilidad de prorrogar la detención preventiva, quebrantando el derecho a un juicio de duración razonable. La inserción legislativa textualmente expresa:

“Excepcionalmente, el Ministerio Público o el querellante podrán solicitar al Juez de control, una prórroga, que no podrá exceder de la pena mínima prevista para el delito, para el mantenimiento de las medidas de coerción personal que se encuentren próximas a su vencimiento, cuando existan causas graves que así lo justifiquen, las cuales deberán ser debidamente motivadas por el Fiscal o el querellante. En este supuesto, el Juez de control deberá convocar al imputado y a las partes a una audiencia oral, a los fines de decidir, debiendo tener en cuenta, a objeto de establecer el tiempo de la prórroga, el principio de proporcionalidad”.

Con la regulación de esa prórroga se quebranta un requisito básico del debido proceso penal que establece una duración razonable a su desarrollo. Tal requisito está contemplado en pactos internacionales sobre derechos humanos suscritos y ratificados por Venezuela, como son el Pacto de San José de Costa Rica (artículo 7, ap. 5) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 9, ap. 3), circunstancia que los erige en normas constitucionales y hace obligatorio su acatamiento, de conformidad con el artículo 23 constitucional.

En todo caso, para la interpretación de este dispositivo, se debe tener en cuenta también, que es principio angular del proceso penal venezolano, su celebración o desarrollo sin dilaciones indebidas (artículo 1º del Código Orgánico Procesal Penal), razón por la cual la prórroga debe estar muy bien justificada y no acordarse con la superficialidad que se advierte en nuestra práctica procesal. Ello entendiendo, por supuesto, que los principios son el fundamento esencial de las instituciones jurídicas.

De otra parte, como quiera que la innovación legislativa comentada quebranta el principio de progresividad de los derechos a la libertad, a un juicio de duración razonable sin dilaciones indebida, entendemos que debe desaplicarse por ser violatoria de los artículos constitucionales 19, 23 y 49, de acuerdo acon el artículo 334 de la misma Constitución, en relación con el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal.

La regulación legal de la privación judicial preventiva de la libertad, contemplada en el Código Orgánico Procesal Penal y su debida interpretación restrictiva, conduce a estimar que sólo la necesidad de evitar

los riesgos de entorpecimiento a la realización del juicio previo, hace procedente el decreto de dicha privación.

Esto queda corroborado por la permanente revisión a que queda sometida la medida cautelar de detención preventiva, prevista en el artículo 264 del Código Orgánico Procesal Penal, la cual no es más que una aplicación de la regla de variabilidad o *rebus sic stantibus* comentada *ut supra*.

En virtud de esta disposición legal, el imputado queda facultado para solicitar cuantas veces considere pertinente la revocación o sustitución de la medida de privación de la libertad y al Juez se le impone el deber de examinar la medida a los fines de su mantenimiento cada tres meses y cuando lo estime conveniente podrá sustituirla con otras medidas menos gravosas.

Esto simplemente obedece a los posibles cambios de las condiciones primitivas que dieron origen a la medida de privación de libertad, cambios o modificaciones que muy bien pueden hacerla aparecer como una medida exagerada y hasta innecesaria, dando así lugar a su sustitución o revocación.

La reforma en el artículo 264 del Código Orgánico Procesal Penal, niega apelación a la decisión denegatoria de la revocación o sustitución de la medida, incurriendo nuevamente en violación de progresividad de los derechos, negando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la libertad en el proceso, contemplado en los artículos constitucionales 26 y 44, y por tanto la negativa del recurso de apelación debe ser desaplicada conforme a lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución de la República en relación con el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal.

El artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal, faculta al Juez de Control para decretar, a solicitud del Ministerio Público, la privación preventiva de libertad del imputado y a tal efecto exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

“1.- Un hecho punible que merezca la pena privativa de libertad cuya acción penal no se encuentre evidentemente prescrita:

2.- Fundados elementos de convicción para estimar que el imputado ha sido autor o partícipe en la comisión de un hecho punible.

3.- Una presunción razonable, por la apreciación de las circunstancias del caso particular, de peligro de fuga o de obstaculización en la búsqueda de la verdad respecto a un acto concreto de investigación.

Dentro de las 24 horas siguientes a la solicitud fiscal, el juez de control resolverá respecto al pedimento realizado. En caso de estimar que concurren los requisitos previstos en este artículo para la procedencia de la privación judicial preventiva de libertad, deberá expedir una orden de aprehensión del imputado contra quien se solicitó la medida.

Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su aprehensión, el imputado será conducido ante el Juez, quien, en presencia de las partes y de las víctimas, si las hubiere, resolverá mantener la medida impuesta, o sustituirla por otra menos gravosa.

Si el Juez acuerda mantener la medida de privación judicial preventiva de libertad durante la fase preparatoria, el Fiscal deberá presentar la acusación, solicitar el sobreseimiento o, en su caso, archivar las actuaciones, dentro de los treinta días siguientes a la decisión judicial.

Este lapso podrá ser prorrogado hasta por un máximo de quince días adicionales, sólo si el Fiscal lo solicita por lo menos con cinco días de anticipación al vencimiento del mismo.

En este supuesto, el Fiscal deberá motivar su solicitud y el Juez decidirá lo procedente luego de oír al imputado.

Vencido este lapso y su prórroga, si fuere el caso, sin que el Fiscal haya presentado la acusación, el detenido quedará en libertad, mediante decisión del juez de control, quien podrá imponerle una medida cautelar sustitutiva.

En todo caso, el Juez de juicio –a solicitud del Ministerio Público– decretará la privación judicial preventiva de la libertad del acusado cuan-

do se presuma fundadamente que éste no dará cumplimiento a los actos del proceso, conforme al procedimiento establecido en este artículo.

En casos excepcionales de extrema necesidad y urgencia, y siempre que concurran los supuestos previstos en este artículo, el Juez de control, a solicitud del Ministerio Público, autorizará por cualquier medio idóneo, la aprehensión del investigado. Tal autorización deberá ser ratificada por auto fundado dentro de las doce horas siguientes a la aprehensión, y en lo demás se seguirá el procedimiento previsto en este artículo”.

A decir verdad, no encontramos justificación a esta previsión legal, puesto que si el representante del Ministerio Público tiene ante sí cumplidos los requisitos del *fumus bonis iuris* y del *periculum in mora*, no entendemos por qué no ha de formular su acusación, sin perjuicio de solicitar la medida preventiva de detención, la cual, pensamos no se puede considerar procedente para conceder tiempo al fiscal para que prepare y formule una acusación, cuyos elementos esenciales se tienen a la mano. De otra parte, ante tales condiciones no se puede solicitar el sobreseimiento de la causa, ni archivar las actuaciones, puesto que se dan los fundamentos de la acusación.

Menos se nos alcanza a entender, la facultad que se acuerda al Juez de Control, para en un acto de encubrimiento a la negligencia del fiscal, aplicar una medida sustitutiva preventiva, con lo cual se quebranta el esencial principio de sistema acusatorio: “no hay Juez, sin actor” (*nemo iudex sine actore*).

Nuevamente tildamos de inconstitucional la facultad que la reforma concede en el último aparte del artículo 250 comentado, para detener a priori al sindicado, toda vez que se irrespeta el principio del juicio previo y se viola la garantía del derecho a la libertad individual, disposición legal que por sólo quebrantar el principio de la progresividad de los derechos humanos, también pueden ser declarada inconstitucional y, por consiguiente, ser desaplicada como repetidamente hemos expresado.

Frente al imputado esa disposición se presta al injusto ejercicio de la arbitrariedad y es nugatoria del derecho a la defensa.

Es conveniente admitir de una buena vez, que la libertad es un valor superior y un derecho fundamental, cuya privación o restricción debe ser extremadamente justificada y, sobre todo, proporcionada ante la circunstancia que la demande.

También cabe advertir que no siempre que sea solicitada la detención preventiva, ésta es procedente, porque el Código Orgánico Procesal Penal en su artículo 253, contempla la eximición de prisión, para aquellos casos en los cuales el delito materia del proceso merezca una pena privativa de libertad, que no exceda de tres años en su límite máximo, que el imputado haya tenido una buena conducta predelictual permitiendo solamente la aplicación de medidas cautelares sustitutivas.

Este dispositivo técnico que en principio se adecúa a la concepción del derecho a la libertad como valor superior y derecho fundamental, adolece del defecto de contemplar la exigencia de que el imputado haya tenido una buena conducta predelictual. Esta exigencia es claramente inconstitucional, puesto que contradice el principio de inocencia que protege al encausado durante el desarrollo del proceso penal. El registro de antecedentes penales no es un delito, ni una presunción de culpabilidad, ni de frustración de los fines del proceso. No se olvide que el principio de inocencia rige para el proceso penal en concreto que se sigue al imputado, a quien no se justifica conculcarle su derecho a la libertad en atención a un anterior comportamiento antijurídico. Podría tratarse por ejemplo –se nos ocurre– de un exconvicto rehabilitado, contra quien infundadamente se haya incoado una acusación. ¿Sería justo privarlo de la libertad, valor superior y derecho fundamental, que corresponde a todo hombre por el solo y simple hecho de haber cumplido condena? Nuestra respuesta es absolutamente negativa.

Precisamente, por los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, el legislador ha contemplado en el artículo 256 medidas sustitutivas de la privación judicial preventiva de la libertad, las cuales son de muy sencillo entendimiento y alcance, pero entre las cuales figura la excarcelación, la cual nos merece comentarios.

Comencemos por reproducir un oportuno pasaje expresado en la obra *La excarcelación de José I. Cafferata Nores* y otros autores. (Tomo I. Segunda Edición. p. 35. Depalma. Buenos Aires. 1988).

“Establecido ya, en nuestro análisis, que el fundamento del encarcelamiento preventivo es la necesidad de asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley, y que aquel rigor máximo deja de justificarse cuando estos objetivos pueden ser cautelados con medidas menos severas, surge la idea de evitarlo antes de que ocurra, o de hacerlo cesar cuando ya se haya producido, siempre que en ambas hipótesis la privación de libertad no sea necesaria.

Si para asegurar el sometimiento del imputado al proceso y a la eventual sentencia condenatoria, es suficiente con que éste presente una fianza, será una precaución excesiva mantenerlo encarcelado. Si esos objetivos pudieran asegurarse con el mero compromiso del imputado asumido al efecto, la exigencia de fianza también será excesiva y mucho más aún, la pretensión de encerrarlo en una cárcel.

En síntesis, cuando no sea necesario el encarcelamiento preventivo, es preciso evitarlo o hacerlo cesar manteniendo o dejando libre al imputado y asegurando mediante garantías económicas o simple promesa su sometimiento al proceso y a la ejecución de la pena”.

Efectivamente, la excarcelación opera cuando la sujeción del imputado al proceso se logra sin encarcelarlo, mediante la constitución de una garantía económica o su juramento de estar y permanecer a disposición del órgano jurisdiccional, comprometiéndose además, al cumplimiento de adicionales obligaciones.

De acuerdo con nuestra legislación procesal penal, la libertad bajo caución se produce en las modalidades siguientes:

a) Libertad bajo caución juratoria, prevista para aquellos casos en los cuales el imputado, tiene imposibilidad manifiesta de presentar fiadores y carencia de capacidad económica, para ofrecer caución real (Artículo 259 del Código Orgánico Procesal Penal).

b) Libertad bajo caución personal, mediante la cual dos o más personas se obligan a responder por la conducta procesal del imputado, comprometiéndose además, satisfacer los gastos de captura y los costos procesales hasta el día en que el afianzado se hubiere ocultado o fugado y a pagar por vía de multa, en caso de ausencia del imputado, la cantidad de dinero que se fije al efecto. (Artículos 256, numeral 8 y 258 del Código Orgánico Procesal Penal).

c) Libertad bajo caución real, prestada por el imputado o un tercero en su favor, mediante el depósito de dinero, títulos valores y garantías reales (Artículo 256, numeral 8).

Llama la atención el contenido del artículo 257 del Código Orgánico Procesal Penal, el cual dispone:

“Para la fijación del monto de la caución el tribunal tomará en cuenta:

- 1.- El arraigo en el país del imputado, determinado por la nacionalidad, el domicilio, la residencia, el asiento de su familia, así como las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.
- 2.- La capacidad económica del imputado.
- 3.- La entidad del daño causado.

La caución económica se fijará entre el equivalente en bolívares de treinta a ciento ochenta unidades tributarias, salvo que, acreditada ante el Tribunal la especial capacidad económica del imputado, se haga precedente la fijación de un monto mayor”.

Esta disposición de suyo odiosa, es inconstitucional, en primer lugar porque hace depender la fijación del monto de la caución económica, de la entidad del daño causado, en un aspecto que vulnera el principio constitucional de inocencia. (Artículo 49, numeral 2 de la Constitución de la República), ya que si el imputado se tiene por inocente, su libertad no se puede cuestionar por la entidad de un daño, que a esas alturas del proceso no se sabe si lo causó, cuestión que en todo caso corresponde

determinar a la sentencia definitiva de carácter condenatorio que destruya la condición de inocente. En otro aspecto, la caución económica no tiene por finalidad cubrir o compensar el daño causado, sino que su monto está destinado a cubrir los gastos de captura en caso de fuga o ausencia del imputado.

Respecto a la capacidad económica del imputado, particularmente su **“especial capacidad económica”** expresa de suyo una inconstitucional desigualdad ante la ley, puesto que ubica, la concesión de la libertad en función de la hacienda, y lo que es más odioso y grave, subasta el derecho, puesto que en ese caso, la libertad se otorgará al mejor postor, es decir, al que más pague. Simplemente odioso.

CONCLUSIÓN

Como conclusión de este breve trabajo, puede afirmarse que ha quedado totalmente erradicada, la inhumana y despiadada concepción de la presunción de culpabilidad que otrora reinara en el proceso penal venezolano, y bajo cuyo amparo se dictaron y practicaron arbitrarias e infundadas detenciones, a través de la oprobiosa figura del auto de detención contemplada por el Código de Enjuiciamiento Criminal derogado.

Hoy día, al imputado se le reconoce la condición de inocente, (Artículo 49, numeral 2 de la Constitución de la República), un estado jurídico con el cual entra y permanece en el proceso penal y que lleva a justificar mediante decisión motivada, la medida extrema de la detención preventiva, la cual, como vimos es excepcional y tiene un exclusivo y estricto carácter cautelar que sólo la hace procedente, cuando se dicta con fines procesales, quedando excluida toda posibilidad de decretarla atendiendo fines de control social o política criminal.

Sobre este punto dice Carlos Enrique Edwards: (*Garantías Constitucionales en materia penal*. p. 29. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1996).

“Estos requisitos (carácter excepcional de la medida, interpretación restringida y presupuestos de viabilidad) son imprescindibles para que proceda una medida procesal cautelar, que sólo persigue neutralizar la

peligrosidad del imputado, a fin de que no burle la acción de la justicia. **Cualquier otro tipo de exigencias, que no tenga en miras evitar que el encausado sea peligroso para el proceso penal, desnaturaliza la esencia misma de las medidas de coerción personal, transformándolas en un instrumento de control social.**

Esta desnaturalización implica que estas medidas abandonan el campo de la política procesal, para ingresar al ámbito de la política criminal, entre cuyos fines se encuentra la de disminuir el índice delictivo combatiendo la peligrosidad criminal; **por ello, cuando se emplean las medidas de coerción personal, no para su verdadero fin, que es evitar la peligrosidad procesal del imputado, sino para impedir que el imputado continúe en su actividad delictiva, se genera una distorsión en el funcionamiento de estas medidas; las prolongadas e indefinidas prisiones preventivas son un palmario ejemplo de un verdadero anticipo de pena, sin que el imputado haya sido condenado**". (Destacamos nosotros).

Efectivamente, no puede dejar de considerarse que el mero sometimiento al proceso penal, causa un intenso sufrimiento moral al imputado y ello debe ser suficiente para no emplear dicho proceso como un castigo en sí mismo, dando origen a la nefasta figura del **"reo sin condena"**, puesto que la detención preventiva al fin y al cabo se identifica con la pena, en que ambas consisten en una privación de libertad, razón suficiente para considerar que tal detención no puede constituirse en regla general y que además, la que por excepción se acuerde, no puede prolongarse indefinidamente en el tiempo, pues tal como se sostiene en doctrina, la detención preventiva debe tener un límite temporal fundado en un criterio de razonabilidad y siempre con la atención fijada en las condiciones y circunstancias que la hayan determinado, pues si éstas cambian la detención preventiva puede ser substituida por una medida cautelar menos rigurosa o bien puede ser revocada.

Como bien afirma Cafferata Nores:

"Si el imputado es inocente debe ser tratado como tal, lo que significa no sólo la prohibición de penarlo antes del fallo condenatorio, sino tam-

bién la de menoscabarlo en su derecho a la libertad, salvo cuando no hacerlo signifique comprometer seriamente los resultados del juicio previo”. (*Ob. Cit.* p. 6). Más adelante agrega:

“Quien pretende reprimir durante el proceso se olvida que la pena no puede ser previa al juicio, sino previo el juicio”. (*Ob. Cit.* p. 15). –Destacamos nosotros–

En otras palabras, el proceso penal de una nación no es un castigo, sino el instrumento necesario para saber si se puede aplicar el castigo, lo cual implica un profundo y reverente respeto por el derecho a la libertad personal, que ha de exhibir el proceso penal propio del Estado democrático.

Esta afirmación nos hace recordar una sabia expresión de James Goldschmidt acerca de los principios de la política procesal:

“Los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución”.

(*Principios Generales del Proceso*. Tomo II. pp. 109 y 110. EJEA. Buenos Aires. 1961).

Y para concluir, una oportuna y consecuente admonición del Legislador contenida en el artículo 102 del Código Orgánico Procesal Penal:

“Se evitará en forma especial, solicitar la privación preventiva de libertad del imputado cuando ella no sea absolutamente necesaria para asegurar las finalidades del proceso”.

Notas sobre la Prueba de Informes en el Proceso Penal Venezolano

Hugo NEMIROVSKY*

SUMARIO:

Introducción

- 1. La prueba de informes.**
- 2. Principios y normas que regulan la materia probatoria en el COPP.**
- 3. Los medios de prueba en el COPP y la prueba “de” o “por” informes.**
- 4. Aplicación y alcance de la prueba “de” o “por” informes en las diferentes fases del proceso penal**

Conclusiones

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado *cum laude*, Profesor en Pre y Posgrado. **Universidad de Illinois**, Master of Comparative Law, **Georgetown University**, D.C., Investigador visitante. **Procuraduría General de la República**, Ex Director de Personería de la Nación. **Comisión Nacional de Valores**, Ex Consultor Jurídico y Ex Subsecretario Ejecutivo. **Escritorio Wallis, Méndez, Bazó, Volante, Nemirovsky y Perrota**, Socio. Autor de varias publicaciones y de artículos en revistas especializadas.

INTRODUCCIÓN

Con ocasión de la investigación y preparación de nuestras clases en materia de Teoría General de la Prueba, tuvimos la oportunidad de estudiar un artículo relativo al medio de prueba objeto de estas notas (Palacio, Lino Enrique, Reflexiones sobre la Prueba de Informes en el Proceso Penal en libro en Memoria del profesor Santiago Sentís Melendo, página 191, La Plata, Bs. As. 1996), por lo cual hemos considerado de interés dedicar estas páginas a realizar una semblanza sobre la aplicación y alcance de la denominada prueba de informes, prevista en el artículo 433 del Código de Procedimiento Civil (CPC), en el proceso penal regulado por el Código Orgánico Procesal Penal (COPP). Tal interés surge debido a que dada la no lejana incorporación del citado medio de prueba en el CPC (1987), así como la más cercana entrada en vigencia de la nueva estructura del proceso penal prevista en el COPP, existen interrogantes en cuanto a la aplicación y alcance de aquél en las diferentes fases que integran el procedimiento previsto en el COPP.

Antes de exponer las aludidas interrogantes, así como las respuestas que nos merecen las mismas, es necesario referirnos en forma general al instituto de la prueba de informes y, posteriormente, a las normas y principios de derecho probatorio incluidos en el COPP.

1. LA PRUEBA DE INFORMES

Este medio autónomo de prueba que algunos denominan “de informes” y otros “por informe” (Ver Urdaneta Sandoval, *La prueba por Informe en Sentido Propio en el Derecho Procesal Civil Venezolano*, en Revista de Derecho Probatorio N° 7, página 162, Caracas 1996), fue introducido en el CPC de 1987 en la sección relativa a los instrumentos de la prueba por escrito (Libro Segundo, Título II, Capítulo V, Sección 1° CPC) y permite incorporar al proceso datos y elementos relativos al objeto de la controversia que reposan en archivos de personas jurídicas, aunque sean terceros, los cuales, en nuestro criterio, no pueden ser aportados por las partes a través de otros medios de prueba. En tales circunstancias, el juez, a solicitud de parte, requiere del ente respectivo se sirva remitir un informe de los datos solicitados (prueba de informes en

sentido propio) o una copia del documento donde consten los datos solicitados (prueba de informes en sentido impropio). Nuestra jurisprudencia es ambigua en cuanto al carácter subsidiario de este medio de prueba (a favor Sentencias del 07-12-00 del Juzgado Superior Cuarto del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas; 14-5-01 Juzgado Superior Cuarto Civil Mercantil y de Tránsito del Área Metropolitana de Caracas, 09-05-01 Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil y de Tránsito del Área Metropolitana de Caracas. En contra, sentencia del 13-08-99 Juzgado Superior Quinto del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas).

Independientemente de si el mismo debe ser reputado como un documento, medio de prueba por escrito, y por ende con todas las consecuencias que ello acarrea desde el punto de vista de su producción en el proceso, impugnación, etc., o por el contrario dentro del grupo tipificado como de “prueba libre” de conformidad con el 395 CPC, caso en el cual debe determinarse si se aplican las regulaciones de medios de prueba análogos o el juez crea alguna que le sea específica, es importante establecer la finalidad que se persigue con su evacuación en el proceso.

Siguiendo la doctrina que en nuestra opinión es la más acertada, la prueba “de” o “por” informes busca dar acceso a datos (fuente de prueba) vinculados a las afirmaciones de hecho de las partes que son tema de prueba, los cuales no pueden ser adminiculados al expediente por otro medio probatorio (v. g. exhibición, copia certificada). El aporte de datos mediante la producción del informe (en sentido estricto o propio) es claramente diferenciable y por ende no debe confundirse con otros medios de prueba (testimonio, experticia, confesión), tal como suele suceder en el supuesto del envío de una copia que contiene los datos solicitados (sentido impropio), caso en el cual la tendencia a calificarla como prueba documental desnaturaliza el tratamiento que debe otorgársele a la misma. A este respecto, la doctrina que se avocó con mayor profundidad al estudio de este tema afirma, como rasgo diferenciador entre la prueba de informes y la documental la ausencia de “... pre-constitución y aun la pre-existencia ...” en la primera (Sentís Melendo, Santiago La Prueba página 166 Ejea, Buenos Aires 1978).

En relación con lo anterior, y aunque no es esta la oportunidad de referirnos en detalle a la prueba documental, es oportuno mencionar que en nuestro derecho no todo objeto en el cual se encuentra representado un hecho o una manifestación del pensamiento es considerado como un documento medio de prueba por escrito. Sabido es que estos últimos son los que define el artículo 1.355 del Código Civil (CC) en sus diversas modalidades público (1.357 CC) y privado (1.363 CC), primordialmente contentivos de un negocio jurídico (parte dispositiva del documento) el cual, dependiendo de las formalidades observadas para su otorgamiento (autenticidad = certeza legal de quien emana + data + firma), podrá ser oponible no sólo entre las partes sino también frente a terceros, y por ende, por su certeza (fe pública), tendrá un ámbito más restringido para contrarrestar la medida probatoria del mismo (plena fe). En este punto vale la pena recordar la distinción entre los conceptos de autenticidad externa e interna del documento. La primera es la capacidad del objeto o soporte del contenido para ser reputado como medio de prueba por escrito, público o privado, es decir, que sin prejuzgar sobre la validez o no del negocio jurídico incorporado al mismo (1.355 CC), éste tendrá el peso probatorio asignado a ellos por el legislador. Este concepto está vinculado al acto de documentación (v. g. Actividad de incorporar las declaraciones de voluntad al objeto) y su impugnación se lleva a cabo mediante la acción de tacha de falsedad (1.380 CC y 1.381 CC). El segundo concepto (autenticidad interna) se relaciona con la verdad del contenido. En los documentos públicos el grado de certeza de este último es superior a cualquier otro, razón por la cual el legislador sólo permite desvirtuarlo por la acción de simulación (1.360 CC). En los documentos privados, en cambio, tal grado de certeza es inferior, admitiéndose respecto del contenido cualquier medio de prueba para desvirtuarlo (1.363 CC).

Con anterioridad a 1987 y paralelamente al universo de la prueba documental que regula nuestra legislación, debe destacarse que tanto la doctrina como la jurisprudencia fueron reconociendo la existencia de otros documentos que no contienen un negocio jurídico pero que reúnen las características de autenticidad (v. g. documentos públicos administrativos y judiciales) que permiten asimilarlos en cuanto a su evacuación e impugnación a un documento público (prueba por escrito). Debe acla-

rarse sin embargo, que la calificación de “públicos” que reciben los mismos pretende hacer referencia a la autoridad de quien emanan (funcionarios públicos) y no al concepto tradicional incluido en el CC. A partir de la entrada en vigencia del CPC de 1987, algunos de ellos se regulan expresamente (429 CPC y 502 CPC) y se permiten cualesquiera otros medios que no estén prohibidos (395 CPC) entre los cuales se incluyen objetos que representan hechos o enseñan algo, los cuales pueden ser anexados al expediente. Esta categoría, incluyendo al documento electrónico o informático, nos hace inferir que estamos ante una multitud de nuevos documentos que deben ser tratados como tales y adaptarlos, en cuanto a su incorporación al proceso, en los términos indicados en el 395 CPC.

Tomando en cuenta lo arriba expuesto podemos afirmar que el instituto de la prueba documental debe centrarse en analizar los tres elementos que integran cualquier documento, entendido éste en su sentido más amplio, a saber: soportes, grafías y declaraciones.

Si comparamos lo mencionado en los tres párrafos precedentes con la norma que regula la prueba “de” o “por” informes, forzoso es concluir que esta última **normalmente** emana de un tercero que no conoce de los hechos objeto de la controversia. (Aunque en abstracto el medio de prueba en estudio puede ser requerido a alguna de las partes, no es fácil percibir en qué circunstancias sería factible la misma, aún agotados los medios que podemos denominar principales, v. g. exhibición y copia certificada). Por otra parte, la declaración simplemente debe circunscribirse a reproducir en el informe los datos que reposan en el archivo o registros o, en su defecto, remitir una copia del mismo. En el primer caso estaríamos en presencia de una declaración que hace la persona jurídica a través de un órgano persona física, pues por su naturaleza no hay otra forma en que se pueda expresar la misma. (De lo expuesto puede inferirse por qué se diferencia del testimonio. En efecto, en este último el tercero conoce los hechos, en cambio el informante se circunscribe a reproducir y transmitir al juez los datos de los documentos que reposan en sus registros y archivos. Al respecto ver sentencias de fechas 9-7-88 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y 4-3-99 Juzgado Superior Quinto del Trabajo del Área Metropolitana de

Caracas). En el segundo supuesto, el contenido de la copia únicamente debería ser observable por lo que respecta al dato solicitado, sin importar el acto o hecho que pueda contener el mismo. En ambos casos el control de la prueba debe venir dado por la comparación (exhibición) del dato incorporado al informe o incluido en la copia remitida, con respecto al original que reposa en los archivos de la entidad o persona jurídica en forma similar a lo previsto en el 429 CPC.

Hechas las precedentes referencias creemos que la prueba “de” o “por” informes es parte integrante del género prueba documental pues, dejando de lado que el legislador la incorporó y dentro de los medios de prueba por escrito, (lo cual en nuestro derecho tiene una connotación específica) es indudable que al analizar sus tres elementos (soporte, grafía y declaración), su calificación no puede ser otra que la de un instrumento y por lo tanto su producción e impugnación en el proceso debe ser adaptado, de ser posible, a la de los instrumentos medios de prueba por escrito, o en su defecto mediante el mecanismo que el juez determine, todo de conformidad con el 395 CPC. Paralelamente a la forma en que consideramos sería controlable esta prueba debemos agregar que la oportunidad para efectuarla, residualmente, sería a través de la articulación probatoria del 607 CPC.

Entendemos, por otra parte, que la prueba de informes si bien autónoma no es principal. En otras palabras, el aporte de datos a través del informe es un medio de prueba que no es accesorio de otros ni es un medio mixto; sin embargo, en nuestro criterio, sólo debería servir para complementar los hechos objeto del litigio y sobre los cuales existan otros medios de prueba. Con esta opinión deseamos separarnos de la doctrina que descalifica la existencia de este medio de prueba y la que reconociéndola duda de su admisibilidad en ciertas circunstancias.

La doctrina que defiende no sólo la existencia y por ende su admisibilidad, sino también la autonomía e importancia de la misma, se sustenta fundamentalmente en ...“ la complejidad de todos los sistemas de registración *lato sensu*, lo que torna sumamente engorrosa (y en oportunidades materialmente imposible) la transmisión de los datos registrados hacia el proceso por los medios tradicionales (por ejemplo, testimonio, o su

directa aprehensión) por la autoridad judicial (por ejemplo mediante una inspección)” (Urdaneta S. Carlos A., *Ob. Cit* página 224. En igual sentido Palacio, Lino Enrique *Ob. Cit.* página 194). Puede agregarse que dicha prueba “nació para evitar que se testimoniara sobre hechos guardados documentalmente por personas jurídicas de funcionamiento complejo, que muchas veces, debido a la dinámica de estos entes, entre sus directores, empleados y administradores, no se sabe quién hizo las anotaciones en los libros, o quién archivó los datos, y por lo tanto el testigo (persona natural) no podría contestar preguntas sobre estos extremos, necesarios para establecer la identidad de la prueba o la autenticidad de la misma). (Cabrera R. Jesús Eduardo, *Algunas Apuntaciones Sobre el Sistema Probatorio del COPP en la Fase Preparatoria y en la Intermedia*, Revista Derecho Probatorio N° 11 página 80, Caracas 1999).

En conclusión, somos del criterio que la prueba de informes, aun cuando fue incorporada dentro de los medios de prueba por escrito en el CPC, no se corresponde con la naturaleza de los mismos según el CC, por lo cual **no es documento medio de prueba por escrito**. De esto sigue que, si bien su producción e impugnación puede ser asimilado a lo regulado para los medios de prueba por escrito según el 395 CPC, su peso probatorio no está tarifado y por lo tanto a los efectos de su valoración deberán aplicarse la regla de la sana crítica (506 CPC). (Ver sentencia de fecha 10-11-99 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sala Especial II).

Tomando en cuenta las anteriores consideraciones, debemos determinar si las mismas son extensibles al proceso penal venezolano de acuerdo con los principios y normas probatorias que lo regulan.

2. PRINCIPIOS Y NORMAS QUE REGULAN LA MATERIA PROBATORIA EN EL COPP

La búsqueda de la verdad es la finalidad que persigue el proceso penal “...por las vías jurídicas...” (artículo 13 COPP) la cual, entendemos, se obtiene mediante la demostración de los hechos controvertidos a través de los medios de prueba. El uso del vocablo “verdad” no es exclusivo

de este proceso sino de cualquiera que busque la correcta aplicación del derecho. La interrogante que surge, sin embargo, en estos procesos es, cuál es esa verdad. Tradicionalmente la verdad procesal viene dada por lo que arrojan los diferentes medios de prueba que como vehículos de los hechos (fuentes), tratan de convencer al juez de las respectivas afirmaciones que son objeto del tema de prueba. En su labor verificadora, el juez tratará de determinar la cercanía en cuanto a la verdad de lo afirmado con respecto a lo trasladado al expediente.

Determinada la existencia, validez y eficacia probatoria de los medios aportados, se aplicará, de ser el caso, la tarifa legal o en su defecto la regla de valoración probatoria que permita el ordenamiento (por ejemplo, sana crítica). No tenemos duda que resulta casi imposible reproducir el hecho como fuente de prueba tal como dicho hecho sucedió en la realidad, especialmente cuando se lo describe en los respectivos libelos de demanda (hecho afirmado) o cuando se lo traslada al expediente por algún medio de prueba. Debido a esta situación, prácticamente no existen discusiones doctrinales en cuanto a que la prueba trata de demostrar las afirmaciones de hecho y no el hecho en sí mismo. Por esta razón, creemos que el legislador buscó a través de ficciones jurídicas crear, para ciertos actos o negocios, una verdad que limitara la posibilidad, al menos probatoriamente, de desvirtuar la certeza del acaecimiento de tales actos o negocios (hechos con relevancia o efectos jurídicos). Así, al otorgar el valor de plena prueba al documento público, el legislador nos indica (le indica al juez) que deben ser reputados como verdaderos los actos contenidos en ese objeto (por ejemplo, papel), que han cumplido con ciertas formalidades y que han sido considerados relevantes a efectos del tráfico y seguridad jurídica no sólo de las partes involucradas sino también de la colectividad en general. No obstante lo expuesto, perdura la duda de saber si estamos frente a la verdad perseguida por el proceso, o mejor dicho, si ¿es esa la verdad anhelada?

Indudablemente que la verdad buscada sería aquella que quedara plasmada por la plena correspondencia entre el hecho tal y cual sucedió y los medios que así lo demostraran. En otras palabras, la finalidad enunciada en el artículo 13 del COPP no estaría satisfecha totalmente si el juez no logra llegar a la anterior conclusión y su decisión se basa en lo

que arrojen las pruebas que han cumplido los requisitos para su admisión y posterior valoración. El logro de esa coincidencia o su mayor cercanía (Hecho = Prueba = Verdad) vendrá dada no solamente por las iniciativas probatorias del juez (sujeto a los límites de la controversia) sino por la aplicación de ciertos principios, que como veremos forman parte del proceso penal regulado por el COPP y que deberían extenderse a la totalidad de los procesos.

En efecto, el COPP establece el juicio oral y público (artículos 14 y 15). Lo anterior hace necesario la inmediación del juez y la concentración de los actos procesales, todo lo cual es reconocido por el COPP (artículos 16 y 17). Los principios especificados permiten una estrecha vinculación del juez con los hechos discutidos (afirmados) y con los medios de prueba aportados, los cuales deben ser obtenidos en forma legítima (197 COPP). De esta manera se minimiza la posibilidad de que la verdad “material” o, si se me permite el término, “verdadera” se aleje y con ella la finalidad procesal buscada.

Como consecuencia de los principios apuntados, en forma general, puede afirmarse que en los casos de no existir una tarifa legal para valorar un determinado medio de prueba, el juez puede dar relevancia a alguno de ellos, que normalmente en los procesos donde no existe inmediación son de dudosa confiabilidad (por ejemplo, testigos), o restarle a otros que la tenían. La inmediación y oralidad permiten observar circunstancias que de otra forma sería difícil determinar (capacidad sensorial, estados psíquicos, nerviosismo, etc.). Esto aumenta pero no garantiza el logro de la finalidad perseguida.

Al respecto, el proceso penal indica que las pruebas (medios) incorporadas en la audiencia (artículo 14 COPP) deben ser presenciadas por el juez en forma ininterrumpida, tanto por lo que se refiere al debate, como a la inserción de las mismas (artículo 16 COPP). Su valoración por el juez debe efectuarse según la regla denominada de la “sana crítica”, la cual requiere la aplicación de normas de lógica y de máximas de la experiencia. El COPP en su artículo 22 así lo establece

agregando, además, dentro de la regla de valoración antes indicada, los conocimientos científicos.

La aplicación de la citada regla plantea cuestionamientos de la doctrina por lo que respecta a ciertos medios de prueba que tienen una tarifa, como por ejemplo los documentos medios de prueba por escrito (Cabrera R. Jesús E., *Ob. Cit* páginas 76, 77 y 78). En otras palabras, ¿ha derogado el COPP, por lo que respecta al proceso penal, la tasación asignada a los documentos medio de prueba por escrito en virtud de la regla de valoración prevista en el citado artículo 22 COPP? La doctrina citada se inclina por la negativa (Cabrera R. Jesús E. *Ob. Cit.* p. 77). Aunque coincidimos en la conclusión de la misma, nuestros argumentos para sustentarla abarcan un ángulo diferente, el cual lo consideramos relevante para afirmar que el artículo 22 COPP debe ser interpretado, a la luz de una sana hermenéutica jurídica, como un principio general que debe aplicarse a cualquier medio de prueba que no tenga, en razón de su naturaleza y conforme al ordenamiento jurídico, un tratamiento específico en cuanto a su valoración .

El ángulo antes aludido, que sirve de sustento a la anterior afirmación, se centra en indagar sobre la naturaleza de las normas que regulan toda la materia de la prueba por escrito. La historia, cierta parte de ella recóndita, nos indica (¿prueba?) que la materia documental surge como una necesidad del derecho sustantivo, material o de fondo, a fin de mejorar como antes se indicó, el tráfico y la seguridad jurídica. No existía, según cuenta esa historia, para el momento de la formación del documento, la concepción (¿voluntad?) de crear un medio de prueba, sino que, debido, entre otras cosas, al súbito crecimiento del volumen de negocios, permitía contabilizar y ordenar en forma más eficiente las múltiples relaciones que creaba un solo individuo. Esta realidad existió antes de la aparición de proceso alguno. Aunque posteriormente los documentos se utilizaban como prueba judicial, sus efectos comenzaban precedentemente al respectivo juicio.

La denominación que los procesalistas otorgan a estos documentos es el de prueba preconstituida “propia” en contraposición al de prueba preconstituida “simple”, la cual desde su realización tiene

un fin exclusivamente procesal. Por eso podemos observar que las más importantes regulaciones en materia de medios de prueba por escrito, incluyendo su calidad y peso probatorio, (y nuestra legislación no es una excepción (v. g. Código Civil, Decreto N° 1554 con Fuerza de Ley de Registro Público y del Notariado), se encuentran incluidas en normas sustantivas.

Nos remitimos a lo expresado anteriormente sobre las razones que tuvo el legislador para otorgar tal tratamiento a los instrumentos que calificquen como medio de prueba por escrito. Pero queremos insistir en lo siguiente: el grado de certeza que tienen ciertos documentos considerados como medios de prueba por escrito que cumplen con las formalidades exigidas por la ley, exceden de la existencia de los procesos judiciales, por eso es sabia la expresión coloquial que expresa lo siguiente: un documento “viene probando” desde su otorgamiento, con prescindencia de que las partes hayan pensado en interponer acción judicial alguna.

Por lo tanto, creemos que la norma prevista en el COPP relativa a la apreciación de las pruebas según las reglas de la sana crítica no aplica para aquellos medios de prueba a los cuales la legislación sustantiva atribuyó una tarifa específica.

Es nuestra opinión, además, que estos medios no pueden ni deben ser valorados bajo una regla diferente a la prevista en la legislación sustantiva pues ésta, en lo que respecta a tales medios de prueba así tasados, es especial con respecto a cualquiera otra ley sea sustantiva o adjetiva, orgánica (como es el caso del COPP) o no.

De esto sigue que el artículo 22 COPP debe ser aplicado conforme a una interpretación concordada y no aislada del ordenamiento jurídico venezolano. De ser así, no puede derogar el peso probatorio de un documento reputado medio de prueba por escrito según nuestra legislación sustantiva. Sería gravísimo para la seguridad jurídica confundir la búsqueda de la verdad basada en el desconocimiento de las actuaciones realizadas por otros funcionarios públicos (por ejemplo, Notarios) que merecen, por ley, al menos la misma credibilidad que el juez penal por lo que respecta a lo realizado en el ámbito de su competencia.

Con esto, para finalizar, pretendemos encapsular lo dicho con el siguiente ejemplo: una compraventa de un inmueble que haya cumplido con las formalidades registrales se tomará por cierta y seguirá siendo reputada con el valor probatorio asignado a los medios de prueba por escrito, únicamente atacable con los mecanismos previstos para ellos (Tacha para el acto de documentación y simulación para la parte dispositiva o negocio jurídico) hasta tanto el vehículo usado para representar tal negocio haya dejado de valer como tal. En este caso, e irrespectivamente de la validez de ese negocio, el mismo podrá ser probado por otros medios diferentes (a excepción de los *ad substantiam actus* o *ad solennitatem*) y valorados, ahora sí, conforme al artículo 22 del COPP.

Ratificando lo expuesto precedentemente la prueba de informes, aun cuando fue incorporada dentro de los medios de prueba por escrito en el CPC no se corresponde con la naturaleza de los mismos según el CC por lo cual **no es documento medio de prueba por escrito**. De esto sigue que su peso probatorio no está tarifado y por lo tanto a los efectos de su valoración deberá aplicarse la regla de la sana crítica (506 CPC)

Dicho lo anterior debemos determinar qué medios de prueba admite el COPP y si entre ellos se encuentra la prueba de o por informes.

3. LOS MEDIOS DE PRUEBA EN EL COPP Y LA PRUEBA “DE” O “POR” INFORMES

De acuerdo con el artículo 198 COPP, cualquier medio de prueba que no esté prohibido expresamente por la ley, puede ser incorporado al proceso penal para demostrar los hechos afirmados por las partes que sean objeto de la controversia. Esta norma recoge el sistema de libertad de prueba previsto en el único aparte del artículo 395 del Código de Procedimiento Civil (CPC). Pero además, serían aplicables no solamente los medios de prueba descritos en el COPP, sino también los incluidos en el CPC, en el Código Civil (CC) y en las demás leyes de la República. Sin embargo, debe destacarse que el artículo 199 COPP expresa que la apreciación de las pruebas está condicionada a que “...su práctica debe efectuarse con estricta observancia de las disposiciones establecidas en este Código”. La frase transcrita entendemos se refiere a la

forma en que se lleva cabo y se incorpora al proceso el respectivo medio de prueba. Lo referente a la incorporación de cualquier medio de prueba no presenta problemas, pues el COPP indica la oportunidad en que debe hacerse. Por el contrario, pueden suscitarse dudas sobre la forma de llevar a cabo o practicarse aquellos medios libres o incluidos en otras leyes. En tal hipótesis creemos debería aplicarse, si el COPP no lo detalla, lo previsto para ese medio en la respectiva ley o según el procedimiento regulado en el 395 CPC.

La admisión de cualquier medio de prueba requiere que éstos sean pertinentes (expresa el citado 198 COPP, que los mismos deben "...referirse, directa o indirectamente, al objeto de la investigación y ser..." útiles "... para el descubrimiento de la verdad".) La pertinencia de la prueba como requisito de admisibilidad puede colegirse al vincularla con el hecho discutido. Sin embargo, su utilidad no está relacionada, en nuestro criterio, con su admisibilidad sino con su eficacia probatoria.

A diferencia del CPC que excluye la prueba del hecho notorio (506 CPC) el COPP indica que el juez **puede** prescindir de tal prueba cuando esté referida a tal tipo de hechos (198 *in fine* COPP). Lo anterior refleja las dudas que presenta para el juzgador (no sólo penal) catalogar, en ciertas circunstancias, la notoriedad de un hecho determinado.

La facultad atribuida al juez para limitar los medios de prueba ofrecidos (promovidos), cuando a su juicio se hayan demostrado suficientemente los hechos controvertidos con otros (198 COPP), origina la duda en relación a qué fase del procedimiento ordinario está referida dicha facultad. En nuestro criterio la misma apunta hacia la fase del juicio oral, pues es en este momento en que el juez analizará la eficacia y por ende el valor probatorio de los hechos controvertidos y no en la fase preparatoria (investigación) o intermedia (el juez a los fines de su admisión determina la legalidad, legitimidad, pertinencia y necesidad de las pruebas propuestas, 330 numeral 9 y 331 numeral 3 COPP).

En la parte relativa a los requisitos de la actividad probatoria el COPP (Título VII, Capítulo II Secciones Primera a Quinta) describe la forma en que deben ser llevados a cabo ciertos medios de prueba, así como la

finalidad que se persigue con su materialización (Ver, por ejemplo, Inspecciones 202 al 209 COPP).

De todo lo expuesto podemos concluir en que, como principio general, la prueba “de” o “por” informes es admisible en el proceso penal pues, aunque no existe una regulación específica para la misma, tampoco está expresamente prohibida. Todo esto sin perjuicio de la mención que hace el COPP en la fase del juicio oral para la lectura de los “documentos o de informes que se incorporen al proceso (339 ordinal 2 COPP). No estamos del todo seguros si el legislador al incluir la frase “de informes” tuvo en mente al medio que es objeto de estudio. Sin embargo, y tomado en cuenta la asimilación que de este medio hicimos antes a la prueba documental (como género), pudiera colegirse de la letra del artículo citado una conclusión similar.

Ahora bien, resulta imprescindible analizar en cuál de las diferentes fases del proceso penal tiene cabida la prueba de o por informes y al mismo tiempo determinar si existen mecanismos que tienen la apariencia de aquélla, pero no se corresponden con su naturaleza, y por lo tanto quedarían excluidos de reputarlos como tal prueba “de” o “por” informes.

4. APLICACIÓN Y ALCANCE DE LA PRUEBA “DE” O “POR” INFORMES EN LAS DIFERENTES FASES DEL PROCESO PENAL

A partir de la incorporación en el COPP del sistema acusatorio en lugar del inquisitivo, el Ministerio Público es el que monopoliza la acción penal, por lo tanto el juez, en lugar de investigar (probar), debe decidir una vez que verifique las afirmaciones de los hechos controvertidos con los medios de prueba aportados por las partes. Éstas, como extremos de la relación procesal, son tanto la que ejerce la acción penal (v.g. Ministerio Público, acusador privado) como contra quien se ejerce la misma (v.g. acusado). Ahora el Ministerio Público adopta “...la posición que hasta ahora ha tenido el juez, la de inquisidor...” (Vásquez González, Magaly, Nuevo Derecho Procesal Penal Venezolano, UCAB, UCAT, 1999 p. 5).

La posición que ocupa el Ministerio Público en el proceso debe ser llevada a cabo con imparcialidad, pero sin renunciar a su interés en el resultado del mismo. La labor del órgano público citado tiene diferentes matices desde el punto de vista probatorio, según la fase procesal en que se desarrolle tal actividad. En la fase denominada Preparatoria (artículo 280 y siguientes COPP), el Ministerio Público es el que dirige y realiza la investigación, a fin de obtener los medios de prueba pertinentes que permitan determinar la procedencia de acusar a una persona para iniciar el juicio oral.

Según el artículo 309 COPP el Ministerio Público puede en esta fase exigir informaciones de cualquier particular o funcionario público. No creemos que estemos en presencia de la prueba de informes del 433 CPC sino de otro tipo, la cual, en todo caso, debería ser ratificada en el juicio oral. En caso de considerarse como una variación de la que es objeto de este estudio, debe apuntarse que la del COPP podría abarcar a personas naturales. La doctrina nacional la considera procedente (Cabrera R. Jesús E. *Ob. Cit.* página 81) y tanto la doctrina como la jurisprudencia extranjera al analizar su aplicación a tal supuesto expresan que "...debe considerarse comprensiva de personas individuales que se encuentren en condiciones de expedirse acerca de los actos o hechos a que alude el citado concepto. Por ello se resolvió, entre otros casos, el pedido de informes dirigido a un comerciante individual o un profesional en tanto se trataba de obtener datos extraídos de sus archivos o registros y no de la memoria o conocimiento personal de aquéllos..." (Palcio, Lino Enrique, *Ob. Cit.* p. 196).

Aunque no es del todo claro, el Ministerio Público podría solicitar al juez de control (artículo 307 COPP, Fase Preparatoria) basado en razones que impidan su práctica posterior (prueba anticipada), que oficie a cualquiera de los entes a que hace referencia el 433 CPC para que le remita el informe o la copia del instrumento en donde consta el dato respectivo. Con excepción de lo apuntado, no creemos que haya oportunidad para solicitar la prueba de informes prevista en el 433 CPC en esta fase del proceso penal. Creemos que si el Ministerio Público o los órganos auxiliares que ejecutan la investigación recaban, sin control del juez o del imputado, un información relativa a la materia objeto de aquélla, no

estaríamos en presencia del instituto regulado en el 433 CPC. Este “informe” debería ser tratado como un “...acto alegatorio y susceptible, como tal, de ser corroborado o desvirtuado a través de actos de prueba realizados de oficio o a pedido de alguno de los intervinientes en el proceso...” (Palacio, Lino Enrique *Ob. Cit.*, p. 193).

La fase intermedia de proceso penal (artículo 327 y siguientes COPP) tiene por finalidad admitir total o parcialmente la acusación del Ministerio Público o sobreseer la causa. A tal efecto, el organismo citado debe, en el aspecto probatorio, promover los medios que pretende evacuar en el juicio oral y el juez en su decisión determinar sobre la legalidad, licitud, pertinencia y necesidad de la prueba. Dado el caso de haberse recabado una prueba de informes según lo expuesto en el párrafo precedente, y de haber sido admitida la misma, debería ser objeto de ratificación en el juicio oral. En este supuesto incluimos no sólo los informes recabados según el 433 CPC sino también de personas naturales.

Finalmente, en el juicio oral (artículo 332 y siguientes COPP) se reconoce expresamente la posibilidad de incorporar mediante su lectura la prueba documental o de informes, la cual entendemos se refiere no sólo a la prevista en el 433 CPC, es decir, producida en forma ortodoxa (v.g. solicitud de la parte al juez) o mediante la actividad del Ministerio Público en la fase preparatoria. Además de la ratificación, en este último caso su tratamiento a los fines de impugnación debería ser asimilado, de ser aplicable, a los medios de prueba por escrito y su valor probatorio tasado conforme a la regla de la sana crítica, pues no existe una tarifa legal atribuible a ella.

CONCLUSIONES

- Aun cuando su regulación fue incorporada dentro de los medios de prueba por escrito en el CPC, la prueba de informes, si bien documento, no es un medio de prueba por escrito de conformidad con el CC.
- Su tratamiento, sin embargo, desde el punto de vista de producción e impugnación en el proceso debe asimilarse, sin desnaturalizarla, a los medios de prueba por escrito. Precluidos como hayan sido los lapsos

procesales para su incorporación debe aplicarse la articulación probatoria prevista en el 607 CPC. Su impugnación en todo caso (informe en sentido propio e impropio) debe efectuarse por el cotejo con el original de donde se obtuvieron los datos.

- La prueba de informes no tiene una tarifa legal asignada, por lo tanto deber ser valorada por la regla de la sana crítica.
- La prueba de informes prevista en el artículo 433 CPC, está dentro del grupo de medios de prueba admitidos por el COPP, pues no está prohibida expresamente.
- La posibilidad de su utilización parece reconocerla expresamente el COPP al mencionar la forma de incorporar a dicho medio en el juicio oral. No así en la fase preparatoria del proceso.

