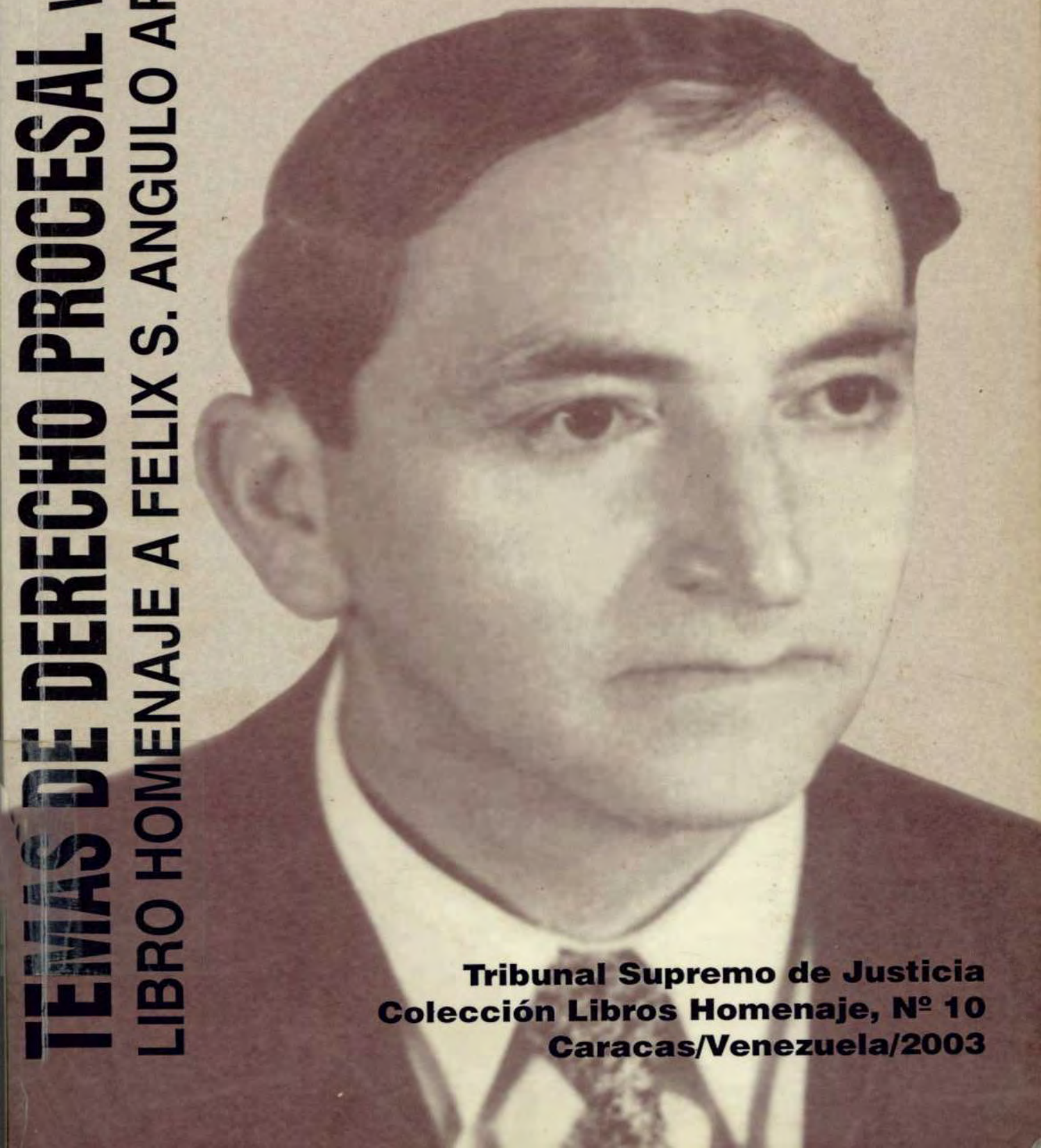
TEMAS DE DERECHO PROCESAL Vol. II

LIBRO HOMENAJE A FELIX S. ANGULO ARIZA

Fernando Parra Aranguren
Editor



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

KHW2569
T278
V. 2

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

2 v. (658 p.) - (Colección Lihros Homenaje, Nº 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, Nº 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 II

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 Arrieche 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 II

María Soledad PENNISE 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* 7

María Inmaculada PÉREZ DUPUY, *La apelación y la práctica judicial* 31

Carlos PINTO, *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* 67

Mariolga QUINTERO TIRADO, *Tutela anticipada. ¿Hay, en verdad, planteado un desafío más intranquilizador y decisivo?* 105

Mariliana RICO CARRILLO, *La aplicación de técnicas informáticas en el campo del Derecho Procesal* 131

Rodrigo RIVERA MORALES, *Los presupuestos procesales y la nulidad* 149

Nelson E. RODRIGUEZ GARCIA, *Constitución, procedimientos de participación del pueblo en el proceso de formación de la voluntad del Estado, democracia, pluralismo político y valores del ordenamiento* 179

Juvenal SALCEDO CÁRDENAS, *Los sujetos procesales en el proceso penal ordinario. Sus auxiliares* ... 209

José Vicente SANTANA ROMERO, *La confesión y las posiciones juradas en materia laboral*..... 241

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)* 289

Bernardo TAHÁN GÓMEZ, *Errores más frecuentes en el Escrito de Formalización del Recurso de Casación* ... 345

Guido E. URDANETA, *La oralidad y el proceso por audiencias en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo*..... 387

Carlos Alberto URDANETA SANDOVAL, *Aspectos del procedimiento de las medidas cautelares atípicas en los ámbitos Civil y Mercantil*..... 407

Pedro URIOLA GONZÁLEZ, *Breves referencias al nuevo Procedimiento Laboral previsto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo*..... 455

Edison, VERDE OROÑO, *Valoración del Testimonio por la Casación Venezolana* 481

Andreína ZAMBRANO DE HERNÁNDEZ, *Algunas consideraciones acerca de ¿cómo se forma la sentencia en la mente del juez?* 621

Una Revisión Fundada en el Orden Público

Revisiones Automáticas, Obligatorias o *ipso iure,* en el Marco de los Procesos Civiles, Penales y Comerciales Argentinos

Por María Soledad PENNISE IANTORNO DE MACHADO*

SUMARIO:

1. Consulta en el Proceso Civil: 1.1 *a) Introducción. b) Antecedentes. Derecho Comparado.* **1.2** *Naturaleza Jurídica.* **1.3** *Distinción con otras figuras.* **1.4** *Procedimiento ante la Cámara.* **1.5** *Colofón tentativo.*

2. La consulta en el Proceso Penal: 2.1 *Introducción. Antecedentes.* **2.2** *La Consulta y el Hábeas Corpus.* **2.3** *La Consulta y la Prisión Preventiva.* **2.4** *La consulta y el Código Procesal Penal.*

3. La consulta en el Proceso Comercial: 3.1 *La consulta prevista por la ley de concurso y quiebras 24.522 y la ley 19.551.*

Conclusión

* **Universidad del Salvador,** República Argentina, Abogada, Especialista en Derecho Procesal, Cursos de Doctorado, Tesista. **Antica Università degli Studi di Camerino (1336),** Italia, *Facoltà di Giurisprudenzia-Dipartimento di Scienze Politichè e Giuridiche,* Investigadora. **Universidad Argentina de la Empresa** (U.A.D.E.), Jefe de Trabajos Prácticos. **Universidad del Salvador** (USAL), Auxiliar Docente. Autora de varias monografías, una de ellas merecedora del primer premio en el XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, **Universidad Católica de Cuyo,** 13-16 junio de 2001, San Juan, Argentina.

1. CONSULTA EN EL PROCESO CIVIL

1.1 *a) Introducción*

Nos referiremos en primer lugar a la consulta en materia civil, consagrada por la reforma introducida con la ley 22.434, que incorpora el Art. 253 *bis* en materia de recursos y una referencia al mismo instituto, en el Art. 633 *in fine*, en lo atinente al proceso especial de incapacidad.

Así, el Art. 253 *bis* CPCC establece "En el proceso de declaración de demencia, si la sentencia que la decreta no fuera apelada se elevará en consulta. La cámara resolverá previa vista al asesor de menores e incapaces y sin otra sustanciación".

Una norma de similar contenido es consagrada por el legislador en el marco del proceso especial de incapacidad, prescribiendo el Art. 633 *in fine* que "...En los procesos de declaración de demencia, si la sentencia que la decreta no fuera apelada se elevará en consulta. La cámara resolverá previa vista al asesor de menores e incapaces, sin otra sustanciación".

La consulta así introducida por la ley 22.234, funciona exclusivamente para el juicio de declaración de demencia, considerando que se trata de un proceso del tipo *inquisitorio civil*, cuyas características lo asemejan más al tipo penal, que a uno propiamente civil.[1]

En este sentido, el magistrado que dictó la resolución, tiene la obligación de remitir la causa al superior para que éste la reexamine.

A simple vista, y sin perjuicio de que volvamos sobre el tema al tratar la naturaleza jurídica de la figura, parecería que estamos fuera del campo de los recursos. Pues en estos casos el órgano jurisdiccional *a quem,* sin ninguna estimulación impugnatoria debe avocarse a la cuestión.

[1] Carnelutti, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. U.T.E.H.A., t. II. p. 93.

b) Antecedentes. Derecho comparado

Cabe en este orden efectuar una breve referencia a los antecedentes de esta institución, tanto en el ámbito de la legislación nacional y provincial, como en el derecho comparado.

Podemos así señalar que se trata de un antiguo instituto, recepcionado ya en nuestros ordenamientos procesales, para supuestos especiales y para controlar determinados actos jurisdiccionales, que excedían el marco del proceso de insania, al que hoy se encuentra limitado en el marco del proceso civil argentino.

Ya la ley 1532 de Organización de los Territorios Nacionales, en su Art. 42 establecía que "los jueces letrados tenían que elevar en consulta, aun cuando no se hubiera interpuesto apelación todas las sentencias definitivas en asuntos en que sean parte el fisco, menores, incapaces, etc.".

Por su parte, la ley 4055 sobre Reforma de la Justicia Federal y creación de nuevas Cámaras de Apelación, sancionada en enero de 1902, normaba en su Art. 17 inc. 4, que "las cámaras federales debían conocer en grado de apelación y en última instancia las consultas que elevaran los jueces letrados de los territorios nacionales".

Similar disposición contenía el Art. 6 de la ley 3952, de Demandas contra la Nación, que establece que los jueces letrados de los territorios nacionales elevarán en consulta ante la Suprema Corte, aun cuando no se interponga apelación, todas las sentencias definitivas, que se pronuncien en los casos comprendidos en la mencionada ley.

Estas normas quedaron sin efecto con la sanción de la ley 13.998 de Organización de la Justicia Nacional, que en su Art. 56 le dio un golpe mortal a la figura en análisis, suprimiéndola definitivamente.

De ahí en más, y hasta la sanción de la ley 22.234, la consulta no fue contemplada en el ámbito del proceso civil, en el orden federal.

Empero, no debemos perder de vista, que la ley 14.237 sustituyó el régimen de la consulta, por la apelación obligatoria por parte del asesor, en

el supuesto de que la sentencia declarara la incapacidad del causante. Aunque respecto de este punto, cabe hacer una distinción. La consulta, implica una intervención automática por parte del *ad quem,* pues los inferiores deben elevar las actuaciones al superior para su re-examen, mientras que, la ley 14.237 establece la obligación de recurrir para ciertos funcionarios.

En el orden provincial, se hace necesario señalar en primer lugar a la Provincia de Jujuy, ya que la misma resultaría ser la fuente directa de nuestro Art. 253 *bis*, por cuanto la ley 1967 de la provincia establece en su Art. 426 tercer párrafo un texto similar al referido "Si la sentencia de incapacidad desfavorable a la capacidad del demandado no fuera apelada por ninguna de las partes, se elevará en consulta al superior, quien resolverá dentro de veinte días de recibido el expediente, previa vista al fiscal y sin sustanciación alguna". Al igual que la provincia de Misiones en su Art. 633 y el Art. 625 del Código Procesal de la Provincia de Río Negro.

Por otro lado, nos encontramos con legislación provincial que ha optado por otro instituto, como es el de la apelación obligatoria para los representantes del Ministerio Público, en los procesos de declaración de demencia y rehabilitación de incapaces, cuando así no lo hicieran los litigantes, como verbigracia el Art. 307 inc. 7 del código Procesal de la Provincia de Mendoza (ley 2.269) y el Art. 602 de la provincia de La Pampa.

El Art. 15 del Código de Procedimientos de la Provincia de Santa Fe prevé *una consulta sui generis,* ante la desestimación por parte del juez a un planteo de recusación sin causa. Señala dicha norma que, negada por el juez la causal de recusación invocada o, denegada la recusación sin causa, éste elevará el incidente al superior para que lo decida, sin otro trámite que la apertura a prueba por diez días, si fuera necesaria.

Refiere Peyrano que tal dispositivo legal demuestra que el ordenamiento santafecino consagra una forma de consulta.[2]

[2] Peyrano Jorge, *Cuestiones de Derecho Procesal*, La Ley, p. 133.

El Código de Procedimientos vigente de la Provincia de Buenos Aires no contempla la consulta; sin embargo, su antecesor establecía un supuesto de apelación obligatoria en su Art. 804 respecto del agente fiscal en los procesos de incapacidad, normativa que como adelantáramos, no se ha mantenido en el actual cuerpo legal.

En cuanto a la legislación comparada, podemos hacer referencia al *Código de Processo Civil Brasileño* vigente, que da cabida a una institución de similares características a la que venimos abordando. Dicho cuerpo dispone una revisión obligatoria ante la alzada, de ciertas decisiones que por interés público de la materia en cuestión, quedan sujetas al doble grado de jurisdicción, aunque ningún recurso sea incoado. Los casos más importantes están mencionados en el Art. 475, para la anulación del matrimonio, o cuando se trate de sentencias desfavorables para la Unión Federal o al Estado, o a los Municipios, o en la hipótesis de pronunciamientos que rechacen la ejecución forzada de créditos fiscales.

Algunas leyes especiales de dicho país contemplan otras situaciones análogas, donde el *a quem,* sin estimulación recursiva, debe controlar lo fallado por el inferior.

Por su parte el Art. 386 del *Código de Procedimientos de Colombia,* sancionado en el año 1970, dispone que las sentencias de primera instancia, adversas a la Nación, departamentos, intendencias, comisarías o municipios, deben consultarse con el superior, siempre que no sean apeladas por sus representantes o apoderados. También deben consultarse las decisiones que decreten la interdicción y las que fueran adversas a quien estuvo representado por curador *ad lítem* y las que declaren bienes vacantes, mostrencos o pertenencias. La consulta se limita y decide por el superior de la misma forma que la apelación.

En este ámbito, cabe sin embargo distinguir a las consultas de los recursos denominados en interés de la ley de la legislación europea. Pues se trata de medios de ataque cuyo uso se encuentra encomendado al Ministerio Público en materia de casación; así por ejemplo, los previstos en los Arts. 363 del CPC italiano y 1.718 Ley de Enjuiciamiento Civil de España. El Art. 363, del CPC de Italia (Recurso en interés de la ley)

"Cuando las partes no han propuesto recurso en los términos de la ley o han renunciado a él, el Procurador General ante la Corte de Casación puede proponer recurso para pedir que sea casada en interés de la ley". "En tal caso, las partes no pueden beneficiarse de la casación de la sentencia".

La ley española en su Art. 1.718 establece: "Podrá igualmente el Ministerio Fiscal, en interés de la ley, interponer en cualquier tiempo el recurso de casación por el motivo 5º del Art. 1692 en los pleitos en que no haya sido parte. En este caso serán emplazadas las partes que intervinieron en el litigio para que, si lo tienen por conveniente se presenten ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el plazo de 20 días.

Las sentencias que se dicten en estos recursos tendrán eficacia únicamente para formar jurisprudencia sobre las cuestiones legales discutidas y resueltas en el pleito, dejando intactas las situaciones jurídicas particulares creadas por la resolución recurrida".

La diferencia entonces radica en que no hay aquí actividad oficiosa del tribunal *a quem,* pues se produce –a diferencia de la consulta– una real impugnación a instancias de un especial interesado-legitimado para formularla, que tiene la particularidad de no trascender en el caso concreto, sino que es útil para que se fije una doctrina de aplicación uniforme a los pleitos similares que deban ser fallados en el futuro, pudiendo estar acompañado de la impugnación del particular (Sist. Español) o darse en su defecto (Sist. italiano).[3]

1.2 *NATURALEZA JURÍDICA*

En cuanto a la naturaleza jurídica del instituto, y a lo que en tal sentido entiende la doctrina, podemos remarcar en primer término, cuál es significado de la acepción general que, según la Real Academia española, es "conferir, tratar y discurrir con una o varias personas, sobre lo que se debe hacer en un caso dado".[4]

---

[3] Rivas Adolfo, *Tratado de los recursos Ordinarios*, Tomo I , ed. Abaco, p. 94
[4] *Diccionario de la Real Academia Española,* ed. 19ª, p. 349, 2ª col.

En este sentido, consultar importa someter una duda, un caso o un asunto, a la consideración de otros. Esto es que la consulta es un pedido de dictamen o parecer sobre algo.

Ahora bien, dada la sistemática seguida por el legislador al incorporar la consulta civil en el capítulo de los recursos, se hace necesario evaluar si nos encontramos ante un medio impugnativo –sea éste un remedio o recurso– ante una impugnación automática, o una apelación obligatoria.

En esta inteligencia, podemos decir que el concepto de impugnación es genérico, y comprende todo medio de ataque a un acto procesal, o a un conjunto de ellos, inclusive a todo un proceso.

Dichas vías impugnativas abarcan, por un lado los remedios, y por otro a los recursos. Los primeros se materializan por medio de acción o pretensión, ya sea contra actos aislados del proceso o contra el proceso mismo. Entre ellos puede citarse el incidente de nulidad, el juicio ordinario posterior al ejecutivo. Mientras que los segundos, apuntan a un campo más específico o limitado, entendiéndose por tales los medios que la ley confiere a las partes para que una resolución judicial sea modificada o dejada sin efecto. Éstos se vinculan directamente con una determinada decisión judicial, y no con actos procesales en general.

Si bien dijimos que remedio y recursos son vías impugnativas de distintas naturaleza, ambos se originan en el impulso o estímulo de parte.

En tal sentido, y dada esta conceptualización previa, me permito ahora sí referirme a las distintas divergencias que se han originado en materia doctrinaria, a fin de determinar el encuadre procesal de la figura en estudio.

Así, Manuel Ibáñez Frocham sostiene que si bien no es un recurso, define una modalidad de la apelación para un proceso especial y determinado, no se trata de una apelación en interés de la ley sino en el de un ser humano presuntamente enfermo.[5]

[5] Ibáñez Frocham, *Tratado de los recursos en el proceso civil*, La Ley, p. 542.

Enrique Falcón entiende que no puede conceptuarse como recurso, en realidad se trata de un control judicial por el posible error en una causa de tanta trascendencia, que tiene incidencias no sólo respecto del presunto incapaz, sino respecto de terceros que han contratado con él.[6]

Augusto Morello, Gualberto Sosa y Berizonce también consideran que no reviste el carácter de recurso, ni una apelación en interés de la ley, sino del establecimiento de un deber, a cargo de la Alzada, de reexaminar oficiosamente la sentencia en el proceso de declaración de incapacidad, para asegurar su legalidad, verificando la observancia de formalidades esenciales de validez del proceso y de la justicia de lo decidido.[7]

Adolfo Rivas afirma que se trata de un sistema de revisión fundado en el orden público, que pone en cabeza de los tribunales la elevación de la causa y tratamiento de la sentencia respectiva.[8] Podetti, en cambio, entiende al respecto que la consulta es una apelación implícita.[9]

Nos encontramos a su vez con quienes han considerado que se trata de un remedio sustitutivo, previsto para cuando los legitimados procesales no interponen oportunamente el recurso de apelación.

Lo cierto es que los autores coinciden en que estamos fuera del ámbito típicamente impugnatorio, dado que no puede ser considerada esta figura o como un carril de ataque contra los fallos, pues justamente le falta una de las características propias de tales medios, como lo es la estimulación de parte, se encuentra aquí ausente el alzamiento de interesado.

No obstante ello, nuestro más Alto Tribunal de la Nación señaló en alguna ocasión que es asimilable a un recurso.[10]

---

[6] Falcón Enrique, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado, concordado y comentado*, t. II, Abeledo Perrot, p. 398.
[7] Morello Augusto y otros, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación comentados y anotados*, t. III, Abeledo Perrot, p. 272.
[8] Rivas Adolfo, *Tratado de los recursos ordinarios*, t. 1, Abaco, p. 107.
[9] Podetti, Ramiro, *Tratado de los recursos*, Ediar, p. 56
[10] C.S.J.N.J.A. 1953-1-62

Ibáñez Forcham, en un juego de palabras, dice que "la consulta no es un recurso; sería una consulta. Pero los tribunales no son órganos de consulta". Y esto es así, puesto que los cuerpos judiciales no están funcionalmente creados para responder a consultas, sino para resolver cuestiones concretas. De ahí que la mayoría considere que la terminología utilizada por el código, como así la ubicación temática elegida por el legislador, no sea del todo satisfactoria, pues la tarea que lleva a cabo el *a quem* es una verdadera revisión del fallo dictado por el inferior.

En este sentido dijo la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires que "no corresponde a la Corte resolver una cuestión que se le plantea a título de consulta, puesto que su papel institucional es el de dirimir conflictos existentes y no la de evacuar consultas".[11]

No obstante la misión que cumple el superior en este tipo de procedimientos nada tiene que ver con el modelo dispositivo típico, ni con la actividad de la alzada, que en estos casos, no se ajusta al *principio tantum devolutum quantum apellatum*.

En definitiva podemos decir, que no es posible hablar con propiedad ni de recurso ni de consulta; en todo caso, si queremos buscar una denominación más apropiada, podríamos llamarla revisión obligatoria o automática, o *ipso iure*, de determinados fallos.

Juan Carlos Hitters considera que nada obstaría a denominarlo impugnación automática, si se entiende que la falta de actividad de parte, es suplida por la ley, con lo que podríamos incluso sostener que la que en estos modelos lleva el embate, es la propia disposición legal, que suple el rol de los justiciables.[12]

Incluso, puede sostenerse que la consulta del Art. 633 *in fine* del CPC. C., y Art. 253 *bis* del mismo cuerpo legal, guardan similitud con la apelación obligatoria prevista para el proceso de incapacidad, por el dero-

[11] D.J.B.A. 951 XXXII-53
[12] Hitters Juan Carlos, *El mal Llamado Recurso de consulta*, J.A. 1985-I- 791.

gado Art. 804 del Código de procedimientos de la provincia de Buenos Aires, o sistema idéntico regulado por la ley 14.237.

Sería quizás esta la postura de Ibáñez Forcham, que considera a la consulta como una modalidad de la apelación.

Sin embargo, el Código de procedimientos hoy vigente de la provincia de Buenos Aires no regula la consulta, ni impone como su antecesor la apelación obligatoria. Disponía el Art. 804 que: "Si la sentencia fuere desfavorable a la incapacidad del demandado como demente, deberá también notificarse al agente fiscal, quien estará obligado a interponer los mismos recursos, cuando los interesados no los dedujeren en su oportunidad. En este caso, los recursos se concedían en relación, y la cámara debía resolver sin sustanciación alguna y dentro de los veinte días.

Ponce, por su parte, considera que debería haberse ubicado procesalmente a esta institución dentro de los deberes a cargo tanto del juez de primera instancia, en el sentido de que tiene la carga de remitir el proceso a la Excma. Cámara –cuando se dan las condiciones del caso–, como así también de este tribunal de reexaminar el proceso cuando lo recibe. De tal manera, que hubiera sido conveniente que la consulta se incorporara en el sector del código relativo a los deberes de los magistrados, pudiendo si se quiere reiterarse al tratarse el tema de los procesos especiales de incapacidad.[13]

Por mi parte, y respecto a este punto, considero que si bien la consulta no es un recurso propiamente dicho, origina al igual que éstos la intervención del tribunal de alzada. Se trata, a mi modo de ver, de una revisión obligatoria, señalando que en este caso quien sería el supuesto recurrente es la propia ley, dado que es ella quien manda se efectúe tal reexamen. Entiendo que es una revisión obligatoria, fundada en el orden público en juego.

[13] Carlos Raúl Ponce, *Revista de Derecho Procesal, Medios de Impugnación Recursos.* T. II, p. 219.

La finalidad del dispositivo legal ha sido dotar de mayores garantías al proceso, partiendo de la base de que el estado demencial es un estado excepcional, y como tal exige del agotamiento de los resortes judiciales.

Lo cierto es que en de la declaración de la incapacidad, donde están en juego la libertad y albedrío de las personas, nunca está demás este contralor, ya sea a través de la consulta o imponiendo una apelación obligatoria a determinados funcionarios, pues lo que abunda no daña.

La Cámara Nacional en lo Civil, en su Sala F, sostuvo que la finalidad de la elevación en consulta prescripta por el Art. 253 bis y 633 *in fine* del CPCC, es obtener una revisión del procedimiento –que condujo a la declaración de incapacidad– por parte del tribunal de alzada, quien debe determinar si se han observado las formalidades previstas especialmente por la ley para este tipo de procesos.[14]

1.3 *DISTINCIÓN CON OTRAS FIGURAS*

Sin perjuicio de remitirme a lo ya expuesto respecto de las diferencias existentes entre la consulta y los recursos o remedios, y con relación a los recursos en interés de la ley, me permito hacer mención en este punto a la distinción existente con otras dos figuras como son las facultades oficiosas de los tribunales de alzada y el caso de convocatoria a plenos.

En cuanto a la primera, se trata de soluciones connaturales del poder de revisión que tiene la alzada, por ejemplo de adecuar el régimen de costas y honorarios en caso de revocar la sentencia apelada o fijar los que corresponda a las actuaciones propias, soluciones que difieren de la revisión que origina la consulta.

Debe distinguirse a su vez la consulta, de la convocatoria oficiosa a tribunal plenario para provocar la interpretación de la ley (Art. 302 CPCN, y 35 ley 5.827, Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires). No media aquí un imperativo legal como se da en la

[14] CN. Civ. Sala F, agosto 7 -985, R, T. L.L. t. 1985-D, p. 328.

consulta, sino el uso discrecional de una facultad que la norma concede a los tribunales, empero, ambas instituciones coinciden en la existencia de una actividad oficiosa, capaz de provocar la revisión de un fallo, a condición de que éste llegue a la segunda instancia como consecuencia de la interposición de un recurso de apelación.[15]

1.4 *PROCEDIMIENTO ANTE LA CÁMARA*

Dejando de lado las cuestiones antes expuestas, me permito en este estado referirme al procedimiento seguido ante la Cámara, a raíz de esta figura de la consulta. Podemos así remarcar entonces en primer lugar, cuáles son los requisitos para la procedencia de la figura. Debe tratarse, como ya lo señaláramos, de un proceso de insania y asimismo mediar sentencia acogiendo la denuncia, y esa sentencia no debe haber sido apelada.

Los jueces de primera instancia giraran las actuaciones a la cámara entonces cuando el pronunciamiento declare al causante incapaz.

La remisión de la causa corresponde efectuarla una vez que el pronunciamiento definitivo ha sido notificado a las partes, habiendo vencido el plazo para la interposición de los recursos.

No procede la consulta para las declaraciones de inhabilitación en los términos del Art. 152 *bis* del Código Civil, dado que la misma norma procesal en estudio, especifica que se elevará en consulta cuando se declare la incapacidad de una persona.

Por otra parte, si la sentencia fuese recurrida, carecería ya de virtualidad la aplicación de esta figura, que evidentemente queda subsumida por la apelación efectuada, aunque claro está que de desistirse la misma o cualquier otra frustración, automáticamente cobra virtualidad la consulta.

[15] Rivas, Adolfo, *Tratado de los recursos ordinarios*. Tomo I, Ed. Abaco, p. 110/11.

Los trámites de ejecución del fallo, como la inscripción en el Registro Civil y la aceptación del cargo del curador definitivo, no pueden llevarse a cabo sin haber sido realizada la consulta, porque hasta entonces aquél no estará firme. Así lo ha resuelto la Cámara Civil.[16]

El Art. 253 *bis* del CPCC establece que la cámara resolverá previa vista al asesor de menores, hoy Defensor de Menores en virtud de lo establecido por la ley orgánica de Ministerio Público, ley 24.946, y sin otra sustanciación.

Resulta oportuno señalar que al no tratarse de un recurso procesal, parecería que la Cámara no se encuentra limitada por los agravios, dado que en el caso no existen. Más aún cabe sostener tal afirmación, si recordamos lo señalado respecto de la naturaleza inquisitoria del proceso de incapacidad.

Cuando hablamos de ausencia de límites nos referimos tanto al campo probatorio como a los poderes que posee el *a quem*, quien puede hacer uso de sus facultades ordenatorias e instructorias (Art. 36 CPCC). Asimismo se encuentra habilitado para tener en cuenta los hechos nuevos que se produzcan a partir del dictado del fallo de primer grado, como por ejemplo la curación del insano.

Hitters considera que aun cuando los interesados hayan recurrido, la alzada no quedaría limitada por la insuficiencia del recurso, por lo que interpretando automáticamente los dispositivos del código ritual, es factible decir que la consulta no sólo funciona ante la ausencia de apelación sino que también cuando sta sea deficitaria en cualquiera de sus aspectos.[17]

Algunos autores sostienen que ante el silencio de la normativa, el trámite que debe seguirse en la Cámara es el de la apelación concedida en relación, criterio que parece razonable, sin perjuicio de reiterar las amplias facultades que posee el tribunal de ordenar pericias médicas si sospecha que las producidas en la instancia de origen son poco claras, o

[16] CN. Civ. 24/12/82 , L. de P., C.M.E.D. t. 103, p. 668.
[17] Hitters Juan Carlos, *El mal llamado recurso de consulta*, J.A. 1985, I, 792.

en el caso que se suponga que el insano se ha sanado.[18] Incluso´, podría reemplazar al curador definitivo designado, disponer la internación del insano o lo contrario.

Conviene precisar que la consulta tiene un efecto que podríamos llamar suspensivo, ya que el fallo no adquiere firmeza hasta que no se cumpla con la consulta.[19]

Así las cosas, entiendo que se trata de un medio legal de vastos alcances, regulado como un modo más de protección del insano, frente a la incapacidad absoluta que deriva de su interdicción.

Las distintas salas de la Cámara han coincidido en efectuar una amplia revisión de este tipo de procesos, procurando acordar el máximo de garantías a quienes se hayan comprendido en las previsiones del Art. 141 CC, en resguardo de su derecho de defensa. Así es que, a más del examen integral del expediente se pone especial énfasis en observar si se ha dado cumplimiento tanto a la notificación personal que prevé el Art. 626 del ritual, como los requisitos que el Art. 631 establece para el examen médico.

La notificación personal es especialmente importante porque la persona "de la casa" que habitualmente recibe las cédulas en los procesos comunes, puede coincidir con el denunciante en las insanias, con lo cual éstas se llevarían a cabo sin conocimiento del afectado. Y en cuanto al dictamen médico su importancia radica no sólo en la protección que de acuerdo con sus conclusiones se brindará al insano, sino también en la influencia que puede tener en el régimen de los actos jurídicos realizados por él.

1.5 *COLOFÓN TENTATIVO*

En síntesis y a grandes rasgos, los tribunales de consulta garantizan –como surge de las resoluciones que a diario se dictan– la inexistencia de vicios

[18] Peyrano Jorge, *Cuestiones de Derecho Procesal.* La ley, p. 135.
[19] Peyrano Jorge, *Cuestiones de Derecho Procesal*, L.L. 1980, p. 133.

manifiestos en los trámites esenciales de la causa, como también que la sentencia que en ella se pronuncie tenga sustento en las pruebas aportadas y el derecho aplicable. A más de ello, la consulta ha servido a veces para incluso mejorar la situación personal de los insanos.

Sería positivo que la figura en estudio alcance también a los supuestos de inhabilitación judicial previstos por el Art. 152 *bis* del CC.

En este sentido, podemos agregar que el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en sus Arts. 246 y 606, reproduce los Arts. 253 *bis* y 633 de nuestro Código Procesal Federal, con la salvedad de que con buen criterio incorpora a la consulta el supuesto de inhabilitación.

En otro orden, y teniendo en cuenta los antecedentes de esta revisión obligatoria, aplicables no sólo al proceso especial de incapacidad, sino a supuestos en los que se ventilan intereses supremos del Estado, autores como Hitters sostienen que nada obstaría a que se ampliara la perspectiva en una reforma futura, extendiendo el régimen, a ciertos casos como ocurría en Colombia con el Art. 386 del Código Procesal y el Art. 475 del Código Brasileño, al que ya nos referimos.

Aun cuando se ha sostenido que la figura abordada carece de razón de ser, considerando por un lado la intervención efectiva y eficaz del *iudex* ante quien se promueve la acción, y por otro las amplias posibilidades recursivas de los interesados, incluyendo el presunto insano, además de la necesaria intervención del curador *ad lítem* y del Asesor o representante de incapaces. Sin perder de vista, por último, la relatividad de la cosa juzgada que surge de este tipo de juicios. Asimismo se ha señalado, que la consulta resulta un tanto agraviante para los judicantes de primera instancia, que sufren el perjuicio de una sospecha legal que los obliga a revalidar títulos ante la Alzada.

Lo cierto es que en el ámbito de declaración de incapacidad, nunca está demás este contralor, ya sea a través de la consulta o de la apelación obligatoria.

2. LA CONSULTA EN EL PROCESO PENAL

2.1 *INTRODUCCIÓN. ANTECEDENTES*

Si bien como venimos sosteniendo, no es este propiamente un recurso, es un modo de dar intervención al tribunal de Alzada, vía ésta que tiene en nuestro ordenamiento penal positivo mucha antigüedad, pues fue inserto en el código de procedimientos en lo penal de la Nación de 1889 para cuando se imponían penas muy graves, como la de muerte, presidio, penitenciaría, que eran las que regulaba el viejo Código Penal de 1887. Cuando este Código y su régimen de penas fue derogado en 1921, ese modo de intervención cayó en desuso, porque desaparecieron las penas a las cuales se aplicaba. Y así siguió la situación hasta el año 1970 en que por la ley 18.071 se reimplantó la pena de muerte. Luego esa ley se derogó y volvió a caer la consulta en desuso.

Hoy, sin embargo, tiene vigencia en virtud de dos leyes especiales, la 23.098 de Hábeas Corpus, la ley 24.390 en cuanto se refiere a los mecanismos de control en la prórroga de la prisión preventiva, y en virtud de una norma del Código Procesal Penal de la Nación, ley 23.984, como es el Art. 348 en su párrafo segundo.

Se advierte así *prima facie* que el carácter más sobresaliente de esta institución es el hecho de que el recurrente es la ley. Es ella quien manda que aunque no medie apelación alguna de las partes, el proceso sea remitido igualmente a la cámara para que ésta se expida. El juez o el tribunal –según el supuesto– tiene la obligación de elevar la causa en consulta. Es un supuesto de revisión obligatoria que en materia de recursos rompe desde el punto de vista del imputado con el principio general de disponibilidad, derivado del de la autonomía de la voluntad que rige en materia de recursos.

Asimismo, se desprende de un primer análisis, que la ley ha previsto este mecanismo de elevación en consulta al Tribunal de Alzada, para supuestos o situaciones muy delicadas. Digo delicadas porque en ellas está en juego por ejemplo un derecho de magnitud, tal como es el derecho a la libertad ambulatoria del imputado, situación que se da en los

casos de *hábeas corpus* instituido como un proceso sumarísimo, dada la urgencia que amerita el derecho a la libertad y en cuanto a la prórroga de la prisión preventiva, en virtud de ser la cautelar una excepción al principio *favor libertatis* expresamente consagrado, y por otro lado se encuentra en juego el mérito o no de la realización del juicio oral, el mérito o no de la aplicación del derecho penal sustantivo, como en el caso del Art. 348 segundo párrafo del CPP.

2.2 *LA CONSULTA Y EL HÁBEAS CORPUS*

En cuanto a la ley 23.098, ésta regula un procedimiento sumarísimo en el cual todo se hace en forma inmediata o dentro de las 24 horas, en custodia de la libertad personal que se sostiene ilegalmente privada, amenazada o bien siendo legalmente restringida se agravan las condiciones de detención. No se puede, pues, perder tiempo.

Por esto, interpuesta una acción de tal naturaleza, si el juez que la recibe no le da trámite y la desestima por no mediar causal legítima para el *Hábeas Corpus* o se declara incompetente, es menester que intervenga a través del mecanismo de control instituido por la consulta el tribunal de alzada quien confirmará o revocará tal resolución, conforme lo establece el Art. 10 de la citada ley. Ello, dado que no se puede perder tiempo notificando al presentante de la acción, dar un lapso para que éste recurra y luego mandar el expediente a la cámara, en tanto el ilegalmente privado de su libertad sigue sufriendo lo que estima ilegal; por ello, para obviar esta dilatación, el juez mandará las actuaciones a la Cámara, la que sin más y dentro de un plazo de 24 horas deberá pronunciarse.

El fundamento que se esgrime es que la ley instrumenta este régimen de consulta a la Cámara del juzgado que rechazó *in limine* la acción o que se declaró incompetente, para evitar dilaciones. Sagués entiende que lo que se intenta con esto es acelerar el trámite y dar mayor robustez a lo resuelto por el *a quo*, pues para acentuar la rapidez podría incluso haberse obviado la consulta obligatoria.[20]

[20] Sagués Néstor, *Hábeas Corpus - Derecho Procesal Constitucional*, T. IV, Astrea, p. 401.

El juez debe elevar los autos "de inmediato", es decir, sin demora alguna, sin dilación, y la Cámara decidir a más tardar dentro de las 24 horas de la recepción del sumario. Cuando confirme la resolución de incompetencia, será la misma Cámara quien deba remitir las actuaciones al juez competente.

La norma nada dice en cuanto el trámite de consulta, sobre la eventual participación de los sujetos procesales interesados, esto es el promotor del *hábeas corpus,* el amparado, el Ministerio Público, etc., laguna preocupante porque un rechazo *in limine* es tan importante como una resolución denegatoria de la garantía una vez diligenciado, circunstancia en la que sí intervienen las partes (Art. 20). De esta forma –el rechazo *in limine* o la declaración de incompetencia– son de carácter irrecurribles. Para salvaguardar los principios de celeridad y defensa en juicio, entiende Sagués que podría notificarse a los interesados para que éstos, en el término de 12 horas, presenten un alegato en la Alzada.

2.3 *LA CONSULTA Y LA PRISIÓN PREVENTIVA*

En cuanto a la ley 24.390, la misma hace referencia a este régimen de consulta en su Art. 1, en cuanto establece que la prisión preventiva, cuyo plazo máximo es de 2 años, podrá prorrogarse por resolución fundada por un año más, debiendo ello comunicarse al tribunal de apelación que correspondiere para su debido contralor.

Obviamente, para que la prórroga proceda debe obedecer a razones fundadas que el mismo Art. 1 establece como que la cantidad de delitos atribuidos al procesado o que la evidente complejidad de la causa hayan impedido la finalización del proceso en ese plazo.

Evidentemente la ley quiso aquí también establecer un control para determinar si la prórroga se ajusta a derecho y a las constancias de la causa.

Se plantean en este tema también ciertos puntos debatibles. Por un lado, el tema de la intervención o no de los sujetos procesales en la alzada. La ley nada dice. El criterio de coincidente de las salas de Casación es que no debe darse intervención a las partes; así, por ejemplo, lo sostuvo la Sala I en el fallo "Pérez".

Sin embargo, en un aislado precedente, la sala II de la Cámara Criminal y Correccional resolvió en la causa "Lucero" que el procedimiento a seguir en los supuestos de control debía ser con la debida intervención de las partes ante la alzada.

Se detecta a su vez que en un importante número de resoluciones los jueces no motivan su decisión, limitándose a manifestar en meros decretos de uno o dos renglones que prorrogan la prisión preventiva sin mayor consideración. En estos casos, la Cámara de Casación dispone que se enmiende la omisión sin indicar plazo alguno para ello y sin adoptar ninguna otra medida. Por ejemplo, así lo dispuso la sala III de la Cámara de Casación en "Villalba", luego que un tribunal oral comunicara la prórroga de la detención de 27 personas por un año más.

Esto muestra una delicada situación, por cuanto durante el lapso que transcurre entre que se subsane la omisión y se realiza el efectivo control, el procesado permanece privado de su libertad ambulatoria, lo cual es gravísimo, porque estamos frente a una detención que carece de sustento jurídico, y por ende de validez, lo que la torna ilegal.

En otro sentido, sin embargo, la Cámara de Casación ha realizado un control más estricto reduciendo los plazos originariamente establecidos como prórroga a la mitad o a una menor cantidad de tiempo.

2.4 *LA CONSULTA Y EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN*

El Art. 348 del CPP en su segundo párrafo manda a elevar el proceso a la Cámara de apelaciones para que por vía de resolución dirima el conflicto de procedencia de sobreseimiento planteado entre el fiscal que lo pide y el juez que no lo cree procedente, o si bien el juez coincide con tal petición, no lo hace el querellante, por lo cual se genera también un conflicto que habilita la elevación en consulta.

Nos encontramos aquí frente a un supuesto diferente a los anteriores en cuanto a la intervención de los sujetos procesales, por cuanto tanto el auto de elevación de la causa a juicio, como el que dispone el sobreseimiento, configuran la culminación de la etapa crítica de la instrucción o

del denominado procedimiento intermedio, durante cuyo transcurso interfieren recíprocamente, a parte de la actividad defensiva del imputado, la función requirente del ministerio fiscal y la jurisdiccional del juez de instrucción.

Se le dará intervención a la Cámara de Apelaciones, por 6 días. Si ésta entiende que corresponde elevar la causa a juicio, apartará al fiscal interviniente e instruirá en tal sentido al fiscal que designe el fiscal de cámara o al que en turno corresponda.

El auto por el que se expide la Cámara es obligatorio para los conflictuados.

He aquí el primer problema que se desarrolla por cuanto se plantea la posibilidad de que este Art. 348 sea inconstitucional por agredir la independencia funcional del Ministerio Público, hoy establecida por el Art. 120 de la CN. Esta jerarquía que la Constitución le otorga al Ministerio Público de independencia funcional, torna inconstitucional cualquier ley que autorice la sujeción del Ministerio Público a otra autoridad, y por ende invalida cualquier instrucción o directiva que referida a su competencia procesal se le pretenda dar.

Por otro lado, se estaría vulnerando el derecho de defensa en juicio porque se atribuye al órgano judicial una suerte de ejercicio compartido de la acción penal (cuyo único titular es el Ministerio Público), dado que de esta manera el imputado debe también defenderse de quien decide y no solamente de quien pide en contra de su interés. Se produce a su vez una merma en el principio de neutralidad de los jueces, quienes no son parte, y por ende con la resolución no se ven beneficiados ni perjudicados. Neutralidad ésta que debe mantenerse a lo largo de todo el proceso y en todo acto que exija la intervención del juez, para decidir y garantizar el respeto de los derechos constitucionales. La intervención del juez supone la necesidad de resolver una contradicción o bien para resguardar los derechos como garantía, por ello no parece razonable que cuando el interés contrario al de la defensa se ha retirado del proceso sin violar el principio de legalidad, la voluntad persecutoria provenga del juez, quien actúa ya sin que exista contradicción ni garantías que resguardar.

Más irrazonable aún es que esa voluntad persecutoria se manifieste impartiendo órdenes a un organismo, que la Constitución Nacional declara con independencia funcional.

Por el principio de legalidad, el Ministerio Público está obligado por la ley a perseguir e investigar ante los tribunales los delitos de que tiene noticias, y por lo tanto un dictamen que implique incumplir con tal obligación y resulte de mero capricho o ignorancia del fiscal puede ser declarado nulo por arbitrario o ilegal por prevaricato. Pues, no es lo mismo que un juez se comporte como colega superior del fiscal actuante, y se permita intercambiar opiniones con él, que directamente impartirle órdenes acerca de cómo debe dictaminar. La nulidad permite rehacer el acto cumpliendo con las formas necesarias pero no en un sentido determinado.

Es a todas luces inconstitucional obligar al Ministerio Público a dictaminar en un determinado sentido.

Es este el criterio sostenido por el Tribunal Oral Criminal Federal N° 2 en el fallo "Prestera", en el que se declara la inconstitucionalidad del Art. 348 párrafo segundo del CPP.

La posición contraria –que se expide por la constitucionalidad del artículo– funda su postura en tres bases: 1) negar que el Art. 120 del CN haya introducido novedad alguna en el ordenamiento normativo como para justificar una declaración de inconstitucionalidad a partir de dicho precepto; 2) negar que la acusación o requerimiento de elevación a juicio efectuada en cumplimiento de la orden impartida por los jueces que intervengan en la causa vulnere la garantía de defensa en juicio; 3) establecer que así como toda autoridad constituida está sujeta a un control, y el Ministerio Público es una autoridad establecida por la CN, no tiene por qué ser una excepción a la regla, y por ello debe someterse al control que prevé el Art. 348, más aún, cuando el órgano que se expide sobre la legalidad del requerimiento efectuado por el fiscal, no ha de intervenir en el juicio." [21] La sala I de la Cámara de Casación se ha expedido en igual sentido en "Rodríguez", en el año 1997.

[21] *Villalba*, T.O. en lo Criminal N° 7, (1996).

3. LA CONSULTA EN EL PROCESO COMERCIAL

3.1 *LA CONSULTA PREVISTA POR LA LEY DE CONCURSO Y QUIEBRAS 24.522 Y LA LEY 19.551*

Otro caso específico de consulta es el previsto por la ley de concursos 19.551 en su Art. 295 parte final, hoy Art. 272 de la ley 24.522 (t. o. ley 25.589) de concursos y quiebras, que establece que el juez de primera instancia elevará los autos a la alzada para que ésta pueda reducir las regulaciones de honorarios practicadas. Así el Art. 272 hoy vigente, establece que: "Las regulaciones de honorarios son apelables por el titular de cada una de ellas y por el síndico. En los supuestos de los Art. 265 inc. 1,2 y según el caso el 5, también son apelables por el deudor. En los restantes, sin perjuicio de la apelación por los titulares, el juez debe remitir los autos a la alzada, la que puede reducir las regulaciones aunque el síndico no haya apelado".

No hay aquí tampoco recurso alguno, sino una mecánica oficiosa que se da al tribunal superior para preservar el equilibrio de créditos dentro de la masa.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puntualizado en los autos "Keutex S.A. s/ pedido de concurso especial por Banco Central de la República Argentina" que la facultad de revisar de oficio los honorarios regulados en primera instancia no se conserva indefinidamente, pues el procedimiento concursal no se aparta en este aspecto de los principio generales. En tal sentido, se considera precluida la posibilidad de ejercitar tal potestad luego de que la Cámara de apelaciones intervino en la causa con posterioridad a la regulación de la instancia de origen.[22]

[22] Citado por Amadeo, en *Honorarios en los concursos*, p. 242.

CONCLUSIÓN FINAL

En síntesis podríamos señalar, que cualquiera sea la materia, esto es civil, penal o comercial, en el ordenamiento jurídico argentino se ha previsto esta figura para temas muy específicos en los que se encuentra en juego el orden público, o bienes jurídicos, como la libertad, la capacidad, que requieren un control particular, que como llevamos dicho, no está demás.

Se trata notoriamente de un medio que permite la intervención del tribunal de alzada, al igual que los recursos, aunque sin contar con el ataque de parte.

Permite así la revisión, el reexamen del fallo dictado en primera instancia, fundado en razones de estricto orden público, poniendo en cabeza de los tribunales la elevación de la causa y el tratamiento de la sentencia respectiva. Y si bien es cierto que no existe aquí dinámica procesal de los sujetos activo y pasivo de los procedimientos, las vías son abiertas por ejercicio del Estado de Derecho y, en general, son expresiones diferenciadas de tutela judicial efectiva.

La Apelación y la Práctica Judicial

María Inmaculada PÉREZ DUPUY*

SUMARIO:

Introducción.

1. **La apelación y la práctica judicial. Introducción.**
2. **La impugnabilidad objetiva en el Código Orgánico Procesal Penal. Referencia al tipo de fallo recurrible y motivos.**
3. **Impugnabilidad objetiva en cuanto al medio de impugnación.**
4. **El recurso de apelación.**
5. **Objeto de impugnación: Decisiones contra las que es admisible el recurso de apelación.**
6. **La apelación de autos.**
7. **¿Cómo apelar? Motivos.**
8. **Trámite.**
9. **La apelación de la sentencia definitiva.**

---

* **Universidad Santa María**, Abogada, Doctora en Ciencias Penales mención *summa cum laude*, Especialista en Casación, mención *summa cum laude.* Profesora en Pre y Posgrado. **Universidad Central de Venezuela**, *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho,* Profesora. **Juzgado de Primera Instancia Penal**, Ex Juez. **Corte de Apelaciones Área Metropolitana de Caracas**, Juez Titular. Expositora en varios eventos nacionales e internacionales.

10. Clasificación de los motivos.
11. Trámite del recurso de apelación contra la sentencia definitiva producida en el juicio oral.
12. Características de la audiencia que se celebra ante la Corte de Apelaciones para impugnar la sentencia del juicio oral.
13. Efectos de la decisión de la Corte de Apelaciones que declara con lugar el recurso.
14. Legitimación para recurrir.

INTRODUCCIÓN

El Código Orgánico Procesal Penal (COPP) desarrolla la garantía judicial del derecho a recurrir como manifestación propia del derecho garantía al debido proceso que consagra el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela estableciendo un régimen de impugnación.

El Libro Cuarto del Código Orgánico Procesal Penal contiene las disposiciones relativas a los medios de impugnación en el nuevo sistema de enjuiciamiento en el que desaparece la consulta como medio de control jurisdiccional dejando en poder de las partes el ejercicio o no del derecho de impugnar la resolución judicial que pueda producir alguna consecuencia notoria para sus derechos, siendo entonces revisables sólo a instancia de éstas. En efecto, frente a una resolución emanada del órgano jurisdiccional, la parte a quien desfavorezca pueden no recurrir la decisión, lo que supone la voluntad de aceptarla como solución definitiva del conflicto a pesar de los defectos que pueda contener y la misma no es revisable, adquiriendo en consecuencia firmeza, efecto que lo establece de manera expresa el artículo 178 del COPP al estatuir que las decisiones judiciales quedarán firmes y ejecutoriadas sin necesidad de declaración alguna, cuando no procedan o se hayan agotado los recursos en su contra. Puede igualmente la parte impugnar la resolución judicial, posición por la que, a través del ejercicio los recursos, pretende su anulación o su sustitución por otra que dé satisfacción a su pretensión.

Un sector de la doctrina entiende por recurso los actos procesales de parte mediante los que se impugna una resolución que no tiene efectos

de cosa juzgada formal, y que se realizan en consecuencia dentro del mismo proceso, abriendo una nueva fase en él. Un concepto más restringido de recurso, es el que considera como tal los medios de impugnación que persiguen un nuevo examen del asunto ya resuelto, por un órgano jurisdiccional de categoría superior al que ha dictado la resolución, reservándose para los demás, carentes de efecto devolutivo, la denominación de remedios.

Para Bernardino Varela Gómez, el fundamento de los recursos se halla en el reconocimiento de la falibilidad humana, es decir, en los errores o injusticias que pueda haber cometido el Juez al aplicar las normas materiales y procesales, así como en el juicio de hecho y en la valoración de las pruebas realizadas en la sentencia.[1]

Estos defectos han sido clasificados por la doctrina en vicios *in procedendo* y vicios *in iudicando,* afectando los primeros a la actividad procesal, al orden, al procedimiento por carecer la resolución de alguno o de algunos de los presupuestos de su formación; y los segundos, error en el juicio, en el juzgamiento, afectando la parte sustantiva o material del proceso, o como enseña Varela, son defectos de la actividad lógica de subsunción de los hechos en las normas jurídicas, errores en la realización del juicio jurisdiccional; a su vez pueden ser de hecho, acaecidos al determinar el supuesto cierto sobre el cual va a aplicarse la norma, y errores de derecho, cometidos en las diversas operaciones de determinación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas al supuesto de hecho.[2]

Para el citado autor de la distinción anterior surge una ulterior clasificación del recurso entendido en su sentido estricto, que distingue entre impugnaciones propiamente dichas, encaminadas a denunciar la ilegalidad de la resolución, pretendiendo su anulación por ser contraria a la ley, y los llamados medios de gravamen, que tratan de combatir las presuntas injusticias cometidas en ella, al atribuir a la ley una voluntad distinta de la que realmente tiene.

---

[1] Varela Gómez, Bernardino. *El Recurso de Apelación Penal.* 1997:93.
[2] Varela Gómez, Bernardino, *Ob. Cit.,* p. 23.

El Código Orgánico Procesal Penal regula los recursos tanto como medio de impugnación como medio de resarcir un gravamen, lo cual deriva de los efectos de la decisión que resuelva la apelación contra sentencia definitiva fijados en el artículo 457 del COPP, de los efectos de la sentencia que resuelva el recurso de casación a que se refiere el artículo 467 del COPP y de los efectos de la sentencia que resuelve el recurso de revisión, fijados en el artículo 475 del COPP.

El efecto de nulidad puede tener lugar también como consecuencia de una declaratoria de falta de motivación del fallo recurrido que conlleva a la aplicación de la sanción máxima de nulidad cuando la Corte de Apelaciones no disponga de los elementos para poder satisfacer la pretensión del recurrente, tal es el caso de la apelación de una medida judicial privativa de libertad que no reúna los requisitos de forma y fondo previstos en el artículo 254 del COPP.

En otros casos el efecto de la declaratoria con lugar del recurso de apelación puede conducir a que se revoque o modifique un determinado pronunciamiento judicial y sea sustituido por el que emita la Corte de Apelaciones, resarciéndose así el gravamen que la decisión produce.

Siendo los recursos previstos en el COPP medios de impugnación para lograr la nulidad del fallo recurrido y a su vez un medio para resarcir un gravamen que considera la parte recurrente se le ha causado con una decisión injusta, se fundamenta el derecho de impugnación en nuestro COPP, siguiendo el pensamiento de Valera en la necesidad de evitar en lo posible los errores e injusticias de la resolución, junto con el gravamen o perjuicio que a la parte ha causado ésta.

Venezuela es signataria de varios Tratados Internacionales que tienen incidencia en materia de los recursos procesales en un juicio criminal a saber:

> – Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que establece en el artículo 8, numeral 2, literal h "Durante el proceso toda persona tiene derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior".

– Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que establece en el artículo 14, numeral 5 "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena a la que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito por la ley".

– Reglas de Mallorca, documento de las Naciones Unidas (1990-1992) que dispone en el artículo 35 "Todo condenado tiene derecho a recurrir la sentencia ante el Tribunal Superior".

Todos estos pactos contemplan de una forma u otra la doble instancia como una garantía procesal, cónsona con esta idea está el pensamiento de Alberto Binder citado por Brown, apuntando el primero que la "impugnabilidad de la sentencia y de otros fallos importantes se vincula a las garantías judiciales mínimas, y un proceso penal garantizador debe establecer el derecho o la facultad de recurrir el fallo".[3]

El COPP en el artículo 1 se perfila como un código garantista al establecer que nadie podrá ser condenado sin un juicio previo, oral y público, realizado, sin dilaciones indebidas, ante un juez imparcial, conforme a sus disposiciones y con salvaguarda de todos los derechos y garantías del debido proceso consagrados en la Constitución de la República, las leyes, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República. Entre esos derechos se desarrolla el régimen recursivo.

Para Sergio Brown, el proyectista venezolano elaboró un sistema de recursos que significa un control serio sobre el *íter* procesal, el establecimiento de los hechos y la aplicación del derecho, sin renunciar a los principios de inmediación, oralidad, concentración y publicidad. El recurso permite la revisión por parte de un Tribunal Superior del cumplimiento de las reglas del debido proceso (juicio sobre el proceso) y de la aplicación de las reglas de derecho a la hipótesis fáctica legalmente establecida (juicio sobre el mérito), tratándose de un doble examen que,

[3] Brown C. Sergio *Los Recursos en el Proyecto de Código Orgánico Procesal Penal. Una aproximación a su texto*. Nuevo Proceso Penal Venezolano. 1998:127.

sumado al control casacional, llena las exigencias del derecho al recurso establecido por los pactos internacionales.[4] Para Magaly Vásquez en el ejercicio de los recursos sigue en juego la defensa de los derechos fundamentales de los intervinientes en las distintas fases del proceso, y particularmente del imputado que ha recibido en agravio alguna de las decisiones contra las cuales se otorgan los recursos.[5]

2. LA IMPUGNABILIDAD OBJETIVA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL. REFERENCIA AL TIPO DE FALLO RECURRIBLE Y MOTIVOS

El artículo 432 del COPP consagra dentro del régimen de los recursos el principio de la impugnabilidad objetiva, según el cual las decisiones judiciales sólo serán recurribles por los medios y por los casos expresamente establecidos. Este principio de la impugnabilidad objetiva comprende dos aspectos a saber:

1**. Señalamiento expreso y taxativo de los medios de impugnación.**

2. **Señalamiento de las decisiones recurribles y de los motivos** de procedencia. Al utilizar el legislador la expresión "y por los casos" se mira al tipo de decisión contra la cual es admisible el recurso, así como a las causales de procedencia, siendo en consecuencia, la admisibilidad del recurso contra un tipo de fallo judicial un presupuesto necesario para la procedencia del recurso que se refiere en concreto al motivo que hace impugnable el fallo recurrido constituyendo el punto de resolución del recurso.

3. IMPUGNABILIDAD OBJETIVA EN CUANTO AL MEDIO DE IMPUGNACIÓN

El Código Orgánico Procesal Penal contempla las siguientes clases de recursos:

---

[4] Brown C. Sergio. *Ob. Cit.,* p. 180.
[5] Vásquez Magaly (1996). *El Nuevo Proceso Penal Venezolano.* 1998:105-106.

– Recurso de Revocación.

– Recurso de Apelación: apelación de autos y apelación de la sentencia definitiva.

– Recurso de Casación.

– Recurso de Revisión.

En este trabajo nos referiremos únicamente a la apelación.

4. EL RECURSO DE APELACIÓN

La apelación es un recurso o medio de impugnación ordinario, devolutivo, contra resoluciones gravosas para la parte, que se plantea ante el mismo órgano judicial que las ha dictado, para ante el órgano superior inmediato, el cual, previos los trámites legales, dicta una nueva resolución que confirma o revoca, total o parcialmente, o anula la anterior. También puede ser definido como el recurso mediante el cual se abre la segunda instancia, a objeto de provocar una mayor o menor amplitud según los casos, un nuevo conocimiento del asunto, sobre la base de que la sentencia recurrida produce un gravamen al recurrente al no haberse estimado en la primera instancia, en todo o parte, las peticiones formuladas por él.[6]

La apelación reúne en nuestro derecho una doble naturaleza: la de impugnación en sentido estricto, por un lado y por otro, la de lo que se ha dado en llamar medio de gravamen, por lo tanto, sirve para denunciar los vicios de la actividad procesal, consistente en irregularidades cometidas por el juez inferior al realizar cualquiera de los actos externos que componen el proceso y la sentencia, la que entonces resulta ser contraria a la ley, como para poner de manifiesto defectos, equivocaciones o desviaciones en el juicio lógico que lleva a cabo el juez al dictarla, de los que resulta una resolución que aun siendo válida, atribuye a la ley una voluntad distinta de la que realmente tiene.[7]

---

[6] Varela Gómez Bernardino. *Ob. Cit.,* pp. 62 - 64.
[7] Varela Gómez Bernardino. *Ob. Cit.,* p. 64.

5. OBJETO DE IMPUGNACIÓN: DECISIONES CONTRA LAS QUE ES ADMISIBLE EL RECURSO DE APELACIÓN

Partiendo del principio de la impugnabilidad objetiva en cuanto al tipo de resolución impugnable a través del recurso de apelación, el COPP admite este recurso contra dos tipos de resoluciones judiciales: contra autos fundados (Art. 173 COPP) y contra la sentencia definitiva dictada en el juicio oral.

El órgano jurisdiccional que ha de conocer de la apelación de autos es la Corte de Apelaciones.

6. LA APELACIÓN DE AUTOS

Se fijan en el artículo 439 del COPP el tipo de decisiones recurribles. La expresión decisión –en nuestro concepto– se refiere a los autos fundados que involucran un pronunciamiento judicial que requiere un examen del asunto por parte del Juez, bien a solicitud de parte o por una necesidad del procedimiento.

Los tipos de autos recurribles a través del recurso de apelación pueden ser clasificados en los siguientes grupos:

PRIMER GRUPO:

Decisiones con fuerza de definitiva que ponen fin al proceso o impiden su continuación. (actos de efectos ***conclusivos***)

Quedan comprendidas aquí las referidas en el artículo 447, numeral 1, a saber:

Las que pongan fin al proceso o impidan su continuación, entrando dentro de esta categoría de autos:

> La autorización dada por el Juez de Control al Ministerio Público para prescindir total, parcialmente del ejercicio de la acción penal, o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho (artículo 37 COPP).

La decisión que declare el sobreseimiento en los supuestos de los artículos 321 y 322 del COPP.

La decisión del Juez en funciones de Juicio que declara inadmisible la querella cuando el hecho no reviste carácter penal o la acción está evidentemente prescrita, o verse sobre hechos punibles de acción pública, o falte un requisito de procedibilidad, en los delitos de acción dependiente de instancia de parte, a que se refiere el artículo 405 del COPP.

Igualmente quedan comprendidas dentro de esta categoría la decisión que declare con lugar las excepciones previstas en los ordinales, 4, 5 y 6 del artículo 28 del COPP.

SEGUNDO GRUPO:

La decisión que involucra un obstáculo para el ejercicio de la acción penal.

Quedan comprendidas en este grupo:

– La decisión que declara con lugar la promoción de las excepciones previstas en el artículo 28, ordinales, 1°, 2° y 3° del COPP.

– La decisión que rechace la querella a que refiere el artículo 296 del COPP.

TERCER GRUPO:

Las decisiones atinentes a la libertad, a saber:

– Las que declaren la procedencia de una medida cautelar privativa de libertad o sustitutiva. (Arts. 250 y 256 del COPP).

– Las que conceden la suspensión condicional de la pena (artículo 495 del COPP).

– Las que rechacen la suspensión condicional de la pena (Art. 493 del COPP).

– Las que acuerden o rechacen trabajo fuera del establecimiento, régimen abierto y libertad condicional (artículos 501 y 504 del COPP).

– Las que acuerden o rechacen la redención de la pena (artículo 509 del COPP).

– Las que denieguen o acuerden la extinción de la pena.

– Las que denieguen o acuerden la conmutación de la pena.

– Las que denieguen o acuerden el confinamiento.

CUARTO GRUPO:

Las que la ley ha señalado expresamente apelables:

– La decisión del Juez que ordena la desestimación de la denuncia a solicitud del Ministerio Público (Art. 302).

– La decisión que declare el sobreseimiento (artículo 322).

– La decisión que declare, bien de oficio o a solicitud de parte el desistimiento de la querella, a que se refiere el artículo 297 del COPP.

– Las sanciones que imponga el Juez a tenor de lo previsto en el artículo 103 del COPP.

– La decisión del Juez de Juicio que declare la inadmisibilidad de la acusación (artículo 406).

– La decisión que declare el abandono de la acusación y el desistimiento de la misma (artículo 416).

– La decisión del Juez de Control que niega la práctica de investigación preliminar en los delitos enjuiciables a instancia de parte.

QUINTO GRUPO:

Decisiones atinentes a las costas:

La decisión sobre las costas, la cual sólo será recurrible cuando la sentencia o auto que la contiene sea apelable, en cuyo caso podrá impugnarse autónomamente (Art. 273 COPP).

SEXTO GRUPO:

De carácter residual, enunciación del ordinal 5 del artículo 447 del COPP hace impugnable todo auto que cause gravamen irreparable salvo que el mismo sea declarado inimpugnable

7. CÓMO APELAR. MOTIVOS

En cuanto a los motivos que harían procedente el recurso de apelación contra autos se observa que **el legislador no ha fijado los motivos de manera expresa,** como lo hace para la apelación de la sentencia definitiva y para el recurso de casación, corresponde a la jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones desarrollar la doctrina que fije los motivos de procedencia del recurso de apelación contra autos, sin embargo, al examinarse la naturaleza de las resoluciones judiciales contra las cuales es admisible este recurso y en atención a los grupos en que las hemos dividido, podemos por ahora fijar unos posibles motivos en los que podrá fundarse el recurso de apelación de autos.

Por ejemplo, si se trata de decisiones interlocutorias con fuerza de definitiva que pongan fin al juicio o impidan su continuación y la misma se basa en que los hechos no revisten carácter penal, y en efecto, sí son constitutivos de delito, obviamente se ha incurrido en violación de la ley por inobservancia o errónea aplicación de una norma jurídica, el cual es motivo de procedencia del recurso de apelación

Cuando se trate de este tipo de decisión interlocutoria, también puede ser motivo de procedencia la falta, contradicción o ilogicidad manifiesta en la motivación de la decisión. Invocado este vicio como motivo del recurso, deberá el recurrente indicar como infringido el artículo 173 del Código Orgánico Procesal Penal que establece:

> **Artículo 173. Clasificación.** Las decisiones del tribunal serán emitidas mediante sentencia o auto fundados, bajo pena de nulidad, salvo los autos de mera sustanciación.
>
> Se dictará sentencia para absolver, condenar o sobreseer.
>
> Se dictarán autos para resolver sobre cualquier incidente.

El vicio de inmotivación puede estar presente en cualquier resolución judicial. Al denunciarse el mismo, es conveniente precisar la exigencia de motivación en concreto por la norma que regula tal resolución judicial. Según sea el tipo de resolución judicial, la misma contendrá unos presupuestos de forma y fondo, cuya infracción será denunciada en el recurso. Seguidamente presentamos un elenco de decisiones en las que de manera expresa se exige la motivación, a saber:

> **Artículo 29. Trámite de las excepciones durante la fase preparatoria.** Las excepciones interpuestas durante la fase preparatoria,...
>
> Si la excepción es de mero derecho, o si no se ha ofrecido o dispuesto la producción de prueba, el Juez o tribunal, sin más trámite, **dictará resolución motivada** dentro de los tres días siguientes al vencimiento del citado plazo de cinco días.
>
> En caso de haberse promovido pruebas, el Juez convocará a todas las partes, sin necesidad de notificación previa, a una audiencia oral, que se celebrará dentro de los ocho días siguientes a la publicación del auto respectivo. En esta audiencia, cada una de las partes expondrá oralmente sus alegatos y presentará sus pruebas. Al término de la audiencia, el Juez resolverá la excepción de **manera razonada**.

La resolución que se dicte es apelable por las partes dentro de los cinco días siguientes a la celebración de la audiencia.

El rechazo de las excepciones impedirá que sean planteadas nuevamente durante la fase intermedia por los mismos motivos.

Artículo 46. Revocatoria. Si el imputado incumple en forma injustificada alguna de las condiciones que se le impusieron, o de la investigación que continúe realizando el Ministerio Público, surgen nuevos elementos de convicción que relacionen al imputado con otro u otros delitos, el Juez oirá al Ministerio Público, a la víctima y al imputado, y decidirá **mediante auto razonado** acerca de las siguientes posibilidades:

Artículo 195. Declaración de nulidad. Cuando no sea posible sanear un acto, ni se trate de casos de convalidación, el Juez deberá **declarar su nulidad por auto razonado** o señalará expresamente la nulidad en la resolución respectiva, de oficio o a petición de parte. El auto que acuerde la nulidad deberá individualizar plenamente el acto viciado u omitido, determinará concreta y específicamente, cuáles son los actos anteriores o contemporáneos a los que la nulidad se extiende por su conexión con el acto anulado, cuáles derechos y garantías del interesado afecta, cómo los afecta, y, siendo posible, ordenará que se ratifiquen, rectifiquen o renueven...

Artículo 210. Allanamiento. Cuando el registro se deba practicar en una morada, establecimiento comercial, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado, se requerirá la orden escrita del Juez.

(….)

La resolución por la cual el Juez ordena la entrada y registro de un domicilio particular será siempre fundada...

Artículo 220. Autorización. En los casos señalados en el artículo anterior, el Ministerio Público, solicitará razonadamente

al Juez de control del lugar donde se realizará la intervención, la correspondiente autorización con expreso señalamiento del delito que se investiga, el tiempo de duración, que no excederá de treinta días, los medios técnicos a ser empleados y el sitio o lugar desde donde se efectuará. Podrán acordarse prórrogas sucesivas mediante el mismo procedimiento y por lapsos iguales, medios, lugares y demás extremos pertinentes.

El órgano de policía de investigaciones penales, en casos de necesidad y urgencia, que deberán ser debidamente justificados, podrá solicitar directamente al Juez de control la respectiva orden, previa autorización, por cualquier medio, del Ministerio Público, que deberá constar en la solicitud, en la cual, además, se harán los señalamientos a que se contrae el aparte anterior.

La decisión del Juez que acuerde la intervención, **deberá ser motivada** y en la misma se harán constar todos los extremos de este artículo.

Artículo 246. Motivación. Las medidas de coerción personal sólo podrán ser decretadas conforme a las disposiciones de este Código, mediante resolución judicial fundada. Ésta se ejecutará de modo que perjudique lo menos posible a los afectados...

Artículo 254. Auto de privación judicial preventiva de libertad. La privación judicial preventiva de libertad sólo podrá decretarse **por decisión debidamente fundada** que deberá contener:

1. Los datos personales del imputado o los que sirvan para identificarlo.

2. Una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le atribuyen.

3. La indicación de las razones por las cuales el tribunal estima que concurren en el caso los presupuestos a que se refieren los artículos 251 ó 252.

4. La cita de las disposiciones legales aplicables.

La apelación no suspende la ejecución de la medida.

Artículo 256. Modalidades. Siempre que los supuestos que motivan la privación judicial preventiva de libertad puedan ser razonablemente satisfechos con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del Ministerio Público o del imputado, deberá imponerle en su lugar, **mediante resolución motivada**, algunas de las medidas siguientes:...

Artículo 272. Decisión. El tribunal **decidirá motivadamente** sobre la imposición de costas.

Podrá eximir del pago de costas a la parte obligada a ello, en los casos de comprobada situación de pobreza.

Cuando corresponda distribuir las costas entre varios, fijará con precisión el porcentaje que debe asumir cada uno de los responsables, sin perjuicio de la solidaridad.

Artículo 299. Responsabilidad. El querellante o acusador particular será responsable, según la ley, cuando los hechos en que funda su querella o su acusación particular propia, sean falsos o cuando litigue con temeridad, respecto de cuyas circunstancias **deberá pronunciarse el Juez motivadamente**.

Artículo 324. Requisitos. El auto por el cual se declare el sobreseimiento de la causa deberá expresar:

1. El nombre y apellido del imputado.

2. La descripción del hecho objeto de la investigación.

3. **Las razones de hecho y de derecho** en que se funda la decisión, con indicación de las disposiciones legales aplicadas.

4. El dispositivo de la decisión.

Artículo 331. Auto de apertura a juicio. La decisión por la cual el Juez admite la acusación se dictará ante las partes.

El auto de apertura a juicio deberá contener:

1. La identificación de la persona acusada.

2. Una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos, su calificación jurídica provisional y una exposición sucinta de los motivos en que se funda; y, de ser el caso, las razones por las cuales se aparta de la calificación jurídica de la acusación.

3. Las pruebas admitidas y las estipulaciones realizadas entre las partes.

4. La orden de abrir el juicio oral y público.

5. El emplazamiento de las partes para que, en el plazo común de cinco días, concurran ante el Juez de juicio.

6. La instrucción al secretario de remitir al tribunal competente la documentación de las actuaciones y los objetos que se incautaron.

Este auto será inapelable.

Artículo 333. Publicidad. El debate será público, pero el tribunal podrá resolver que se efectúe, total o parcialmente a puertas cerradas, cuando:...

La resolución será fundada y se hará constar en el acta del debate.

Artículo 336. Decisión sobre la suspensión. El tribunal decidirá la suspensión y anunciará el día y hora en que continuará el debate; ello valdrá como citación para todas las par-

tes. Antes de continuarlo, el Juez presidente resumirá brevemente los actos cumplidos con anterioridad.

Los jueces y los fiscales del Ministerio Público podrán intervenir en otros debates durante el plazo de suspensión, salvo que el tribunal **decida por resolución fundada lo contrario**, en razón de la complejidad del caso.

El Juez presidente ordenará los aplazamientos diarios, indicando la hora en que se continuará el debate.

Artículo 338. Oralidad. La audiencia pública se desarrollará en forma oral, tanto en lo relativo a los alegatos y argumentaciones de las partes como a las declaraciones del acusado, a la recepción de las pruebas y, en general, a toda intervención de quienes participen en ella. **Durante el debate, las resoluciones serán fundadas** y dictadas verbalmente por el tribunal y se entenderán notificadas desde el momento de su pronunciamiento, dejándose constancia en el acta del juicio.

El tribunal no admitirá la presentación de escritos durante la audiencia pública.

Artículo 416. Desistimiento. El acusador privado que desista o abandone el proceso pagará las costas que haya ocasionado. El desistimiento expreso podrá ser realizado por el acusador privado, o por su apoderado con poder expreso para ello, en cualquier estado y grado del proceso.

El acusador privado será responsable, según la ley, cuando los hechos en que funda su acusación privada sean falsos o cuando litigue con temeridad, **respecto de cuyas circunstancias deberá pronunciarse el Juez motivadamente.**

Fuera de acto expreso, la acusación privada se entenderá desistida, con los mismos efectos señalados anteriormente, cuando el acusador no promueva pruebas para fundar su acusación, o

sin justa causa no comparezca a la audiencia de conciliación o a la del juicio oral y público.

La acusación privada se entenderá abandonada si el acusador o su apoderado deja de instarla por más de veinte días hábiles, contados a partir de la última petición o reclamación escrita que se hubiese presentado al Juez, excepción hecha de los casos en los que, por el estado del proceso, ya no se necesite la expresión de voluntad del acusador privado. El abandono de la acusación deberá ser declarado por el Juez **mediante auto expreso, debidamente fundado,** de oficio o a petición del acusado.

Declarado el abandono, el Juez tendrá la obligación de **calificar motivadamente,** en el mismo auto que la declare, si la acusación ha sido maliciosa o temeraria...

Artículo 450. Procedimiento. Recibidas las actuaciones, la corte de apelaciones, dentro de los tres días siguientes a la fecha del recibo de las actuaciones, decidirá sobre su admisibilidad...

La corte de apelaciones **resolverá, motivadamente**, con la prueba que se incorpore y los testigos que se hallen presentes.

Artículo 489. Multa. Si la pena es de multa y el penado no la paga dentro del plazo fijado en la sentencia, será citado para que indique si pretende sustituirla por trabajo voluntario en instituciones de carácter público, o solicitar plazo para pagarla, el cual, en ningún caso, excederá de seis meses.

Oído el penado, el tribunal **decidirá por auto razonado.** En la resolución fijará...

Artículo 527. Contenido de la sentencia. La sentencia que se dicte conforme a lo dispuesto en los artículos precedentes contendrá:

1. La identificación de las partes.

2. La enunciación de los hechos y circunstancias que hayan sido objeto del juicio, sin transcribir en ella los actos del proceso que constan en autos.

3. La exposición concisa de los fundamentos de hecho y de derecho, con mención de las normas legales aplicadas.

4. La decisión expresa sobre el sobreseimiento, absolución o condena del encausado, especificándose en este caso con claridad las sanciones que se impongan.

5. Fecha y lugar donde ha sido pronunciada.

8. TRÁMITE

El trámite para la apelación de autos comprende las siguientes fases a saber:

– **Interposición:** debe efectuarse ante el Tribunal que dictó la decisión dentro del término de cinco días mediante escrito debidamente fundado. Estimamos que el término de interposición del recurso se contará a partir de la notificación. El recurso permite la promoción de pruebas para acreditar el fundamento del mismo, debiendo el recurrente promoverlas en el escrito de fundamentación. (Art. 448 COPP).

– **Contradicción**: Interpuesto el recurso y vencido el término de cinco días a que refiere el artículo 448 se abre un lapso de tres días para que las partes lo contesten y en su caso promuevan prueba, previo emplazamiento del juez.

– **Remisión a la Corte de Apelaciones**: Vencido el lapso de tres días para la contradicción, dentro de las 24 horas siguientes se remitirá copia de las actuaciones pertinentes, o un cuaderno especial a la Corte de Apelaciones.

– **Admisibilidad**: La Corte de Apelaciones se pronunciará sobre la admisibilidad del recurso dentro de los tres días del recibo de las actua-

ciones, debiendo examinar los presupuestos de admisibilidad del artículo 437 del Código Orgánico Procesal Penal, según el cual la Corte de Apelaciones sólo podrá declarar inadmisible el recurso por las siguientes causas**:**

> a) Cuando la parte que lo interponga carezca de legitimación para hacerlo.
>
> b) Cuando el recurso se interponga extemporáneamente.
>
> c) Cuando la decisión que se recurre sea inimpugnable o irrecurrible por expresa disposición de este Código o de la ley.

En la reforma del Código Orgánico Procesal Penal de noviembre de 2001, se incluyó un catálogo expreso de decisiones que por disposición de la ley son inimpugnables a saber:

> – La que niega la suspensión condicional del proceso por oposición de la víctima y del Fiscal del Ministerio Público (artículo 43).
>
> – La que resuelva sobre las excusas o renuncias del defensor de oficio (artículo 140).
>
> – La que deniega la solicitud de nulidad (artículo 196).
>
> – La que niega la revisión de medida privativa de libertad (artículo 264).
>
> – La declaración de inhibición del Juez (artículo 87).
>
> – La que declara inadmisible la solicitud de nulidad (artículo 193).
>
> – La decisión que se profiere en el procedimiento de faltas (artículo 387).
>
> – La decisión sobre la reclamación civil (artículo 430).
>
> – El auto de apertura a juicio (artículo 331).

Ordena el código, que fuera de las anteriores causas, la Corte de Apelaciones, deberá entrar a conocer el fondo del recurso planteado y dictará la decisión que corresponda.

Si se admite el recurso se abre el procedimiento de la segunda instancia, cuyo lapso es breve para la resolución del asunto, el cual es de 10 días salvo que se trate la apelación de un auto que declare la procedencia de una medida cautelar privativa de libertad o sustitutiva, en cuyo caso los lapsos se reducen a la mitad

Sustanciación: Este lapso de 10 días para el trámite ante la Corte de Apelaciones es común para la admisión de las pruebas promovidas. Corresponde a la Corte de Apelaciones pronunciarse sobre la necesidad y utilidad de las mismas, y siendo así fijará una audiencia oral dentro de los 10 días siguientes a la recepción de las actuaciones para la evacuación de las pruebas promovidas, quedando a cargo de la parte promovente su presentación en la audiencia fijada para tal fin. El secretario a solicitud de la parte promovente, expedirá las citaciones u órdenes que sean necesarias, las cuales serán diligenciadas por éste.

Resolución: En la audiencia que se fije para la recepción de las pruebas, la Corte de Apelaciones resolverá con las pruebas que se incorporen y los testigos que se encuentren presentes. Si no se ordena la fijación de la audiencia, la Corte de Apelaciones resolverá al décimo día siguiente de la admisibilidad. La resolución que dicte deberá ser motivada. (Art. 450 del COPP).

9. LA APELACIÓN DE LA SENTENCIA DEFINITIVA

Siguiendo igualmente el principio de impugnabilidad objetiva, la sentencia definitiva es impugnable únicamente a través del recurso de apelación. El artículo 443 del COPP emplea el término “admisible” para referirse al tipo de recurso a través del cual se puede impugnar la sentencia definitiva producida en el juicio oral.

10. CLASIFICACIÓN DE LOS MOTIVOS

El artículo 452 del COPP fija de manera taxativa los motivos en los que podrá fundarse el recurso de apelación. Estos motivos pueden clasificarse en tres tipos de vicios o errores de la sentencia definitiva:

I.- Motivos que constituyen violación a los principios y garantías procesales consagrados en el Título Preliminar del COPP, a saber:

– Violación de normas relativas a:

Oralidad: infracción de los artículos 14 y 338 del COPP.

Inmediación: infracción de los artículos 16 y 332 del COPP.

Concentración: infracción de los artículos 17, 335 y 337 del COPP.

Publicidad del juicio: infracción de los artículos 15 y 333

II.- Motivos por errores in procedendo, constituyendo vicios intrínsecos de la sentencia:

1.- Los que guardan relación con la motivación de la sentencia, (Art. 452, ordinal 2º) a saber:

– Falta de motivación.

– Motivación contradictoria.

– Manifiesta ilogicidad en la motivación.

2.- Los que guardan relación con la forma como se obtuvo o incorporó la prueba en que se funda la sentencia:

– Sentencia dictada con fundamento en prueba obtenida ilegalmente o incorporada con violación a los principios del juicio oral infringiendo lo previsto en el artículo 197 del COPP (Art. 452, ordinal 2º).

3.- Los que guardan relación con las formas sustanciales de los actos:

– El quebrantamiento u omisión de formas sustanciales de los actos que cause indefensión. (Art. 452, ordinal 3º).

III.- Motivos que constituyen errores de juicio:

– Violación de ley por inobservancia o errónea aplicación de una norma jurídica. (Art. 452, ordinal 4º).

Los motivos del recurso de apelación contemplados en el artículo 452 del COPP constituyen los únicos fundamentos del mismo que deberán ser señalados por el recurrente en su escrito. Exige el nuevo sistema de enjuiciamiento que se fundamente el recurso de apelación, lo cual implica necesariamente una formalización del recurso, debiendo el recurrente especificar el punto impugnado de la decisión, indicando por separado cada motivo, expresando de manera concreta los fundamentos del mismo y la solución que se pretende, es decir, cuál es el resultado que aspira.

Esta exigencia de fundamentación del recurso de apelación obliga al recurrente a examinar minuciosamente el fallo a impugnar a los efectos de determinar cuál vicio de los especificados en el artículo 452 del COPP afecta la sentencia definitiva y en cuál de sus considerandos, pues puede contener varias resoluciones.

La determinación del ámbito jurisdiccional de las Cortes de Apelaciones tiene lugar por medio de pretensión del apelante, y por ello la delimitación del contenido de la apelación viene dada por la interposición del recurso contra toda la resolución o sólo contra alguno de sus extremos o particulares, fijando así la cuestión sobre la que se ha de versar el recurso.

En el caso de apelación parcial, las facultades de la Corte de Apelaciones se limitan o concretan a la parte de la sentencia impugnada con exclusión de los restantes puntos, como consecuencia del principio de justicia rogada o dispositivo, que rige en este punto en el nuevo sistema de enjuiciamiento.

En el supuesto de apelaciones múltiples o cruzadas de ambas partes se da lugar a una ampliación de contenido al ámbito jurisdiccional de la Corte de Apelaciones, ya que no rige entonces la prohibición de *reformatio in peius*, a que se refiere el artículo 442 y goza en consecuencia de la misma libertad e idénticos poderes a los que tenía el Tribunal de instancia, pues conforme al artículo 442, los recursos interpuestos por cualquiera de las partes permitirán modificar o revocar la decisión a favor del imputado.

Con el fin de salvaguardar el principio de contradicción, el Código Orgánico Procesal Penal al regular el trámite de la apelación de la sentencia definitiva, prevé actividad probatoria y contestación del recurso.

En cuanto a la prueba, la misma será necesaria y útil a los efectos de acreditar un defecto de procedimiento sobre la forma en que se realizó el acto en contraposición a lo señalado en el acta del debate o en la sentencia. A tal fin, el recurrente deberá promover la prueba consistente en el medio de reproducción a que se contrae el artículo 334, si fuere el caso. Sólo en caso que el medio de reproducción, no pueda ser utilizado, o no se hubiere empleado, será admisible la prueba testimonial.

Por exigencia legal, la promoción del medio de reproducción se hará en los escritos de interposición o de contestación del recurso, señalando de manera precisa lo que se pretende probar, so pena de inadmisibilidad. El tribunal lo remitirá a la corte de apelaciones debidamente precintado.

En cuanto a la posibilidad de contradecir el recurso, se pauta que presentado el recurso, las otras partes, sin notificación previa, podrán contestarlo dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del lapso para su interposición, y en su caso, promuevan pruebas, las cuales se limitarán a contradecir los fundamentos del recurso y hacia los mismos fines previstos en el artículo 453 del Código Orgánico Procesal Penal.

El Juez o tribunal, sin más trámite dentro de las veinticuatro horas siguientes al vencimiento del plazo correspondiente, remitirá las actuaciones a la corte de apelaciones para que ésta decida.

Para Valera, sin perjuicio de que el objeto del proceso en primera y segunda instancia sigue siendo el mismo, el grado de aquiescencia, aceptación o de impugnación de la sentencia que se recurre en apelación sirve para delimitar los poderes del órgano superior, que deberá resolver congruentemente con las peticiones de las partes en el recurso. Esta acotación del objeto del mismo por virtud de la voluntad impugnatoria de ambas partes es una manifestación del principio dispositivo, expresada por el tradicional *brocardo tantum appellatum quantum devulutum*, y viene a significar que el efecto devolutivo, delimitador de los poderes del juez superior, es conformado por la materia que efectivamente haya sido objeto del recurso de apelación, de modo que entra dentro del ámbito del recurso todo lo que en virtud del mismo es elevado al tribunal superior[8] (1997:289).

Por argumento en contrario, las resoluciones de la sentencia que no hayan sido objeto del recurso se entienden consentidos por la voluntad presunta de las partes y amparados en la fuerza de la cosa juzgada, de modo que, también por razones de congruencia, no podrá la Corte de Apelaciones entrar a conocer.

En algunas circunstancias la regla *tantum appellatum quantum devulutum*, puede tener excepciones que vienen dada por el interés público que tienen algunas cuestiones que escapan del poder dispositivo de las partes, y deben ser decididas de oficio, como las relativas a la jurisdicción y competencia, el emplazamiento de las partes, la falta de legitimación activa o pasiva, o la necesidad de evitar fallos contradictorios en caso de pluralidad de legitimantes.[9]

Se observa que habrá de desarrollarse una técnica de fundamentación en la que al recurrente no le bastará con indicar que la sentencia presenta x vicio, sino indicarse además cuál es la norma infringida, el hecho que motiva la infracción, cuál es el resultado que se produce como consecuencia de tal infracción y que la misma al ser declarada cambiará el resultado del dictado por la sentencia definitiva del juicio. Así por

[8] Varela Gómez, Bernardino. *Ob. Cit.,* p. 289.
[9] Varela Gómez, Bernardino. *Ob. Cit.,* p. 290.

ejemplo, si denuncia que en el proceso se violó el principio de oralidad, la denuncia de infracción sería en términos como éste: "Con fundamento en el artículo 452, ordinal 1º del Código Orgánico Procesal Penal, se denuncia la infracción de los artículos 14 y 338 del mismo texto legal, por cuanto el día de la celebración del juicio, el Fiscal no expuso en forma oral su acusación, sino que presentó un escrito que fue ordenado agregar a las actas por el Juez Presidente, lo cual impidió al defensor explanar su defensa, hecho que se dejó constancia en el acta levantada al efecto.

Establece el artículo X y X. De haberse efectuado la exposición verbal por parte del Fiscal X, mi defendido hubiese podido efectuar sus alegatos de defensa que le permite el artículo y así mismo conocer los hechos que se le imputaron...".

11. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA PRODUCIDA EN EL JUICIO ORAL

En cuanto al trámite del recurso de apelación contra la sentencia definitiva producida en el juicio oral, el mismo consta de las siguientes fases:

Interposición:

El recurso se interpone por ante el juez o Tribunal que dictó la sentencia en el término de diez días en que fue dictada, o de la publicación de su texto íntegro para el caso de que el Juez difiera la redacción del mismo.[10]

[10] Antes de la reforma de 2001, en un trabajo denominado el Régimen de los Recursos en el Código Orgánico Procesal Penal, afirmamos al respecto: "La notificación tiene lugar con la lectura de la misma a tenor de lo previsto en los artículos 192 y 366 del COPP, por lo que el término para apelar corre a partir de la fecha del pronunciamiento para el que han sido convocadas verbalmente las partes. Ahora bien, en nuestro criterio, el término de diez días para interponer el recurso no siempre correrá a partir de la fecha de pronunciamiento y ello es así en el caso que se difiera la redacción de la sentencia por la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora o la complejidad del asunto, en la Sala sólo se lee la parte dispositiva y la publicación tiene lugar dentro de los 10 días posteriores del pronunciamiento.
Aun cuando el artículo 366 en los casos de diferirse la publicación ordena que el Juez Presidente exponga a las partes y al público de manera sintética los fundamentos de hecho y de derecho que motivaron la decisión, es con la motivación escrita que podrá el recurrente examinar el fallo y poder así cumplir con los requisitos de fundamentación del recurso.

La forma de interponer el recurso es mediante escrito que deba reunir los requisitos que se han señalado en párrafos anteriores, este escrito debe presentarse en el término de 10 días a la notificación, **es preclusivo a los efectos no sólo de la interposición del recurso sino de la fundamentación del mismo**, ello se extrae de la expresión utilizada en el artículo 453 del COPP. "Fuera de esta oportunidad no podrá aducirse otro motivo".

De lo antes expuesto se colige que **el recurrente tiene dos cargas: interponer el recurso en el término legal y fundamentarlo en forma escrita, coincidiendo en un mismo acto la interposición y fundamentación,** pues se interpone mediante "escrito fundado". Lo anterior nos permitiría señalar que este medio de impugnación se efectúa a través de un escrito de interposición-fundamentación. Con lo anterior se elimina la práctica viciosa del anterior sistema de enjuiciamiento en que se interpone el recurso de apelación sin ningún tipo de fundamentación, limitándose la parte a señalar "APELO" y "me reservo de fundamentar por ante el superior", fundamentación que nunca se presentaba.

Para acreditarse un defecto de procedimiento sobre la forma en que se realizó el acto en contraposición a lo señalado en el acta del debate o en la sentencia, el recurrente podrá promover prueba en el escrito de interposición, señalando de manera precisa lo que se pretende probar. Se le impone al recurrente la carga de promover la prueba en el escrito de interposición-fundamentación del recurso y además cuál es el objeto de la prueba, con lo cual se corrige el vicio de la promoción de pruebas impertinentes.

Por otra parte surge una superposición de lapsos, pues si la sentencia queda notificada con la lectura del dispositivo, comenzaría a correr el término de 10 días para apelarla y si el Juez Presidente dispone de un término de 10 días para redactar y publicar no tendría acceso el apelante al texto de la sentencia y ya estaría vencido el término de interposición del recurso. Igual superposición de lapsos ocurriría para el emplazamiento y contestación a la apelación y para la remisión de las actuaciones a la Corte de Apelaciones.

Lo anterior nos lleva a concluir que cuando la sentencia sea publicada con posterioridad a su pronunciamiento, si bien las partes quedan notificadas con la lectura de la parte dispositiva, el término para interponer el recurso se computará a partir de la fecha de su publicación, pues de lo contrario surgiría una subversión dentro del proceso por la superposición de los lapsos señalados y se causaría además indefensión.

Nuestro nuevo sistema de enjuiciamiento concibe la prueba en apelación como una excepción. El sistema de apelación limitada pugna con la existencia de una fase probatoria en el recurso, y determina la imposibilidad de obtener la admisión de aquellos medios que pudiendo haber sido utilizados en la instancia no lo fueron, precluyendo por regla general la aportación de pruebas en la primera instancia. Para que la prueba proceda en la sustanciación del recurso de apelación es necesario que concurra una causa específica que la justifique.

En cuanto al legitimado para la promoción de pruebas, lo es tanto el recurrente como las demás partes y ello se colige de la letra del artículo 453 del COPP al expresar "el recurrente podrá promover pruebas" y del artículo 454 del COPP al expresar "promuevan prueba".

Contradicción:

Presentado el escrito de interposición-fundamentación del recurso, se abre un lapso de cinco días para que dentro del mismo sea contestado por las otras partes y en su caso promuevan prueba.

Remisión:

Al *a quo* sólo le corresponde remitir al vencimiento de los cinco días las actuaciones a la Corte de Apelaciones. No se pronuncia sobre la admisibilidad del recurso, pues ello corresponde al *ad quem*.

Admisibilidad:

La Corte de Apelaciones se pronunciará sobre la admisibilidad del recurso, debiendo examinar si se trata de una sentencia recurrible por vía de apelación.

El artículo 447 del Código Orgánico Procesal Penal reformado, no establecía cuáles circunstancias debía tomar en consideración la Corte de Apelaciones para pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso, sin embargo, hace cuatro años, afirmamos, que consideramos que además de examinar el tipo de fallo impugnado debía verificarse que el recurrente ha cumplido con los deberes formales que se le imponen para

recurrir. Estimamos que el no cumplimiento de estos deberes formales llevarían a la Corte de Apelaciones a declarar inadmisible el recurso de apelación.[11] Sin embargo, con la reforma del mes de noviembre de 2001, en el artículo 437 obliga a la Corte de Apelaciones a admitir el recurso de apelación de sentencia que no reúna los requisitos, lo cual genera serios problemas a la hora de entrar a conocer el fondo del recurso.

En cuanto al orden en la Exposición de los Motivos del recurso de apelación, lo lógico será plantear, en primer lugar, aquellos que hagan referencia al quebrantamiento de normas y garantías procesales que puedan conllevar en su momento la anulación de la sentencia y la celebración de un nuevo juicio (Art. 452, numerales 1º, 2º y 3º). La alteración del orden en nuestra opinión no sería causal de inadmisibilidad, con tal que se hagan constar en el escrito de interposición los fundamentos de la impugnación de modo claro y con separación de ellos en función de su diferente naturaleza. La falta absoluta de motivación sí justificaría la inadmisión, ya que éste es un requisito sin el cual la apelación quedaría francamente vacía de contenido.[12] (Valera; 1997:291).

Si se admite el recurso se abre el procedimiento de la segunda instancia en el que dentro de los diez días siguientes de recibidas las actuaciones se fija una audiencia oral que deberá realizarse dentro de un lapso no menor de cinco días ni mayor de diez. (Art. 456 del COPP).

---

[11] En el trabajo denominado *El Régimen de los Recursos en el Código Orgánico Procesal Penal*, nos planteamos las siguientes circunstancias para emitir un pronunciamiento de inadmisibilidad: Que se apele una sentencia dictada por un Tribunal de Jurados. Que el escrito de interposición del recurso no se haya presentado en el término legal a que se refiere el artículo 445. Que la decisión recurrida no sea desfavorable al recurrente. Que el escrito no cumpla con los requisitos de fundamentación por: No indicar de manera específica los puntos impugnados de la decisión (Art. 428 del COPP), por no haberse indicado de manera concreta y separada cada motivo con sus fundamentos; por no haberse indicado en el escrito de interposición la solución que se pretende con la impugnación. Igualmente expresamos en esa oportunidad, que las causales de inadmisibilidad del recurso de apelación contra la sentencia emitida en el juicio oral las irá fijando la jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones en atención al principio de la impugnabilidad objetiva, y a los deberes o cargas que se imponen al recurrente, pues conforme al artículo 428 del COPP los recursos se interpondrán en las condiciones de tiempo y forma que se determinan en el Código Orgánico Procesal Penal. Por su parte la exposición de motivos del COPP establece que la falta de fundamentación del recurso de apelación se sanciona con la declaratoria de inadmisibilidad.

[12] Varela Gómez, Bernardino. *Ob. Cit.,* p. 291.

12. CARACTERÍSTICAS DE LA AUDIENCIA QUE SE CELEBRA ANTE LA CORTE DE APELACIONES PARA IMPUGNAR LA SENTENCIA DEL JUICIO ORAL

La audiencia en la que se debatirá oralmente sobre el fundamento del recurso se celebrará con las partes que comparezcan y sus abogados, de lo que se colige que la audiencia que se celebra por ante la Corte de Apelaciones para impugnar la sentencia del juicio oral está caracterizada por:

– **La ausencia de necesidad de comparecencia de todos los sujetos procesales** como se exige en el artículo 332 del COPP, por lo que el principio de inmediación es menos riguroso que en las audiencias fijadas para el desarrollo del juicio que exige la presencia ininterrumpida de las partes.

– **Oralidad en cuanto a los alegatos de las partes, pero limitado exclusivamente a los fundamentos del recurso**. Se observa que la parte recurrente deberá versar su exposición sobre el motivo de apelación, es decir, sobre el vicio que estima existente de los especificados en el artículo 452 sin poder extenderse al hecho o hechos que fueron establecidos por la sentencia recurrida.

– **Concentración:** en la misma audiencia fijada para el trámite del recurso deberán producirse las pruebas que se incorporen y los testigos que se hallen presentes. La concentración queda de manifiesto al establecerse que la decisión, la cual ha de ser motivada, se emitirá al concluir la audiencia o, en caso de imposibilidad por la complejidad del asunto, dentro de los diez días siguientes.

En cuanto a las pruebas promovidas queda a cargo de la parte promovente su presentación en la audiencia fijada para tal fin. El secretario a solicitud de la parte promovente, expedirá las citaciones u órdenes que sean necesarias, las cuales serán diligenciadas por éste.

13. EFECTOS DE LA DECISIÓN DE LA CORTE DE APELACIONES QUE DECLARA CON LUGAR EL RECURSO

Los efectos de la decisión de la Corte de Apelaciones que declara con lugar el recurso depende del motivo del artículo 452 del COPP en que se haya fundado la impugnación, así:

Efecto de nulidad de la sentencia recurrida y nueva celebración del juicio oral, cuando se declare con lugar el recurso de apelación por haberse fundado en:

> a) Violación de normas relativas a la oralidad, inmediación, concentración y publicidad; en falta, contradicción o ilogicidad manifiesta en la motivación de la sentencia; con fundamento en que la sentencia se basa en prueba obtenida ilegalmente o incorporada con violación a los principios del juicio oral; en quebrantamiento u omisión de las formas sustanciales de los actos que cause indefensión.
>
> b) Pronunciamiento de fondo por parte de la Corte de Apelaciones cuando el motivo del recurso se funde en el error de juicio de violación de la Ley por inobservancia o errónea aplicación de una norma jurídica.

En este caso la decisión "propia" que dicta la Corte de Apelaciones es sobre los hechos que han sido comprobados y fijados por la decisión recurrida, siempre que la sentencia no haga necesario un nuevo juicio oral y público sobre los hechos, por exigencia de la inmediación y la contradicción, ante un Juez distinto a aquel que dictó la decisión recurrida (Art. 457, última parte, del COPP).

De la letra de la segunda parte del artículo 457, surge que el efecto de la declaratoria con lugar del recurso con fundamento en violación de la Ley por inobservancia o errónea aplicación de una norma jurídica, puede producir también el efecto de nulidad de la sentencia recurrida y la consiguiente orden de celebración de un nuevo juicio oral y público sobre los hechos, por exigencias de los principios de inmediación y concentración.

Si se trata de un error de la especie o cantidad de la pena, no se produce el efecto de nulidad de la sentencia ni se ordena la celebración de un nuevo juicio, por razones de economía procesal, en este caso, la Corte de Apelaciones procede a hacer las rectificaciones que procedan.

De lo antes expuesto se observa que la Corte de Apelaciones no puede establecer nuevos hechos al resolver el recurso, y en los casos que

puede dictar una decisión propia, ésta debe emitirse con estricta sujeción a los hechos que se han dado por probados por el Tribunal del juicio. Lo anterior surge del sistema de recurso que adoptó el COPP que no admite un recurso de apelación amplio, comprensivo de los hechos y el derecho. Se privilegió la esencia del juicio acusatorio.[13]

El COPP ha sido riguroso al fijar los requisitos de la sentencia, dando especial relevancia al establecimiento de los hechos. Así debe la sentencia, so pena de nulidad, contener:

> – La enunciación de los hechos y circunstancias que han sido objeto del juicio.
>
> – La determinación precisa y circunstanciada de los hechos que el Tribunal estime acreditados
>
> – La exposición concisa de sus fundamentos de hecho y de derecho.

Los requisitos relativos a los hechos, que ha de contener la sentencia, señalados en el artículo 364 del COPP, forman parte de la motivación de la sentencia, en esos hechos que se dan por probados es que se ha de basar la sentencia de la Corte de Apelaciones que declare con lugar el recurso y permita dictar una decisión propia.

> c) Cuando por efecto de la decisión del recurso debe cesar la privación de libertad del acusado, la Corte de Apelaciones ordenará su libertad, la cual se hará efectiva en la Sala de Audiencia, si está presente.

Cabe plantearse si se ha fundado el recurso de apelación en varios motivos, cual ha de ser el orden de resolución de las denuncias de infracción. Estimamos, que la Corte de Apelaciones debe resolver, en primer término, las denuncias de infracción, cuya declaratoria con lugar ordene la celebración de un nuevo juicio oral, y resuelta ésta sería inofi-

[13] Brown, Sergio. *Ob. Cit.,* p. 180.

cioso entrar a examinar las demás. La doctrina elaborada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, hasta ahora, ha de ser muy útil a las Cortes de Apelaciones para ello, y por consiguiente fuente obligatoria de consulta. Estimamos que también será muy útil la doctrina elaborada a los efectos de la declaratoria del perecimiento del recurso de casación por defectuosa

14. LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR

Podrán recurrir en contra de las decisiones judiciales las partes a quienes la Ley reconozca expresamente este derecho (Art. 436 del COPP).

Conforme al artículo 108 ordinal 13º del COPP al Ministerio Público le corresponde ejercer los recursos contra las decisiones que recaigan en los juicios en que intervengan.

En cuanto a la víctima el artículo 117, numeral 8 le faculta para impugnar el sobreseimiento o la sentencia absolutoria.

El querellante es parte y tiene derecho a impugnar las resoluciones judiciales.

En cuanto el imputado puede recurrir directamente o a través de su defensor. El defensor puede recurrir por el imputado, pero en ningún caso en contra de su voluntad expresa. (Art. 433 del COPP).

Los anteriores constituyen los legitimados activos para recurrir, pero el legislador en el artículo 436 establece que las partes sólo podrán impugnar las decisiones judiciales que les sean desfavorables.

Preservando las garantías procesales del imputado, se establece que éste siempre podrá impugnar una decisión judicial en los casos en que se lesionen disposiciones constitucionales o legales sobre su intervención, asistencia y representación, aunque hayan contribuido a provocar el vicio objeto del recurso.

BIBLIOGRAFÍA

BERNAL CUÉLLAR, Jaime (1998). *El Proceso Penal.* Universidad Externado de Colombia.

BROWN C. Sergio (1998). *Introducción a la Fase de Impugnación en el Código Orgánico Procesal Penal. Código Orgánico Procesal Penal.* Caracas. Mc Graw Hill.

_____: (1998). *Los Recursos en el Proyecto de Código Orgánico Procesal Penal. Una aproximación a su texto. Nuevo Proceso Penal Venezolano.* XXIII Jornada "J.M. Domínguez Escobar". Barquisimeto. Tipografía Horizonte.

DE LA RUA, Fernando (1994). *La Casación Penal.* Buenos Aires. Ediciones de Palma.

GONZÁLEZ NOVILLO, Jorge. (1993). *El Recurso de Casación en el Proceso Penal.* Buenos Aires Argentina. Ad Hoc, S.R.L.

IRAZU SILVA**,** José Luis. (1994). *Principio del Juicio Plenario contenido en el Código de Procedimiento Penal tipo para América Latina y el control de Casación en la motivación del fallo.* Revista del Colegio de Abogados del Estado Carabobo. Año 1, Volumen I. Talleres Alfa Impresores.

MAIR, Julio B. (1995). *Recurso Acusatorio contra sentencia de los Tribunales de Juicio y múltiple persecución penal.* Homenaje Escuela Procesal de Córdoba. Instituto de Derecho Procesal y Centros de Estudios de Derecho Procesal Provinciales y Extranjeros. Buenos Aires.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. (1996). *Procedimiento Penal Colombiano.* Colombia. Temis.

MONSALVE CASADO, Ezequiel (1985). *Lecciones de Casación Penal.* Caracas. Editorial Panapo.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *El Juicio de Segunda Instancia y el Control de Casación de la motivación del fallo en el proyecto venezolano de Código Orgánico Procesal Penal.* Terceras Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados del Estado Carabobo. Valencia. 1997. Vadell Hermanos Editores.

ROSELL SENHENN, Jorge (1998). *El Juicio Oral y Público. Código Orgánico Procesal Penal.* Caracas. Mc Graw Hill.

_____*:* 1998. *Principios y Garantías en el Proceso Penal. Nuevo Proceso Penal Venezolano.* XXIII Jornada "J.M. Domínguez Escobar". Barquisimeto. Tipografía Horizonte.

VARELA GÓMEZ, Bernardino. (1997). *El Recurso de Apelación Penal.* España. Terant Lo Blanch.

VÁSQUEZ, Magaly (1998). *Los Medios de Impugnación en el Nuevo Proceso Penal.* Terceras Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados del Estado Carabobo. Valencia. 1997. Vadell Hermanos Editores.

_____*:* (1996). *El Nuevo Proceso Penal Venezolano.* Caracas. Editorial Texto.

SCHONBOHM, Horst (1995). *Sistema Acusatorio Proceso Oral. Juicio Oral en América Latina y Alemania.* Producción Texto Agora.

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

Carlos E. PINTO[*]

SUMARIO:

Introducción

1. **De la experticia: 1.1** *Generalidades.* **1.2** *Origen.*
2. **La pericia experticia como prueba: 2.1** *Concepto y función.* **2.2** *Naturaleza jurídica.*
3. **La experticia en el proceso penal: 3.1** *Principios del proceso:* **3.1.1** *Los sistemas.* **3.1.2** *Los principios del proceso acusatorio.* **3.1.3** *Principio en experticia: La necesidad de la prueba.*

Conclusiones

[*] **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado, Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, Especialista en Derecho Mercantil, mención Contratos y Sociedades (pendiente trabajo de grado). **Universidad Central de Venezuela**, *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, *Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Profesor Contratado. Abogado en ejercicio.

INTRODUCCIÓN

Durante muchos años la labor de los peritos ha sido necesaria al momento de determinar, la naturaleza y fin que cumplen determinadas pruebas en el proceso penal. Hoy estas pruebas trascienden, desde el simple uso de identificación por huellas dactilares, análisis de trazas de disparo (ATD), análisis de ácido desixorribonucléico (ADN), el luminol, espectrógrafo de voz, experticia grafotécnica, de balística, de diseño y mecánica, hasta las contenidas en leyes más modernas, como en la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas y Ley contra Delitos Informáticos.

No obstante hay ciertos 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, en este caso, la pericial. He aquí algunas notas sobre el particular.

1. DE LA EXPERTICIA

1.1 *GENERALIDADES*

El proceso penal involucra una serie de elementos de prueba tendentes a evidenciar ciertos aspectos de índole técnica en virtud de lo cual, sólo personas con conocimientos especializados para una determinada función (*capacidad en abstracto*), con base a un caso procedimiento especial (capacidad en concreto). Tales personas son los denominados "peritos" o "expertos", que dedican el conocimiento que parte de su profesión, arte o industria a elementos técnicos de la investigación criminal sea cual sea la necesidad que parte de cada caso en particular. No obstante cómo se ha llegado a considerar hasta nuestros días la peritación como un medio de prueba, y cuál es la trascendencia de la institución a nivel del derecho procesal penal, es el objeto de esta breve exposición.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española al indicar el significado de la palabra perito, establece lo siguiente *"perito, Del latín peritus). Adj. Sabio, experimentado, hábil práctico en una cien-*

cia o arte. Ú. t.c.s.// 2 m. y f. Persona que en alguna materia tiene título de tal, conferido por el Estado.// 3 Persona que poseyendo especiales conocimientos teóricos o prácticos, informa bajo juramento al juzgador sobre puntos litigiosos en cuanto se relaciona con su saber especial o experiencia". En base a lo anterior, cabe preguntarse ¿Siembre debió de existir el perito como elemento de prueba técnico en el proceso?

1.2 *ORIGEN*

Como bien asienta Florián (1995), a Di Notaristefani, Mommsen, Meyer y otros, la peritación adquirió tardíamente sitio propio en la evolución de las pruebas penales como medio de prueba, debiéndose ello a la creación de los jurisconsultos italianos. No obstante los procesos penales carecían de reglamentación al respecto, puesto que los únicos medios de prueba que admitían eran las deposiciones de los acusados, de los testigos, los documentos y la recolección del material hallado en la escena del crimen, así como el obtenido en las pesquisas domiciliarias. El único caso en que se pudiera obtener un indicio de peritaje como medio de prueba era en procedimiento civil ordinario, el cual se dividía en dos fases, a saber *in jure* e *in judicio*. La primera fase, antes mencionada, permitía el nombramiento de un juez, a cuyo evento se elegía para ese caso a una persona que poseyera los conocimientos especiales y cualidades sobre la materia, lo que hacía estéril la designación de peritos a título autónomo. A dicho juez se le denominaba *arbiter*, mas debemos aclarar que este *arbiter* no era un perito, sino un Juez, con facultades suficientes para decidir a título privado sobre lo sometido a su consideración con base al caso en concreto. Sólo posteriormente en una serie de procesos que se denominaron *extra ordinem* pudo manifestar algún elemento de peritación como, por ejemplo, la peritación obstétrica para inspeccionar a la mujer (*inpectio ventris)* en el caso de que el divorciado afirmara el embarazo de la mujer y ésta lo negara (Ref. autor citado a Glück, a *Digesto*, libro xxv, título iv, ley 1 ss. 1 , 4 y 5). En este caso tres parteras (*obstetrices*) debían comprobar si la mujer divorciada estaba en cinta y prestar testimonio bajo juramento. Igualmente, existía en el supuesto que la mujer viuda afirmare estar en cinta de su difunto, (Ref. autor citado a

Glück, a *Digesto*, libro xxv, título iv, ley 1 ss 10) en cuyo caso, cinco mujeres solteras procedían a observar a la mujer embarazada, pero sin tocarle el cuerpo a menos que ella lo permitiera".

Autores como Borjas (1982), salvo los casos expresados, compartiendo y haciendo referencia al criterio de Notaristefani, justifica la prescindencia casi total de la experticia en el proceso romano por la supuesta asistencia que ante los jueces suponía la existencia de un *consillium* cuerpo colegiado que asesoraba a éstos en materias de peritaje, los cuales asistían a los interrogatorios y se hallaban en capacidad de resolver muchas de las cuestiones que de otro modo deberían de someterse a conocimientos de especialistas. En tal sentido, Florián (1995) señala que no obstante en efecto existía un *consillium* o consejos asesor, la esfera de acción de este cuerpo era muy limitada al extremo que la peritación no podía tener acceso por esta vía, ni siquiera en los casos de los juicios mayores. En tal sentido, el procedimiento en los cuales intervenía el *consillium* se aplicó sólo en algunos casos en los gobiernos de las provincias hasta generalizarse en la Roma imperial. En caso de procedimientos de comicios para asuntos criminales, al cual se sometían a consideración los casos más graves de delincuencia, no era posible determinar la existencia de *consillium* alguno, dado que los juicios eran sometidos a consideración del pueblo contra una sentencia de los magistrados en lo que se denominaba *provocatio*. Tampoco podía hablarse de *consillium* en los denominados *quaestiones perpetuae*, los cuales sucedieron a los comicios, en virtud que su constitución involucraba la existencia de un pretor como presidente y ciudadanos de diversas clases sociales.

Posterior a ello, recoge particular énfasis la situación procesal surgida en especial de los derechos germánico y canónico, lo cual Devis Echandía (1981) se ha servido denominar la *"fase mística o religiosa del derecho penal"*. Mientras que en el proceso tradicionalmente romano, la prueba era un medio utilizado para persuadir al juez, quien en la mayoría de los casos la apreciaba con libertad, en el proceso germánico la prueba tenía una finalidad en sí misma, la cual contribuía a fijar la sentencia, a cuyo evento la prueba era una actividad casi exclusiva de las partes, dando como resultado el exclusivo y riguroso formalismo en la

práctica de la prueba. No obstante, comentando a dicho autor a Mittermeier, se indica la imposibilidad en dicho período de entender la valoración de la prueba con base a un sistema de reglas de valoración judicial de la prueba, como hoy lo entendemos. No obstante, se trata de unas reglas sobre valoración de pruebas que el juez no podía dejar a un lado al momento de sentenciar. La verdad perseguida, según asienta, no era la verdad material, sino la resultante de un estricto proceso formal, basado generalmente en elementos artificiosos o en la creencia de Dios para los casos particulares. Así, señala, surgieron las ordalías (sometimiento de un ritual al juicio de Dios), duelos judiciales, pruebas de fuego y otros. Haciendo referencia a Roxin, Art y Tiedeman (1989) no fue sino hasta la "*Peinliche Halsgerichtsordnung"*, (PGO o Carolina) de 1532 que se introdujo un orden penal ante el proceso inquisitivo supuestamente falto de reglas y desordenado.

Visto lo anterior, no es difícil imaginar que el camino de la admisión de la pericia, como medio de prueba autónomo, iba a contar a los fines del proceso penal con un camino algo largo y tortuoso.

Como expusiéramos anteriormente, el proceso germánico anteponía un excesivo rigor formal para el establecimiento de una verdad pocas veces material, hecho el cual impidió el nacimiento de la peritación como un elemento de corte técnico, capaz de aportar elementos de convicción sobre algún punto en Particular (Ref. por Florián y Devis, a Bentham y Howlleg), lo cual, de hecho abarcó tanto al proceso civil como al proceso penal.

Es por ello que la práctica de la peritación, a los fines de la exposición como examen técnico, no llegó a tomar relevancia sino posteriormente, a cuyo evento primeramente se le consideró como una especia de testimonio. En lo relativo al derecho canónico, encontramos ejemplos sobre el particular, a cuyo evento, haciendo referencia el autor citado a la obra de Hinschius, se indica el caso de una muerte causada supuestamente por un presbítero a un ladrón que escapaba con adornos de los altares, y los libros eclesiásticos, en el cual se dictaminó:

> ... en el caso propuesto, creemos que debe distinguirse si puede comprobarse que dicho sacerdote no infligió un golpe mor-

> tal, o sea del cual, si no se hubieran seguido heridas de otros, el contuso no habría muerto; y si el autor de los golpes no tuvo la voluntad de dar muerte... En verdad si esto fuere así tal vez puede ser demostrado por él mismo, y si apareciere con certeza que los golpes infligidos por él fueron muy pocos y levísimos en una parte del cuerpo en la que nadie puede ser golpeado levemente hasta morir **y el dictamen de los peritos asegura que ese golpe no fue mortal**, ha de creerse, por otra parte, que el sacerdote que no es acusado o denunciado por otro, sino por sí mismo, solícito de su salvación, busca un consejo saludable, podrá seguir ejerciendo su cargo sacerdotal, después de imponérsele por cautela alguna penitencia.... (Negrillas nuestras).

Al principio, el *Codex Juris Canonici* no recogía normas especiales para la sustanciación y práctica de la peritación. No fue sino después cuando los canonistas procedieron a distinguir entre los *testis peritus, del peritus arbiter, assessor* o *consigliarius*. La apreciación, por el contrario, no parte de simples escabinos sino de magistrados que no obstante proceder en forma inquisitoria, elaboraban un fundamento jurídico de apreciación a la prueba, restringiéndose el rigorismo formalista de corte germánico imperante hasta entonces.

Posteriormente la peritación tomó vida propia, al punto que en sus comienzos de considerarse el perito llegó como una especie de juez, más que todo en los procesos que involucraban asistencia por parte de médicos, comadronas y otras personas con conocimientos especiales, como en los casos de los expertos grafológicos.

En cuanto al derecho canónico y el derecho de formación de las naciones, destaca Borjas (1982) el surgimiento, con posterioridad a la caída del Imperio Romano, de ciertos elementos normativos en los cuales se regulaba la experticia. Así, por ejemplo, resaltan la *Lex Alemannorum,* la *Ley Sálica* y *Ley Ripuaria*. Por otro lado, los rastros del proceso acusatorio desaparecieron con el surgimiento de un sistema, la era de las codificaciones, lo cual se observa en el Ordenamiento de Alcalá y las Leyes del Toro. Por otro lado, las ordalías desaparecieron por las

excomuniones de los concilios de Letrán en 1215, de León en 1288 y de Valladolid, en 1322. Así, en el derecho español se estableció el sistema de pruebas formales para la edad media. En Francia la experticia fue consagrada expresamente en la ordenanza de Bolis, en 1579. En Alemania no obstante el surgimiento de la "*Peinliche Halsgerichtsordnung"*, (PGO o Carolina) de 1532, se trataba por vías tormentosas de obtener la confesión o un testimonio de dos o tres testigos creíbles; no fue sino hasta 1631 señala Roxin y otros (1989) que un libro aparecido anónimamente en 1631 (*Cautio criminalis oder rechtliche Bedenken wegwn der Hexemprozesse*, del jesuita Fiedrich von Spee. Por otro lado, el penalista Anselm von Fuerbach, presentó en 1804 un memorándum titulado *Uber die Notwedigkeit der aufhebung der Totur in Bayern* y logró, después de su llamada al Ministerio bävaro en 1806, la abolición del tormento de Baviera.

A continuación tuvo lugar la apertura de la era de las codificaciones. Así, por ejemplo, la peritación tuvo consagración formal en los Códigos de Procedimiento Penal francés, el Código de Procedimiento Penal austríaco de 1803, y el prusíaco, generalizándose por toda Europa entre los siglos XIX y XX. En lo que respecta al caso alemán, no obstante haberse abolido el tormento de las ordenanzas de Baviera en 1806, no fue sino hasta en 1828 (en Sajonia-Coburgo) que se eliminó totalmente la tortura en la obtención de confesiones declaraciones de testigos.

Vistas las consideraciones de orden histórico en lo que respecta a la prueba de experticia o peritaje, como se le conoce, haremos las determinaciones de orden práctico, así como a los principios que la rigen, destacando el principio de necesidad de la prueba, y su aplicación al caso venezolano.

2. LA PERICIA EXPERTICIA COMO PRUEBA

Al inicio de estas consideraciones describimos al perito como aquella persona que poseyendo especiales conocimientos teóricos o prácticos, informa bajo juramento al juzgador sobre puntos litigiosos en cuanto se relaciona con su saber especial o experiencia. No obstante ello, la función del experto trasciende con base al caso en concreto que se le pre-

senta. Es por ello que analizaremos ciertos aspectos que rodean a la experticia como medio de prueba.

2.1 *CONCEPTO Y FUNCIÓN*

Para Devis (1981), antes que señalar su función, la experticia tiene un concepto abstracto y otro específico. En abstracto "es una actividad procesal desarrollada, en virtud de encargo judicial por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos o científicos por la cual se suministra al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o cuyo entendimiento escapa a las aptitudes de las gentes. En cuanto a la acepción concreta de la pericia, indica que es una actividad procesal por naturaleza, derivada siempre de un proceso o de una medida procesal previa, diferente de las actividades extraprocesales, destinadas por función a ilustrar a las personas interesadas sobre las características, las garantías, los valores, las causas y los efectos de hecho o cosas que son materia de negocios o de operaciones privadas. Todo ello a los fines igualmente de diferenciar lo que es la prueba testimonial de la derivada del peritaje.

Para Manzini (1949) la pericia conserva una acepción material y otra formal. Será material en el sentido que implica un elemento de valoración de prueba, útil para fundar la culpabilidad o no del imputado, así como un fundamento de ejecución, ordenada por un Magistrado de un Tribunal y rendida bajo juramento, (peritos), por distintas de las que intervienen en el proceso penal, las cuales dictaminan acerca de observaciones de orden técnico, a propósito de hechos, personas o cosas que deben examinarse después de cometido el delito, sea por efecto del momento por el delito del que se procede o a los efectos ocasionados por él. En cuanto a su acepción formal, es aquella de la necesidad que en el proceso se observe el cumplimiento de las garantías procesales establecidas por Ley, tanto así que el Código de Procedimiento Penal italiano para ese entonces eliminó la noción de experticia para establecerla como "consulta técnica".

Para Landoni, (1994), la pericia es el resultado de una actividad de un tercero técnico, ajeno al proceso que por encargo del Tribunal debe ilus-

trar al Juez sobre determinados hechos relevantes en el proceso y respecto de los cuales es menester poseer conocimientos especializados (técnicos, artísticos y científicos) para alcanzar su adecuado conocimiento.

Para Dohring (1964), el perito al igual que el testigo, tiene la misión de aplicar sus conocimientos en el proceso y contribuir así al esclarecimiento de los hechos. Pero, a diferencia del testigo, no tiene que reproducir observaciones concretas del proceso que se trata de reconstruir. El dictaminador es llamado por su pericia, para poner a su disposición los conocimientos especializados. Señala, igualmente, el mencionado autor que la tarea del experto consiste ante todo en proporcionar al juez, o en su caso a la autoridad investigadora, reglas de experiencia que el especialista ignora, a cuyo evento, tiene también el deber de dictar las directivas necesarias para la aplicación de sus conocimientos al caso determinado, así como todos sus conocimientos con base a todos aquellos pormenores o efectos indiciarios del caso en concreto.

Chiossone, (1905), basándose en los preceptos legislativos de los artículos 144 y 244 del derogado Código de Enjuiciamiento Criminal Venezolano, asume, en primer lugar, la noción de experticia como medio de prueba individual, para aquellos casos en los que para el examen de una persona u objeto se requieran conocimientos o habilidades especiales. En segundo lugar, asienta el mencionado autor, que la prueba de un hecho punible y de la responsabilidad de sus agentes activos está en el hecho mismo, o sea, en la transgresión en la regla advertiva que establece el tipo delictivo, por ello, indica, el legislador venezolano (del Código de Enjuiciamiento Penal derogado) establece en su artículo 244 la posibilidad que el enjuiciamiento penal se *"apoye"* en los medios coadyudantes que expresamente indicaba, como declaraciones de testigos facultativos o peritos. Tales acepciones no obstante permanecer ciertas en su esencia resultan superadas por la amplitud probatoria que en tal sentido proporciona el Código Orgánico Procesal Penal Venezolano, así como las demás legales y principios Constitucionales que sustentan la materia.

Liebman (1976), al hablar sobre la "consulta técnica", del derecho procesal italiano establece importancia del consultor técnico, el cual asume sus funciones cuando, para el cumplimiento de diversos actos singula-

res o para todo el curso del proceso, deba llevar a cabo investigaciones para las cuales se requieren particulares conocimientos técnicos, diversos de los jurídicos y de los cuales el juez no está provisto. En tal sentido, la cualidad y la cantidad de la contribución que deberá ofrecerse por el consultor técnico habrán de variar, según las circunstancias y el grado de especialización que en la materia de cada caso en concreto. En vista de lo anterior, para Liebman (1976), la función de la consulta técnica es la de integrar los conocimientos en los casos en que para percibir o para valorar una prueba son necesarios conocimientos técnicos de los cuales él no está provisto.

Según Rengel (1997) la experticia *es el medio de prueba consistente en el dictamen de personas con conocimientos especiales (científicos artísticos, técnicos o prácticos), designadas por las partes o por el juez con el fin de cooperar en la apreciación técnica de cuestiones de hecho sobre las cuales debe decidir el juez según su propia convicción*.

Para Cabrera, al hacer referencia a las pruebas de imposible cumplimiento para el juez indica, siguiendo el sentido del artículo 1.422 del Código Civil Venezolano, que el experto es un medio encargado de trasladar a los autos hechos en virtud de los cuales tiene conocimientos especiales a que se refiere la materia, en vista de su profesión arte o industria, de modo que una persona con tales conocimientos, siendo la idónea para el caso en concreto, sería capaz de definir un examen con fines probatorios sobre determinados lugares personas o cosas, en que ocurrieron los hechos.

Colin Sánchez, citado por Parra (1996), asienta que la peritación, en el derecho de Procedimientos Penales, es el acto procedimental en el que el técnico o especialista en un arte o una ciencia (perito), previo el examen de una persona, de una conducta, de un hecho o de una cosa, emite un dictamen conteniendo su parecer y los razonamientos técnicos especiales y de capacidad técnica.

Para Florián (1995), a diferencia del testigo, la función del perito es suministrar al juez los conocimientos técnicos necesarios para conocer

interpretar y explicar el objeto de la prueba o la noción de la misma en su aspecto técnico, es decir, la noción técnico del objeto o de la cosa en base principios derivados de su ciencia o arte, sea en forma concreta o en forma abstracta.

Para Parra (1996) el dictamen pericial es un medio de prueba que consiste en la aportación de ciertos elementos técnicos, científicos o artísticos que la persona versada en la materia hace para tratar de dilucidar un asunto, que requiere de especiales conocimientos. Adicionalmente, haciendo referencia a Denti, señala que la prueba tiene una función social en cuanto a la administración de justicia, dado que el control que emplea un juez sobre el correcto empleo de las nociones técnico-científicas, es el mismo que puede ejercer la colectividad de la cual éste es exponente e intérprete.

Para nosotros, la experticia es un medio de prueba, en base al cual, personas designadas previamente, denominados peritos o expertos, prestan sus conocimientos o habilidades especiales en base a su capacidad, arte o ciencia, a los fines de incorporar en el proceso elementos de prueba, que impliquen el empleo de los mismos para el examen de lugares, personas, cosas u objetos, necesarios para fundar un juicio de convicción sobre uno o varios hechos, de los cuales el juez no puede tener certeza, sino en base al dictamen técnico especializado de los mismos. En tal sentido, el juez deberá de interpretar los resultados, siempre que los datos aportados por los peritos gocen de una naturaleza de lenguaje y comprensión suficientemente inteligibles al caso en concreto. De lo contrario, la experticia no habrá cumplido su finalidad, cual es, más allá del aporte de conocimientos especiales para la apreciación de determinados elementos de prueba, el obtener una sentencia justa en la que, para decidir el Juzgador, haya apreciado en forma exhaustiva todas las circunstancias de hecho y de derecho que nacen del caso sometido a su conocimiento y consideración.

No obstante, como apreciaremos posteriormente, la experticia, en materia penal adquiere un matiz especial, ya que si bien constituye en principio un medio de prueba a ser aportado durante la fase de instrucción del expediente, con la intervención principalmente del Ministerio Públi-

co y los órganos de investigación criminalística, puede ser incluida en etapa posterior del proceso, a los fines de incorporar conocimientos de los cuales no se había tenido noticia al inicio de la investigación.

Por último, bajo la vigencia del nuevo Código Orgánico Procesal Penal, descartamos la naturaleza de la experticia como un elemento destinado a ser una consulta técnica (exclusiva del Juez), ya que expresamente el caso de los *asesores no profesionales* (artículo 147) y los *consultores técnicos* (artículo 148) se erigen como elementos ***Auxiliares de las Partes*** Libro Primero, Título IV, Capítulo VII). Los asistentes no profesionales están destinados a colaborar en las tareas de las partes, realizando únicamente tareas accesorias, sin facultad de suplir a las personas que asisten en los actos propios de su función. Por otro lado, el consultor técnico es un elemento auxiliar de las partes, destinado a asistirlas en base a su ciencia arte o técnica. Su partición incluye presenciar las experticias y auxiliar a las partes con quien colaboran en los actos propios de su función.

Como se puede evidenciar, mientras que la experticia se erige como un medio de prueba del proceso, la asistencia técnica y la consulta profesional constituyen no otra cosa que soportes técnicos del medio de prueba principal, por así decirlo, que en modo alguno quedan fuera de la esfera de control por las partes.

2.1 *NATURALEZA JURÍDICA*

Mucho ha sido discutido por numerosos autores acerca de la naturaleza jurídica de la experticia, así como de las personas encargadas de evacuarla. Mientras que para unos autores como, por ejemplo, Liebman (1976) asientan en base al ordenamiento jurídico italiano sobre el particular que la pericia consiste más que todo en una "consulta técnica", realizada por los órganos designados al efecto por la autoridad judicial. Para otros como, por ejemplo, Devis (1981), Rengel (1997) y Cabrera (1989) la naturaleza de la experticia se erige con base a un elemento de prueba autónomo, con características propias destinadas aportar conocimiento científicos en base a los elementos de prueba aportados en el proceso.

Carnelutti, (1982) siguiendo los criterios de Stein, indica que el conocimiento de un determinado hecho por el Juez no se hace a menos que éste sea capaz de percibirlo con sus propios sentidos. Así, dependiendo en la divergencia o convergencia del hecho a probar, se diferencian por un lado, las llamadas *pruebas directas*, como aquellas en virtud de las cuales el juez tiene acceso directo mediante sus sentidos (ejemplo inspección judicial); y por otro lado, las llamadas *pruebas indirectas*, como aquellas en virtud de las cuales el juez no adquiere una percepción directa de los hechos sometidos a su consideración, sino que necesita deducir la existencia del mismo con ayuda de la experiencia (ejemplo, prueba de testigos, exhibición de documento). En tal sentido, indica el autor, que no obstante existe una resistencia por diversos autores a considerar a la prueba directa como un elemento de percepción, otros autores como Merlín y Bentham, se niegan a asignar la noción de prueba a lo que él se ha servido llamar como prueba indirecta, dado que a decir de estos últimos, la "prueba" habría de considerarse como un hecho supuesto o verdadero, en tanto y en cuanto pueda servir como elementos de credibilidad para fundar la existencia o inexistencia de otro hecho.

Por otro lado, asienta Carnelutti, en lo que respecta a la prueba indirecta, el Juez cumple una labor compleja, que involucra apreciación y deducción, en virtud de lo cual el objeto de la prueba como elemento intermedio, no se percibe por la sola búsqueda del hecho, sino que ha de deducirse la existencia de un hecho con base a otro inicialmente percibido. Partiendo de tales consideraciones, según el criterio de Carnelutti, se denomina *medio de prueba*, a la actividad del Juez por la cual busca la verdad del hecho a probar y *fuente de prueba* al hecho del cual se sirve para deducir la propia verdad. Así, lo que es *medio de prueba* se consideraría bajo dos aspectos: el primero, en base a formas de integración de la actividad del Juez en la percepción; y el segundo, en base a las formas de integración de la actividad del Juez en la deducción. Por otra parte, lo que es *fuente de prueba,* se consideraría en dos aspectos, partiendo que constituyan o no representación del elemento a probar: en primer lugar, *fuentes de prueba en sentido estricto*, sea que los hechos a probar deriven de una representación de éste; y en segundo lugar, *fuentes de presunción, sea* que los elementos que sirven de base al hecho no estén constituidos por la representación de éste.

En base a tales argumentos, el autor indicado introduce a la experticia en la categoría de *Medios de Prueba*. Por un lado, la presunción del juez de un hecho en concreto se halla limitada, según éste, por la capacidad técnica de éste, en cuyo caso requeriría de conocimientos especializados, para el desarrollo de tal función, lo cual *sustituiría al juez* en la actividad de la percepción. Por otro lado, en lo que respecta a la actividad deductiva del juez, la labor del perito constituiría una forma de integración, al desarrollar su oficio de dos modos: o indicando únicamente las reglas de experiencia al juez, o aplicándolas al caso.

No compartimos el criterio expuesto, dado que, si bien podría diferenciarse entre pruebas de acceso directo o indirecto a la percepción del juez, el acceso al conocimiento que se tenga sobre los hechos materia del proceso no implica necesariamente una actividad perceptiva o deductiva aislada de lo que se ha dado en denominar *fuentes de prueba.* De ser así, sería lo mismo indicar que un peritaje promovido por las partes o una experticia complementaria de prueba gozan de una misma naturaleza jurídica, razón por la cual no compartimos tal definición.

Manzini (1949), comentando a Lucchini, establece que la peritación, más que un medio de prueba constituye un elemento subsidiario para la valoración de la prueba, o para la resolución de una duda. No obstante, resalta el mencionado autor, ello no quiere decir que el perito sea en sentido estricto un auxiliar del Juez, dado que, a su decir, su actividad de ordinario indispensable, no es suplementaria de la actividad jurisdiccional, así como que el perito aporta una *contribución original suya*, de observaciones y juicios al objeto de la prueba. Es importante resaltar que en tanto la reforma del Código de Procedimiento Civil italiano de 1940, cambió la expresión "peritos", por la de "consultores técnicos", el Código de Procedimiento Penal venezolano conservó para ese entonces los términos "pericia" y "peritos".

Para Ghorphe (1947), al analizar el método de examen crítico del Juzgador en los procesos penales, describe los medios de prueba como *categorías jurídicas abstractas*, sometidas a diferentes reglas en cuanto a su admisibilidad. Así, el referido autor acentúa el carácter metodológico del medio de prueba, a los fines de fundamentar los cargos que se

imputarán a una persona para cada caso en concreto, lo cual adquiere mayor relevancia dependiendo de la etapa en que se erija la actividad juzgadora. Indica, por ejemplo, el caso del juez de instrucción en materia penal, quien determina si los cargos son suficientes o no para iniciar un proceso, y el juez de la causa, quien establece la suficiencia probatoria de los cargos para declarar culpable al acusado. No obstante, aun cuando asume que el peritaje es un medio, no establece su independencia como figura autónoma. En efecto, según Ghorphe *"el perito es un testigo selecto, competente y en estado de observar con la ayuda de medios de laboratorio..."*. Indica que, aun muy superior al testigo ordinario, el perito no resulta menos falible, lo cual mantiene el carácter parcialmente subjetivo de dicho medio de prueba.

Sobre el particular indicaremos que, si bien en materia penal la pericia involucra una técnica de control diferente a la de los procedimientos civiles, en modo alguno el perito puede considerarse testigo. Si bien uno y otro rinden declaración, el testigo declara con base a conocimientos de hecho obtenidos al mediar su presencia en determinado suceso. Por otro lado, el perito rinde un *informe pericial*, en el cual traslada, en lenguaje comprensible para el entendimiento del juez, los resultados de exámenes a personas, cosas u objetos para los cuales eran necesarios conocimientos y aptitudes especiales. Si bien es cierto que al perito declara con base a un reconocimiento, dictamen o informe pericial, la naturaleza que subyace, en uno u otro medio de prueba, no es la misma.

Couture, (1981), hace referencia al hecho que las normas que regulan los *medios de prueba* no son de naturaleza material, así como tampoco forman parte de la teoría de la eficacia jurídica, por estar esta última fuera del alcance de los litigantes y del libre proceso de convicción del magistrado. El citado autor concluye que si bien existen normas que regulan el establecimiento de los medios de prueba a título de solemnidad, hay casos en los cuales la necesidad del medio implica la realización de pruebas no previstas por disposiciones especiales, de las cuales el derecho procesal se ha encargado de incorporarlas al proceso por vía práctica y jurisprudencial. Así, indica, mientras los textos legales para la época (entre 1904 y 1956) enumeraban habitualmente los medios de prueba (instrumentos, testigos, confesión, juramento, inspección judi-

cial, *dictamen pericial* y presunciones), la práctica jurisprudencial incluía medios tales como la impresión dactiloscópica para suscribir documentos de analfabetos, el análisis de sangre en la investigación de la paternidad y los registros de voz en transmisiones radiotelefónicas. Sin embargo, no estableció el maestro una noción de medio de prueba que pudiera interesar al momento de establecer la naturaleza jurídica de la prueba pericial.

Según Rosemberg, en Alemania, comentado por Rengel, (1997), el perito es un medio de prueba, porque el objeto de su dictamen lo forma la premisa mayor de afirmación o apreciación de los hechos en contraposición a los hechos que se pretende probar. No obstante, para Rosemberg, el peritaje se diferencia de los demás medios probatorios porque puede ser realizado por el Juez, sobre la base de los conocimientos que configuran su capacidad propia, a cuyo evento, el perito no se diferenciaría esencialmente del juez en el establecimiento de los preceptos jurídicos y los fundamentos de la sentencia, ya que aquél operaría como un auxiliar de éste. En vista de lo anterior, dicho autor considera al perito como un *auxiliar del juez*, lo que hace, de hecho que puedan ser recusados al igual que el juez durante el proceso, a cuyo evento alega en su favor los artículos 402, 403, 404, 407 y 413 de la CPO, que establece los preceptos en virtud de los cuales rige la aplicación de los preceptos de la prueba testifical a la pericial, en tanto no se disponga de otra cosa, la posibilidad del juez de elegir peritos y su número, y la obligatoriedad del perito elegido oficialmente de desempeñar su cargo.

Stein (1988), por otro lado, disiente de tal posición, ya que apela a la libre valoración de la prueba. Aun cuando constituya una concepción demasiado estrecha entender qué significa la libertad sólo en cuanto a la prueba practicada, no implica que este último derecho no esté libre de trabas. Afirmar lo contrario, señala Stein, sería dejar la cuestión de la necesidad de la prueba a la libre apreciación del Tribunal, en cuyo caso no sería necesario la confesión judicial, ni la aportación de la parte, ya que la simple declaración del Juez que está convencido de un hecho eliminaría cualquier prueba. De esta manera, el autor citado reduce la intervención del juez a la aplicación de las máximas de experiencia, a cuyo evento distingue entre las máximas aportadas por las partes *(Dis-*

positionsmaxime) de la máxima derivada de la investigación de oficio (*Oficialmaxime*), esta última dedicada a controlar las máximas presentadas por las partes, en virtud de la unilateralidad que representada el aporte por estas últimas al proceso.

Adicionalmente, excluye la aplicación de los conocimientos periciales del juez basándose en los artículos 598, 599 y 617 del CPO, que la incorporación de peritos al caso de las declaraciones tomadas a personas a quien se trate de incapacitar. Igualmente, cita el caso del artículo 41, numeral 5 del CPO, en el que se excluye el ejercicio de un oficio al juez que haya declarado como perito. No obstante, aclara que en los procesos penales, aun cuando la máxima de contradicción de las partes está excluida, por tratarse de una investigación de oficio por un Tribunal, el debate contradictorio no deja de estar vigente, ya que los hechos que han de servir de base a la sentencia de un acusado, también han de ser introducidos en el debate, a cuyo evento no se podrán introducir circunstancias agravantes sin que se haya llamado la atención sobre ellas, sea a través del auto de apertura, o según el artículo 264 St. del CPO.

Rengel (1997), al comentar el tema de la experticia, hace expresa referencia a las disposiciones de los artículos 1.426 y 1.427 del Código Civil Venezolano, en conjunción con una sentencia de la Sala Civil de la Corte Federal y de Casación Venezolana, de 1965, en la cual se distingue entre la experticia promovida por las partes en el proceso civil a la experticia complementaria del fallo ordenada por el Jjuez. Él hace especial énfasis en que la primera se constituye en medio de prueba, como utilizados por las partes, concluyendo que en ésta los jueces pueden apartarse del dictamen de los peritos, mientras que en la segunda, es de obligatoria observancia para el juez. No obstante, según el mencionado autor, la experticia es un medio de prueba solicitado por las partes o por el juez, en tanto que su función de convicción sobre éste en cuanto a los hechos de la causa se da en la finalidad genérica de la prueba y está sometida, como los demás medios de prueba, al control del contradictorio.

Como veremos, según las disposiciones del ordenamiento jurídico venezolano en materia penal, la experticia deja de ser una carga de las partes para erigirse en una investigación de oficio, que si bien bajo la vigencia

del derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, constituía una facultad del juez inquisitivo, en la actualidad, bajo el Código Orgánico Procesal Penal se da como un deber del Ministerio Público en la verificación de casos que requieran conocimientos especiales, en vista de la introducción de un proceso acusatorio. Sin embargo, ello no implica que la experticia deje de ser un medio de prueba sujeto a control y contradicción durante las diversas etapas del proceso penal, garantizando así el cumplimiento de los principios que lo rigen.

3. LA EXPERTICIA EN EL PROCESO PENAL

3.1 *PRINCIPIOS DEL PROCESO*

3.1.1 *Los sistemas*

Antes de entrar a considerar los principios que rigen el proceso penal, hemos de diferenciar la naturaleza de los sistemas procesales, su práctica y aplicación. En tal sentido, durante la historia se han registrado dos grandes procesos: el inquisitorio y el acusatorio.

En el sistema inquisitorio, el cual era acogido por el Código de Enjuiciamiento Criminal venezolano derogado, (artículo 72), el juez se erigía en elemento instructor del procedimiento, dando lugar al empleo de todas las diligencias tendientes a comprobar el cuerpo del delito con todas aquellas circunstancias que pudieran influir en su calificación. Con base a ello, surgía el problema acerca de la participación del Ministerio Público en los asuntos de su competencia, pues éste se limitaba a presenciar la práctica de ciertas diligencias sumariales, a presentar escrito de cargos, control de las pruebas del plenario y presentación de informes orales para la vista y sentencia de la causa.

Ello implicaba tácitamente que el Juez se constituyera en parte, lo cual se evidenciaba, en otras normas del citado Código, tales como las facultades que se daban en cuanto a la instrucción del sumario, mediante auto de proceder (artículo 90): la facultad que los diversos órganos de instrucción diferentes a los Tribunales, en ausencia de auto de proceder, se consideraran actuando mediante delegación expresa del Tribunal (artículo 72 Parágrafo Único); las diligencias del sumario eran secretas,

excepto para el Juez y el representante del Ministerio Público, restringiéndose el conocimiento de tales actuaciones para el imputado hasta el momento en que le hubiere sido dictado auto de detención y rindiera indagatoria (artículo 73).

En vista de lo anterior, el proceso inquisitivo venezolano establecía un sistema de tarifa legal en la apreciación de las pruebas por el Juez, (artículo 244), las cuales se ofrecían de la siguiente manera y orden: 1º La confesión espontánea del procesado y las posiciones de las partes acusadora y civil; 2° La inspección ocular; 3º Documentos públicos o privados; 4º Declaraciones de testigos, peritos o facultativos y 5º En indicios o presunciones. Por otro lado, las pruebas aportadas durante la fase sumarial, se consideraba producían en juicio todos sus efectos, hasta tanto no fueren desvirtuadas en el debate judicial (artículo 245). Como se aprecia, se trata de un sistema en el que el Juez poseía amplios poderes y la regla obligaba a la detención preventiva del imputado.

Con la entrada en vigencia del nuevo Código Orgánico Procesal Penal Venezolano (1998), posteriormente reformado por motivos de orden estructural y práctico (2001), el proceso se hizo acusatorio, y las condiciones cambiaron sustancialmente. Por un lado, la instrucción del proceso incumbe al Ministerio Público, dejando a los jueces el ejercicio de su cargo en forma profesional (artículos 283 y 300). El régimen de prueba entró a ser libre, siempre y cuando en su práctica e incorporación haya mediado licitud (artículos 197 y 198). El procedimiento ordinario, salvo los casos de flagrancia y procedimientos especiales, se instauró en tres etapas: la primera, que comprende la fase preparatoria y la fase intermedia. La fase preparatoria está destinada a la instrucción de la causa, en la cual el Ministerio Público desarrolla todas aquellas diligencias necesarias para la calificación del hecho punible y el aseguramiento de los objetos activos y pasivos del delito, con la facultad de acordar el archivo del expediente, solicitar el sobreseimiento o interponer formal acusación (artículos 280 al 326). Por otro lado, en la fase intermedia, en la cual el Juez de Control de admitir o negar la solicitud de sobreseimiento o formal acusación por parte del Ministerio Público (artículos 327 al 331). Esta fase posibilita, adicionalmente, el acceso de las personas consideradas como víctimas (artículo 119), mediante adhesión a la

acusación fiscal o interposición de acusación propia (artículo 327). En caso de admitirse la acusación se declara abierta la causa a juicio oral.

La segunda etapa del procedimiento ordinario la constituye la fase de juicio oral y público, en la cual se pone en juego el principio de inmediación (artículo 332) y se pone de manifiesto en su máxima expresión el control y contradicción de las pruebas aportadas en la instrucción de la causa (artículos 332 al 370). Queda la posibilidad, para las partes, de incorporar nuevas pruebas, cuando de ellas se dirijan a demostrar hechos nuevos de los cuales no se tenían conocimiento con anterioridad durante el proceso (artículo 359). En esta fase, integrada por Juez Unipersonal, o por un Tribunal Mixto, compuesto por un Juez y dos Escabinos, se decide acerca de la culpabilidad o no del agente (361), con base en los hechos probados fehacientemente durante el transcurso del juicio, cumpliendo en su deliberación con los requisitos de exhaustividad (artículos 363 y 364).

La tercera etapa consiste en la fase de ejecución (artículos 478 al 515), la cual se encarga del cumplimiento y otorgamiento de beneficios en lo que respecta a la condena por el imputado, tales como suspensión condicional de la pena (artículo 494), trabajo fuera del establecimiento penitenciario, régimen abierto y libertad condicional (artículo 501).

Como se evidencia, el proceso acusatorio otorga una esfera mucho más restringida a los jueces, que de hecho no son populares, sino de carrera. Las pruebas se aprecian con base al principio de sana crítica, sin dejar de observar en ninguno la naturaleza contradictoria del procedimiento (artículos 18 y 22). Por otro lado, la regla es la libertad del procesado, lo cual se evidencia en el carácter restrictivo de las medidas de privación judicial de libertad (artículo 247), en el otorgamiento de las medidas cautelares sustitutivas a la privación judicial de libertad (artículo 256), la admisión de los hechos como beneficio de condena otorgado en fase anticipada del proceso (artículo 376), las alternativas a la prosecución del proceso como el principio de oportunidad (artículo 37), los acuerdos reparatorios (artículo 40) y la suspensión condicional del proceso (artículo 42). En tal sentido, el alcance de la normativa del Código Orgánico Procesal Penal Venezolano, tiene por norte los principios de afirmación

de libertad (artículos 9 y 243), presunción de inocencia, (artículo 8), y la defensa e igualdad de las partes (artículo 12), entre otros.

3.1.2 *Los principios del proceso acusatorio*

Hay una serie de postulados que no pierden vigencia en cuanto al desarrollo de los cuerpos normativos, tales como la libertad y la igualdad de las partes. No obstante la determinación de si, unos u otros, se aplican en mayor cantidad, dependerá del sistema procesal que se erija en el territorio correspondiente. Definida como está la normativa del proceso acusatorio en Venezuela, analicemos brevemente sus principios que, a saber, según los postulados de Manzini (1949), Schmidt (S/F) y Tiedemann (1989), revisando igualmente a Montero (1997), García (1999), y Lorenzo (1999), podemos concluir, que los principios que rodean al proceso penal acusatorio, son los siguientes:

Legalidad: Es evidente, que ningún elemento de defensa contra el imputado se pone de manifiesto si no media ante todo el principio de legalidad. Si ha de garantizarse la libertad del imputado, es necesario la existencia de un proceso que dictamine sobre su culpabilidad. Schimdt (S/F), sobre el tema, concluye muy acertadamente que los preceptos del derecho penal material llevan a la conclusión que los mismos no sólo involucran una pretensión pública, sino el deber absoluto de las autoridades de realizar el castigo y persecución de los culpables, a cuyo evento el deber del Estado de perseguir el delito con sus limitaciones y medidas, se materializa en el deber jurídico de garantizar la justicia. *"De aquí deriva el deber de persecución que incumbe a las autoridades con ese fin"*.

Si bien tal concepción pareciera pecar de inquisitoria, debemos orientarlo a la deliberación procesal del sistema acusatorio. El principio de legalidad en derecho sustantivo no deja de estar presente en el derecho adjetivo, a cuyo evento podemos citar instrumentos normativos, tanto internacionales como nacionales. Así, por ejemplo, encontramos el artículo 8, ordinal 1º de la convención Interamericana Sobre Derechos Humanos o "Pacto San José de Costa Rica" (Garantías Judiciales), el artículo 18, ordinal 1º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Interna-

cional (decisiones preliminares relativas a la admisibilidad), artículos 49 y 257 (proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia), de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (debido proceso), artículo 5º de la Ley de los Órganos de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (respeto a los derechos humanos y al debido proceso), y artículo 1º del Código Orgánico Procesal Penal (juicio previo y debido proceso).

Libertad y Presunción de Inocencia: La Libertad está concebida como un derecho fundamental en casi todas las legislaciones del mundo. Dada su relevancia, trasciende todo campo sustantivo o adjetivo. Ello, a los fines del derecho, lo vemos plasmados en instrumentos tales como la Carta Interamericana de los Derechos Humanos o "Pacto San José de Costa Rica" (artículo 7), el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (artículo 7), la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, (artículos 44, 45 y 54), el Código Penal Venezolano (artículos 174, 175, 181-A y 462), la Ley para la Protección de los Derechos del Niño y el Adolescente (artículo 268) y el Código Orgánico Procesal Penal Venezolano, (artículos 9, 243 y 250), entre otros.

No obstante, dicho principio no entra a formar parte del procedimiento aisladamente. No obstante, la presunción de dolo que contiene el artículo 61, segundo aparte del Código Penal Venezolano, el artículo 49, ordinal 2º de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el artículo 8 del Código Orgánico Procesal Penal, determinan el espectro procesal de este principio. En tal sentido, Schmidt, al referirse al principio *indubio pro reo* en materia procesal, destaca que éste debe regir al juez cuando haya incertidumbre con base a un caso dado. *"...es inconcebible que esto se haya desconocido con tanta frecuencia. Sin duda un Juez violaría el "derecho" si llegara a una comprobación objetiva vulnerando el principio "indubio pro reo". También en la instancia de casación se puede denunciar la violación de este principio cuando el Juez trata un hecho como incierto y dudoso y no llega a la conclusión que debe llegar..."*.

Oportunidad: Según expone Montero (1999), este principio responde a una concepción política que proclama la libertad del ciudadano para

decidir qué relaciones jurídicas materiales contrae, así como la mejor manera de defender los derechos subjetivos que tiene. En tal sentido, cita como ejemplo las normas del derecho subjetivo, en las cuales el Estado reconoce la autonomía de las relaciones jurídicas en las que existe un sujeto activo y un sujeto pasivo, con la consecuencia que, cuando alguno de estos derechos subjetivos es violado o desconocido, el particular tiene no sólo la facultad de acudir a la protección del Estado mediante el órgano judicial, sino también a soluciones alternas de soluciones de conflictos.

En lo que respecta al derecho objeto, indica el autor, éste se aplica por los particulares, incluso al extremo que las normas de derecho privado se aplican artículo excepcional. En otras palabras, para este autor la oportunidad consiste en la libertad de escoger el número de relaciones jurídicas que contrae con terceros. Para Mármol (1999), el principio de oportunidad *"supone la posibilidad de abstenerse de perseguir determinadas conductas delictivas o de suspender el procedimiento en curso, con o sin condiciones para ello en atención a factores diversos inmersos en una concreta política rectora en un momento y lugar dados"*. Nos inclinamos por esta segunda posición en tanto y en cuanto la forma que está previsto el principio de oportunidad en el Código Orgánico Procesal Penal Venezolano (artículo 37), supone una alternativa a la prosecución del proceso, pero no en base a una simple limitación política de la libertad del ciudadano, sino en base a un elemento de política criminal, plasmado por el legislador en el Código citado.

Algunos autores han establecido, de manera tajante la existencia del principio dispositivo en el proceso acusatorio. No creemos que tal afirmación sea del todo cierta. El principio dispositivo significa de por sí el establecimiento del objeto de la controversia con motivo de las afirmaciones hechas por cada una de las partes. Si bien es correcto que ello se aplica de manera tajante en el Código de Procedimiento Civil venezolano (artículo 12), ello adquiere ciertas variantes en el proceso penal venezolano, tanto para el Ministerio Público y el imputado, como para los constituidos querellantes.

Por un lado, es cierto que mientras dura la averiguación y los datos que arroja la fase de instrucción son de carácter reservado para terceros, según artículo 304 del Código Orgánico Procesal Penal, no es sino hasta cinco días antes a la realización de la audiencia preliminar que se faculta al imputado y a la víctima oponer todas las excepciones y ejercer todas las defensas previstas en el artículo 328 *eiusdem*, y adherirse a la acusación o interponer acusación individual, en caso de esta última. No obstante, según el Art. 18 *ibídem* el proceso penal tiene carácter contradictorio. Visto lo anterior, es necesario aclarar cómo ha de enfocarse ese contradictorio y cómo se desarrolla durante las etapas del proceso.

En primer lugar consideramos que el principio contradictorio, durante la etapa de instrucción, experimenta una situación diferente a la de la fase intermedia y subsiguientes. Por un lado, en la etapa contradictoria, el imputado podrá declarar lo que estime o no en su defensa, conforme a los preceptos de los artículos 49, ordinales 1º y 5º de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 125 del Código Orgánico Procesal Penal; las oposiciones previstas en el artículo 28, del Código Orgánico Procesal Penal; así como intervenir en todo, implique el otorgamiento de medidas cautelares (256 *eiusdem*), o la revocatoria de medidas de privación judicial de libertad (250), con base al principio de proporcionalidad (artículo 244 *eiusdem*).

Por otro lado, es realmente en la fase intermedia cuando se pone de manifiesto el principio contradictorio. De hecho, si bien consideramos que, tanto el imputado como la víctima tienen derecho a presenciar la evacuación de las experticias y demás pruebas en la fase preparatoria, ello por efecto del principio de control de la prueba y garantía del derecho a la defensa en el debido proceso (artículo 49, ordinal 1º de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), el Código Orgánico Procesal Penal no autoriza en la práctica a ejercer otras defensas diferentes a las expuestas, promover pruebas, promover excepciones, adherirse a la acusación fiscal o proponer acusación individual, sino sólo en los cinco días anteriores a la realización de la audiencia preliminar, como hemos expuesto. De hecho, si se acuerda la admisión de la acusación fiscal y se acude a juicio oral, dicho auto es inapelable, conforme al artículo 331 del Código Orgánico Procesal Penal, lo cual consideramos

lesiona el derecho a la defensa y debido proceso (artículo 49, ordinal 1º de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

En vista de lo anterior, consideramos que el legislador se quiso ahorrar el dilema conceptual acerca del problema dispositivo que se plantea en materia de derecho penal, para así mantener la garantía del contradictorio en el artículo 18 del Código Orgánico Procesal Penal Venezolano, el cual, como hemos indicado se empieza a manifestar con mayor fuerza, desde la realización de la audiencia preliminar al imputado.

Publicidad: Según afirma Tiedemann (1989), citando un caso sometido a conocimiento del Tribunal Supremo Federal expuso "la publicidad de la vista principal pertenece a las instituciones fundamentales del Estado de Derecho. Las disposiciones sobre ellas deben garantizar que, en caso de que no esté previsto forzosamente por la ley un tratamiento en audiencia no pública, o exista un motivo previsto legalmente que pida la exclusión de la publicidad en la vista principal o de una parte de ella, o al menos lo admita, tenga lugar del juicio de forma completamente pública" y no a puerta cerrada. En lo que respecta al sistema venezolano, tal principio se encuentra concebido en el artículo 15 del Código Orgánico Procesal Penal Venezolano. Sin embargo, la publicidad encuentra ciertas limitaciones, como la realización de la audiencia preliminar al imputado, prevista en el artículo 327 de dicho Código, en el cual se hace hincapié en el principio de presunción de inocencia del imputado contenido en los artículos 49, ordinal 2º de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con el artículo 8 del Código Orgánico Procesal Penal.

Otro caso es la limitación de publicidad en la audiencia de juicio para casos especiales, como el que afecte el pudor o la vida privada de alguna de las partes o de alguna persona citada para participar en la audiencia, lo que implica la lesión a la protección del honor de la persona o de su vida privada, según el artículo 60 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Inmediación y Oralidad: analizaremos estos dos principios desde la óptica alemana, dado que resulta más práctico. Desde su puesta en

vigencia en 1998 el Código Penal acudió inicialmente a un sistema de Inmediación, el cual se compagina con el artículo 257 de la actual Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece la simplificación de los trámites procedimentales en base a un sistema uniforme, breve, oral y público (artículos 14, 16 y 332 del Código Orgánico Procesal Penal Venezolano). No obstante, antes que apareciera dicho formato constitucional, a los fines de evitar los enormes problemas de orden estructural y dilatorio en que se veían involucradas las causas tribunalicias, la asunción del proceso inquisitorio implicó como elemento de su esencia el hecho que los jueces, fueran Unipersonales, por Tribunales Mixtos o para ese entonces con Jurado, en cualesquiera etapas del juicio dictaran sus decisiones con base en lo expuesto en audiencia, de lo cual se levantaría un acta. Derivado, como diría Elechiguerra, que no somos suizos, se eliminó el sistema de Jurado por las dificultades estructurales que suponían su elección e incorporación en la sede de un Tribunal. No obstante, el principio de Inmediación no perdió vigencia y se sigue aplicando en la mayoría de las audiencias, con las ventajas que involucra el hecho de que los jueces, en principio, no son populares sino de carrera.

En este sentido Roxin y Tiedeman (1989), al comentar tales principios, exponen: *"para la vista principal ante el Tribunal rigen, al lado del principio de publicidad, ante todo, los principios de inmediación y oralidad. Éstos exigen que el Tribunal se proporcione él mismo una impresión propia de las pruebas, y que se sustituyan los verdaderos medios de prueba por sucedáneos"*, y hace referencia expresa al artículo 250 de la StPO que prescribe *"si dependiera de la prueba de un hecho de la observación de una persona, será interrogada en la vista principal. El interrogatorio no podrá ser sustituido por la lectura del acta levantada sobre el interrogatorio anterior, o de una declaración escrita"*.

Sana Crítica y Libertad Probatoria: Para Manzini (1949) "...*El Juez Penal es, por lo común, completamente libre en su convicción respecto de todo lo que se refiere a la declaración concreta de certeza de las condiciones que legitiman, excluyen o modifican la pretensión punitiva del Estado*….". No obstante, el sistema propuesto por

Manzini indica que el Juez no debe estar desvinculado del proceso. Que su convicción debe derivar de los hechos examinados y declarados ciertos, y no sólo de elementos psicológicos desvinculados de esos hechos.

Devis Echandía (1981), para hacer referencia al sistema de sana crítica hace la observación al concepto de Couture (1981): en donde indica los tres sistemas de valoración de pruebas existentes: las pruebas legales (o de tarifa legal), las de sana crítica (o apreciación razonada) y las de libre convicción. En las primeras, el legislador fija su existencia, procedencia y valor. En las segundas, existe una remisión a criterios de lógica por acto valorativo del juez. Y en el último, el conocimiento del Juez se funda en hechos, por convicción adquirida de la prueba en autos y sin necesidad de fundamentar racionalmente sus conclusiones y pudiendo utilizar su saber privado, ejemplo este último que Couture remite para los jueces de hecho o jurados.

No estamos de acuerdo con la apreciación de Couture, en tanto y en cuanto aún antes que se eliminaran los jurados en el Código Orgánico Procesal Penal Venezolano existían unos requisitos esenciales de valoración de los hechos, y sin los cuales la persona agraviada por la decisión tenía la facultad de ejercer los recursos correspondientes. Por otro lado, no obstante existe actualmente un régimen de libertad probatoria (198 del Código Orgánico Procesal Penal Venezolano) adicionalmente se redujo el número máximo de integrantes de un Tribunal a tres (Tribunal Mixto, artículos 161 y 162). Éstos deciden sobre la culpabilidad o no del imputado mediante consenso (artículo 166) pero deben de cumplir con los requisitos que para la deliberación y sentencia prevé dicho instrumento (artículos 363 y 364). Ello no implica que los mismos estén exentos del deber de aplicar la sana crítica conforme al artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal.

3.1.3 *Principio en Experticia: La necesidad de la prueba*

Alrededor de la pericia, dado la naturaleza y función de dicho medio probatorio, toma especial consideración el aspecto de la necesidad de la prueba. Las consideraciones acerca de si la experticia es o no un medio probatorio fueron ya resueltas anteriormente, pero antes del ¿Qué?, el

¿Cuándo? y el ¿Cómo?, ha de hacerse la pregunta: ¿Por qué? es necesaria la experticia.

Necesidad de la Experticia: Según manifiesta Roxin (2000), el régimen del derecho de prueba parte a su vez de otro principio: "todos los hechos importantes para la decisión". Ello quiere decir, que mientras en el proceso civil, dominado por el principio dispositivo, sólo necesitan ser probados los hechos discutidos, en el proceso penal, como consecuencia de la máxima de instrucción judicial deben de ser probados.

Así, según el mencionado autor, existen tres clases de hechos que necesitan ser probados, excepto los hechos notorios y las máximas de experiencia: 1) *Los realmente importantes*; 2) *Los indicios*; y 3) *Los hechos que ayudan a la prueba.*

Entre los hechos *realmente importantes* destaca todas aquellas circunstancias que fundamentan por sí solas la punibilidad, o la excluyen, como por ejemplo, un testigo Z, que vio a un campesino X cazando furtivamente.

Los indicios son hechos que permiten extraer una conclusión de un hecho directamente como, por ejemplo, una amenaza en un caso de homicidio, hecha por la persona sospechosa. En tal sentido, Pabón (1995), comentando a Vinshinski, expone en cuanto al indicio *"la verdad abstracta no existe, la verdad es siempre concreta… aquí la lógica formal es insuficiente, es impotente, la lógica formal no está en condiciones de establecer la verdad material, es decir, lo que realmente existe, lo que representa el contenido real de las cosas y de los fenómenos, y que constituye una de las funciones más importantes de la justicia….*

Por último, los *hechos que ayudan a la prueba* se constituyen por aquellos que permiten extraer una conclusión de la calidad de un medio de prueba, por ejemplo, la veracidad o la memoria de un testigo.

En cuanto a las directivas a prestar por los peritos sobre las directivas de las máximas de experiencia dadas al juez, en contraposición su saber privado, ya hemos hecho referencia anteriormente. No obstante, cree-

mos y repetimos el concepto: *la experticia es un medio de prueba, en base al cual, personas designadas previamente, denominados peritos o expertos, prestan sus conocimientos o habilidades especiales en base a su capacidad, arte o ciencia, a los fines de incorporar en el proceso elementos de prueba que impliquen el empleo de los mismos para el examen de lugares, personas, cosas u objetos, necesarios para fundar un juicio de convicción sobre uno o varios hechos, de los cuales el Juez no puede tener certeza, sino en base al dictamen técnico especializado de los mismos. En tal sentido, el Juez deberá de interpretar los resultados, siempre que los datos aportados por los peritos gocen de una naturaleza de lenguaje y comprensión suficientemente inteligibles al caso en concreto.*

Visto lo anterior, cabe preguntarse, ¿Cómo se evacúa la experticia en casos atípicos y de urgencia en el Código Orgánico Procesal Penal?

Si bien como hemos expuesto existe un principio de libertad probatoria en el proceso penal venezolano, éste se halla condicionado por la obtención de las mismas en forma lícita. En tal sentido, los artículos 197 y 198 del Código Orgánico Procesal Penal Venezolano prevén lo siguiente:

> **Artículo 197. Licitud de Prueba**. Los elementos de convicción sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al proceso conforme a las disposiciones de este Código.
>
> No podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión **en la intimidad del domicilio, en la correspondencia, en las comunicaciones, los papeles y los archivos privados**, ni la obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas. Asimismo, tampoco podrá apreciarse la información que **provenga directa o indirectamente de un medio o procedimiento ilícitos**. (Negrillas nuestras).

> **Artículo 198. Libertad de Prueba**. Salvo previsión expresa en contrario de la ley, se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso y por cualquier medio de prueba, incorporado conforme a las disposiciones de este Código y que no esté expresamente prohibido por la ley.
>
> Regirán, en especial, las limitaciones de la ley relativas al Estado Civil de las personas.
>
> **Un medio de prueba** para ser admitido, debe referirse directa o indirectamente al objeto de la investigación y ser útil para el descubrimiento de la verdad. Los Tribunales podrán limitar los medios de prueba ofrecidos para demostrar un hecho o una circunstancia, cuando haya quedado suficientemente comprobado con las pruebas ya practicadas
>
> El Tribunal puede prescindir de la prueba cuando ésta sea ofrecida para acreditar un hecho notorio. (Negrillas nuestras)

Supongamos que estamos en un caso de un secuestro del cual se han iniciado las investigaciones. Generalmente una de las fases que involucra el procedimiento policial es la instalación de dispositivos de grabación automática de llamadas, a los fines de hacer posteriormente experticias de espectógrafo de voz, así como la de análisis y transcripción de contenido. Adicionalmente, se realiza una serie de gestiones a los fines de ubicar el teléfono del cual realizan la llamada. ¿Qué pasa si para tomar las grabaciones de voz en las llamadas se han violado una serie de formalidades del procedimiento? ¿Cómo se acredita la necesidad de la prueba, frente a un hecho tan cotidiano como el secuestro? ¿Si los familiares de la víctima admiten la invasión a la vida privada, ello convalida la prueba?

Dado la amplitud del material sobre el cual ha de concentrarse la elaboración de las experticias, solamente nos concretaremos al caso de aquéllas derivadas de intercepción de llamadas telefónicas y grabaciones de cintas. Ante todo, analizaremos la normativa vigente al respecto.

Con respecto a la instrucción de la causa, ésta se halla en manos del Ministerio Público, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 300 y 283 del Código Orgánico Procesal Penal, sea por efecto de que ha recibido la denuncia o la querella, sea porque ha tenido conocimiento de la perpetración de un hecho punible perseguible de oficio. A todo evento, cabe preguntarse si para instalar un aparato de grabación telefónica o radiofónica es necesario ser perito en la materia.

El artículo 238 del Código Orgánico Procesal Penal, prevé lo siguiente:

> **Artículo 238. Dictamen Pericial.** Los peritos deberán poseer título en la materia relativo al asunto sobre el cual dictaminarán, siempre que la ciencia, el arte u oficio estén reglamentados. En caso contrario, deberán designarse a personas de reconocida experiencia en la materia.
>
> Los peritos serán designados y juramentados por el Juez, previa petición del Ministerio Público, salvo que se trate de funcionarios adscritos al órgano de investigación penal, caso en el cual, para el cumplimiento de sus funciones bastará la designación que al efecto se realice por su superior inmediato.
>
> Serán causales de excusa y recusación para los peritos las establecidas en este Código. El perito deberá guardar reserva en cuanto conozca con motivo de la actuación.
>
> En todo lo relativo a traductores e intérpretes regirán las disposiciones contenidas en este artículo.

Supongamos que alguien fue secuestrado y que van a instalar un aparato para grabar llamadas en el lugar de vivienda de la familia del ofendido. ¿Puede considerarse válido por asistentes no profesionales o consultores técnicos? La respuesta, lamentablemente es negativa. Como reiteramos anteriormente, tanto los asistentes no profesionales como los consultores técnicos "asisten"; a la práctica de la experticia, no están destinados a formar la prueba, razón por la cual habrá más de una vez que las pruebas obtenidas serán nulas, porque, no obstante, fueron

designados los funcionarios para ello, no se encargaron de prestar su capacidad, ciencia o arte en los términos del artículo 237 del Código Orgánico Procesal Penal. Ello encuentra mayor fundamento si consideramos la disposición del artículo 26 de la Ley de los Órganos de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, que establece que los mismos *están en la obligación de fijar el procedimiento científico necesario que permita garantizar la cadena de custodia de las evidencias físicas, como modelo necesario, dentro del desarrollo de la actividad criminalística*.

Resuelto el punto anterior, resolvamos la comprobación de los hechos en casos especiales bajo condiciones de extrema necesidad y urgencia, específicamente, las grabaciones telefónicas. Sobre este particular el Código Orgánico Procesal Penal prevé:

> **Artículo 219. Interceptación o grabación de comunicaciones privadas.** Podrá disponer igualmente, conforme a la ley, la interceptación o grabación de comunicaciones privadas, sean éstas ambientales, telefónicas o realizadas por cualquier otro medio, cuyo contenido se transcribirá y agregará a las actuaciones. Se conservarán las fuentes originales de grabación, asegurando su inalterabilidad y su posterior identificación.
>
> A los efectos del presente artículo, se entiende por comunicaciones ambientales aquellas que se realizan personalmente o en forma directa, sin ningún instrumento o dispositivo de que se valgan los interlocutores
>
> **Artículo 220. Autorización.** En los casos señalados en el artículo anterior, el Ministerio Público solicitará razonadamente al Juez de Control del lugar donde se realizará la intervención la correspondiente autorización con expreso señalamiento del delito que se investiga, el tiempo de duración, que no excederá de treinta días, los medios técnicos a ser empleados y el sitio o lugar desde donde se efectuará. Podrán acordarse prórrogas sucesivas mediante el mismo procedimiento y por lapsos iguales, medios, lugares y demás extremos pertinentes.

> Los órganos de policía de investigaciones penales, en casos de necesidad y urgencia, que deberán ser debidamente justificados, podrán solicitar debidamente al Juez de Control la respectiva orden, previa autorización, por cualquier medio del Ministerio Público, que deberá constar en la solicitud, en la cual, además, se harán los señalamientos a que se contrae el parte anterior.
>
> La decisión del Juez que acuerde la intervención deberá ser motivada y en la misma se harán constar todos los extremos de este artículo.

Visto lo anterior cabe preguntarse si en un secuestro con una situación de ignominia en cuanto al paradero de la persona directamente ofendida por el hecho, en la cual ha transcurrido más de dos meses, las conversaciones grabadas que transgredan, de los treinta días acordados, según el artículo 220, sin que se hubiere acordado prórroga, constituyen o no pruebas lícitas conforme a los artículos 197 y 198 del Código Orgánico Procesal Penal. En principio la respuesta sería negativa, dado el dispositivo del legislador, antes expuesto. Pero queda algo por decidir. ¿Si las grabaciones son tomadas por un dispositivo armado por los familiares de la víctima, constituyen pruebas lícitas? Existen dos posibilidades: 1) Si se trata de un aparato que debió ser instalado por un experto pero no realizó tal función, la prueba sería formada ilícitamente y acarrearía nulidad incluso absoluta, conforme a lo dispuesto en los artículos 190 y 191 del Código Orgánico Procesal Penal Venezolano, si ha sido elemento determinante para fundar la culpabilidad del imputado; 2) Por otro lado, si se toma en cuenta que los familiares del ofendido son quienes están autorizando las grabaciones, se presume que ellos están aceptando tal hecho, situación por la cual, se compensaría el elemento de la ilicitud de la prueba, en tanto y en cuanto constituyen pruebas aportadas por la propia víctima.

No obstante, visto que el delito de secuestro, contemplado en el artículo 462 del Código Penal Venezolano, (tipo básico), es pluriofensivo, es decir, que ofende a más de un bien jurídico (básicamente, la libertad y la vida), las víctimas pudieran estar alegando proceder en base al ejercicio

legítimo de un derecho, conforme, por ejemplo al artículo 65, ordinal 1º del Código Penal Venezolano, en concordancia con los artículos 44 y 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

CONCLUSIONES

Con base en lo expuesto en las anteriores líneas, hemos de hacer las siguientes consideraciones finales:

1) El nacimiento de la prueba pericial no era concebido en la antigüedad, dado que no era motivo de apreciación probatoria. No obstante tuvo un uso limitado, en casos tales la peritación obstétrica para inspeccionar a la mujer (*inpectio ventris)* en el caso de que el divorciado afirmara el embarazo de la mujer y ésta lo negara (Ref. autor citado a Glück, a *Digesto*, libro xxv, título iv, ley 1 ss 1 , 4 y 5), en cuyo caso, tres parteras (*obstetrices*) debían comprobar si la mujer divorciada estaba en cinta y prestar testimonio bajo juramento. Igualmente, existía en el supuesto que la mujer viuda afirmare estar en cinta de su difunto, (Ref. autor citado a Glück, a *Digesto*, libro xxv, título iv, ley 1 ss 10) en cuyo caso, cinco mujeres solteras procedían a observar a la mujer embarazada, pero sin tocarle el cuerpo a menos que ella lo permitiera".

2) El desarrollo de pruebas técnicas ha atravesado durante la historia un camino muy tortuoso. Por lo que respecta a los pueblos germanos, éstos crearon un excesivamente formal forjado en creencias fuertemente religiosas que prohibían la obtención de pruebas por medios técnicos. En realidad fue el Derecho Canónico de la Edad Media el que hizo referencia a la peritación, pero sólo en forma tangencial.

3) No obstante las consideraciones anteriores, fue en la era de la Codificación en los alrededores del siglo XIX, que se produjeron las primeras leyes destinadas a la obtención de conocimientos técnicos por personas, especialmente capacitadas, en virtud de una profesión, arte u oficio.

4) Así las cosas en cuanto al desarrollo del concepto de la pericia, algunos autores han dejado de considerarla como un medio de prueba en sentido estricto, sino como una especie de medio indirecto, consistente

en una fuente de prueba. Otros la han considerado como una especie de testimonio técnico.

5) Para nosotros, la experticia es un medio de prueba, en base al cual, personas designadas previamente, denominados peritos o expertos, prestan sus conocimientos o habilidades especiales en base a su capacidad, arte o ciencia, a los fines de incorporar en el proceso elementos de prueba, que impliquen el empleo de los mismos para el examen de lugares, personas, cosas u objetos, necesarios para fundar un juicio de convicción sobre uno o varios hechos, de los cuales el juez no puede tener certeza, sino en base al dictamen técnico especializado de los mismos. En tal sentido, el juez deberá de interpretar los resultados, siempre que los datos aportados por los peritos gocen de una naturaleza de lenguaje y comprensión suficientemente inteligibles al caso en concreto. De lo contrario, la experticia no habrá cumplido su finalidad, cual es, más allá del aporte de conocimientos especiales para la apreciación de determinados elementos de prueba, el obtener una sentencia justa en la que, para decidir el Juzgador, haya apreciado en forma exhaustiva todas las circunstancias de hecho y de derecho que nacen del caso sometido a su conocimiento y consideración.

6) Para desarrollar los principios en base a los cuales se desarrolla la experticia bajo el ordenamiento jurídico procesal venezolano, es necesario examinar las bondades y deficiencias del proceso acusatorio que lo rige en base a la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Venezolano, en 1998. Dicho instrumento regula los principios de Legalidad, Libertad, Oportunidad, Publicidad, Inmediación Oralidad, Sana Crítica y Libertad Probatoria, entre otros.

7) Lo anterior conlleva a establecer el principio de necesidad que rige a la experticia como medio probatorio. A tal evento, nos permitimos exponer el caso de la obtención de medios de grabación obtenidos por personas constituidas por asistentes no profesionales y consultores técnicos, llegando a la conclusión que ello viciaría la licitud de la prueba.

8) Por último, establecimos el ejemplo de que las grabaciones fueran tomadas en caso de extrema necesidad y urgencia, de lo cual conclui-

mos, específicamente para el caso de que secuestro, que podría alegar la casa de justificación prevista en el artículo 65, ordinal 1º del Código Penal Venezolano, en concordancia con los artículos 44 y 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORJAS, A. 1982. *Exposición del Código de enjuiciamiento Criminal Venezolano.* Tomos I y II. Ediciones Echnnell. Caracas.

CABRERA, E. 1989. *Control y Contradicción de la Prueba Legal y Libre,* Tomos I y II. Ediciones Jurídicas Alva. Caracas.

CARNELUTTI, F. 1982. *La Prueba Civil. Segunda Edición.* De Palma. Buenos Aires.

CHIOSSONE, T., 1976. *Manual de Derecho Procesal Penal.* Universidad Central de Venezuela. Tercera Edición, Caracas.

COUTURE, E., 1981. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil.* De Palma. Buenos Aires.

DEVIS, H., 1981. *Teoría Judicial de la Prueba Judicial.* Tomos I y II. Victos Pole Zanolia. Editor. Buenos Aires.

DOHRING, E., 1978. *La Prueba, Su Práctica y Apreciación.* Biblio. Editorial Jurídica. México D.F..

FLORIAN, E.**,** 1995. *De las Pruebas Penales. De las Pruebas en General.*Tomo I. Santa Fe.

_____: 1995. *De las Pruebas Penales. De las Pruebas en Particular. Tomo* I. Santa Fe.

GARCÍA, C., 1999. *Código Orgánico Procesal Penal Comparado Ampliado.* Editorial Fundación Mármol León.

GORPHE, F., 1985. *Apreciación Judicial de la Prueba.* Temis. Santa Fe.

LIEBMAN, E., 1976. *Manual de Derecho Procesal Civil.* Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.

LANDONI, A., 1994. *La Prueba Pericial en el Derecho Uruguayo.* Revista de Derecho Probatorio Número Cuatro. Editorial Jurídica Alva.

MANZINI, V., 1949. *Tratado de Derecho Procesal Penal. Los Actos del Proceso Penal.* Tomo I. Lunione-Tipográfico. Torino.

_____: 1949. *Tratado de Derecho Procesal Penal. Las Fuentes del Proceso Penal* Tomo I. Lunione-Tipográfico. Torino.

MONTERO, J., 1997. *Principios del Derecho Procesal Penal.* Editorial Tirant lo Blanc. Valencia.

PABÓN, G., 1995. *Lógica del Indicio en Materia Criminal.* Temis. Santa Fe.

PARRA, J., 1996. *Tratado de la Prueba Judicial. La Prueba Pericial.* Ediciones Librería del Profesional. Tomo V. Santa Fe.

PÉREZ, E., 1999. *La Investigación, la Instrucción y la Flagrancia en el Código Orgánico Procesal Penal.* Vadell Hermanos Editores. Caracas.

RENGEL, A., 1997. *Tratado de Derecho Procesal Civil. El Procedimiento Ordinario. Las Pruebas en Particular.* Tomo IV. Editorial Arte. Caracas.

ROXIN, C. y otros. 1989. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal.* Editorial Ariel.

ROXIN, C., 2000. *Derecho Procesal Penal.* Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires.

SCHMIDT, E., (S/F/). *Los Fundamentos Técnicos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal.* Editorial Bibliográfica Argentina.

STEIN, F., 1988. *El conocimiento privado del Juez.* Temis. Santa Fe.

Tutela anticipada

¿Hay, en verdad, planteado un desafío más intranquilizador y decisivo?

A. Morello

Mariolga QUINTERO TIRADO*

SUMARIO:

Introducción.
1. La tutela anticipatoria.
2. Del procedimiento.
3. La regulación legislativa.
4. Sistematización del régimen venezolano.
5. Del contenido.
6. Del contradictorio.
Palabras finales.

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogada Magna *Cum Laude,* Doctora en Derecho, Profesora de Derecho Procesal Civil pre y postgrado. **Universidad Católica Andrés Bello,** Profesora de Derecho Procesal Civil pre y postgrado. **Facultad Internacional para la enseñanza de Derecho Comparado,** Estrasburgo, Postgrado en Derecho Comparado. **Asociación de Derecho Comparado**, **Asociación Internacional de Derecho Procesal**, **Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal**, **Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal**, actual Presidenta. Ejerce su profesión en **Escritorio Jurídico.**

INTRODUCCIÓN

La constitucionalización del proceso imprime un prisma de búsqueda de eficiencia jurisdiccional, y así el principio del debido proceso sería hueco, si a la par de la garantía de acceso a la justicia, no se proyectasen nuevas técnicas que otorguen la razón a quien la tiene, en un tiempo razonable, y mediante una sentencia que pueda ejecutarse, haciéndose realidad lo pretendido por el justiciable jurídicamente acertado.

La verdad es que ante la morosidad judicial, la versión garantista del proceso formula nuevas respuestas de tratamiento procesal breve, a quien postula el reconocimiento de un derecho y lo demuestra con certeza suficiente o lo evidencia y comprueba el peligro de su irrealización, a los fines de que se le anticipe o satisfaga de inmediato la pretensión que deduce.

Sería jactancioso de nuestra parte suponer que con la integración en el sistema procesal venezolano de esas nuevas técnicas, diseñadas fundamentalmente para solucionar –en situaciones de urgencia– en forma anticipada o de inmediato las pretensiones deducidas, tendríamos resultados favorecedores a la aspiración de eficiencia.

Ello es iluso.

Puesto que, en lo que atañe a nuestra geografía jurisdiccional, el primer conspirador contra un sistema eficaz de administración de justicia mora entre nosotros, al haber constatado la existencia de una suerte de empeño continuado en desmoronar la orgánica judicial, sostén imprescindible de una tutela rápida. Por ello, ante el sobrecargamiento e insuficiencia de tribunales, ausencia de gerencia judicial y deficiencias en los mecanismos de selección y formación de jueces, el desenvolvimiento del proceso y cualquier otro elemento que se diseñe para lograr su celeridad no son sino pliegues formales sin ninguna utilidad. Ello, sin mencionar, además, el desmoronamiento científico y ético de los operadores jurídicos, que juegan al proceso inelegantemente y sin prudencia, ni rubor.

Sin embargo, esa parálisis de que somos objeto, de retardos y frustraciones, que nos ultrajan y agobian en nuestro diario acontecer de aboga-

dos de litigios, que nos callan frente a los reclamos de nuestros mandantes, negados en su derecho humano a una jurisdicción oportuna, no nos impide, sin ignorarlo y sin alardes, ni cantos de glorificación, hacer eco de referencias que buscan el resguardo de la eficiencia.

Así, repetimos, al lado de la tutela cautelar, se ha dado cariz científico y legal a las medidas anticipatorias y a las autosatisfactivas, procurando las primeras adelantar total o parcialmente la sentencia definitiva; y las segundas, agotar lo pretendido.

1. LA TUTELA ANTICIPATORIA

Partiendo de la tesis que las medidas cautelares están dirigidas a garantizar la efectividad del fallo (las resultas del proceso), habría que diferenciarlas de las tutelas que se dirigen a anticipar total o parcialmente el objeto pretendido o dan satisfacción absoluta al objeto mediato de la pretensión.

Así, es evidente que las medidas que ostentan el carácter de anticipatorias inciden en lo que es materia del mérito, adelantándolo en su contenido y las autosatisfactivas consumen el litigio.

Por ende no sólo difieren en su objeto, sino que son diferentes los presupuestos de otorgamiento de una medida cautelar y las de las demás especies señaladas.

Sobre este aspecto dice el gran procesalista Roberto Berizonce:[1]

> Las arduas cuestiones que suscita la tutela anticipatoria, comprensiva de la protección interinal y las providencias satisfactivas –o autosatisfactivas–, ponen en jaque ciertos principios viscerales en que asienta el propio sistema jurisdiccional. Por un lado, no cabe cuestionar que el factor tiempo, por la desmesurada e irrazonable duración del proceso común, constituye

[1] La tutela anticipatoria en Argentina, XVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho procesal, Brasilia, 10-14 de agosto de 1998, pp. 4 y 5).

> un presupuesto sustantivo de la efectiva prestación de justicia y, con ello de la garantía de la defensa. También viene recibido que el "espesor" o densidad del conocimiento admite gradaciones y aún dispensas, cuando la especial naturaleza del derecho materia de la relación sustancial y su liquidez –"fuerte probabilidad"– exige respuestas jurisdiccionales prontas, urgentes, por la inminencia de un peligro grave e irreparable que amenace la frustración misma de la tutela perseguida, por la sola prolongación del estado de insatisfacción originaria. Junto a la técnica de cognición, que no siempre es exhaustiva sino que permite la fragmentación o la superficialidad periférica, cabe perfilar técnicas no menos ortodoxas de anticipación, tendientes a brindar tutelas urgentes susceptibles de diferenciarse según que el pronunciamiento respectivo: a) provea una protección puramente **interinal** aunque suficiente para componer de momento, tempranamente y de modo provisional, la litis, anticipando total o parcialmente el objeto mediato pretendido; o b) dispense una tutela de virtualidad **definitoria**, en tanto recayendo sobre el objeto mismo de la pretensión agota y consume la litis, tornando inútil la sentencia final sobre el fondo, por la irreversibilidad de hecho de sus efectos, análogos al propio pronunciamiento de mérito, inclusive en cuanto a su ejecutoriedad.
>
> Así concebida esa tutela anticipatoria, en cualquiera de sus variantes resulta, sin duda, diversa de la cautelar, por manera que no parece ajustado a la disciplina procesal el intento de subsunción que le reste autonomía, desdibujando sus caracteres típicos. Claro que, a falta de regulación legal expresa y más allá de la admisión, de hecho, bajo el marco y como desenvolvimiento de la protección cautelar –como verdades medidas innominadas, funcionalmente reconvertidas–, se genera no poca incertidumbre en los derechos.

Debe observarse, por ende, que es característico de las medidas de tutela anticipatoria el peligro de que se frustre el derecho reclamado y de allí la razón para que se adelante parcial o totalmente el objeto de la pretensión; y que, como presupuestos de procedencia no sólo hay que

demostrar ese peligro, sino también que existe certeza suficiente del derecho cuya titularidad de invoca. Por ende, cabe hablar, de diferenciación, como se dijo, a nivel de condicionamientos de la medida cautelar, que atiende a un juicio de verosimilitud y al *periculum in mora*.

2. DEL PROCEDIMIENTO

De la lectura de los doctrinantes extranjeros, extraemos varias posibilidades de regulación.

Así, se admite, por una parte que las medidas anticipatorias pueden ser solicitadas y decretadas antes de que se intente el proceso, imponiéndole a la parte beneficiada la carga de impetrar la demanda en un lapso determinado; o estableciendo esa carga en la parte demandada, como inversión de la tutela; o que puedan requerirse durante el transcurso de un proceso inaudita parte, o con audiencia de la contraria.

A su vez se propone, como elemento condicionador de la medida, que se otorgue o no caución.

3. LA REGULACIÓN LEGISLATIVA

El Código Procesal Civil para Iberoamérica recoge en su artículo 280 la siguiente norma:

> Art. 280. (Medidas provisionales y anticipativas).
>
> Fuera de los casos regulados en los artículos anteriores, podrá el Tribunal adoptar las medidas provisionales y anticipativas que juzgue adecuadas para evitar que se cause a la parte, antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo.

Otras legislaciones han seguido ese cauce, como son el Código Procesal uruguayo, el de Costa Rica, el de Brasil, y existen, en Argentina Proyectos de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (1993-1997) y de la Provincia de Buenos Aires (1977), de autoría de los

doctores Augusto M. Morello, Isidoro Eisner, Roland Arzi y Mario E. Kaminker,[2] que contemplan expresamente la tutela anticipada y las medidas de efectividad inmediata de la siguiente forma:

> Art. 65.- (Tutela anticipada).- El juez podrá anticipar, luego de la traba de la litis, a requerimiento de parte, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvención si: 1) Existe convicción suficiente acerca del derecho invocado; 2) Se advierte en el caso tal grado de urgencia que si la medida no se adoptase en ese momento se causaría daño irreparable al peticionario; 3) Se efectivice contracautela suficiente, salvo que, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 200, el peticionario se encontrase exento de darla; 4) La anticipación no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva.
>
> Art. 66.- (Ulterioridades). Solicitada la tutela el juez designará audiencia con carácter de urgente, a la que serán citadas las partes interesadas; concluida la misma y sin otra sustanciación, se resolverá. El proceso donde se anticipó la tutela continuará hasta su finalización; si al momento de dictarse la sentencia o durante la secuela del mismo cambiasen las condiciones, la tutela anticipada podrá quedar sin efecto. El régimen de los recursos y las eventuales modificaciones de sustancia y contracautela, será el establecido para las medidas cautelares.
>
> Art. 67.- (Medidas de efectividad inmediata). En aquellos supuestos excepcionales en que concurran de modo evidente los siguientes requisitos: 1) se acredite la existencia de un interés tutelar de cierto y manifiesto; 2) su tutela inmediata sea imprescindible, produciéndose en caso contrario su frustración; 3) no fuese necesaria la tramitación de un proceso de conocimiento autónomo; se podrán disponer las medidas

[2] Algunas Reflexiones Sobre la Anticipación de La Tutela y Las Medidas de Satisfacción Inmediata (Autosatisfactivas), XVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Brasilia, 10-14 de agosto de 1998, pp 14.

> que la índole de la protección adecuada indique, bajo la responsabilidad del peticionario. Si el juez lo entendiera necesario requerirá contracautela.

Sobre Costa Rica, dice el Profesor Servio Artavia Barrantes:[3]

> El Código Procesal Civil costarricense fue promulgado a finales de 1989 y entró en vigencia en mayo de 1990, derogando el histórico Código de Procedimientos Civiles de 1888.
>
> El artículo 242 del Código vigente introduce por vez primera la tutela cautelar atípica, adoptando un texto similar en su contenido y redacción al propuesto en otras legislaciones. El texto se completa con una especie de tutela anticipatoria, al establecer que "*para evitar el daño, el juez podrá autorizar o prohibir la práctica de determinados actos, ordenar el depósito de bienes o imponer el otorgamiento de una caución*.

Ahora bien, dentro del cuerpo normativo del Código de Procedimiento Civil no hay un régimen o sistema que ordene lo anticipativo o autosatisfactorio, porque carecemos de una norma preceptiva que canalice una potestad genérica y discrecional para el dictado de medidas anticipatorias, aunque, un análisis jurisprudencial de la aplicación a que ha conducido la normativa de las medidas innominadas, pudiera convencernos que en múltiples oportunidades se ordenan para anticipar la pretensión. A guisa de ejemplo, se puede mencionar la providencia que, en un proceso ordinario dirigido a declarar la nulidad de una Asamblea, suspenda, en sede cautelar, los efectos de la misma.

De otra parte, un somero examen de la experiencia a nivel de amparo constitucional contra sentencias judiciales nos coloca de frente a situaciones anticipativas, al considerar la petición y factible providenciamiento, en base a lo contemplado en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, de la suspensión de los efectos de la resolución atacada.

---

[3] Medidas Cautelares, Anticipatorias y Provisionales como Tutela Anticipada en el Proceso Civil, XVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Brasilia, 10-14 de agosto de 1998, pp. 3 y 4.

Ahora bien, en la legislación local, encontramos disposiciones varias que consagran el régimen anticipativo.

Como ejemplos de medidas anticipativas *ante-causam* observamos las siguientes:

La decisión 486 de la Comisión Andina sobre el Régimen de Propiedad Industrial estipula:

> CAPÍTULO II
>
> De las Medidas Cautelares
>
> Artículo 245.- Quien inicie o vaya a iniciar una acción por infracción podrá pedir a la autoridad nacional competente que ordene medidas cautelares inmediatas con el objeto de impedir la comisión de la infracción, evitar sus consecuencias, obtener o conservar pruebas, o asegurar la efectividad de la acción o el resarcimiento de los daños y perjuicios.
>
> Las medidas cautelares podrán pedirse antes de iniciar la acción, conjuntamente con ella o con posterioridad a su inicio.
>
> Artículo 246.- Podrán ordenarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares:
>
> a) el cese inmediato de los actos que constituyan la presunta infracción;
>
> b) el retiro de los circuitos comerciales de los productos resultantes de la presunta infracción, incluyendo los envases, embalajes, etiquetas, material impreso o de publicidad u otros materiales, así como los materiales y medios que sirvieran predominantemente para cometer la infracción;
>
> c) la suspensión de la importación o de la exportación de los productos, materiales o medios referidos en el literal anterior;

d) la constitución por el presunto infractor de una garantía suficiente; y,

e) el cierre temporal del establecimiento del demandado o denunciado cuando fuese necesario para evitar la continuación o repetición de la presunta infracción.

Si la norma nacional del País Miembro lo permite, la autoridad nacional competente podrá ordenar de oficio, la aplicación de medidas cautelares.

Artículo 247.- Una medida cautelar sólo se ordenará cuando quien la pida acredite su legitimación para actuar, la existencia del derecho infringido y presente pruebas que permitan presumir razonablemente la comisión de la infracción o su inminencia. La autoridad nacional competente podrá requerir que quien pida la medida otorgue caución o garantía suficientes antes de ordenarla.

Quien pida una medida cautelar respecto de productos determinados deberá suministrar las informaciones necesarias y una descripción suficientemente detallada y precisa para que los productos presuntamente infractores puedan ser identificados.

Artículo 248.- Cuando se hubiera ejecutado una medida cautelar sin intervención de la otra parte, ella se notificará a la parte afectada inmediatamente después de la ejecución. La parte afectada podrá recurrir ante la autoridad nacional competente para que revise la medida ejecutada.

Salvo norma interna en contrario, toda medida cautelar ejecutada sin intervención de la otra parte quedará sin efecto de pleno derecho si la acción de infracción no se iniciara dentro de los diez días siguientes, contados desde la ejecución de la medida.

La autoridad nacional competente podrá modificar, revocar o confirmar la medida cautelar.

> Artículo 249.- Las medidas cautelares se aplicarán sobre los productos resultantes de la presunta infracción y de los materiales o medios que sirvieran principalmente para cometerla.

Tenemos también, dentro del ámbito de la materia, el anexo 1C del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, dispone:

> SECCIÓN 3: MEDIDAS PROVISIONALES
>
> *Artículo 50*
>
> 1.- Las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar la adopción de medidas provisionales rápidas y eficaces destinadas a:
>
> a) evitar que se produzca la infracción de cualquier derecho de propiedad intelectual y, en particular, evitar que las mercancías ingresen en los circuitos comerciales de la jurisdicción de aquéllas, inclusive las mercancías importadas, inmediatamente después del despacho de aduana;
>
> b) preservar las pruebas pertinentes relacionadas con la presunta infracción.
>
> 2.- Las autoridades judiciales estarán facultadas para adoptar medidas provisionales, cuando ello sea conveniente, sin haber oído a la otra parte, en particular cuando haya probabilidad de que cualquier retraso cause daño irreparable al titular de los derechos, o cuando haya un riesgo demostrable de destrucción de pruebas.
>
> 3.- Las autoridades judiciales estarán facultadas para exigir al demandante que presente las pruebas de que razonablemente disponga, con el fin de establecer a su satisfacción con un grado suficiente de certidumbre que el demandante es el titular del derecho y que su derecho es objeto o va a ser objeto inminentemente de infracción, y para ordenar al demandante

que aporte una fianza o garantía equivalente que sea suficiente para proteger al demandado y evitar abusos.

4.- Cuando se hayan adoptado medidas provisionales sin haber oído a la otra parte, éstas se notificarán sin demora a la parte afectada a más tardar inmediatamente después de ponerlas en aplicación. A petición del demandado, en un plazo razonable contado a partir de esa notificación se procederá a una revisión, en la que se le reconocerá el derecho de audiencia, con objeto de decidir si deben modificarse, revocarse o confirmarse esas medidas.

5. La autoridad encargada de la ejecución de las medidas provisionales podrá exigir al demandante que presente cualquiera otra información necesaria para la identificación de las mercancías de que se trate.

6.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 4, las medidas provisionales adoptadas al amparo de los párrafos 1 y 2 se revocarán o quedarán de otro modo sin efecto, a petición del demandado, si el procedimiento conducente a una decisión sobre el fondo del asunto no se inicia en un plazo razonable que habrá de ser establecido, cuando la legislación de un Miembro lo permita, por determinación de la autoridad judicial que haya ordenado las medidas, y que a falta de esa determinación no será superior a 20 días hábiles o 31 días naturales, si este plazo fuera mayor.

7.- En los casos en que las medidas provisionales sean revocadas o caduquen por acción u omisión del demandante, o en aquellos casos en que posteriormente se determine que no hubo infracción o amenaza de infracción de un derecho de propiedad intelectual, las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar al demandante, previa petición del demandado, que pague a éste una indemnización adecuada por cualquier daño causado por esas medidas.

8.- En la manera en que puedan ordenarse medidas provisionales a resultas de procedimientos administrativos, esos procedimientos se atendrán a principios sustancialmente equivalentes a los enunciados en esta sección".

E igualmente la Decisión 351 del Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, establece:

CAPÍTULO XIII

DE LOS ASPECTOS PROCESALES

ARTÍCULO 55.- Los procedimientos que se sigan ante las autoridades nacionales competentes observarán el debido y adecuado proceso, según los principios de economía procesal, celeridad, igualdad de las partes ante la ley, eficacia e imparcialidad. Asimismo, permitirán que las partes conozcan de todas las actuaciones procesales, salvo disposición especial en contrario.

ARTÍCULO 56.- La autoridad nacional competente, podrán ordenar las medidas cautelares siguientes:

a) El cese inmediato de la actividad ilícita;

b) La incautación, el embargo, decomiso o secuestro preventivo, según corresponda, de los ejemplares producidos con infracción de cualquiera de los derechos reconocidos en la presente Decisión;

c) La incautación, embargo, decomiso o secuestro, de los aparatos o medios utilizados para la comisión del ilícito.

Las medidas cautelares no se aplicarán respecto del ejemplar adquirido de buena fe y para el exclusivo uso personal.

ARTÍCULO 57.- La autoridad nacional competente podrá asimismo ordenar lo siguiente:

> a) El pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho;
>
> b) Que el infractor asuma el pago de las costas del proceso en que haya incurrido el titular del derecho infringido;
>
> c) El retiro definitivo de los canales comerciales, de los ejemplares que constituyan infracción del derecho;
>
> d) Las sanciones penales equivalentes a aquellas que se aplican a delitos de similar magnitud.

De otra parte, la Ley sobre el Derecho de Autor estipula:

> Artículo 109: El titular de cualquiera de los derechos de explotación previstos en esta Ley, que tuviere razón para temer el desconocimiento de sus derechos o que se continúe o se reincida en una violación ya realizada, podrá pedir al Juez que declare su derecho y prohíba a la otra persona su violación, sin perjuicio de la acción por resarcimiento de daños morales y materiales que pueda intentar contra el infractor.
>
> Para la efectividad de la prohibición el Juez conminará en la sentencia con multa al ocurrir una contravención. El Juez impondrá la sanción a solicitud de la parte agraviada. La multa no excederá del equivalente a veinte veces el salario mínimo urbano fijado por el Ejecutivo Nacional, conforme a la Ley Orgánica del Trabajo, y es convertible en arresto proporcional a razón de quinientos bolívares por cada día de arresto.
>
> En caso de reincidencia, se podrá imponer el doble de la multa.
>
> Artículo 110: El titular de uno de los derechos de explotación previstos en esta Ley y que resulte lesionado en su ejercicio, podrá pedir al Juez que ordene la destrucción o retiro de los ejemplares o copias ilícitamente reproducidos y de los aparatos utilizados para la reproducción, siempre que estos últimos,

por naturaleza, no puedan ser utilizados para una reproducción o comunicación diferente. Queda a salvo, en su caso, la acción por la indemnización de los daños y perjuicios causados al titular de uno de los derechos de explotación indicados.

Si una parte del aparato de que se trata puede ser empleado para una reproducción o comunicación diferente, el interesado puede exigir que a sus expensas se haga la separación de esta parte, para salvarla de la destrucción o remoción. Si el ejemplar o el aparato cuya remoción o destrucción se pidiere tiene especial mérito artístico o científico, no podrá ser destruido, y el Juez podrá ordenar de oficio, su entrega a un museo público.

En todo caso el perjudicado puede pedir que le sean adjudicados los ejemplares, copias o aparatos cuya destrucción se ordene. El Juez determinará el precio de la adjudicación, el cual se deducirá de la estimación de los daños y perjuicios causados.

Las medidas a que se refiere este artículo no surtirán efectos contra quienes hayan adquirido de buena fe y para su uso personal un ejemplar o copia ilícitamente reproducidos.

Artículo 111: A los efectos del ejercicio de las acciones previstas en los artículos precedentes, el Juez podrá ordenar inspecciones judiciales y experticias, así como cualquier otro medio de prueba previsto en el Código de Procedimiento Civil.

El Juez podrá decretar el secuestro de todo lo que constituya violación del derecho de explotación.

El Juez podrá ordenar también el embargo de los proventos que correspondan al titular del derecho de explotación litigioso.

Las medidas de secuestro y embargo sólo se decretarán si se acompaña un medio probatorio que constituya presunción grave del derecho que se reclama, o si dicha presunción surge en la práctica de algunas de las pruebas indicadas en el encabezamiento de este artículo.

> Artículo 112: Si hubiere litigio entre las partes, las pruebas y medidas previstas en el artículo precedente serán decretadas por el Juez de la causa. Pero si la urgencia lo exigiere, podrán ser decretadas por el Juez de Parroquia o Municipio del lugar donde deba ejecutarlas, cualquiera que sea la cuantía. En tal caso, la parte contra quien obre podrá reclamar de la misma ante el Juez de la causa, sin que ello obste a la práctica de la prueba o la ejecución de la medida.
>
> Si no hubiere litigio entre las partes, dichas pruebas y medidas serán decretadas por el Juez de Parroquia o Municipio del lugar donde deba ejecutárselas si su urgencia lo exigiere, sin que el propietario, poseedor, responsable, administrador u ocupante del lugar donde deban efectuarse pueda oponerse a su práctica o ejecución. El mismo Juez levantará las medidas a solicitud de la parte contra quien obren, al vencimiento de treinta (30) días continuos, desde su ejecución, si no se le hubiese comprobado la iniciación del juicio principal.
>
> Las pruebas y medidas serán practicadas por el Juez que las decretare, por su comisionado o por la autoridad policial a quien el Juez requiera para ello, con la intervención, si fuere necesario, de uno o más peritos designados en el decreto respectivo o por decreto del Juez comisionado.

Igualmente, la Ley Orgánica de Ambiente tiene prevista la siguiente norma rectora:

> Artículo 26. El organismo competente para decidir acerca de las sanciones previstas en el artículo anterior, podrá adoptar en el curso del proceso correspondiente, las medidas preventivas que fueren necesarias para evitar las consecuencias degradantes del hecho que se investiga. Tales medidas podrán consistir:
>
> 1.- Ocupación temporal, total o parcial de las fuentes contaminantes, hasta tanto se corrija o elimine la causa degradante;

> 2.- Clausura temporal de las fábricas o establecimientos que con su actividad alteren el ambiente, degradándolo o contaminándolo, ya sea directa o indirectamente;
>
> 3.- Prohibición temporal de la actividad origen de la contaminación;
>
> 4.- La modificación de construcciones violatorias de disposiciones sobre conservación, defensa y mejoramiento del ambiente; y
>
> 5.- Cualesquiera otras medidas tendentes a corregir y reparar los daños causados y evitar la continuación de los actos perjudiciales al ambiente.

No escapa tampoco a un observador prevenido que la misma la Ley de Procedimientos y Tribunales Agrarios tiene inserto un artículo que permitiría, durante el transcurso de los procesos respectivos, que el Juez Agrario decretara medidas anticipatorias. Veamos.

El artículo 8 de la referida ley señala:

> Los jueces agrarios, de oficio, podrán dictar en juicio las medidas que consideren necesarias para asegurar y proteger la producción agraria y los recursos naturales renovables, cuando estén amenazados de desmejoramiento, ruina o destrucción.

De otra cara, en el renglón de los procedimientos administrativos, el contemplado en el Reglamento Nº 2 de la Ley para Proteger y Promover el Ejercicio de la Libre Competencia establece que durante la pendencia del procedimiento sancionador se podrán dicta las medidas que contempla el texto legal en su artículo 35, que reza:

> Durante la sustanciación del expediente y antes de que se produzca decisión, la Superintendencia podrá dictar las medidas preventivas siguientes:
>
> 1.- La cesación de la presunta práctica prohibida; y

2.- Dictar medidas para evitar los daños que pueda causar la supuesta práctica prohibida".

Y dentro del contexto de lo regular, brilla al ojo que la pensión de alimentos, como medida provisoria, reviste el carácter de anticipatoria.

4. SISTEMATIZACIÓN DEL RÉGIMEN VENEZOLANO

De la exposición sobre la normativa venezolana de cautela anticipada, podemos inferir, que el ordenamiento nacional establece los siguientes lineamientos:

1.- Las medidas se pueden decretar antes o después de la traba de la litis.

2.- En el evento de que se soliciten durante la pendencia del proceso principal, pueden ordenarse con previa citación de la parte afectada, o sin previa audiencia del sujeto pasivo de la pretensión anticipativa.

3.- Están precedidas de una fase de cognición sumaria, donde se deberá demostrar la fuerte probabilidad (certidumbre suficiente) del derecho y la existencia de un peligro o daño irreparable.

4.- El juzgador puede pedir la constitución de una caución.

5.- En caso de medidas *ante-causam* serán ordenadas por el Juez de Municipio.

6.- Cuando las medidas se decretan *ante-causam* debe instaurarse el proceso en un lapso determinado, so pena de su decaimiento.

Y aunque se habla de presunción grave del derecho para las medidas de embargo y secuestro en materia de derechos de autor, no se establece un standard en el orden de la prueba.

Y tampoco se contempla la posibilidad de sustituir la medida por el caucionamiento sustitutivo, lo que atenta contra la protección que se persigue con la tutela anticipatoria.

7.- El ejercicio abusivo de la solicitud de tutela anticipada genera responsabilidad.

5. DEL CONTENIDO

Sea *ante-causam* o *intra* proceso, la medida ordinariamente se decreta a instancia de parte, salvo en situaciones especiales, como es el caso de la materia ambiental, donde el interés social arropa la pretensión deducida.

En los supuestos de tutela requerida, el juez goza de la discrecionalidad razonada de conferirla en los mismos términos en que fue peticionada o dictar la que fuera más adecuada, con el objeto de no agravar la situación de que debe soportarla.

Es manifiesto que como "el contenido de la decisión está necesariamente encorsetado por los alcances de la pretensión de mérito; es de toda lógica que no cabe anticipar más que lo pretendido para ser juzgado en la sentencia definitiva. En todo caso, se podrá anticipar "total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida", como señala el Art. 65 proyectado. La anticipación parcial es, sin duda, la regla". (Berizonce, *Ob. Cit.* p. 12).

Importa poner de relieve, que no sería causal de prejuzgamiento el otorgamiento de la tutela anticipatoria, porque versa naturalmente sobre la anticipación, pero que partiendo de que debe darse una convicción suficiente en el juzgador, éste tiene la obligación, tan olvidada en el decreto de las medidas cautelares, de razonar esa dosis de convencimiento sustentada en la masa probatoria agregada a los autos, ya que si no caería en un vicio de inmotivación y por lo tanto, mermaría la defensa del sujeto tutelado.

También es menester destacar que lo anticipado no debe ser irreversible, de modo que si importa una violación al derecho de otro no se haga imposible restituir el estado original.

Igualmente, se debe tener en cuenta que la modificación de las circunstancias pudiera derivar en que se revoque la medida, aunque en principio tiene vigor durante toda la pendencia del proceso principal.

6. DEL CONTRADICTORIO

No existiendo ninguna regulación genérica que oriente en torno al ejercicio defensivo frente a la tutela anticipada, nada obsta para que se aplique analógicamente el régimen de la oposición que, para la tutela cautelar, se desarrolla en el artículo 602 del Código de Procedimiento Civil. Consultando la normativa especial sobre este asunto, la Decisión 486 expone que la parte afectada podrá solicitar su revisión ante la autoridad nacional competente, y la Ley sobre Derechos de Autor dispone que el derecho a oponerse debe materializarse ante el juez de la causa. Empero, habrá que hacer excepción del Acuerdo 1C sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio donde efectivamente se regula que la oposición, en caso de medidas *ante-causam* se hará mediante una revisión que solicitará la parte afectada en un plazo razonable (artículo 4).

Esto es claro, cuando de trata de cautelas anticipadas dictaminadas durante el transcurso del proceso, donde la vía opositora, como también para las medidas cautelares parece un medio ordinario expedido y rápido que hace inadmisible, como lo ha dicho la jurisprudencia del máximo tribunal, para las medidas cautelares.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en tal sentido sentenció:

> Ahora bien, la oposición a esas medidas, consagradas en los artículos 602 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, constituyen el medio judicial ordinario breve, idóneo y eficaz para lograr la revocatoria, modificación o confirmación de la misma" (Ver sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el 8 de marzo de 2000, en acción de amparo constitucional intentada por la sociedad mercantil Textiles Mamut, S.A., en contra de la decisión dictada por el

> Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas).

Luego, señaló:

> Al respecto, esta sala ha determinado que la oposición a las medidas preventivas, consagrada en los artículos 602 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, constituye un medio judicial ordinario breve, idóneo y eficaz para lograr la revocatoria, modificación o confirmación de las mismas.
>
> En ese contexto, al ser la oposición a la medida cautelar el medio judicial con que cuenta la parte, ésta debe acudir a esa vía, ya que lo contrario conllevaría a declarar la inadmisibilidad del amparo propuesto, de conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales". (Ver sentencia dictada el 25 de abril de 2000 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la acción de amparo constitucional intentada por la sociedad mercantil Inversiones Torres, C.A. contra sentencias dictadas por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Trujillo).

A su vez, en otra sentencia, esa Sala, expresó:

> En las circunstancias expuestas, la Sala tiene establecido que la acción de amparo constitucional presupone la inexistencia de un medio procesal idóneo contra la medida cautelar dictada o, caso de existir éste, la imposibilidad de ejercerlo útilmente.
>
> Como bien lo destaca el *a quo*, se encontraban a disposición de la accionante los medios procesales consagrados en los artículos 588, parágrafo tercero, 589 y 602 del Código de Procedimiento civil. Se trata de medios idóneos para hacer valer las razones invocadas por la accionante contra la medida cautelar dictada... (ver sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal

Supremo de Justicia, en el caso de Jaime Domínguez Versategui (Metalven, C.A.).

Donde esta vía aparece como ineficaz, es el caso de las tutelas anticipadas ordenadas por un Juez de Municipio, porque en esas circunstancias, el resguardo de la efectividad defensiva puede verse seriamente afectada, cuando se hayan conculcado garantías o derechos constitucionales, si se tiene en cuenta los lapsos previstos para que se intenten los juicios principales, son de diez (10) y treinta (30) días, según la referida Decisión 486 y Ley sobre Derechos de Autor.

En un caso reciente, la parte solicitante de la medida, conforme a la Decisión 486, en sus informes presentados en la audiencia constitucional del proceso de esta especie que había intentado la parte afectada, sostuvo la tesis de que debía hacerse la oposición ante el Juez que decretó la medida o ante aquel que conociera de la demanda principal.

La parte presuntamente agraviada refutó, que resultaba legal y constitucionalmente inadmisible que hubiera de aguardar para dar cauce a la defensa de la infracción de sus derechos fundamentales, que la parte agraviante diera curso a la demanda principal y que una vez realizados los trámites iniciales y puestos a derecho las codemandadas, se ejerciera la oposición a la cautela y menos si se tiene en cuenta que la apertura de tal lapso está sujeto a la citación de los dos sujetos pasivos. Añadiendo que, ni aun en el supuesto de que esa falta de cordura hubiera alimentado la estrategia defensiva de la solicitante del amparo constitucional, la ruta procesal sugerida por la agraviante no habría tenido ningún sentido, porque a la fecha de realización de esta audiencia, la buena de esa empresa no había agregado sus documentos fundamentales para que se admitiera la demanda.

E indicó ello de por sí, colocaba de manifiesto la impertinencia de la solicitud de inadmisión de la pretensión deducida, ya que es inconstitucionalmente inaceptable que el ejercicio de la defensa de quien resulta agravado en sus derechos constitucionales esté sometido a un lapso, cuya apertura dependa de la conducta y buena fe de quien provocó la decisión que dio al traste con ellos.

Sostuvo también que el plazo de diez (10) días previsto en la normativa andina, a los fines de que se intente la demanda principal y se ejerza ante el Juez de la causa la oposición que contempla la normativa nacional en el artículo 602 del Código de Procedimiento Civil, no es de aplicación preferente a la Constitución, pues el artículo 153 refiere su prevalencia sólo sobre la legislación y concluyó, diciendo: "El amparo que se ha intentado no es de origen legal, sino constitucional: el artículo 27 del Texto Fundamental".

Además, siendo la norma andina relativa al derecho de defensa, al establecer un lapso más gravoso –de diez días– que el del amparo constitucional, tampoco es aplicable debido a que las normas internacionales de derechos humanos sólo son aplicables si son más favorables que las internas (Art. 23 de la Constitución) lo que no es el caso.

Y en este proceso, el Juez sentenció el día 10-10-2001, lo siguiente:

> Entonces, en cuanto a la admisibilidad corresponde resolver si entre el amparo y la oposición cuál es el mecanismo adecuado, pronto y eficaz para la salvaguarda de los derechos que se dicen conculcados.
>
> Se desprende de los dispositivos pertinentes de la decisión 486 de la CAN que las medidas cautelares por violación a los derechos que esa legislación tiende a proteger, pueden ser decretadas por la autoridad nacional competente en cualquier tiempo, pero que una vez decretadas deberá el solicitante en el término de 10 días, indefectiblemente interponer demanda principal ante el Tribunal competente so pena de caducidad de la cautelar decretada.
>
> Por otra dispone el artículo 602 del Código de Procedimiento Civil: "dentro del tercer día siguiente a la ejecución de la medida, la parte contra quien obre estuviere ya citada; o dentro del tercer día siguiente a su citación la parte contra quien obre la medida podrá oponerse a ella ... haya habido o no oposición se considerará abierta una articulación de 8 días para promover y

evacuar la prueba...". Por su parte, el artículo 603 *ejusdem* establece que a más tardar dentro de 2 días de haber expirado el término probatorio sentenciará el tribunal la articulación de la sentencia y se oirá apelación en un solo efecto."

Así las cosas, comparte este Juzgador el criterio que la parte contra quien obre la medida cuando crea que existe una violación a sus derechos y garantías constitucionales, especialmente en los casos de las tutelas anticipadas en las cuales se ve diferido a un más la interposición y decisión de la oposición y que pende la oposición de la introducción por el solicitante de la demanda principal, no tiene por qué pasivamente esperar que el favorecido con la medida tenga bien hacer uso de su facultad de interponerla a partir de la cual y una vez citada la parte contra quienes obre, agotando el proceso de las mismas establecidos en los artículos 602 y 603 del CPC, haga oposición a la misma, pues entonces en esos supuestos ese medio, la oposición, no resulta ni idóneo ni eficaz ni inmediato a los fines de restablecer los derechos que supuestamente le fueran infringidos de rango constitucional y si se toma en consideración añadidamente lo que es un hecho conocido por todos los Tribunales del Área Metropolitana de Caracas, con excepción hecha de los Tribunales de competencia penal, el régimen de despachos allí previsto ha limitado a tres (3) días en cada semana el despacho, es decir, de cada cinco (5) días sólo hábiles sólo en tres (3) se despacha, resolución que está vigente desde el mes de junio de 2001, es decir, antes de todo ese incidente, lo que de suyo extiende ampliamente los lapsos de la articulación y decisión de la oposición a las medidas cautelares, de modo tal que una articulación probatoria de 8 días de despacho sin reparar en las constantes huelgas que paralizan al Poder Judicial últimamente, copan casi tres (3) semanas en el proceso de oposición y sólo será en la cuarta (4ª) semana que el Juzgador de la oposición deba resolver la misma, concibiéndose perfectamente, y es bastante usual por la experiencia que tenemos acumulada, que ordinariamente no se deciden con la urgencia requerida por la Ley, las referidas oposiciones.

> De tal forma que haciendo un simple ejercicio de ingeniería procesal, como es el que ha quedado plasmado, se llega a la conclusión que la oposición por tal motivo no es un medio eficaz y pronto para hacer cesar la eventual violación de las garantías constitucionales, máxime como es en este caso que dentro de los 10 días de haberse decretado la cautelar es que se establece la obligación de introducir la demanda principal, en el curso de la cual con las demoras ya indicadas es que podrá hacerse valer la oposición y mientras tanto siguen sufriendo los rigores de la misma, lo que carece de toda lógica.

PALABRAS FINALES

Creo que no hay duda de que debemos introducir un cuadro normativo-procesal sobre la tutela anticipatoria y autosatisfactiva, sobre los pilares que hemos reseñado.

Considero, además, dentro de la técnica de lo anticipativo, que debe disponerse que en los supuestos de tutela *ante-causam* el órgano competente para decretar las medidas sea el que conozca del proceso principal, con el propósito de evitar obstáculos a la necesaria instrumentalización que debe existir entre los dos procesos; y en todo caso, ante la normativa nacional que, para eventos de urgencia, contempla la posibilidad de que el decreto lo providencia en juez de Municipio, al intentarse el proceso principal ante un Juzgado de Primera Instancia, sería necesario disponer que éste atrajera la competencia para conocer de las actuaciones relativas a la tutela anticipada ordenada.

Deberíamos estudiar también la posibilidad de revertir la carga de demandar, esto es, que el sujeto afectado por la medida ante *causam* que desea dilucidar la certeza del derecho reclamado por el solicitante la medida, sea sobre quien penda la alternativa de demandar.

Esa conclusión, la obtenemos de la experiencia en otros países, donde resulta en una gran mayoría de casos, improbable que se propongan los juicios.

Pero, lo que es cierto es que para estos logros que, en definitiva, implican una ampliación de los poderes materiales del juez, al anticipar en

todo o en parte la pretensión deducida, tenemos que contar con jueces imparciales y diestros, y fundamentalmente ponderados en su ejercicio judicial, porque se les impone atender los agravios denunciados bajo el esquema del equilibrio, valorando los posibles perjuicios que una sentencia desmesurada e imprudente pueda arrojar, y con celo de prevención para la aplicación de las reglas de un proceso justo. Por ello es menester que respeten las reglas del debido proceso y así dar luces en sus providencias de la razonabilidad de las mismas.

Es harto conocido para el foro venezolano, que bajo la cobija de lo cautelar típico e innominado se dictan soluciones inequitativas, privadas de toda motivación y desnaturalizadas de su objeto. Son 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 tanto, si el juzgador considera indispensable la tutela, también debe primar en su inteligencia la gravitación de la defensa, para polarizar su acontecer dentro de los lineamientos de un debido proceso justo.

La Aplicación de Técnicas Informáticas en el Campo del Derecho Procesal

Mariliana RICO CARRILLO[*]

SUMARIO:

Introducción

1. **Influencia de la tecnología en el campo jurídico: 1.1** *La informática y el derecho.* **1.2** *El derecho de acceso a la tecnología.*
2. **La informática y el Derecho Procesal.**
3. **Los nuevos medios probatorios: 3.1** *El documento electrónico.* **3.2** *La firma electrónica.* **3.3** *Los soportes electrónicos.*
4. **Tramitación de procedimientos administrativos a través de medios electrónicos.**

[*] **Universidad Católica del Táchira,** Abogada, Especialista en Derecho Mercantil y Derecho de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Profesor Agregado. *Centro de Investigaciones en Nuevas Tecnologías,* Directora. **Universidad Carlos III**, Madrid, Reino de España, Doctora en Derecho, mención *Cum Laude,* Profesora Invitada. **Universidad Complutense**, Madrid, Reino de España**, Universidad de Los Andes**, República de Colombia, Profesora Invitada. **Asociación Venezolana de Derecho Informático y Nuevas Tecnologías**, Vicepresidenta. **Asociación Argentina de Derecho de la Sociedad de la Información**, Miembro Honorario.

5. Las notificaciones por medios electrónicos.
6. La interposición de recursos a través de medios electrónicos.
7. La informática como herramienta de ayuda en la toma de decisiones

INTRODUCCIÓN

La tecnología representa progreso, cambio y mejoras en las condiciones de vida. La evolución tecnológica es fundamental en el desarrollo social, así lo ponen de manifiesto ciertos hechos que de una manera u otra han cambiado la historia de la humanidad, tal es el caso de la invención de la imprenta, el teléfono, la radio, el televisor y el computador. Estamos asistiendo a la era de la denominada "revolución informática", marcada por un avance radical en las tecnologías de la información y las comunicaciones, que viene a representar un cambio en casi todos los ámbitos de la sociedad.

El desarrollo de las *tecnologías de la información*, comienza a partir de los años 70 con el procesamiento de la información, el uso de la electrónica y el software. En sentido técnico, el término *tecnologías de la información,* se refiere a la confluencia de las tecnologías de cálculo con el propósito de manejar y tratar la información, incluyendo todo aquello que implique la creación y procesamiento de señales digitales, el uso de hardware, y software, la cibernética, los sistemas de información, las redes, la inteligencia artificial y la robótica, instrumentos que como veremos en el desarrollo de este artículo son de gran utilidad para el jurista y para la ciencia del Derecho en general.

1. INFLUENCIA DE LA TECNOLOGÍA EN EL CAMPO JURÍDICO

El Derecho por definición es cambiante y debe adecuarse a la realidad social imperante en una época y en un momento determinado. Los cambios experimentados en la sociedad, el comercio y la economía como consecuencia del desarrollo de la tecnología, tienen importantes implicaciones en el mundo del Derecho y han dado origen a nuevos campos de investigación en el ámbito jurídico.

1.1 *LA INFORMÁTICA Y EL DERECHO*

Distintos son los términos que tratan de explicar la relación entre el Derecho y la Informática. A finales de los años 40 se comenzó a hablar de la Jurimetría,[1] para referirse a las aplicaciones informáticas que servían de ayuda a los jueces en la toma de decisiones;[2] hacia los años 60, el vocablo empleado fue "Iuscibernética", entendida como la ciencia encargada de explicar las relaciones entre la Cibernética[3] y el Derecho. Hoy en día se habla del Derecho informático como un campo de estudio propio de la ciencias jurídicas, que se ocupa de analizar la relación existente entre el Derecho y la Informática y los problemas legales que se derivan de esta interrelación, a diferencia de la Informática jurídica, que se concibe como una herramienta que facilita la labor del jurista al permitir la automatización de tareas y procesos.

1.2 *EL DERECHO DE ACCESO A LA TECNOLOGÍA*

La importancia del desarrollo de la tecnología se ha puesto de manifiesto en nuestro país en los últimos años. A partir de la promulgación de la Constitución de 1999, Venezuela ha experimentado un intenso desarrollo legislativo, marcado por un acentuado propósito de lograr la actuali-

[1] La primera mención a la Jurimetría se hace en 1949, en un artículo publicado por Lee Loevinger en una revista jurídica en Minnesota. *Vid.* Loevinger, Lee: *Jurimetrics: The Next Step Forward, Minnesota Law Review*, XXXIII, 1949 (pp. 455 y ss.). Sin embargo, la sistematización teórica de esta disciplina comienza a mitad de los años 60, gracias a Hans W. Baade quien publica un libro que recoge diversos aspectos de la jurimetría *Vid.* Baade, Hans: *Jurimetrics: the Methodology of Legal Inquiry*, Basic Books, New York-London, 1963.

[2] El planteamiento formulado por Loevinger estaba basado en los principios del *Common Law* que exige a los jueces en el momento de tomar una decisión sobre un caso concreto seguir las decisiones previas que han resuelto casos similares. Con el objeto de agilizar la toma de decisiones en los órganos jurisdiccionales, se procedía al almacenamiento de las sentencias para su posterior aplicación de forma automatizada, proponiéndose la sustitución total del juez por una computadora, ya que al estar automatizadas las sentencias, sólo era cuestión de introducir los datos para llegar a una decisión. Este fue el punto más débil de la jurimetría, ya que no es posible la sustitución del hombre por una máquina, hay factores humanos, sociales y psicológicos que sólo el juez puede tomar en cuenta en el momento de dictar una decisión.

[3] El término "Cibernética" es empleado por primera vez en 1948, por el científico estadounidense Norbert Wiener, que bajo este concepto describe la interacción entre la máquina y el hombre,. No obstante esta denominación, es hasta 1968 que Losano propone la utilización del término "Iuscibernética" para designar la interrelación que se produce entre la Cibernética y el Derecho.

zación de normas y la integración del país en el marco de una economía globalizada, dentro de estos cambios, la tecnología ha ocupado un lugar de destacada importancia.

En el propio texto constitucional se puede apreciar la influencia de la tecnología en el ámbito jurídico, al consagrarse el acceso a la tecnología como un derecho fundamental de los ciudadanos, reconociéndose dentro de los derechos culturales, el carácter de interés público de la ciencia, la tecnología, el conocimiento y la innovación, tal como lo establece el artículo 110.

En el artículo 108, la Constitución impone al Estado la obligación de garantizar los servicios de radio, televisión, redes de biblioteca y de informática, con el fin de permitir el acceso universal a la información, estableciendo como deber de los centros educativos, la necesidad de incorporar el conocimiento y la aplicación de las Nuevas Tecnologías en los procesos de enseñanza. La importancia de la consagración del acceso a la tecnología como un derecho fundamental se ha visto reflejada en la adopción de distintos textos legales que obligan a la Administración Pública a facilitar el empleo de medios tecnológicos en sus relaciones con los administrados, tal es el caso del Decreto 825, mediante el cual se declara el uso de Internet como política prioritaria para el desarrollo cultural, económico, social y político de la República Bolivariana de Venezuela.[4]

2. LA INFORMÁTICA Y EL DERECHO PROCESAL

El nacimiento y la difusión de la informática facilitan la labor del jurista al suministrarle una serie de herramientas que agilizan el desarrollo del Derecho, permitiendo la automatización de la información legal y de los procesos de administración de justicia. La Informática jurídica como tal no es una ciencia jurídica, su estudio corresponde al campo de la Informática, se trata de una técnica que facilita la aplicación del Derecho que nada tiene que ver con problemas de tipo legal. La Informática jurídica es considerada una ciencia en auxilio de legisladores, jueces y abogados, su utilidad se observa en diversos campos, hablándose de la informática jurídica documental, informática jurídica de gestión y la in-

[4] *Gaceta Oficial Nº 36.955* de 22 de mayo de 2000.

formática jurídica decisoria, todas estas áreas tienen aplicación en el campo del Derecho procesal, como veremos a continuación.

La informática jurídica documental permite la utilización de la informática en los procesos de almacenamiento y recuperación de la información en archivos de los usuarios. Se refiere a la automatización en los procesos de redacción de documentos y administración de bases de datos que facilitan el almacenamiento de información jurídica (leyes, decisiones, resoluciones, reglamentos y sentencias). Esta técnica permite la elaboración de documentos electrónicos, distintos de los tradicionales documentos soportados en papel, cuya autoría se consigue mediante la inserción de la firma electrónica, estos documentos de acuerdo con la legislación vigente tienen valor probatorio y pueden ser producidos en juicio.

La informática jurídica de gestión se refiere a las posibilidades que la informática ofrece en la agilización de procedimientos, organización y administración de la información. En el campo del Derecho procesal, la informática jurídica de gestión se aplica en todo lo que tiene que ver con la tramitación de procedimientos administrativos, desde su inicio hasta la notificación del acto al interesado.

Finalmente, nos encontramos con la informática jurídica decisoria, llamada también informática jurídica metadocumental, que consiste en una herramienta de auxilio a los jueces en la toma de decisiones.

3. LOS NUEVOS MEDIOS PROBATORIOS

El empleo de la informática permite la elaboración de un documento escrito en un lenguaje diferente al alfabeto tradicional (lenguaje binario), al ser proyectado en la pantalla del computador, el documento es intangible por naturaleza y como tal imposible de ser autenticado mediante la firma autógrafa del emisor; no obstante esta situación, existen mecanismos informáticos que permiten otorgar autenticidad al documento electrónico, hablamos en este caso de la firma electrónica. Al tratarse de un instrumento generado a través de medios electrónicos, la información puede encontrarse en distintos soportes (un disquete, un CD Rom, un DVD, el disco duro del computador, etc.). Todos los ele-

mentos que intervienen en la elaboración y autenticación del documento electrónico constituyen nuevos medios para la aportación de pruebas al proceso, regulados en la actualidad por leyes especiales que rigen la materia en concordancia con las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil.

3.1 *EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO*

El reconocimiento de documento electrónico tiene lugar en la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas de 2001[5] (LMDFE), cuyo antecedente directo lo encontramos en el texto de los trabajos del Grupo de Comercio electrónico emanados de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), principalmente de la Ley Modelo sobre el comercio electrónico y los proyectos de la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas.

En sentido amplio, la noción de documento electrónico o de mensajes de datos –como los denomina la ley– se refiere a cualquier tipo de documento generado por medios electrónicos, incluyendo en esta categoría los documentos generados por los medios electrónicos tradicionales, como sería el fax o los sistemas cerrados de comunicación,[6] los documentos informáticos y los documentos telemáticos.[7]

---

[5] Decreto N° 1.024 de 10 de febrero de 2001, publicado en la *Gaceta Oficial N° 37.148* de 28 de febrero de 2001.

[6] En la conferencia de la Organización Mundial del Comercio sobre *"Electronic Commerce and the Role of the WTO",* se alude principalmente a seis medios electrónicos de producir e intercambiar documentos: el teléfono, el fax, la televisión, los sistemas electrónicos de pago, el sistema EDI y la red Internet. La Ley Modelo de la CNUDMI define el mensaje de datos como: *"La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax".* El legislador venezolano se aparta un poco de esta definición para seguir los principios de neutralidad tecnológica y abarcar dentro de un concepto más genérico, las distintas tecnologías que pueden o puedan utilizase en un futuro para la generación de un mensaje de datos.

[7] Normalmente se suelen utilizar indistintamente las expresiones "documento informático", "documento electrónico" y "documentos telemáticos" para referirse a los nuevos soportes documentales. No obstante estas denominaciones consideramos conveniente aclarar que estos términos no son del todo sinónimos, la noción de documento electrónico se refiere a cualquier tipo de documento generado por medios electrónicos, incluye por lo tanto, los documentos informáticos y telemáticos. El documento informático se caracteriza principalmente porque está escrito en un lenguaje matemático binario, no inteligible de modo natural sino a través de la

El concepto legal del documento electrónico lo encontramos en el marco de la definición del mensaje de datos, contenida en el artículo 2 de la LMDFE que entiende por tal: *"toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio"*.

Respecto al reconocimiento legal, la LMDFE, otorga la condición de documento a los mensajes de datos, confiriéndole el mismo valor que tienen los documentos tradicionales contenidos en soporte papel; a tal efecto, el artículo 8 señala que cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito podrá ser satisfecho mediante un mensaje de datos en las condiciones establecidas en la ley.[8] En esta misma orientación, el artículo 4 otorga a los mensajes de datos la misma eficacia probatoria que los documentos "escritos".[9]

En cuanto a la promoción, control y evacuación de los mensajes de datos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 4 de la LMDFE, se debe aplicar el sistema de prueba libre. Respecto a las pruebas libres, el Código de Procedimiento Civil venezolano establece la aplicación de la analogía en relación con los medios semejantes, lo cual nos conduce a la

intervención de la máquina que se encarga de su traducción, y se encuentra almacenado en una memoria informática. El documento telemático referida se genera y se transmite gracias a la conjunción de las telecomunicaciones y la informática. En la elaboración de estos documentos se utiliza un lenguaje digitalizado, un soporte electrónico –magnético, óptico, óptico-magnético, electrostático– y un sistema de redes de comunicación digital para su transmisión –fibra óptica, red telefónica básica, de telefonía móvil–.

[8] El artículo 8 de la LMDFE exige que cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito podrá ser satisfecho mediante un mensaje de datos si la información es accesible para su ulterior consulta, el mensaje de datos se tendrá como un documento original, siempre que se conserve de manera íntegra, considerándose que tal circunstancia se cumple si el mensaje se mantiene inalterable desde que se generó, salvo algún cambio de forma propio del proceso de comunicación, archivo o presentación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 7 *ejusdem*.

[9] Hacemos la salvedad del error en que incurre el legislador venezolano al diferenciar el documento electrónico con el documento "escrito", ya que el documento electrónico también es un documento escrito, lo que lo diferencia del documento tradicional, es el soporte donde viene expresado, en este sentido preferimos hablar del documento en soporte papel frente al documento en soporte electrónico o informático o simplemente, documento electrónico. El error es comprensible por el origen de la norma, al encontrar en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, su fuente directa.

conclusión que los mensajes de datos deben considerarse admisibles en el concepto de documento, aplicándose en principio, las normas de valoración establecidas en la ley para estos casos.

Respecto a la naturaleza jurídica de los mensajes de datos, no cabe duda que se trata de documentos elaborados mediante técnicas electrónicas y como tales deben ser incorporados al proceso. Aun cuando en el texto de la LMDFE se prevé la posibilidad del cumplimiento de solemnidades o formalidades a través de medios electrónicos, en el estado actual de la técnica, los mensajes de datos encajan dentro de la noción de documentos privados y como tal deben ser valorados.[10]

En cuanto a la forma de aportación, al tratarse de una prueba documental de naturaleza electrónica, debe llevarse al proceso en su soporte informático. Cuando la ley exige la presentación de originales es imperativo que el documento se incorpore en el soporte electrónico que lo contiene (el disquete, el CD o el DVD) o mediante su envío al tribunal a través de una red de telecomunicación, que bien podría ser Internet,[11] ya que bajo los postulados de la LMDFE, la impresión del documento electrónico tiene la misma eficacia que la ley otorga a las copias o reproducciones fotostáticas.[12]

3.2 *LA FIRMA ELECTRÓNICA*

Para que un documento electrónico sea admisible como medio de prueba es necesario que cumpla con ciertos requisitos que demuestren su

[10] En el Derecho italiano, el artículo 5 del *Decreto del Presidente della Repubblica* Nº 513/97, que regula el documento electrónico, establece la admisibilidad de estos documentos como medios probatorio, siempre que esté signado con la firma digital en las condiciones exigidas por el artículo 10 del Reglamento, otorgándole eficacia probatoria de escritura privada, de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 2702 del Código Civil.

[11] Para cumplir con los lapsos procesales, es recomendable solicitar los servicios de un prestador de servicios de certificación a objeto de determinar el momento de la remisión del documento al tribunal a través del sistema de sellado de tiempo.

[12] El tratamiento amplio sobre los documentos electrónicos como medios de prueba ha sido objeto de trabajos anteriores. *Vid.* Rico Carrillo, Mariliana: *Función procesal probatoria del documento electrónico* en IV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Jurídicas Rincón, Barquisimeto, 2003, pp. 359 393.

veracidad y autenticidad. De acuerdo con los principios contenidos en la LMDFE, la firma electrónica es la forma ideal para atribuir autoría a los mensajes de datos.

En sentido amplio, una firma electrónica consiste en cualquier método o símbolo basado en medios electrónicos, utilizado o adoptado por una parte con la intención de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo las funciones de una firma manuscrita. En este concepto amplio tienen cabida técnicas tan simples como un nombre u otro elemento identificativo, incluido al final de un documento electrónico, insertando una imagen leída con un escáner de una firma manuscrita, de muy escasa seguridad.

Dentro de la categoría de firma electrónica nos encontramos con la denominada firma digital. Técnicamente, el concepto de firma digital responde al uso de los sistemas criptográficos asimétricos que permiten el cifrado de la información, utilizándose una clave privada para firmar el mensaje y una clave pública para comprobar que la firma ha sido generada por una determinada persona que está en posesión de la clave privada. La LMDFE no alude a esta categoría de firma, refiriéndose en general al uso de la firma electrónica, no obstante esta situación, los requisitos establecidos en el artículo 16 de la Ley (garantizar que los datos empleados para su generación puedan usarse sólo una vez y asegurar su confidencialidad, no alterar la integridad de mensaje y ofrecer la seguridad de que no pueda ser alterada con la tecnología existente en un determinado momento), se cumplen sólo mediante el uso de sistemas de cifrado asimétrico.[13]

Respecto al valor probatorio de la firma electrónica, sólo la firma que cumpla los requisitos enunciados anteriormente o que esté certificada

[13] Aun cuando la LMDFE no obliga al uso de una determinada tecnología en respeto al principio de neutralidad tecnológica que debe regir en el comercio electrónico, se exige a los proveedores de servicios de certificación la necesidad de garantizar que en la emisión de los certificados que atribuyen certeza y validez a la firma electrónica, se utilicen herramientas y estándares adecuados a los usos internacionales. En el ámbito internacional, el sistema actualmente utilizado es el de firma digital.

por un proveedor de servicios de certificación en las condiciones establecidas en el Decreto, es equiparable a la firma autógrafa, debiendo el juez darle el valor que la ley le confiere a aquélla. Si la firma no cumple los requisitos indicados, podrá constituir un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica, según lo dispone el artículo 17 de la LMDFE.

3.3 *LOS SOPORTES ELECTRÓNICOS*

En la elaboración de los documentos electrónicos se utiliza un lenguaje digitalizado, un soporte (magnético, óptico, óptico-magnético, electrostático) y un sistema de redes de comunicación digital para su transmisión (fibra óptica, red telefónica básica, de telefonía móvil). Estos soportes permiten el archivo del documento y también constituyen medios probatorios pero de naturaleza jurídica diversa al documento electrónico en sentido estricto, por lo tanto su forma de análisis y valoración como medios de prueba es diferente.

Los soportes electrónicos o informáticos –como suelen denominarse– no están contemplados en la legislación procesal ni en la normativa especial encaminada a reconocer el valor jurídico de los mensajes de datos; no obstante esta situación, el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil consagra el principio de libertad en los medios de prueba al indicar que son medios de prueba admisibles en juicio, los establecidos en el Código Civil, en el Código de Procedimiento Civil y en otras leyes de la República. Esta libertad probatoria la encontramos también en el propio texto constitucional venezolano, a tenor del artículo 49 que dispone que toda persona tiene derecho a utilizar los medios adecuados para ejercer su defensa.

La calidad de los soportes debe ser analizada en el momento de determinar la autenticidad de los documentos electrónicos, en este caso no estamos en presencia de una prueba documental, ya que lo que se pretende determinar es la calidad de los sistemas que intervinieron en la elaboración del documento. El medio probatorio idóneo para determinar esta situación lo constituye la experticia informática, dado que el juez no es un experto en esta materia. También puede solicitarse una inspección judicial a título de prueba complementaria, con la finalidad de que

el juez pueda apreciar directamente los medios que han influido en la elaboración del documento.

En materia laboral, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo alude a la prueba en soportes electrónicos al establecer en el artículo 114, la obligación del juez de ordenar la reproducción de los hechos por cualquier medio o instrumento, incluyendo los medios electrónicos, cuando ello fuere posible.

En el caso de la valoración de los soportes informáticos, al estar sometidos a una experticia o a una inspección judicial, el juez se atendrá a las reglas de la sana crítica,[14] con igual proceder deberá obrar si se trata de una firma electrónica que no reúne los requisitos establecidos en la Ley para equipararla jurídicamente a la firma manuscrita.

La experticia también debe solicitarse como complemento y apoyo a la prueba documental para determinar la autenticidad del documento electrónico, en los supuestos en que el documento no haya sido reconocido, cuando se haya impugnado su autenticidad,[15] o cuando haya que determinar, por ejemplo, el momento de emisión del documento, su recepción por el interesado, si el mensaje fue abierto o no, si surgiera la necesidad de descifrar el documento o de comprobar que una firma electrónica ha sido generada por una persona determinada y que efectivamente corresponde a ella.

4. TRAMITACIÓN DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS A TRAVÉS DE MEDIOS ELECTRÓNICOS

El Decreto 825 sobre el uso de Internet impone a los órganos de la Administración Pública Nacional la obligación de emplear medios electró-

[14] En España, el artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas, estableciendo que el Tribunal los valorará conforme a las reglas de sana crítica.

[15] El demandado, en ejercicio de su derecho a la defensa, puede desconocer o impugnar la exactitud o autenticidad del documento electrónico por diversas razones, ya sea porque considere que el documento fue objeto de falsificación, manipulación o alteración durante su transmisión, porque no responde a la realidad o porque no haya sido signado con su firma electrónica. Para impugnar estos documentos debe seguirse el procedimiento de la tacha de instrumentos previsto en las normas procesales, solicitando la asistencia de un experto informático.

nicos a objeto de agilizar la tramitación de los asuntos de su competencia y el intercambio de información con los administrados; por lo tanto, en la medida de lo posible se debe facilitar el uso técnicas electrónicas en la solicitud de los procedimientos, su tramitación y notificación.

Dentro de las normas que prevén el uso de medios electrónicos en los procedimientos administrativos, citamos –a título de ejemplo– las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones,[16] el Código Orgánico Tributario,[17] el Decreto con fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones[18] y en el Decreto con Fuerza de Ley de Registro Público y Notariado.[19]

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones prevé en su artículo 11 que el procedimiento de consulta pública para los actos normativos que dicte la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, en el ejercicio de sus funciones, deberá hacerse a través de mecanismos abiertos, donde se menciona el uso de medios electrónicos. En la tramitación del procedimiento para el otorgamiento de las habilitaciones administrativas, el artículo 26 indica que la solicitud puede realizarse en forma electrónica, siempre que quede garantizada su autenticidad, seguridad y privacidad. En el procedimiento para el otorgamiento de la concesión sobre el uso y explotación del espectro radioeléctrico también se prevé el uso de medios electrónicos; a tal efecto, el artículo 102 faculta a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones para establecer que las rondas de subastas a las que se refiere esta Ley se hagan a través de medios electrónicos, situación que debe indicarse en el acto de apertura del procedimiento de oferta pública, garantizando la transparencia e idoneidad del mismo.

El Código Orgánico Tributario establece la potestad a la Administración Tributaria de utilizar medios electrónicos o magnéticos para recibir e

[16] *Gaceta Oficial N° 36.970* de fecha 12 de junio de 2000
[17] *Gaceta Oficial N° 37.305* de fecha 17 de octubre de 2001.
[18] Decreto Nº 1555 publicado en la *Gaceta Oficial N° 5.556 Extraordinario* de fecha 13 de noviembre de 2001.
[19] Decreto Nº 1.290 de 30 de agosto de 2001, publicado en la *Gaceta Oficial N° 5.556* de fecha 13 de noviembre de 2001.

intercambiar documentos, declaraciones, pagos o actos administrativos, así como cualquier información en general (Artículo 125). En atención a esta norma, el Servicio Nacional Integrado de la Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) ha puesto a disposición de los contribuyentes una vía alternativa que permite realizar la declaración de impuestos a través de Internet. También existen otras disposiciones en el COT que permiten el empleo de técnicas electrónicas, a título de ejemplo citamos los procedimientos de fiscalización, incobrabilidad e intimación de derechos donde se prevé el uso de la firma electrónica por parte del funcionario autorizado (Artículos 183, 191, 209 y 212). De igual manera, en el procedimiento de recuperación de tributos se admite el medio electrónico al permitir el empleo de la firma electrónica del interesado en la solicitud (Artículo 201).

En la tramitación de procedimientos, el artículo 138 exige que cuando la Administración Tributaria reciba por medios electrónicos declaraciones, comprobantes de pago, consultas, recursos u otros trámites habilitados para esa tecnología, deberá entregar por la misma vía un certificado electrónico que especifique la documentación enviada y la fecha de recepción, la cual será considerada como fecha de inicio del procedimiento de que se trate.

En el Decreto con fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones, también contempla el uso de los medios electrónicos, específicamente en el artículo 136, que faculta al Ejecutivo Nacional para reglamentar el uso y la aplicación de estos medios en los procesos de licitación.

El Decreto con Fuerza de Ley de Registro Público y Notariado, implementa los medios electrónicos en la gestión y automatización de los registros y las notarías, otorgando validez a la firma electrónica de los registradores y notarios (Artículos 2, 4 y 5). El empleo de la firma electrónica por registradores y notarios adquiere una importancia singular al admitir la fe pública en los documentos electrónicos. Esta situación es una consecuencia de los principios establecidos en la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas que establece en su artículo 6, que cuando para determinados actos o negocios jurídicos la ley exija el cumpli-

miento de solemnidades o formalidades, éstas podrán realizarse a través de un mensaje de datos firmado electrónicamente.

5. LAS NOTIFICACIONES POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

En materia de notificaciones efectuadas a través de medios electrónicos, no existe en Venezuela una ley específica que regule este campo, a diferencia de otros países latinoamericanos, como es el caso de Perú, que cuenta con la Ley 27419 sobre notificación por correo electrónico y Costa Rica, donde el Poder Judicial, mediante circular 36-2000 autoriza a los Tribunales de Justicia del I y II Circuitos Judiciales de San José, para notificar resoluciones judiciales por medios electrónicos.

No obstante esta carencia legal, bajo los principios contenidos en la LMDFE que atribuye valor jurídico a los mensajes de datos y por ende al correo electrónico, consideramos perfectamente admisible esta nueva modalidad de notificación, máxime cuando ya algunas leyes la prevén en forma expresa. El problema que podría presentarse en estos casos está directamente relacionado con la efectividad de la notificación, es decir, que se pueda acreditar que el interesado tuvo acceso al mensaje de datos correspondiente; a tal efecto, cabe mencionar que la LMDFE establece unos mecanismos para determinar la recepción del mensaje de datos entendiendo que el mismo se tiene por recibido cuando el mensaje de datos entre en el sistema de información designado por el destinatario y a falta de designación, cuando entre en un sistema regularmente utilizado por el destinatario (Artículo 16).

En materia de notificaciones electrónicas, en Venezuela se destacan las disposiciones contenidas en el artículo 26 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, donde se prevé la posibilidad de efectuar las notificaciones a los interesados mediante el uso técnicas electrónicas, siempre que se señale una dirección de correo electrónico en la solicitud respectiva. De igual forma, el artículo 96 que impone a CONATEL la obligación de poner en conocimiento a los interesados que participaron en el proceso de oferta pública si han sido precalificados, indica qué notificación podrá hacerse a través de mecanismos electrónicos.

En el ámbito tributario, el artículo 34 del COT establece la posibilidad a la Administración Tributaria y los contribuyentes o responsables, para convenir en forma adicional al domicilio legal, la definición de un domicilio electrónico, que sirva de buzón de envío de actos administrativos, indicando, en su artículo 162, que las notificaciones pueden realizarse por medios electrónicos y similares, siempre que se deje constancia en el expediente de su recepción.

En el marco de la legislación laboral, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo[20] establece en su artículo 126 que 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.

Respecto a la admisión de las notificaciones por medios electrónicos se ha pronunciado el Tribunal Supremo de Justicia venezolano en sentencia de fecha 07 de febrero de 2002, cuando al referirse al procedimiento de amparo constitucional indica: "*Para dar cumplimiento a la brevedad y falta de formalidad, la notificación podrá ser practicada mediante boleta, o comunicación telefónica, fax, telegrama, correo electrónico, o cualquier medio de comunicación interpersonal, bien por el órgano jurisdiccional o bien por el Alguacil del mismo, indicándose en la notificación la fecha de comparecencia del presunto agraviante y dejando el Secretario del órgano jurisdiccional, en autos, constancia detallada de haberse efectuado la citación o notificación y de sus consecuencias*".

Como bien puede observarse, el requisito exigido tanto por la legislación como por la jurisprudencia citada para admitir la validez de la notifica-

[20] *Gaceta Oficial Nº 37.504* de fecha 13/08/2002.

ción, implica dejar constancia en el expediente de que la misma se haya practicado, en entornos electrónicos esa constancia la puede suministrar el sistema de información o bien se puede acudir a un proveedor de servicios de certificación para que acredite tal situación, pudiendo determinarse, a través de una experticia, si el interesado tuvo o no acceso al mensaje de datos.

6. LA INTERPOSICIÓN DE RECURSOS A TRAVÉS DE MEDIOS ELECTRÓNICOS

En materia de interposición de recursos, también cabe la utilización de técnicas electrónicas. A tal efecto, es de destacar la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo de Justicia[21] que admite el uso del correo electrónico como un medio eficaz para interponer el Recurso de Amparo Constitucional.

Según la doctrina del Tribunal Supremo, Internet constituye una forma efectiva de comunicación electrónica, regulada expresamente en la LMDFE, en cuyo artículo 8 se atribuye valor y eficacia jurídica a los mensajes de datos, noción dentro de la cual se incluye el correo electrónico.

Con el objeto de no limitar el derecho a la justicia, el TSJ –en una interpretación progresiva del artículo 16 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales– admite dentro del medio telegráfico previsto en el citado artículo, otros medios de comunicación más avanzados como el correo electrónico y el fax, considerándolos idóneos para efectuar la petición de amparo, siempre que se trate de casos de urgencia y se ratifique la solicitud dentro de los tres días siguientes a la interposición, tal como lo establece la ley,[22]

[21] *Vid.,* entre otras, sentencias de la Sala Constitucional de 9 de marzo de 2001, 13 de junio de 2001, 19 de julio de 2001, 30 de enero de 2002 y 15 de mayo de 2002.

[22] Es de destacar que no en todos los casos la acción de amparo interpuesta a través del correo electrónico ha prosperado. Esta situación no se debe al desconocimiento del valor legal del medio utilizado sino al incumplimiento del interesado de su obligación de ratificar, dentro de los tres días siguientes a la fecha de interposición, la solicitud respectiva.

En relación con la interposición de recursos administrativos, nada establecen las leyes vigentes que rigen la materia. No obstante esta situación y a tenor de los principios contenidos en el Decreto 825 que obligan a la Administración Pública al empleo de los medios electrónicos y en la LMDFE, donde se prevé la posibilidad de sustitución de los documentos tradicionales por mensaje de datos, consideramos la viabilidad legal de estos procedimientos, siempre que se garantice la seguridad en la transacción.[23]

7. LA INFORMÁTICA COMO HERRAMIENTA DE AYUDA EN LA TOMA DE DECISIONES

Mediante el empleo de sistemas de inteligencia artificial, la informática jurídica permite asistir a los jueces en la toma de decisiones. El método empleado se basa en hacer razonar a la computadora en forma similar a la inteligencia humana, de manera que una vez que se introducen en el sistema los datos que generan el conflicto, es la propia máquina la que se encarga de ofrecer una solución al caso planteado.

Los procesos de inteligencia artificial aplican técnicas informáticas en la resolución de problemas, funcionan mediante la construcción de modelos tomados de bases de datos generadas mediante las técnicas que suministra la informática documental, utilizando como herramienta principal los sistemas de expertos que facilitan la toma de decisiones, gracias a la capacidad de escoger entre diversas opciones, la respuesta que proporcione la solución más adecuada a un caso concreto.

La informática jurídica decisoria o informática jurídica metadocumental, tiene su origen en la antigua Jurimetría implantada en los años 40 en los países del *Common Law,* con el objeto de agilizar la toma de decisiones. Las principales críticas al sistema de la Jurimetría se basaban en la automatización de sentencias y en la resolución uniforme de los casos. Es de recordar que aunque existan similitudes en varias situacio-

[23] Los mecanismos de seguridad actualmente se consiguen mediante el uso de la firma electrónica basada en criptografía de clave pública y los sistemas que permiten el cifrado de la información

nes, el juez deberá atenerse a las circunstancias que rodean el caso, ya que éstas pueden producir la atenuación o el agravamiento de la pena. Las deficiencias que reportó la Jurimetría en su época son cubiertas hoy por los sistemas de inteligencia artificial; la idea es que la informática sea una herramienta de ayuda al juez pero no que se sustituya totalmente la intervención del director del proceso mediante la programación de la máquina.

Constitución, Procedimientos de Participación del Pueblo en el Proceso de Formación de la Voluntad del Estado, Democracia, Pluralismo Político y Valores del Ordenamiento

Nelson E. RODRÍGUEZ GARCÍA*

SUMARIO:

Introducción

1. **El valor normativo directo de la Constitución de 1999 y la positivación constitucional de los valores superiores: la vinculación sistema con el resto del ordenamiento constitucional y el ordenamiento jurídico.**
2. **Constitución, Estado y derecho.**
3. **La participación del pueblo en la formación de la voluntad del Estado.**

* **Universidad Central de Venezuela**, *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas,* Decano Emérito, *Escuela de Derecho*, Profesor Titular Emérito. **Corte Suprema de Justicia**, Magistrado Emérito.

4. **Los referenda como expresión de la soberanía del pueblo, los valores superiores del ordenamiento jurídico, la actuación del Estado y el principio democrático.**
5. **Las formas de manifestación política de la voluntad popular: La democracia, el pluralismo político, los partidos políticos y la función de legitimidad en la Constitución.**

INTRODUCCIÓN

El Doctor Hans Kelsen en su obra clásica *Teoría General del Estado* expresa que "la aspiración íntima del principio democrático a lograr una **participación** lo más directa posible **del pueblo en la formación de la voluntad estatal**, actualiza en la democracia parlamentaria ciertas instituciones que posibilitan la participación del pueblo en la legislación: **la iniciativa popular y la decisión popular o referéndum**" (destacado nuestro). De manera tal que para el jurista austríaco participación, lo más directa del pueblo, en la formación de la voluntad estatal y democracia tienen una íntima vinculación con las instituciones iniciativa popular y **referéndum**. Ambas instituciones están contenidas en la Constitución venezolana de 1999 (en adelante CV).

Si bien el Estado se concibe como una institución jurídica y la Constitución representa su Estatuto, como "el conjunto de reglas que determinan su organización y regulan la actividad de cada uno de sus órganos" (Moles, *Estado y Derecho,* p. 150), la voluntad del Estado, que no es la voluntad psicológica sino la jurídica, se manifiesta a través de los órganos estatales como complejo de hechos referidos al Estado, por encontrarse dispuestos en una norma, lo que llama Kelsen "unidad de imputación, la unidad de un orden" (*Op. Cit*., pp. 348 y 349). Por otra parte, el concepto de órgano es inseparable del concepto de función que debe, por demás, ser ejercitada en los términos prescritos en una regla jurídica (regla de competencia), un titular del órgano con esas competencias materialmente atribuidas (el Presidente y los Ministros, como el **órgano ejecutivo;** los jueces y magistrados en sus Juzgados y Tribunales, como **el órgano judicial;** los miembros del Parlamento integrados en su o sus respectivas Cámaras, **como órgano legislativo;** etc.),

todo ello dentro de una organización de cada uno de dichos dispositivos instrumentales con arreglo a una jerarquía. Con un supuesto: toda organización tiene características externas o formales que permiten individualizar al ente plenamente, en relación a su organización interna.

1. EL VALOR NORMATIVO DIRECTO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y LA POSITIVACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS VALORES SUPERIORES: LA VINCULACIÓN SISTÉMICA CON EL RESTO DEL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

La Constitución de 1999 otorga el rango de **valores superiores** del ordenamiento jurídico a 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. Al igual que la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución española de 1978, caracteriza al Estado como democrático, social y de Derecho, añadiéndole otro carácter: el de Justicia. Estas notas definitorias del Estado se corresponden con los valores superiores, de forma tal que un estudio metodológico nos llevaría a descubrir que la caracterización del Estado social de Derecho y de Justicia, junto con los valores que propugna, configuran un **sistema** axiológico que determina paladinamente la estructura y contenido de la parte dogmática del texto constitucional (en relación al concepto de sistema léase E. Rotundo; L. von Berta Lanffy; N. Rodríguez García).

Pero es importante señalar –aun cuando el tema excede el objeto de este trabajo–, que hay una positivación (L. Parejo), una juridificación o normavización (García De Enterría) de la Constitución que la hace tener eficacia directa con tutela judicial inmediata del sistema de libertades y derechos fundamentales, al menos en la definición que en ella se hace de esos "valores superiores del ordenamiento jurídico". Por cierto, y es bueno aclararlo ya, existe entre los valores y conjuntos de ellos una correspondencia de totalidad dialéctica, que obliga a considerarlos siempre en forma interactiva, pues de otra manera sería incoherente la propia Constitución (*Vid.* García De Enterría, *Curso de Derecho Administrativo,* Civitas, Madrid, 1983, p. 103 y ss.; *Los Ciudadanos y la Admi-*

nistración: nuevas tendencias en el Derecho Español, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 59, 1988; Parejo Alfonso, *Constitución y valores del ordenamiento,* Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, *in totum*).

2. CONSTITUCIÓN, ESTADO Y DERECHO

En todo caso, Estado y Derecho son inseparables resultando de esa íntima vinculación que la norma jurídica es el mecanismo previsto para ordenar la organización estatal. En este estado de la cuestión cabe preguntarse cuál es el instrumento que permite conducir y dirigir la organización del Estado. La repuesta la encontramos en la Constitución pues el nacimiento de un Estado coincide con su primera Constitución (Moles. La Personalidad Jurídica del Estado, p. 60). En el caso de Venezuela, la Constitución de 1811 declaró "la voluntad de constituir la personalidad estatal de la Confederación Americana de Venezuela" como había sido denominada en la Declaración de Independencia del 5 de Julio de 1810.

La Constitución representa el "grado superior del orden jurídico" (Kelsen, *Op. Cit.,* p. 306), es norma y no sólo una norma"... sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior* (Eduardo García De Enterría, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, 1983, p. 91).

3. LA PARTICIPACIÓN DEL PUEBLO EN LA FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL ESTADO

El Derecho no puede crearse sino jurídicamente, contenido en la norma general, la Ley, emanada de la mayoría de aquellos sobre los cuales pretende alcanzar validez el orden estatal, representado en el Parlamento como órgano que ejerce la función legislativa del Estado, respondiendo así al imperio de la democracia frente a la autocracia, asunto que trataremos posteriormente El punto ahora consiste en estudiar las formas por medio de las cuales el pueblo –en quien reside en última instancia la soberanía que identifica al Estado en el orden internacional– tiene una mayor y la más directa participación en la formación de

la voluntad estatal, lo cual, además, es una íntima aspiración del principio democrático (Kelsen, *Op. Cit*., p. 449) y se recoge, desde hace siglos, en unas figuras que facilitan la participación del pueblo en la función legislativa y en la determinación de algunas cuestiones trascendentales, ellas son la **iniciativa legislativa y la decisión popular o referéndum.** Ambas están recogidas en muchas constituciones democráticas, incluso en la Constitución venezolana de 1961, la iniciativa legislativa, sin lugar a dudas (ordinal 5º del artículo 165), y el **referéndum** en el procedimiento de reforma general de la Constitución (Artículo 246). Aun cuando, la Constitución fue reformada previo **referéndum** por el cual se consultó al pueblo con base en una decisión de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, de fecha 19 de enero de 1999 (Ponente el Magistrado Humberto J. La Roche) argumentando que el artículo 4º de esa Constitución señalaba que "...la soberanía reside en el pueblo" y, en consecuencia, declaró al pueblo sujeto de la soberanía, y por ende, del Poder Constituyente. Con base en tal decisión el Poder Ejecutivo convocó a una "Asamblea Nacional Constituyente", cuyo producto jurídico fue la Constitución venezolana de 1999, *quid pro quo* de lo que representa una Constitución y simbolizaron las Constituciones venezolanas anteriores.

La iniciativa popular está dirigida a impulsar el procedimiento parlamentario, de manera que no se origine solamente en el propio seno del órgano parlamentario, del Poder Ejecutivo o de otros órganos del Estado, sino del pueblo mismo (Kelsen, *Op. Cit.*) Esta fórmula permite que un número determinado de electores pueda presentar al órgano legislativo un proyecto de ley, que debe ser discutido y votado en el Parlamento, aunque no esté necesariamente obligado a aceptarlo (salvo, en el caso venezolano, cuando el proyecto haya sido sometido a referendo y tal referendo concluya en un **sí** aprobatorio conforme lo dispuesto en el artículo 73 de la Constitución venezolana). Encontramos ejemplos de iniciativa popular, entre otras, en la Constitución española y la colombiana vigentes, además de la venezolana.

Esta figura resulta más eficaz en tanto es menor el número de electores cuya propuesta debe poner en marcha el procedimiento parlamen-

tario. Ahora bien, ese número tampoco debe ser muy pequeño para prevenir atropellos.

En la Constitución venezolana de 1999 este derecho corresponde a los electores "...en un número no menor del cero coma uno por ciento de los inscritos en el Registro Electoral Permanente" (numeral 7 del Artículo 204).

El Referéndum

Otra forma de participación del pueblo en la formación de la voluntad estatal es el **referéndum.** Sin embargo, hay –en nuestra opinión– otra forma de formación de la voluntad estatal que; al menos en Venezuela, no ha sido desarrollada y, por el contrario, se encuentra obstaculizada por el régimen instaurado por el actual gobierno: la descentralización. El **referéndum** "se concreta en una manifestación del cuerpo electoral respecto a un acto normativo" (Biscaretti, Paolo. *Derecho Constitucional*. Tecnos, 1965, p. 422) y señala Kelsen "trata de unir la legislación por el parlamento con una manifestación directa de la voluntad del pueblo" (*Op. Cit.* p. 450).

De forma distinta a la democracia directa (la democracia aparece en Atenas donde se iba desarrollando una democracia con asamblea popular y tribunales de justicia con una condición precedente: que el pueblo recibiera la enseñanza necesaria para que fuese dable su participación en el proceso de democratización), en la que los ciudadanos debaten en recíproca relación constituidos en asamblea popular, el **referéndum** está circunscrito a una votación en la cual, al menos en nuestro país, toman parte aquellos ciudadanos inscritos en el registro electoral. Convocando un **referéndum** es sometida a votación la respectiva propuesta.

Tipología de los referenda. En los diferentes ordenamientos constitucionales de los Estados el **referéndum** aparece con diferentes estilos, siguiendo la clasificación del profesor italiano de Derecho Constitucional, Bisccaretti Di Ruffia, puede diferenciarse en:

a) En relación a la **materia**: en **constitucional y legislativo.**

b) En relación al **tiempo**: en **sucesivo** (cuando es posterior a la fecha del acto estatal, bien sea para otorgarle o eliminar la existencia o eficacia) y en **programático** o **preventivo** si antecede al acto en cuestión.

c) En relación a su **eficacia** o **vigencia**: en **constitutivo** (si está destinado a dar existencia o eficacia a una norma, por ejemplo) y en **abrogativo** (si está dirigido, por el contrario, a derogar una norma en vigor, sin sustituirla por otra distinta).

d) En relación a su **valor jurídico:** en **obligatorio** (cuando la Constitución lo exija, indefectiblemente, para la formulación de algunas pautas jurídicas) y en **facultativo** (cuando, por el contrario, sencillamente pueda ser requerido por un porcentaje del cuerpo electoral, o por un determinado número de Estados-miembros de regiones con autonomía, o por un determinado *quórum* de parlamentarios, o, finalmente, por el Jefe del Estado en caso de diferencias con el Parlamento, y, a menudo, sólo dándose circunstancias ya prescritas).

La distinción anterior la encontramos, de cierta manera, también en Kelsen (*Teoría General..., Op. Cit.* p. 9.). Ahora bien, de lo señalado arriba, puede deducirse que la consecuencia, o mejor dicho, la naturaleza jurídica del **referéndum** –como el acto de manifestación de aceptación o rechazo de la proposición sin carácter normativo presentada a referendo– puede diferenciarse considerablemente en los diversos casos y, sin embargo, es una declaración de **autogobierno** del pueblo como sujeto de la soberanía. Aun cuando se discute en la doctrina constitucional si, en el caso del **referéndum**, el "pueblo" es una organización provista de un procedimiento cuya capacidad jurídica determina su propia existencia y, es en suma, un órgano del Estado (*Vid.* Moles, *Estado y Derecho, Op. Cit., in totum*), tesis también sostenida por Jellinek; o, por el contrario que la colectividad (pueblo) aun ejerciendo mediante el **referéndum** una **función pública** "no viene por esto a transformarse **en un órgano estatal"** (Biscaretti, *Op. Cit.,* p. 422).

En la Venezuela actual y bajo el imperio de la Constitución de 1999, sería difícil sostener la dependencia del sistema de referendos contenido en ese Estatuto Constitucional de un órgano del Estado diferente de aquellos llamados a poner en movimiento ese dispositivo constitucional. En este orden de ideas, el **pueblo** contemplado en esta Constitución, en coordinación con el "Referendo Popular" (Título III, Capítulo IV, Sección Segunda), **es** evidentemente y, sin lugar a dudas, **una organización provista de un procedimiento cuya capacidad jurídica, prescribe su propia existencia y, en cada caso (en cada Referéndum),** un órgano del Estado.

1. Tipos de Referéndum en la Constitución de 1999.

Pasemos al análisis del referendo popular en la Constitución de 1999:

a) Los referenda para la modificación de la Constitución.

La Constitución de 1999 contempla cuatro tipos de **referendo en materia constitucional**. A saber: el **referéndum** para la **enmienda constitucional;** en segundo lugar, el **referéndum** para la **reforma constitucional;** en tercer lugar, los **referendos revocatorios**.

Todos los supuestos están fundamentados en el reconocimiento de la legitimidad popular, enlazado con el concepto de soberanía y legalidad considerando que toda soberanía implica un poder legítimo, de manera tal que, soberanía y legitimidad llegan a identificarse. Precisamente, un poder es soberano en tanto que legítimo, y es legítimo si tiene su origen en la soberanía, así en tanto que soberano (Moles, *Estado y Derecho, Op. Cit.,* p. 149). Esta tesis por la cual la soberanía reside en el pueblo –la llamada legitimidad popular o democrática– fue recogida y reconocida en la ya famosa sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, de fecha 19 de enero de 1999. Esta sentencia, que debería ser comentada con mayor amplitud, permitió la derogación del anterior ordenamiento constitucional.

A. *El **referéndum** para la Enmienda Constitucional. Procedimiento.*

El **referéndum** para la **enmienda constitucional** está recogido en los artículos 340 y 341 de la Constitución de 1999. La **materia** de este **referéndum** es **constitucional** y tiene por objeto agregar o modificar uno o más artículos de la Constitución, con una condición: que ese agregado, o bien la modificación, no alteren la estructura fundamental del Estatuto constitucional.

¿Cuál es la estructura fundamental de la Constitución de 1999?

La Constitución de 1999 no tiene referencia expresa sobre una noción de estructura fundamental, tampoco lo hace su Exposición de Motivos; que, por cierto, según el Profesor de Derecho Constitucional Gustavo Planchart M., contiene diferencias con el texto aprobado en referendo el día quince de Diciembre de 1999, texto este último que también tiene diferencias con el publicado el 24 de marzo de 2000 siendo, entonces para el Profesor Planchart que este último (*Gaceta Oficial*, Nº 5453 Extraordinaria) "...no tiene vigencia alguna..." (en prólogo al libro colectivo *Comentarios a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*). Ahora bien, si una Constitución, es la manifestación fundacional de un "pueblo" que como expresión de su "soberanía", se constituye en un Estado, con poderes limitados en su ejercicio, un ámbito de libertades y derechos fundamentales de los venezolanos, como también los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe de cumplir en beneficio de la comunidad ¿Cuál es su estructura fundamental? ¿Será posible diferenciar "estructura fundamental" (Artículo 340 CV) de la "estructura y principios fundamentales del texto constitucional" (Artículo 342 CV)?

La estructura fundamental de la Constitución de 1999 y sus principios fundamentales son:

– Superioridad de la Constitución sobre cualquier otro acto estatal.

– Caracterización del **Estado** como **democrático, social de Derecho y de Justicia con valores superiores** del ordenamiento jurídico (la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social con **preeminencia** de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político, como **principios de principios** que hacen de la Constitución **norma suprema y fundamento** del ordenamiento jurídico superior sobre cualquier otro acto estatal, superioridad de la ley sobre cualquier otro acto normativo de los poderes públicos y reserva a la ley de determinadas materias.

– División de los poderes del Estado.

– Principio de legalidad de la Administración.

– Tutela judicial efectiva por Tribunales y Jueces autónomos e independientes.

– Principio de seguridad jurídica.

– Vigencia de los derechos fundamentales para la protección de la libertad individual.

Planteada esta reflexión, el *íter* del procedimiento para las **enmiendas** a la Constitución es el siguiente:

1. La iniciativa como impulso inicial del procedimiento.

a) Por **iniciativa popular**, es decir, el impulso por vía popular, requiere la solicitud del quince por ciento de los ciudadanos inscritos en el "registro civil y electoral" en palabras del numeral 1 del artículo 341 de la Constitución y consignada ante el Poder Electoral.

b) Por **iniciativa del treinta por ciento de los integrantes de la Asamblea Nacional,** caso en el cual, la proposición de enmienda requiere ser discutida por la Asamblea Nacional se-

gún el procedimiento establecido por la Constitución para la formación de las leyes.

De manera tal, que esa proposición de enmienda debe recibir dos discusiones en días diferentes. En la **primera discusión** debe considerarse la Exposición de Motivos y, con el objeto de determinar la pertinencia de la proposición de enmienda, evaluar sus objetivos, alcance y viabilidad, procediéndose a la discusión del articulado, bien sea para la adición o modificación de uno o varios artículos.

Si es aprobada en primera discusión debe remitirse a la Comisión de la Asamblea Nacional directamente relacionada con la materia objeto de la futura enmienda. De estar relacionada la proposición o proyecto de enmienda con varias Comisiones Permanentes, se designará una Comisión mixta para preparar un estudio y presentar un informe que debe ser explanado en un plazo no mayor de treinta días consecutivos (Constitución, Art. 207).

La **segunda discusión** se inicia recibido el informe de la Comisión correspondiente, discusión que debe hacerse artículo por artículo. Si se aprueba sin modificaciones, la proposición de enmienda quedará aprobada. Ahora bien, si lleva modificaciones, se devuelve a la Comisión respectiva, para que los incluya en un plazo no mayor de quince días continuos. Esta nueva versión de la proposición de enmienda debe leerse en la plenaria de la Asamblea Nacional, que decidirá por mayoría de votos lo que fuere procedente en lo relativo a los artículos en los que hubiere discrepancia y de aquellos que tuviesen conexión con éstos. Solventada la discrepancia, la Presidencia de la Asamblea Nacional declarará aprobado el proyecto o proposición de la enmienda (artículo 209 y numeral 2 del artículo 341 de la Constitución) y deberá ser remitido al Poder Electoral.

> c) Por iniciativa del Presidente de la República en Consejo de Ministros y presentada ante el Poder Electoral.
>
> Una vez recibida formalmente la propuesta de enmienda, cualesquiera sea la vía de iniciativa, el Poder Electoral debe someterla a **referéndum**.

Realizado el **referéndum** y concluye en un sí aprobatorio "siempre que haya concurrido el veinticinco por ciento de los electores o electoral inscritos o inscritas en el registro civil y electoral", el proyecto de la enmienda deberá considerarse aprobada. Todo ello conforme lo dispuesto en numeral 4 del artículo 341, en concordancia con el primer aparte del artículo 73 de la Constitución. Obsérvese, que el numeral 4 del artículo 341 remite a las reglas de aprobación referentes al referendo aprobatorio. Ahora bien, necesariamente tienen que ser las señaladas en el mencionado artículo 73 y referente a los proyectos de ley en discusión por la Asamblea Nacional y sometidos a referendo, puesto que los restantes referendos son el **consultivo** (artículo 71), el **revocatorio** (artículo 72) y el **abrogatorio** (artículo 74), todo ello, por vía de la remisión **ex contexto** de la norma al propio contenido de la Constitución.

Tales enmiendas numeradas consecutivamente se publicarán a continuación de la Constitución conservando el texto original, pero anotando al pie del o de los artículos enmendados la relación de número y fecha de la enmienda que lo modificó, o bien, lo incorporó al texto constitucional.

Se trata de una condición *externa corporis* para advertir a la colectividad que esa normativa constitucional debe ser respetada, cumplida y hecha cumplir, sin que su exigencia de observancia de cumplimiento deba serles reclamada por nadie, conforme al principio *iuria novit curia* y hacer fe, además que se han cumplido los requisitos *interna corporis* exigidos por la propia Constitución para su enmienda (explicadas arriba).

B. *El Referéndum para la Reforma Constitucional*

El **referéndum** para la **reforma constitucional** está dispuesto en los artículos 342, 343, 344, 345 y 346 de la Constitución de 1999.

La **materia** de ese **referéndum** es constitucional y "tiene por objeto la revisión parcial de la Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la **estructura y principios** fundamentales del texto constitucional" (Artículo 342). Tanto en la enunciación de este **referéndum** constitucional para la reforma, como en la relativa a la enmienda, se trasluce la confusión del constituyente entre valores y principios constitucionales, pues cuando aun ambos son normas de normas, se diferencian sólo por su eficacia (*Vid.* M. Aragón. *La eficacia jurídica del principio democrático*. Revista Española de Derecho Constitucional. Ed. CEC. Núm. 24). No abundaremos sobre el tema que correspondería a otro trabajo, sólo destacamos lo peligroso que resultó la redacción de la nueva Constitución en muy corto plazo y por un cuerpo constituyente en el cual, por su composición, no hubo posibilidades de un verdadero y productivo debate ideológico.

Las etapas del **referéndum** para la reforma constitucional son las siguientes:

La **iniciativa**, conforme lo dispuesto en el artículo 342 constitucional, puede ser tomada: b1, por la Asamblea Nacional mediante acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; b2, por el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; o, b3, a solicitud de un número no menor del quince por ciento de los "electores inscritos o electoras inscritas en el registro civil y electoral".

Corresponde a la Asamblea Nacional conocer del proyecto de reforma originado en cualquiera de las vías señaladas. Lo que no queda claro, por tratarse de una laguna de la Constitución, es la forma cómo debe llegar tal proyecto a la Asamblea Nacional para entonces debatir su contenido. Parece evidente que, al menos, cuando se trata de la iniciativa popular, la constatación y certificación de sus condiciones de validez deberían serlo por el Poder Electoral.

Ahora bien, una vez en manos del Poder Legislativo el proyecto de reforma debe ser tramitado de la siguiente manera.

En cuanto a su consideración debe tener **tres discusiones.** La **primera discusión** debe tener lugar en el mismo período de discusiones en el

cual se presenta al órgano parlamentario el proyecto. De manera tal que, como la Asamblea Nacional tiene dos períodos de sesiones ordinarias al año, el proyecto puede comenzar a discutirse en cualquiera de ellas y; en su caso, en sesiones extraordinarias si fuese necesario. Lo que tampoco aclara el texto constitucional es –como sí lo hace para la enmienda cuando la iniciativa proviene del propio Poder Legislativo– sí debe realizarse el procedimiento para la formación de las leyes. La **segunda discusión** debe ser "por Título o Capítulo, según fuera el caso", reza el numeral 2 del artículo 343 de la Constitución. Por último, una **tercera discusión,** artículo por artículo (numeral 3 del mismo artículo).

El proyecto de reforma constitucional, una vez en sede parlamentaria, debe ser conocido y aprobado por la Asamblea Nacional en un **plazo** no mayor de dos años y se considerará aprobado con el voto calificado de las dos terceras partes de sus integrantes (numerales 4 y 5 del ya citado artículo 343).

Una vez aprobado el proyecto de reforma constitucional por la Asamblea Nacional debe ser **sometido a referendo** dentro de los treinta días siguientes a su sanción. Este **referendo** debe serlo sobre la reforma en conjunto, sin embargo, prevé el artículo 344 la posibilidad de votar el proyecto de reforma de manera separada sobre una tercera parte. Ello sí así lo hubiese aprobado, con anterioridad, "...un número no menor de una tercera parte de la Asamblea Nacional..." (de sus integrantes, suponemos), o bien que en la iniciativa de reforma así lo hubiere solicitado "...el Presidente o Presidenta de la República o un número no menor de los electores o electoras inscritas en el registro civil y electoral".

Si, como resultado del **referéndum**, la propuesta de reforma constitucional obtiene un número de votos afirmativos superior que el de votos negativos se **declarará aprobada** dicha reforma.

La misma propuesta de reforma no podrá presentarse de nuevo a la Asamblea Nacional, en el mismo período constitucional, en caso de que no fuese aprobada. Ahora bien ¿a cuál período constitucional se referirá el artículo 345? La duda surge por cuanto para la Constitución de 1999, en opinión de quien suscribe, hay por lo menos dos períodos consti-

tucionales. En efecto, el señalado en el artículo 192 aplicable a los "diputados o diputadas a la Asamblea Nacional (que) durarán cinco años en el ejercicio de sus funciones, pudiendo ser reelegidos o reelegidas por dos períodos consecutivos como máximo" y, por su parte, el previsto en el artículo 230 relativo al Presidente de la República, que expresamente señala: "El período presidencial es de seis años..." Consideramos que el período constitucional al cual se refiere el artículo 345 tiene que ser el relativo a la legislatura, por una parte, porque es esa legislatura a la cual corresponde la discusión y aprobación del proyecto de reforma que será objeto de **referéndum**; por la otra que, si la soberanía reside en el pueblo, cualquier duda es en beneficio de los ciudadanos que ponen en movimiento la iniciativa popular como coadyuvante en la formación de la voluntad del Estado mediante la participación en la gestión pública.

C. *El **referéndum** revocatorio.*

El tercer espécimen de referendo en materia constitucional lo constituye, sin lugar a duda, el **referéndum** revocatorio de cualquier cargo y magistratura de elección popular (Constitución, artículo 72).

Es necesario hacer varias precisiones.

La primera, que, por ahora, se trata únicamente, de los cargos y magistraturas contemplados expresamente en la Constitución. En efecto, la consecuencia de la revocatoria producida por el voto a favor de la revocación, en las condiciones exigidas por la Constitución, es la **falta absoluta** del funcionario al cual se refiere la consulta popular. De inmediato debe procederse a cubrir esa falta absoluta conforme "...a lo dispuesto en esta Constitución..." señala el artículo 72, añadiendo de inmediato "...y en la ley". Ello indica que, por ahora, sólo los cargos y magistraturas contemplados en la Constitución son revocables. En efecto, ellos son los únicos cuya forma de elección, duración del período para el cual son elegidos y de cubrir su falta absoluta están en ella previstas, salvo la revocación del mandato para los cuerpos colegiados. Como sabemos, la colegialidad se manifiesta jurídicamente como la designación o elección en sus casos, de una pluralidad de personas físicas que han recibido una

investidura para integrar una unidad organizativa que es el *collegium*, al cual están incardinadas (Massimo Severo Giannini. *Diritto Amministrativo*. Volume Primo Milano. 1970. p. 264). Entendemos que la previsión constitucional está dirigida a los componentes del colegio y no al colegio mismo, pues otra interpretación llevaría al absurdo de "revocar" el período del cuerpo colegiado, por ejemplo, el caso de los Diputados (o Diputadas) y la Asamblea Nacional. En este oficio colegial –utilizando la terminología de Giannini– encontramos dos aspectos estructurales: como colegio mismo (la Asamblea Nacional) y, como componente del colegio (Diputados o Diputadas), lo cual parece desprenderse de lo expresado por los artículos 186, 188, 192 y 198.

Por otra parte, también son electos por votación popular los Gobernadores (o Gobernadoras) de los Estados, quienes son elegidos (o elegidas) por un período de cuatro (4) años "por la mayoría de las personas que voten" (Constitución, artículo 160). El texto constitucional es genérico en el caso de los Gobernadores (o Gobernadoras) de cada Estado ..."entidades autónomas e iguales en lo político, con personalidad jurídica plena..." como dice el artículo 159 de la Constitución, cuyo "...gobierno y administración..." corresponde a un Gobernador (o Gobernadora) "...de allí debemos aplicar, por analogía que transcurrida la mitad del período para el cual fue electo el Gobernador o Gobernadora"..., que es de cuatro años, un número no menor del veinte por ciento de los electores (o electoras) inscritos ("o inscritas" en la redacción del texto constitucional) en "...la correspondiente circunscripción podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato..." y "...cuando igual o mayor número de electores o electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocación, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores o electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores o electoras inscritos...", en esta circunstancia de acuerdo al texto constitucional "...se considerará revocado el mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en la ley" (Constitución artículos 71, 159 y 160).

Debemos destacar que la Constitución no señala otras consideraciones al respecto y que la ley vigente en la materia tampoco especifica, en

concordancia con lo dispuesto en la Constitución, los extremos necesarios para llevar a cabo una determinación del "pueblo" en los extremos y límites expuestos. Baste en todo caso recordar lo señalado en la *Disposición Derogatoria* de la Constitución de 1999 que expresamente reza: "...queda derogada la Constitución de la República de Venezuela decretada el veintitrés de enero de mil novecientos sesenta y uno. El resto del ordenamiento jurídico mantendrá su vigencia en todo lo que no contradiga a esta Constitución".

D. *La convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente.*

La convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente es otra de las formas de participación del pueblo –"...todos los ciudadanos y ciudadanas..." como señala el artículo 62 de la Constitución– en la formación de la voluntad estatal. Está prevista en el artículo 347 y siguientes de la Constitución de 1999 (Capítulo III del Título IX).

Se trata de la iniciativa popular dirigida al llamamiento de una "Asamblea Nacional Constituyente" cuyo objetivo es "transformar al Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución" (Constitución, artículo 347). Como puede observarse esta iniciativa es de carácter constitucional y la llamada participación lo es sólo para la convocatoria a un cuerpo colegiado –Asamblea Nacional Constituyente–, sin especificar su número de integrantes, forma de elección, manera de funcionamiento, *quórum* de constitución, *quórum* de deliberación y decisión, duración de su existencia y lo más grave aún, su resultado, una nueva Constitución, **no tiene que ser sometida a consulta popular.**

Por otra parte, esa Asamblea Nacional Constituyente arrastra con una fuerza irresistible a los poderes constituidos que "...no podrán en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente (Constitución, artículo 340). Esta Asamblea Nacional Constituyente puede ser convocada por el quince por ciento de los electores inscritos en el Registro Electoral; por el Presidente de la República en Consejo de Ministros; por la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes o por los Concejos Municipales en Cabildos, por el voto de sus dos terceras partes (Constitución, artículo 348).

Ahora bien, de ese mecanismo antes descrito merece resaltar que "...el pueblo de Venezuela... depositario del poder constituyente originario..." (Constitución, artículo 347) no **participa** aprobando o no la nueva Constitución; tal artilugio puede eliminar los valores y principios constitucionales, arrastrando, además, a las libertades y derechos constitucionales hasta ese momento vigentes; y, se contrapone de forma paladina a lo dispuesto en el artículo 350, del mismo Título y Capítulo de la Constitución de 1999, pues, en efecto, ¿debe o no el pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad desconocer cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democrática o menoscabe los derechos humanos? Ello, en caso de intentarse por esa Asamblea Nacional Constituyente transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución que trastocara los valores, principios, libertades y derechos constitucionales hasta ese entonces vigentes. ¿Estaremos ante una *contradictio in valoris* de la Constitución de 1999?

Se nos presentan de bulto varias interrogantes, a saber: ¿Cuál es el procedimiento para elegir los integrantes de esa Asamblea Nacional Constituyente? ¿Cuántos son sus integrantes? ¿Quién o quiénes los eligen a los designan? ¿El pueblo "soberano" decide por vía refrendaria sobre una convocatoria para ...transformar al Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución? ¿Esa nueva Constitución –contentiva de una Estado transformado, un nuevo ordenamiento jurídico que puede haber sido creado por una Asamblea Nacional Constituyente cuyas decisiones no pueden ser impedidas por los poderes constituidos– será sometida a **referéndum** aprobatorio?

En verdad no tenemos una respuesta precisa a tales interrogantes, pues la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, en el contexto de la Constitución de 1999 es contradictoria. Si consideramos que la Constitución debe entenderse como un todo, cualquier interpretación judicial tiene que partir del orden de valores materiales en ella expresados, que no son mera retórica hueca, ni elementales principios programáticos, sino el vértice del ordenamiento constitucional y que le dan un

sentido propio, lo que obliga al intérprete partir de ellos para interpretar la Constitución y, por demás, para su aplicación.

Se trata, entonces, de una laguna del constituyente imperdonable y que se presta a un fraude constitucional.

Conviene no olvidar que, conforme a la redacción del artículo 71 de la Constitución, pueden darse referendos en materias de especial trascendencia nacional que, a la vez, tienen importancia y posibles influencias en materia constitucional, aun cuando no tengan necesariamente consecuencias jurídicas. Un ejemplo de ello lo encontramos en la posibilidad planteada recientemente de consultar al pueblo –utilizando términos caros a la Constitución de 1999 y al actual régimen político– sobre su conformidad con la permanencia en el cargo del actual Presidente de la República.

En atención a ese particular, cabe observar, en primer lugar, que se trata de un derecho constitucional ejercible por un número no menor del diez por ciento de los electores (y electoras) inscritos en el registro civil y electoral, derecho contra el cual no vale excusa alguna si se ha llenado el extremo de número de solicitantes ya señalado. Por el contrario, cualquier excusa en contrario equivale a negar uno de los pretendidos valores superiores del ordenamiento jurídico: nada menos que la misma **democracia**. En segundo lugar, que si bien no tiene efectos jurídicos, es decir, no hubiese configurado una falta absoluta del Presidente de la República por revocatoria popular de su mandato tiene enormes consecuencias políticas, de hecho su obstaculización ha producido una profunda ingobernabilidad del país.

Ahora tenemos planteado un posible **referéndum** revocatorio del mandato del Presidente de la República. En torno a él, han manifestado opinión funcionarios públicos con característica de hechos notorios en el sentido de oponerse –el Gobierno– a la celebración de ese referendo revocatorio, comenzando con el desconocimiento de la solicitud de los electores. Tal actitud exige un comentario a la luz de los valores y principios constitucionales que configuran el Estado, su ordenamiento jurídico y la acción del poder público. El sistema constitucional instaurado por la Constitución Bolivariana de la República de Venezuela está ar-

ticulado y presidido por **valores superiores y principios** constitucionales claves, en convivencia específica que de manera simultánea que excluye su juego separado, aislado o independiente y, por el contrario, requiere su realización combinada o bien ex expresión de conjunto. Ellos –**valores superiores y principios constitucionales**– se encuentran formalizados principalmente en los artículos 2, 3, 7 y todos aquellos otros estrechamente ligados a la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes. Son, además, para el Derecho, normas construidas con conceptos jurídicos y cuya eficacia la establece el carácter normativo de aplicación inmediata que ordena el artículo 7 de la Constitución.

Entre esos valores superiores se encuentra la **legitimación democrática** del poder que en una verdadera sociedad libre, plural y democrática tiene como condición el **pluralismo político**. Por eso, la negativa de cualquiera de los poderes públicos a la legitimación democrática de cualquier cargo de elección popular, contraría paladinamente los **valores superiores** de la **libertad**, la **justicia**, la **responsabilidad social**, la **democracia**, la **ética** y el **pluralismo político** y violaría directamente los artículos 2, 3, 7, 72, 197, y 233 de la Constitución, poniendo en movimiento los mecanismos previstos en los artículos 333 y 350 *eiusdem* (Cfr., nuestro trabajo *Constitución y Fuerza Armada Nacional*, en libro homenaje al Profesor Gustavo Planchart, en prensa). Volveremos sobre el punto.

E. *El **referéndum** legislativo. Clases.*

El **referéndum** legislativo ha sido acogido con eficacia **aprobatoria** y con eficacia **abrogativa.**

El **referéndum** legislativo con **eficacia aprobatoria** está recogido en los artículos 73 y 205 de la Constitución. En esta modalidad existen tres posibilidades. La **primera**, recogida en el artículo 205, consiste en la obligación del Estado de someter a referendo **aprobatorio** aquellos proyectos de ley presentados a la Asamblea Nacional por vía de la iniciativa popular (numeral 7 del artículo 204 de la Constitución), cuando su debate no haya sido iniciado al menos en el período de sesiones siguien-

tes al cual haya sido presentado por los electores y electoras. La **segunda**, contenida en el artículo 73 de la Constitución, es la referente a aquellos proyectos de ley en discusión por la Asamblea Nacional. Cuando ello fuere decidido por, al menos, las dos terceras partes de los integrantes (o las integrantes). Para que ese proyecto sea sancionado como ley debe haber concurrido el veinte por ciento de los electores y electoras inscritos e inscritas en el Registro Civil y Electoral. En este punto emerge el uso del idioma, en el intento del constituyente de acentuar una pretendida igualdad de los sexos utilizando frases como "los o las integrantes" por dar un ejemplo. En efecto la letra "o" es una conjunción disyuntiva o alternativa que denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas e ideas. Se usa generalmente ante cada uno de dos o más términos contrapuestos. Denota equivalencia significando "o sea, o lo que es lo mismo" usado como por ejemplo, así: El protagonista o el personaje principal **de la fábula, es Hércules**. De manera tal, que siendo el método gramatical uno de los medios de interpretación de la norma jurídica quizá pueda, hacia el futuro, presentarse un problema en ese sentido. ¿...los o las "integrantes de la Asamblea"? ¿Si "las integrantes de la Asamblea" aprueban algo y no conforma una mayoría, ese algo estará o no aprobado?

La **tercera** modalidad está señalada en el segundo aparte del artículo 73 de la Constitución. Consiste en someter a **referéndum** los Tratados, Convenios o Acuerdos Internacionales que puedan comprometer la soberanía nacional o transferir competencias a órganos supranacionales. Ello por iniciativa del "Presidente o Presidenta" de la República en Consejo de Ministros.

Esta modalidad está restringida hacia el futuro, es decir, será aplicable a los Tratados, Convenios o Acuerdos Internacionales que puedan comprometer la soberanía nacional o transferir competencias a órganos supranacionales a partir de 2000, puesto que aquellos en vigor no pueden ser sometidos a **referéndum** abrogatorio. En efecto, la vía de recepción en el Derecho interno de un Tratado Internacional es la aprobación, previa a su ratificación por el Presidente de la República, por la Asamblea Nacional (Constitución, artículo 154) para luego su promulgación bajo la fórmula de Ley aprobatoria (artículo 217). De manera tal

que, en relación a Tratados, Convenios o Acuerdos Internacionales incorporados al Derecho interno bajo la forma de Ley aprobatoria no pueden ser sometidos a **referéndum** con carácter abrogatorio (CV artículo 74). Además, los Tratados, Pactos y Convenciones referentes a derechos humanos tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno (Constitución, artículos 23, 19, 22, 27, 29 y 30).

F. *El **referéndum** abrogatorio de ley formal.*

Según establece el artículo 74 CV pueden ser sometidos a referendo las leyes formales (las previstas en el artículo 202 CV) cuya abrogación (derogación) fuere solicitada por un número igual o mayor al diez por ciento de los "electores y electoras inscritos e inscritas" en el registro civil y electoral, o, por el "Presidente o Presidenta" de la República en Consejo de Ministros.

Para la validez del referendo debe concurrir de manera necesaria, por lo menos, el cuarenta por ciento de "los electores y electoras inscritos e inscritas en el Registro Civil y Electoral".

G. *El **referéndum** abrogatorio de Decretos-Leyes.*

Los decretos con fuerza de ley dictados por "el Presidente o Presidenta" de la República con base en una ley habilitante (aquellas leyes orgánicas sancionadas por la Asamblea Nacional para las tres quintas partes de sus integrantes, con la finalidad de establecer las directrices, propósitos y marco de la delegación al "Presidente o Presidenta de la República" para dictar normas con "rango y valor de ley", con plazo para el ejercicio de tal delegación) pueden ser sometidas a referendo abrogatorio. Deben ser solicitadas por un número no menor del cinco por ciento de los votantes inscritos en el Registro Civil y Electoral.

También requiere este referendo la concurrencia de por lo menos el cuarenta por ciento de los votantes inscritos en dicho Registro.

Igualmente expresa el artículo 74 CV que no pueden someterse a referendo abrogatorio las leyes de presupuesto, las que establezcan o modifiquen impuestos, las de crédito público, las de amnistía, las que protejan,

garanticen o desarrollen derechos humanos, ni las aprobatorias de Tratados internacionales.

Tampoco puede realizarse más de un referendo abrogatorio para período constitucional para una misma materia.

4. LOS REFERENDA COMO EXPRESIÓN DE LA SOBERANÍA DEL PUEBLO, LOS VALORES SUPERIORES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO, LA ACTUACIÓN DEL ESTADO Y EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

La Constitución de 1999 ha sido publicitada como paradigma de democracia y su Exposición de Motivos –texto no aprobado por vía refrendaria ni siquiera hecho público antes del 15 de diciembre de 1999– intenta fundamentarla en líneas tales como democracia social, participativa y protagónica.

Por otra parte, copia de la Constitución española de 1978, la condición normativa de la Constitución como unidad inescindible, condición afirmada por el Profesor Eduardo García De Enterría (E. García De Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional.* Ed. Civitas, Madrid. 1982; L. Parejo Alfonso. *Constitución y valores del ordenamiento.* Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid 1990). Para García De Enterría la suma de los atributos de normatividad y superioridad propios de la Constitución determinan la unidad del ordenamiento del Estado.

Es necesario precisar que toda la Constitución **tiene un valor normativo inmediato y directo,** no otra cosa impone su artículo 7: "La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución". Es decir, sujeta y vincula, por un lado; como corolario de su carácter normativo; pero por otro lado, por cuanto ella es parte del ordenamiento jurídico –la parte principal y básica, la que declara "los valores superiores del ordenamiento jurídico" formulados en su artículo 2 y luego desarrollados en su articulado– la vinculación normativa manifestada en el artículo 7 abarca a todas las personas, a todos los poderes públicos, sin exclusión de ninguno, y no únicamente

al Poder Legislativo –como pregona la tesis del carácter programático de la Constitución– asignando a este Poder desarrollar mandatos o instrucciones; y además, a todos los Jueces y Tribunales, incluido el Tribunal Supremo de Justicia.

Esa declaración del artículo 7 no sólo determina el carácter vinculante de la Constitución, sino la vinculación "más fuerte" en la expresión consagrada por el constitucionalismo norteamericano como **higher obligation.** En concreto esa vinculación es la mayor expresión de la supremacía de la Constitución, de la cual nacen obligaciones de inmediato cumplimiento que prevalecen "...incluso sobre la vinculación debida a las órdenes de una organización estrictamente **obediente** (en la fórmula histórico-constitucional francesa) y jerarquizada como base misma de su eficacia", señala García De Enterría refiriéndose a las personas integradas en la organización militar (*Curso de Derecho Administrativo*, *Ob. Cit.*).

Ahora bien, en el artículo 2 CV "El pueblo..." constituye a Venezuela en "...un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia..." y propugna unos **valores superiores** que prefiguran un sistema axiológico que determina claramente la estructura y el contenido de la parte dogmática de la Constitución. Esos **valores superiores** del ordenamiento jurídico y de la actuación del Estado son 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, CV).

A las notas definitorias del Estado (democrático y social de Derecho y de Justicia) se corresponden, *grosso modo,* el principio **democrático** con los valores **democracia** y **pluralismo político**; los principios **Estado de Derecho** y de **Justicia** con los valores **libertad, justicia, ética y derechos humanos**; el principio **Estado social** con los valores **igualdad, solidaridad, responsabilidad social y derechos humanos,** sin que nuestro intento de dar tal correspondencia sea rigurosamente exacto, pero más o menos da una idea del asunto.

Es importante destacar que, esos valores: a) No están limitados al artículo 2, pues la propia Constitución establece algunos más, como la edu-

cación (artículo 3), la vida humana (artículo 43) ligado a la dignidad de la persona (46 y 81) y los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás como fundamento del orden público y social (artículo 20). b) Tienen eficacia jurídica y son normas situadas en el vértice del ordenamiento jurídico, son como señala L. Parejo A. "simultáneamente fundamento y fin del mismo" (*Constitución y valores del ordenamiento*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1990. p. 147). c) Su orden se impone a todos los operadores jurídicos, así, como consecuencias en que se desarrolla la eficacia de ese orden: el interpretativo, el crítico y la proyección normativa; y, d) el ordenamiento constitucional opera como sistema, razón por la cual los valores al disponer al propio ordenamiento le dan sentido.

Como los valores superiores se imponen a los poderes públicos (Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral; Poder Municipal, Poder Estadal y Poder Nacional), relacionados con alguno de los medios de participación del pueblo, en la formación de la voluntad del Estado, como, por ejemplo, el **referéndum** revocatorio de cargos y mandatos de elección popular, ninguno de los poderes públicos puede oponerse o siquiera entrabar el mecanismo constitucional correspondiente.

Por parte del Poder Legislativo nacional, aunque podría legislar en la materia, por tratarse de un derecho constitucional garantizado, no podrá hacerlo en violación a las condiciones de su ejercicio previstas en la propia Constitución.

Tampoco el Poder Ejecutivo puede obstaculizar o entrabar dicho mecanismo, cuando se tratare de la revocación de su mandato o el de cualquier otro cargo o magistratura de elección popular. Ello sería claramente un acto encuadrable en la desviación de poder –que además conlleva daños y perjuicios que originan responsabilidad del Estado reparable en sumas de dinero, e incluso responsabilidad penal, civil y administrativa del o los funcionarios públicos responsables– sino que atentaría directamente contra los valores superiores del ordenamiento jurídico, puesto que sería contrario a la **legitimación democrática** condición *sine qua non* del **pluralismo político,** la **democracia,** la **libertad** y la **justicia.**

(CV, artículos 2, 3, 24, 72, 197, 259 y 233). Esa contrariedad puede llegar, en los términos contenidos en nuestra Constitución, a la aplicación del dispositivo previsto en el artículo 350, por violación del artículo 7, en conexión con el 233, y los antes señalados.

El caso es que, previstas en la Constitución las formas de participación del pueblo en la formación de la voluntad estatal, no puede ninguno de los poderes públicos negarse, de manera directa o con subterfugios sesgados, a las peticiones dirigidas en ese sentido.

Y es que, los valores superiores del ordenamiento jurídico situadas en su cúspide son, en realidad, la positivación de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, no sólo como elementos de ese ordenamiento sino que tienen operatividad efectiva.

5. LAS FORMAS DE MANIFESTACIÓN POLÍTICA DE LA VOLUNTAD POPULAR, LA DEMOCRACIA, EL PLURALISMO POLÍTICO, LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y LA FUNCIÓN DE LEGITIMIDAD DE LA CONSTITUCIÓN

Hans Kelsen afirmó que "...la democracia, especialmente la de tipo parlamentario, es por naturaleza un Estado de partidos. La voluntad colectiva se forma en la libre concurrencia de los grupos de intereses constituidos en partidos políticos. Por esta razón, la democracia no es posible sino como transacción y compromiso entre esos grupos opuestos. No siendo así, corre el peligro de transformarse en su contrario: en una autocracia". (*Teoría General del Estado. Ob. Cit.* p. 464). Esta afirmación nos parece interesante en el contexto de la realidad política venezolana.

La autocracia se ha realizado de manera particular y procede de la revolución socialista que estalló en Rusia y dio origen a los llamados **Estados de democracia marxista o económica** bajo el influjo de la URSS, que desaparecieron luego de la caída del Muro de Berlín y que subsiste en Hispanoamérica en Cuba y, también, los **Estados autoritarios** en Europa representados por la Alemania de Hitler, la Italia de Mussolini, la España de Franco y el Portugal de Salazar (*Vid.* Biscaretti, *Derecho Constitucional, Ob. Cit.* p. 226 y ss.), ya también del pasado. Ambos tipos de Estado se han convertido en **Estados de un solo**

partido, en una dictadura partidista, tanto los de corte fascista como los de corte comunista. En "un caso, se trata de una dictadura de partido proletario socialista; en otro, la dictadura es burguesa y nacionalista". (Kelsen, *Ob. Cit.*, p. 466). En ambos, esa dictadura partidista destruye tanto la libertad política y, con singular violencia la libertad intelectual, como sabemos inseparable de la democracia. Primero, se vuelven contra la libertad de prensa, radio y televisión, en razón de la singular trascendencia de la opinión pública para la fortaleza del poder. En tal sentido, estrangulan sin consideración cualquier expresión desfavorable o sencillamente contraria. (Kelsen, *Ob. Cit.* p. 467).

Vale la pena citar a José M. Delgado Ocando (*Revolución y Derecho,* en *Estudios sobre la Constitución,* Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979, Tomo IV, pp. 2.596 y ss.), lo cual hacemos textualmente: "...La legitimidad revolucionaria puede ser ética o sociológica. La legitimidad ética es la justificación del movimiento revolucionario conforme a un programa antihegemónico (en sentido gramsciano)...", refiriéndose a los momentos iniciales el proceso revolucionario y que "...una vez establecido el nuevo ordenamiento constitucional, se plantea el problema de la legalidad y legitimidad del derecho nacido de la revolución. La legalidad... depende de la eficacia del nuevo orden. La producción originaria logra así una legalidad basada en el principio de la efectividad. Puede hablarse en este caso de la **fuerza justificadora del éxito** para aludir al hecho de que un nuevo ordenamiento jurídico-constitucional dispone de una posibilidad efectiva de vincular compulsivamente la conducta de los ciudadanos. Desde este punto de vista la revolución es siempre un hecho político, es decir, la ejecución de un plan social impuesto por la fuerza. O dicho con un giro gramsciano: la revolución es originariamente Estado, pues la ruptura de la hegemonía no puede producirse sino por medios políticos. En este orden de ideas, la revolución plantea el problema de los límites dentro de los cuales debe ejercerse la fuerza revolucionaria. Se trata del problema de la ética de la revolución; no por supuesto de la legitimidad ética de ésta... Ética de la revolución significa en este contexto que el Estado debe ajustarse al programa de la nueva hegemonía, el cual requiere el cumplimiento de las condiciones materiales que lo hacen posible..." Señala más adelante "... el hecho revolucionario requiere muchas veces un uso sobranero (*sic*) de la vio-

lencia política. La dictadura progresiva suele ser, pues, forzada por la estrategia contrarrevolucionaria al uso de métodos incompatibles con el programa antihegemónico. En todo caso, el nuevo orden no puede retroceder en el uso de la fuerza política, so pena de que, la revolución fracase. La '**revolución**' peruana, por ejemplo, es un caso dramático de un nuevo orden que retrocedió en el uso de su fuerza política. Y es también un caso que demuestra que no es posible poner el aparato policíaco-militar del establecimiento al servicio de la causa antihegemónica. Otro problema de la legalidad revolucionaria es el de la legitimación retroactiva de todos los actos de la revolución... En efecto, no hay nada que toque tan radicalmente a la hegemonía como la retroactividad de las leyes. La revolución se afinca en la construcción de un nuevo orden y, al hacerlo, reelabora desde sus cimientos el sistema de derechos y obligaciones. El escándalo de la revolución consiste en hacer tabla rasa de los privilegios de la clase dirigente. Pero es obvio que la edificación del nuevo orden no es una tarea rápida y sencilla. Muchas instituciones pueden ser mantenidas a través de lo que André-Vincent llama un cambio de sentido. Más que abrogar las leyes existentes, la revolución incide sobre ellas interpretándolas conforme al programa antihegemónico. El límite del derecho revolucionario es, por tanto, su propia legitimidad sociológica y ética en el sentido ya indicado".

Creemos que los comentarios respecto a la cita son casi innecesarios en relación al proceso político que vive Venezuela. Haremos pocos. En primer lugar, el contexto de la Constitución de 1999 sobre todo en lo relativo a los valores superiores del ordenamiento jurídico y la condición del texto constitucional como "norma de normas" y su valor normativo y directo harían imposible ejecutar el programa que plantea Delgado Ocando.

Sin embargo, ¿será mera coincidencia lo que parece desarrollarse paso a paso? ¿Acaso no podría manipularse por el poder político del ejecutivo una convocatoria "favorable" al programa "revolucionario" descrito de una Asamblea Nacional Constituyente, con las dudas que sobre esa fórmula hemos antes planteado? En segundo lugar, en la Venezuela de estos días la división de los poderes públicos es sólo formal, pues la preeminencia del Presidente de la República sobre los otros poderes es

innegable (tanto en su designación como en la acción de éstos), ¿acaso no vamos hacia una autocracia?

También hemos de advertir que si bien en la Constitución se establecen como valores superiores la democracia y el pluralismo político "se produce una ruptura con el sistema partidocrático", como expresa la Exposición de Motivos. Empero, se establece "el derecho de asociarse con fines políticos..." (CV, artículo 67). ¿Serán diferentes estas organizaciones de los partidos políticos? En verdad, el **Estado de democracia clásica** se manifiesta como **Estado de partidos**, en antítesis con el **Estado autoritario y con el marxista** normalmente de **partido único**. Este tema rebasa los límites que me impone este trabajo, empero, debo señalar que parece un artilugio del constituyente. Primero, pues en las democracias occidentales son asociaciones de ciudadanos dirigidas a influir en la opinión pública y en la vida política. Con más razón, en un Estado que proclama como valor jurídico preeminente de su ordenamiento jurídico el pluralismo político. En tal sentido se puede constatar la Constitución italiana, la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución española.

Ese **pluralismo político**, como valor superior y preeminente es la condición de la **legitimación democrática** del poder en una verdadera sociedad libre, plural y democrática.

Otro peligro que amenaza la verdadera democracia frente a la autocracia, es el ataque general que realizan los regímenes autocráticos a la libertad, como antes señalamos, tanto la libertad intelectual (expresión, medios de comunicación, manifestaciones públicas, la ciencia, la libertad religiosa, etc.). El fascismo, el marxismo, las autocracias, en general, intentan provocar una "igualdad intelectual, en el sentido de una uniformidad de las inteligencias" (Kelsen, *Ob. Cit.*, p. 468) para así, sometiendo al individuo por el orden coactivo del Estado, llegar a una estandarización de la vida cultural.

Todo, también, dirigido a una pretendida igualdad económica, material e intelectual en razón de un también pretendido imperio de las mayorías. Esa y otra razón llevó, en nuestra opinión, al Constituyente de 1999 a ignorar en el texto constitucional el **derecho** de la **representación**

proporcional de las minorías. La Constitución de 1961 fue en ese sentido más respetuosa de las minorías, de la **oposición** presupuesto de la existencia de la mayoría, que debe ser reconocida políticamente y ser protegida en los valores fundamentales de **libertad** y el de **proporcionalidad** como manifestación esencial de la **democracia** y el **pluralismo político.**

Sin estas premisas no tiene vida la **función de legitimidad** de la Constitución. (*Vid.* Gregorio Peces-Barba. *La Constitución española de 1978.* Prólogo. Centro de Estudios Adams, Madrid, 1991).

BIBLIOGRAFÍA

BERTALANFFY, Ludwig von, *Teoría General de los Sistemas,* Fondo de Cultura Económica, México, 1976.

BISCARETTI, Paolo, *Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1965.

DELGADO OCANDO, José, *Revolución y Derecho*, en Estudios sobre la Constitución, Libro Homenaje a Rafael Caldera, Tomo IV, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. / FERNÁNDEZ T. R. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Ed. Civitas, 1983.

GARCÍA DE ENTERRÍA E., *Los ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en el Derecho Español*, Reda, núm. 59, 1988.

GIANNINI, M.S. *Diritto Admministrativo*, V. I., Milano, 1970.

KELSEN, Hans *Teoría General del Estado,* Ed. Nacional, México, 1979.

MOLES CAUBET, Antonio, *La personalidad jurídica del Estado; Estado y Derecho*, en Estudios de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1997.

PAREJO ALFONSO, L. *Constitución y valores del ordenamiento*, Ed. Centro de Estudios Ramón Arices, Madrid, 1990.

PECES- BARBA, G. *La Constitución Española de 1978*, Prólogo, Centro de Estudios Adams, Madrid, 1991.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nelson E., *El Sistema Contencioso-Administrativo y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Universidad de Carabobo, 1982.

ROTUNDO, E., *Introducción a la Teoría General de los Sistemas*, UCV, 1980.

Los Sujetos Procesales en el Proceso Penal Ordinario. Sus Auxiliares

Juvenal SALCEDO CÁRDENAS[*]

SUMARIO:

Introducción. Concepto de sujeto procesal.

1. **Sujeto procesal de la acusación: 1.1** *Ministerio Público.* **1.2** *Acusador privado. ¿Monopolio de la acción penal?*
2. **Sujeto Procesal de la defensa: imputado-acusado. 2.1** *Primer acto de procedimiento.* **2.2** *Defensa del imputado.* **2.3** *Declaración del imputado.* **2.4** *¿Ante quién declara?* **2.5** *Formalidades de la declaración.* **2.6** *Trastorno mental del imputado.* **2.7** *De imputado a acusado.*
3. **Sujeto procesal de la decisión: El juez.**

[*] **Universidad Central de Venezuela**, *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, *Escuela de Derecho*, Profesor Asociado. **Tribunal Supremo de Justicia**, Magistrado Emérito.

INTRODUCCIÓN

El Título IV, del Libro Primero (artículos 102 y ss), del Código Orgánico Procesal Penal, se denomina: Los sujetos procesales y sus auxiliares, pero sólo desarrolla, en su Capítulo VII, los auxiliares de las partes (del Fiscal del Ministerio Público y del imputado, que son sujetos Procesales, pero nada dice del auxiliar del otro sujeto procesal, el juez).

Consideramos útil que, antes de desarrollar lo relativo a los sujetos procesales, debamos incursionar un poco en lo que se ha denominado las funciones fundamentales del proceso.

Se han definido como funciones fundamentales del proceso penal a: la acusación, la defensa y la decisión.

Se llaman funciones fundamentales del proceso penal, en el sentido de que son primordiales, esenciales, sustanciales, básicas, porque sin ellas no hay proceso penal.

Si sólo hubiera acusación sin su correlativa defensa; alguien que acusa, sin posibilidad de que el acusado se defienda... Esto no es un debido proceso penal.

Si alguien acusa y el acusado se defiende, y no hay quien decida... Esto no es un debido proceso penal.

Por eso, las tres funciones fundamentales del proceso penal son: acusación, defensa y decisión; y cada una de esas funciones son ejercidas por una persona que se llama sujeto procesal. Hay el sujeto procesal de la acusación, sujeto procesal de la defensa, y sujeto procesal de la decisión. No hay proceso penal sin sujetos procesales.

Pensamos que quizás se nos haga más fácil, para entender lo que es un sujeto procesal, que realiza una función, remontarnos a nuestros estudios de Primaria, cuando se nos enseñaba la oración gramatical castellana: hay una persona, un sujeto que realiza la acción. Ejemplo: el profesor corrige los exámenes. El profesor, que realiza una acción: corregir (ver-

bo) los exámenes, es el sujeto de esa oración. Hay un sujeto (el profesor) y hay una acción realizada por él: corregir los exámenes. En el proceso penal hay varios sujetos (unas personas) que realizan unas funciones, que accionan (pero no accionar en el sentido procesal, sino en el sentido gramatical): función de acusar, función de defender y función de decidir.

SUJETO PROCESAL PENAL. CONCEPTO

El sujeto procesal es la persona que está legitimada para realizar una función fundamental del proceso.

Los sujetos procesales son: 1.- El Fiscal del Ministerio Público. 2.- El acusador privado. 3.- El imputado-acusado. 4.- El Juez.

1. SUJETO PROCESAL DE LA ACUSACIÓN

Hay dos personas legitimadas para realizar la función fundamental de la acusación, para intentar la acusación: a) El Fiscal del Ministerio Público y b) El acusador privado.

1.1 *FISCAL DEL MINISTERIO PÚBLICO*

El ejercicio de la acusación, función fundamental del proceso penal, corresponde al Fiscal del Ministerio Público, como órgano del Estado, legitimado para hacerlo, y está obligado a ejercer la acción penal, que es pública por naturaleza, por esencia. Es lo que consagra el artículo 11 del Código Orgánico Procesal Penal, y que denomina como: Titularidad de la acción penal: "La acción penal corresponde al Estado, a través del Ministerio Público, quien está obligado a ejercerla, salvo excepciones legales".

¿Qué es el Ministerio Público? (V. obra del autor denominada "Policía Judicial y Ministerio Público", publicación de la Fiscalía General de la República).

En el libro "Policía Judicial y Ministerio Público", concebimos a la Fiscalía General de la República con tres grandes Direcciones: 1.- Policía de Investigaciones Penales. 2.- Instituto de Medicina Legal (toda la

Medicina Forense, y la Criminalística en general). 3.- Dirección de Fiscales del Ministerio Público.

Al sitio del suceso llegan de las tres Direcciones al mismo tiempo: el pesquisa, el experto y el Fiscal del Ministerio Público, que es el rector de la investigación. Son tres funcionarios distintos de tres Direcciones distintas y autónomas. Ellas reportan directamente al Fiscal General. El sitio del suceso es de los tres; y de allí en adelante la investigación es tripartita: dirigida por el Fiscal del Ministerio Público, porque así lo consagra la ley, pero asistido por el pesquisa y por el experto criminalista. La subordinación es funcional. Este trabajo fue realizado en 1982, para ascender en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Hoy en día, de la tesis sostenida allí, se ha logrado algo: que el Fiscal del Ministerio Público sea el director (rector) de la etapa preparatoria y el pesquisa y el experto bajo su subordinación funcional solamente. Éstos, jerárquicamente, dependen del ministerio político, el Ministerio del Interior y Justicia. Absurdo lo dijimos en aquel entonces, y lo seguimos sosteniendo. La subordinación debe ser, llegará a ser, jerárquica (administrativa) y funcional.

El Ministerio Público es parte del Consejo Moral Republicano y es órgano para el ejercicio del Poder Ciudadano. Así lo consagra el artículo 273 de la Carta Magna: "El Poder Ciudadano se ejerce por el Consejo Moral Republicano, integrado por el Defensor o Defensora del Pueblo, el Fiscal o la Fiscal General y el Contralor o Contralora General de la República". Igualmente el artículo 285, constitucional, dice que: "Son atribuciones del Ministerio Público: ... 4.- Ejercer en nombre del Estado la acción penal en los casos en que para intentarla o proseguirla no fuere necesario instancia de parte, salvo las excepciones establecidas en la ley".

El Poder Ciudadano es uno de los cuatro poderes del Poder Público Nacional, a saber: Poder Legislativo Nacional, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Poder Ciudadano (Carta Magna).

¿Y el Fiscal del Ministerio Público, como sujeto procesal de la acusación, sólo intenta la acción penal acusando, o tiene otras atribuciones?

Se ha trajinado mucho sobre los avances, indudables, con el nuevo sistema procesal penal venezolano, donde se ha cambiado radicalmente –según se afirma– de un sistema inquisitivo (¿?) a un sistema acusatorio (¿?).El Informe de la Comisión Legislativa sobre el Proyecto del COPP dijo: "La Comisión consideró necesario pronunciarse acerca del paso del sistema inquisitivo vigente (¿?) al sistema acusatorio... se promueve el cambio del actual sistema procesal, ...por un sistema acusatorio lo más puro posible;...". Los trabajos sobre procesal penal, de acuerdo con el nuevo sistema venezolano, que han llegado a nuestro conocimiento, hablan del nuevo sistema acusatorio y de un sistema inquisitivo que fue derogado. ¿Acaso se quiere ignorar, y así transmitirlo a los desprevenidos, que nuestro sistema no era Inquisitivo sino Mixto, ecléctico, o francés, con una parte sumaria, escrita y secreta, menos para el fiscal del ministerio público, y un debate público y contradictorio: el plenario? Que la infraestructura judicial con sus auxiliares no estuviera adecuada al sistema legal imperante, no era culpa del sistema, sino de gerencia judicial. ¿Y es que hoy en día, con el nuevo sistema procesal penal, sí existe la infraestructura? Ya se lleva un fracaso: El sistema por jurados no funcionó, ¿porque no es de nuestra idiosincrasia , o porque no hubo gerencia judicial?

¿Será acusatorio nuestro sistema de enjuiciamiento criminal, o será un sistema acusatorio *sui generis,* venezolano? Porque en el sistema acusatorio el fiscal del ministerio público maneja y controla el proceso penal (que por cierto el COPP algunas veces confunde los vocablos proceso, juicio y causa, usándolos inadecuadamente), desde la etapa preparatoria, de investigación criminalística, hasta presentar la acusación; y a ultranza lo que busca es que a su acusado se le condene. No se ignora que a pesar de que el fin último del Fiscal del Ministerio Público es la condena de su acusado, éste tiene todas las garantías de un debido proceso. ¿Pero es así nuestro sistema procesal penal? En cuanto a las características del sistema acusatorio (publicidad, inmediación, concentración, contradictorio y oralidad) y garantías del imputado-acusado, sí, pero en cuanto al fin último de la actuación del fiscal en el sistema acusatorio no. Algunas muestras: cuando el fiscal en su investigación, que busca recolectar los elementos de convicción para fundar su acusación (Art. 281 COPP), encuentra "... hechos y circunstancias útiles...

que sirvan para exculpar...", algo que favorezca al imputado, debe hacérselo saber a éste y su defensor. Hará constar, no sólo los hechos y circunstancias útiles... que sirvan para inculpar al imputado, para fundar la inculpación del imputado (acusación), sino también aquellos que sirvan para exculparle. En este caso está obligado a facilitar al imputado los datos que le favorezcan. Si el nuestro fuera un sistema acusatorio, el fiscal se da por enterado de estas pruebas a favor del inculpado, pero como su fin es lograr la condena, lo lógico es que no las suministre. Luce como ingenuo que le facilite al defensor, en un sistema acusatorio, las pruebas que favorezcan al inculpado. Pero en nuestro sistema procesal penal es así, debe facilitar al imputado los datos que le favorezcan.

También el imputado tiene derecho a "pedir al Ministerio Público la práctica de diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formulen" (Art. 125, n. 5). Otra atribución del ministerio público es: "Solicitar, cuando corresponda, el sobreseimiento de la causa o la absolución del imputado" (Art. 108, n. 7).

El artículo 34 de la Ley Orgánica del Ministerio Público dice que son deberes y atribuciones de los Fiscales del Ministerio Público: ... Ordinal 2°. Proteger el interés público, actuar con objetividad, teniendo en cuenta la situación del **imputado**...". Su artículo 1 dice que: "El Fiscal del Ministerio Público velará por la exacta observación de la Constitución y de las leyes...", todo en relación con el artículo 11 que dice: Son deberes y atribuciones del Ministerio Público: 1.- Velar por la observancia de la Constitución, de las leyes y de las libertades fundamentales en todo el territorio nacional. 2.- Vigilar ...por el respeto de los derechos y garantías constitucionales; y por la celeridad y buena marcha de la administración de justicia en todos los procesos en que estén interesados el orden público y las buenas costumbres. 3.- Cumplir sus funciones... protegiendo la dignidad humana y los derechos y libertades fundamentales, sin discriminación alguna".

El artículo 45 de la Ley contra la corrupción dice que, sin perjuicio de lo establecido en la Ley Orgánica del Ministerio Público y en el Código Orgánico Procesal Penal, en materia de corrupción, el Ministerio Público tendrá los siguientes deberes y atribuciones: l.- Ejercer las acciones

para hacer efectiva la responsabilidad penal, civil laboral, militar, administrativa o disciplinaria de las personas que hubieran incurrido en delitos tipificados en la ley. 2.- Utilizar los órganos de investigación penal. 3.- En el procedimiento de auditoría patrimonial, informar a la Contraloría General de la República sobre los resultados de las acciones intentadas y si no las intenta informarle motivadamente. 4.- Recabar, conservar y estructurar pruebas para el enjuiciamiento. 5.- Velar por la aplicación de las sanciones administrativas y/o disciplinarias que sean procedentes. 6- Intentar la acción civil (Art. 51, n. 3; Arts. 87 y 88). En el artículo 49 le ordena iniciar la investigación, de oficio, por enriquecimiento ilícito (Art. 51, ns. 1-3); y según el artículo 32, n. 2, el Ministerio Público ejerce la acción pertinente cuando la declaración jurada de patrimonio no es veraz.

Para intentar las acciones, el Fiscal del Ministerio Público se guiará por el artículo 271 de la Carta Magna que dice: "...No prescribirán las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos... contra el patrimonio público...", a pesar de lo que consagra el artículo 97 de la Ley contra la corrupción, el cual dice que: "Las acciones penales y civiles derivadas de los delitos... prescribirán conforme a las reglas de los Códigos Penal y Civil, respectivamente ".

Pero el fiscal del ministerio público, como sujeto procesal de la acusación, tiene, entre sus atribuciones en el proceso penal, formular la acusación y ampliarla, cuando haya lugar,... (artículo 108, número 4).

En nuestro sistema, el Fiscal del Ministerio Público no es un acusador a ultranza, es parte de buena fe.

Analizando lo anterior nos preguntamos: ¿Es nuestro sistema procesal penal un sistema acusatorio?

1.2 *EL ACUSADOR PRIVADO*

El Estado es el titular de la acción penal. Está obligado a que, una vez que se ha cometido una transgresión punible, de acción pública, se pongan en movimiento las estructuras legales y constitucionales para que, mediante una investigación penal, se logre comprobar que se cometió el

delito, quién lo cometió y castigar al culpable. Hay un conjunto de normas y preceptos que regulan el poder punidor que tiene el Estado. Poder para castigar y obligación de hacerlo.

Las estructuras constitucionales y legales están contenidas en la Carta Magna, en las leyes sustantivas en lo penal, y en la ley adjetiva en lo penal (el COPP). Además de ellas el proceso penal debe tener una sustentación criminalística, que es la ciencia y la técnica al servicio de la investigación criminal. Sin este trípode (Constitución, Ley y Criminalística) no hay proceso penal. De una pata del trípode que falle, ya no se tiene un proceso penal.

Una vez cometido un delito de acción pública, el Estado, a través de sus órganos competentes, actúa ex officio. No necesita que nadie denuncie o se querelle. Existen los órganos especializados del Estado para averiguarlo. Pero hay otra clase de delitos que no son los de acción pública sino los llamados **delitos de instancia privada** (artículo 25 del COPP), **delitos de acción dependiente de instancia de parte** (artículo 400 y ss), también llamados **delitos de acción privada**, a cuyo enjuiciamiento no se procede si la parte agraviada (la víctima) no da el impulso procesal (véase trabajo del autor publicado en *Repertorio Forense* número 11.901, de 30 de octubre de 1999, denominado "COPP y los delitos contra las buenas costumbres y buen orden de las familias. Su enjuiciamiento"). Este es el sujeto procesal de la acusación llamado **acusador privado.** La acción penal sigue siendo pública por su naturaleza, sólo que el Estado delega en los particulares su promoción.

El acusador privado no está presente solamente en los delitos de acción privada, también en los delitos de acción pública puede haber un acusador privado que ha presentado querella (Art. 292 del COPP) y ha sido tenido como parte querellante (artículo 296 del COPP). Después, en la secuencia procesal oportuna formulará una **acusación particular propia contra el imputado** en esos delitos de acción pública (Art. 120, n. 4).

1.3 *¿MONOPOLIO DE LA ACCIÓN PENAL?*

Este es un tema que ha sido muy trajinado en nuestro medio jurídico. Se dice que la acción penal en nuestro sistema de enjuiciamiento cri-

minal es monopolio del Fiscal del Ministerio Público. La Ley Orgánica de Protección del Niño y el Adolescente (LOPNA) en su artículo 648 así lo consagra.

El monopolio, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, consiste en un privilegio que se concede a un individuo o sociedad, aprovechamiento exclusivo, acaparamiento. Monopolizar es adquirir, usurpar o atribuirse el exclusivo aprovechamiento de una industria, facultad o negocio. **Ejercicio o dominio exclusivo de una actividad**.

¿Si monopolio es exclusividad, acaparamiento, será verdaderamente la acción penal monopolio del Fiscal del Ministerio Público? Como hemos analizado anteriormente, el Fiscal del Ministerio Público ejerce la acción penal en los delitos de acción pública, **pero no lo hace con exclusividad**, porque la víctima, si quiere puede presentar querella (Art. 292) y una vez que se le tenga como parte (Art. 296) formular una **acusación particular propia contra el imputado** en los delitos de acción pública (Art. 120, n. 4). Es la misma acción popular que se consagraba en el viejo Código de Enjuiciamiento Criminal al decir: "en toda causa iniciable de oficio (delitos de acción pública, acotamos) cualquier particular, agraviado o no, podrá constituirse en acusador ante cualquier Tribunal etc.". La única diferencia es que en CEC era "cualquier agraviado o no", y en el nuevo proceso penal venezolano tiene que ser víctima.

Opinan, algunos, que si el Fiscal del Ministerio Público no intenta la acción, no hay impulso procesal, de allí el monopolio. No entendemos así al monopolio.

También, cuando se hayan violado derecho humanos, por parte de funcionarios o empleados públicos, o agentes de las fuerzas policiales, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, **cualquier persona, o asociación de defensa de los derechos humanos, y la Defensoría del Pueblo,** podrán presentar querella (Art. 121 COPP). La LOPNA sí habla de monopolio en su artículo 648: "Al Ministerio Público corresponde el **monopolio** del ejercicio de la acción pública (debería decir acción penal pública, como lo dice más abajo en el artículo 649). El artículo 663 dice: "La persona ofendida directamente por hecho puni-

ble podrá solicitar que sus derechos y facultades sean ejercidos directamente por una asociación de protección o ayuda a las víctimas, sin fines de lucro, cuando su participación en el proceso le pueda causar daño psíquico o moral o cuando sea más conveniente para la defensa de sus intereses".

¿Entonces dónde está la exclusividad, el monopolio? Nos preguntamos.

2. SUJETO PROCESAL DE LA DEFENSA: EL IMPUTADO-ACUSADO (ART. 121 Y SS)

La definición de imputado está en el artículo 124 del COPP: "Se denomina imputado a la persona a quien se le señale como autor o partícipe de un hecho punible, por un acto de procedimiento de las autoridades encargadas de la persecución penal conforme lo establece este Código". La LOPNA, en su artículo 654, define al imputado como "todo adolescente señalado como **presunto** autor o partícipe de un hecho punible...". Creemos que es más precisa la definición de la LOPNA que la del COPP, pues en éste se dice que el imputado es la persona señalada como autor o partícipe; ya se le está señalando como tal; sin embargo, la LOPNA dice: "señalado como **presunto** autor o partícipe". Es presunto hasta tanto se le compruebe que participó. Pero entendemos que ese señalamiento no es imputación, no podría serlo, sino una indicación.

Debe haber un señalamiento que se hace mediante un acto de procedimiento de cualesquiera de las autoridades de la persecución penal, dice el COPP. Por eso debemos precisar: qué se entiende por un acto de procedimiento y quién lo dicta (quiénes son las autoridades de la persecución penal).

2.1 *PRIMER ACTO DE PROCEDIMIENTO*

El COPP no lo llama primer acto de procedimiento sino acto de procedimiento, no así la LOPNA

La LOPNA, en su artículo 654, 2° aparte, dice que: "Se entenderá por primer acto de procedimiento cualquier indicación policial, administrati-

va, del Ministerio Público o judicial que señale a un adolescente como **posible** autor o partícipe de un hecho punible".

Así, primer acto de procedimiento es:

1.- Cualquier indicación que señale a algún adolescente como **posible** (presunto) autor o partícipe de un hecho punible.

2.- Indicación de: la Policía, del Ministerio Público, judicial, o administrativa (central, estadal o municipal, entendemos).

Hay que precisar en qué consiste el señalamiento. Señalar es indicar, apuntar a: ese es el autor o partícipe; ese es el presunto autor o partícipe, dice la LOPNA. Ya hay el señalamiento, de por medio el principio de inocencia que consagra el artículo 12 del COPP.

Es más amplia la LOPNA que el COPP en cuanto a quién señala al autor o partícipe. Éste precisa que son las autoridades de la persecución penal y éstas no son otras que el Fiscal del Ministerio Público, su asistente técnico, la Policía Científica, y el Juez de Control que realiza actividades judiciales en la etapa de la investigación penal. Aquélla dice que pueden hacerlo la policía, el Ministerio Público, cualquier indicación judicial (pensamos que se refiere a jueces con competencia en lo penal) y cualquier indicación administrativa (pensamos que central, estadal o municipal). El TSJ ha dicho que "las autoridades encargadas de la persecución penal" (así, en plural) es el "Ministerio Fiscal".

Pensamos que se debe aprender a diferenciar entre acto y auto, porque aquí se habla de acto. El **auto** es una orden que involucra un mandato; por ejemplo, el auto que ordena la detención preventiva de un presunto imputado. El mandato es detenerlo. Un auto que ordena una experticia. El mandato es que se haga la experticia. Y el **acto de procedimiento, el procedimiento** es la acción de mera forma, objetiva, para desarrollar el proceso. Es la dinámica del proceso, es la forma de darle vida al proceso, es la forma de realizarlo. El proceso se realiza a través de actos de procedimiento. El auto es un acto.

También hay que saber diferenciar, procesalmente, entre proceso y procedimiento, al igual que diferenciar en el COPP, entre proceso, juicio y causa.

Un acto puede ser la documentación que realiza la policía al detener, preventivamente, por ejemplo en un delito *in fraganti*, a una persona (asentar el lugar, día y hora de la detención en un acta inalterable (sic) (Art. 117 n. 8). Hemos sostenido que debería decir acta **inalterada**; es decir, sin errores, sin correcciones, sin enmiendas, sin salvaturas (vocablo utilizado en el medio forense, pero que es un neologismo). Inalterable nos suena que tiene que ser hecha en papel de seguridad para poder estar seguros que es **inalterable,** es decir, que no se puede alterar. Por supuesto que no es lo que quiere decir, pero es lo que está allí. Imprecisión terminológica. Esa documentación que levanta el organismo policial es un acta policial; no es un auto, porque no involucra un mandato, sino un acto que deja constancia de la detención.

2.2 *DEFENSA DEL IMPUTADO*

Debe tener defensa desde que se le señale como autor o partícipe.

El imputado tiene derecho a nombrar un abogado de su confianza como defensor. Si no lo hace, el juez le designará un defensor público, desde el primer acto de procedimiento, o perentoriamente, antes de prestar declaración (Art. 137). Esto de perentoriamente pareciera que es inmediatamente antes de rendir declaración, pero no debe interpretarse así, pues él debe enterarse de las actas para poder instrumentar una estrategia de defensa (Art. 137). El defensor será abogado, con ejercicio libre de su profesión, conforme a la ley de Abogados y estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos (Art. 138). Sólo podrá tener un máximo de tres (3) defensores (Art. 139). El defensor público tendrá un defensor auxiliar para actuaciones fuera del lugar del proceso (Art. 146).

El defensor de oficio no es el defensor público de presos. Si éste no existe se nombrará de oficio un abogado. El defensor de oficio no podrá negarse a aceptar el cargo, sino por grave motivo a juicio del tribunal (Art. 140).

Por muerte, renuncia, excusa o revocatoria del defensor privado que había nombrado el imputado, dentro de 24 horas, deberá nombrar otro; si no lo hace, la designación la hace el juez de un abogado defensor público o un defensor de oficio. El nombramiento de un defensor privado hace cesar inmediatamente la actuación del defensor público y del defensor de oficio.

Existen inhabilidades para el nombramiento de los defensores públicos o defensores de oficio, por parte del tribunal: el enemigo manifiesto; es de lógica que el Tribunal no deberá nombrarle a un enemigo manifiesto del imputado para que lo defienda; es humano que no esté en condiciones morales o psicológicas para hacerlo. Igualmente la víctima, los familiares de ésta, ni el tutor, protutor, o curador de la víctima, ni donatario, dependiente o herederos de ellos (Art. 145, n. 4). Alguna doctrina dice que la prohibición de nombrarlos es para el tribunal, y que nada obsta para que el imputado sí pueda nombrar a cualquiera de ellos. Puede el imputado nombrar como su defensor a un enemigo suyo, pero por conocer su capacidad intelectual y de su alta moralidad, sabe que hará una buen defensa, por encima de su enemistad.[1]

Los despachos de abogados no podrán allanarse con motivo de la investigación que se haga del defendido de ellos. Es lógico que allí puedan haber recaudos y documentación para la defensa. Sólo podrán ser allanados cuando se busquen pruebas de delitos cometidos por los abogados de esos despachos (Art. 141).

[1] De mi experiencia profesional: Un abogado, que había sido mi alumno en la universidad, me pidió que compartiera con él una defensa pena: Dos delincuentes entraron a una casa donde estaban tres hermanos (dos hombres y una mujer, todos jóvenes). Bajo amenaza maniataron a los dos hombres y los metieron a un cuarto, mientras ultrajaban y violaban a su hermana. Ellos veían todo a través de una rendija de la puerta. Lograron zafarse, salieron y uno de los delincuentes huyó pero el otro fue muerto a palos por los dos hermanos. El alumno me decía que le dijéramos a los indiciados que se acogieran al precepto constitucional y no declararan (guardar silencio como estrategia de defensa). Al contrario, opiné, y así se hizo, que dijeran todo como había pasado. Así lo declararon en la Policía Judicial y ratificaron en el Tribunal. Los medios de comunicación se hicieron lenguas del caso. Los muchachos declararon: "¿cómo se nos puede pedir a nosotros que no actuáramos como lo hicimos, si estaba en peligro nuestra hermana y nuestras vidas? De volverse a presentar esta situación actuaríamos de igual manera". Ocho días después los indiciados estaban en libertad.

La Carta Magna, en su artículo 49, n. 1 dice que: "La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso". Nos hemos preguntado ¿cuál será la diferencia entre defensa y asistencia jurídica? porque una asistencia jurídica es defensa, a menos que, al hablar de defensa, se refiera a la defensa formal o técnica, o a la autodefensa, llamada también defensa material o autopatrocinio "... defenderse personalmente...", que consagra el COPP, en su artículo 137, Primer aparte: "Si prefiere defenderse personalmente, el Juez lo permitirá sólo cuando no perjudique la eficacia de la defensa técnica".

Y "en todo estado y grado de la investigación y del proceso". Nos preguntamos: ¿Porqué precisar que debe ser en la investigación y en el proceso, como si la investigación no fuera parte del proceso? Nos parece que hay imprecisión en el uso de los vocablos. El proceso penal tiene tres fases: la preparatoria (investigación), la intermedia y la del juicio oral, o juzgamiento. Como se observa, en la preparatoria está la parte de investigación del delito y su autor (Libro Segundo del COPP). El artículo 108 habla de las atribuciones del Ministerio Público en el **proceso penal**. Y la primera es "... dirigir la investigación de los hechos punibles,...". Si es una atribución dentro del proceso penal, esta etapa investigativa es parte del proceso penal.

Tampoco debería haber confusión entre los términos estado y grado, como lo hemos visto. Grado quiere decir escalón, peldaño, rango. Primer grado (primer peldaño, primer rango): la primera instancia; segundo grado: Corte de Apelaciones (segunda instancia); grado extraordinario: recurso de casación. Estado dice relación, entre otras cosas, a la fase en que se encuentre el proceso en relación con el imputado-acusado: estado de investigación policial, estado de fase preparatoria, estado de fase intermedia, estado de juicio oral, en estado de sentencia.

El artículo 253, de la Carta Magna, en su 2° aparte, dice que: El sistema de justicia está constituida por... la Defensoría Pública ... y abogados... autorizados para el ejercicio"; y el 268 habla de: "...servicio de defensa pública...".

En el Código Orgánico Procesal Penal, en su artículo 12, dice que: "La defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso". Casi todos los numerales del artículo 125 del Copp dicen relación con la defensa del imputado, pero el 3, específicamente, dice que tiene derecho a: "ser asistido, desde los actos iniciales de la investigación, por un defensor " (privado o público).

Ley del CICPC (Policía Científica) dice en su artículo 5°: "... derecho a la defensa...".

La Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías constitucionales (Ley de Amparo) en su artículo 47 dice: "La autoridad que tuviere bajo su guarda o custodia a cualquier persona detenida, estará en el deber de permitirle, conforme a las normas reglamentarias correspondientes, comunicación con su abogado y con sus parientes más cercanos".

Sobre el derecho a la defensa se debe estar muy claro que el defensor no hace una apología, elogio, panegírico del delito, sino que él es asistente, en la defensa, del transgresor de la norma penal. Es darle la mano a un hombre caído.

La defensa es de derecho natural. Así no estuviera en las cartas magnas de los pueblos, ni en las leyes procesales, de todas maneras, por derecho natural, existiría la defensa. ¿No hemos visto que hay una sociedad protectora de animales; una sociedad amigo del árbol; una sociedad de protección a las orquídeas; para defenderlos? ¡Cuanto más el *summum* de la creación que es el ser humano!

La defensa surge por instinto de conservación; si somos atacados, por instinto nos defendemos; es propio del ser humano y de toda la creación: vemos cómo hay la lucha por la sobrevivencia del reino animal y vegetal; se defienden y triunfa el más apto. Igual el ser humano, si es atacado para destruirlo, por instinto se defiende.

La defensa en el proceso penal es la reacción ante la acusación, es un acto de rechazo ante la imputación, ante el señalamiento.

La doctrina ha hecho diferencias entre la defensa material, la autodefensa o autopatrocinio, con la defensa formal o técnica. La defensa material es la que hace el mismo imputado-acusado sobre su participación en el hecho punible, sus razones y motivaciones. Son los hechos materiales, es lo que sucedió, por eso se le llama material. Se le llama auto patrocinio, porque él mismo es su defensor, es la autodefensa. Esta autodefensa es a su voluntad, la ejerce o no. De él depende que se defienda (autodefienda) o no; puede hasta guardar silencio si considera que ello es su mejor defensa.* Por ejemplo: un esposo mató a un insolente que le faltó el respeto a su esposa cuando, llevada de su brazo, paseaban por el parque. Dice que no quiso matarlo, pero le dio un golpe, lo empujó y se cayó y se rompió el cráneo y murió. Materialmente eso fue lo que sucedió y quién mejor que el imputado es el que sabe ¿qué paso, cuándo y porqué? Esa es la defensa material. La defensa formal o técnica es la que realiza un profesional del derecho, que es el que sabe de las técnicas de una defensa; de allí su nombre de técnica. El abogado podría argumentar, en el ejemplo citado, un arrebato e intenso dolor, legítima defensa del honor y un homicidio preterintencional. Esto es netamente técnico y sólo lo hace una persona formada para esta clase de trabajo. Y se le llama formal porque para realizarla se tienen que seguir unas formas, unas formalidades (que no formalismos, vocablos y significados que algunos confunden). La justicia no debe tener formalismos, pero sí formalidades, si no sería el caos, la anarquía. El artículo 26 de la Carta Magna dice que: "El Estado garantizará una justicia... sin formalismos ...", y el artículo 257 dice que: "No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales".

Nos llama la atención que el artículo 139 del COPP dice que: "El nombramiento del defensor **no está sujeto a ninguna formalidad**... e inmediatamente después, en el mismo artículo, dice que "... el defensor deberá aceptar el cargo (formalidad) y jurar desempeñarlo fielmente (formalidad), ante el juez (formalidad).

En la defensa personal que hace el imputado-acusado (la defensa material) puede aceptarse hasta que se presente él como héroe, y hasta la apología y elogio de su actuación; y a veces que confunda él, y haga caer en confusión a los demás, entre si su actuación es justicia o si su actua-

ción es venganza: ¿actuó por justicia o actuó por venganza? No se le puede pedir a un ser humano con una carga emocional, como la que debe tener después de haber cometido un delito (para la ley y la sociedad), que no justifique o busque comprensión en su acción. Bien. Pero la defensa técnica, la formal, la del abogado defensor, debe justificar lo justificable y buscar por todos los medios legales y morales una decisión favorable, bien sea que no es punible la acción; que actuó en legítima defensa propia o de otros, estado de necesidad, etc.; o atenuar la responsabilidad penal del acusado, pero nunca una apología del delito, como ya dijimos.

¿Cuándo comienza el proceso penal? La respuesta a esta pregunta es sumamente importante por cuanto si, por un derecho constitucional y legal, la defensa es inviolable en todo estado y grado del proceso, debemos saber cuándo comienza aquél para saber a partir de cuándo comienza la defensa. Ésta comienza cuando ya haya un imputado; y ése aparece cuando haya un señalamiento a un individuo en específico de que es el autor o partícipe de un hecho punible; y ese señalamiento lo hace una de las autoridades de la persecución penal, si es proceso penal ordinario, o como lo ordena la LOPNA en el proceso penal del adolescente. El estado de ese proceso es estado de fase preparatoria o de investigación. La defensa comienza en la etapa de la investigación.

2.3 *DECLARACIÓN DEL IMPUTADO*

El imputado declarará cuantas veces lo desee, si su declaración tiene relación con el hecho investigado. Es un derecho y puede ser un medio de defensa, que casi siempre lo es, o un medio de prueba si confesare: "Se le instruirá también que la declaración es un medio defensa, que por consiguiente, tiene derecho a explicar todo cuanto sirva para desvirtuar las sospechas que sobre él recaigan, y a solicitar la práctica de diligencias que considere necesarias (Art. 125, n. 5, 131, ult. ap.). La declaración del imputado será nula si no está asistido por su defensor (Art. 130, ult. ap.).

2.4 *¿ANTE QUIÉN DECLARA?*

1.- Declara ante el Fiscal del Ministerio Público, si éste lo cita, y quiera declarar, o declara también ante el Fiscal del Ministerio Público cuando espontáneamente se presente ante él para declarar (Art. 130).

2.- Ante el juez de control cuando haya sido aprehendido, a más tardar en un lapso de doce horas a contar de su aprehensión, se prorrogará por otro tanto si el imputado lo pide para nombrar defensor (Art. 130).

3.- Durante la etapa intermedia, si lo solicita, lo hará en la audiencia preliminar ante el juez (Art. 130,2° ap.).

4.- En el juicio oral, en el debate, después de las exposiciones de las partes, el juez presidente recibirá las declaraciones del imputado... le explicará con palabras sencillas el hecho que se le atribuye, y le advertirá que puede abstenerse de declarar sin que su silencio le perjudique, y que el debate continuará aún sin su declaración. Manifestará libremente cuanto tenga por conveniente sobre la acusación, pudiendo ser interrogado posteriormente. Podrá interrogarlo el ministerio público, el querellante, el defensor y el tribunal, en ese orden: puede abstenerse de declarar total o parcialmente (Art. 347). En el curso del debate el imputado podrá hacer todas las declaraciones que considere pertinentes, siempre que se refieran al objeto del debate (Art. 349). El defensor estará siempre a su lado, y el acusado podrá hablar con él sin que la audiencia se detenga, pero al ser interrogado, o durante su declaración no podrá comunicarse con él buscando asesoramiento o ayuda (Art. 349).

2.5 *FORMALIDADES DE LA DECLARACIÓN*

1.- Informarle que declara si lo desea. Está amparado por la Carta Magna (Art. 49, n. 5.) a no rendir declaración contra sí mismo ni contra familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

2.- No declarar bajo juramento.

3.- Se le informará detalladamente del hecho que se le atribuye y lo que la investigación arroja en su contra.

4.- Que puede solicitar práctica de diligencias.

5.- Su declaración se hará constar en su propias palabras.

6.- Podrá ser interrogado por el Fiscal del Ministerio Público, el querellante, el defensor y el juez. Las respuestas del imputado serán verbalmente.

7.- En ningún caso se le harán preguntas sugestivas (que sugieren la respuesta) ni capciosas (que engaña, que induce a error. Con una mentira sacar una verdad).

8.- La declaración podrá rendirse entre 7 a.m. hasta 7 p.m. Se le dará descanso prudencial, cuando se considere necesario. Pienso que de esto debe estar pendiente el defensor.

El acta la firmarán todos los que intervinieron en el acto, previa su lectura. Si el imputado se negare a firmar se dejará constancia.

2.6 *TRASTORNO MENTAL DEL IMPUTADO*

El trastorno mental del imputado será declarado por el juez, previa experticia psiquiátrica. Los expertos psiquiatras podrán pedir el internamiento del imputado para realizarla y el juez podrá ordenarlo, hasta por ocho días. El Copp no habla de prórroga, pero si los expertos la piden, pensamos que el juez lo proveerá. Ellos son los expertos y son los que saben si necesitan más tiempo o no. El Copp habla de internamiento y pareciera que es internarlo en una clínica psiquiátrica para hacerle la experticia, pero pensamos que no es lo que quiere decir el Copp, porque si el internamiento fuera en una clínica y no en un retén judicial no tendría por qué hablar que el internamiento "no sea desproporcionado con respecto a la gravedad de la pena o medida de seguridad". No tiene sentido poner como referencia la gravedad de la pena para mandarlo ocho días a una clínica. Si el imputado ha sido objeto de una medida de coerción privativa de libertad, pues ya está en un internado judicial, pero si es una cautelar sustitutiva, no amerita internamiento, porque es sustitutiva de la privación de libertad, a menos que se tenga como internamiento las dos sustitutivas, de los numerales 1 y 2 del artículo 256: "1.- Detención domiciliaria en su propio domicilio o en la residencia de otra persona bajo custodia de ésta, sin vigilancia o con la que el tribunal disponga; y 2.- Obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada...". No terminamos por entender por-

qué los expertos psiquiatras puedan pedir un internamiento. ¿Será por medidas de seguridad? Si el COPP es un código donde la privación de libertad es la excepción y el proceso en libertad es la regla, ¿por qué para una experticia psiquiátrica se necesita internar al imputado por ocho días? Pienso que como la ley dice que el juez podrá ordenarla, el juez use de esa facultad para por su prudente arbitrio ordenar que la experticia se haga sin internamiento.

Mientras dura la incapacidad el proceso se suspende hasta que desaparezca aquélla. En CEC se presentaban dos situaciones: el indiciado cometió el delito bajo un estado demencial, o por el hecho de la comisión del delito devino en estado demencial. Eran dos situaciones distintas con dos soluciones distintas. Hoy con la vigencia del Copp no se prevé sino lo que acabamos de analizar, pero, igualmente, si cualquiera de las dos situaciones se da, se someterá al imputado a experticia psiquiátrica y se resolverá después si suspender el proceso hasta que se recupere; y si cometió el delito en estado de enajenación mental, el sobreseimiento de la causa (Art. 318, n. 2). No es punible el que ejecuta la acción hallándose en estado de enfermedad mental. El tribunal decretará la reclusión en uno de los hospitales o establecimientos destinados a esta clase de enfermos, si el delito fuere grave; si el delito no es grave será entregado a la familia bajo custodia (Art. 63. CP).

2.7 *DE IMPUTADO A ACUSADO*

Dice el COPP que "con el auto de apertura a juicio el imputado adquiere la calidad (cualidad) de acusado" (Art. 124 del COPP), ya no es más imputado sino acusado. El 331 consagra la apertura a juicio mediante un auto especial. De aquí en adelante se le llamará acusado. Sin embargo, el mismo Código sigue llamando imputado al acusado: ya en el juicio (artículo 332) dice: "El **imputado** no podrá alejarse de la audiencia sin permiso del tribunal...". El artículo 335, número 3 dice que cuando algún juez, el **imputado** o, su defensor, el Fiscal del Ministerio Público, se enfermen al extremo que no puedan continuar interviniendo en el debate (ya se está en el juicio)...". Ya en el debate del juicio oral, el artículo 347 consagra las: "Declaraciones del **imputado**"; artículo 348: "Declaración de varios **imputados**"; el artículo 351: "Facultades del **imputa-**

do". Ya en sentencia (artículo 367): "La sentencia absolutoria ordenará la libertad del **imputado...**". ¿Cómo, y ... ya no se le iba a llamar más imputado, sino que después del auto de apertura a juicio se le llamaría acusado...? Imprecisiones.

3. SUJETO PROCESAL DE LA DECISIÓN: EL JUEZ

El juez es la persona investida de autoridad para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (jurisdicción). Es el sujeto procesal de la decisión.

La decisión es la función fundamental del sujeto procesal juez "...las decisiones del tribunal serán emitidas mediante sentencia o auto fundados,..." (Art. 173). La sentencia es para absolver, condenar o sobreseer y los autos para resolver cualquier incidente (Art. 173). Es decir, que las decisiones del Tribunal se clasifican en dos: sentencias y autos.

Diferencia el COPP entre sentencias y autos.

La doctrina ha dicho que la sentencia es el acto por el cual se hace concreta la voluntad abstracta de la ley (sentido material) y en sentido formal ha dicho que: la sentencia es el acto procesal escrito emitido por un órgano jurisdiccional que decide sobre una pretensión punitiva.

También que la sentencia es la declaración del juez sobre el problema de fondo o de forma sometido a su estudio; igualmente, que es la expresión definitiva y plena de la jurisdicción. Es la máxima expresión de la jurisdicción.

Humberto Cuenca (Derecho Procesal Civil, Tomo I, página 431) ha dicho que las sentencias "son decisiones que estiman o desestiman la petición del demandante. Se dividen en definitivas, que ponen fin a la relación procesal en una determinada instancia, interlocutorias, que sólo recaen sobre una parte de ella para hacer posible el curso del proceso apartando inconvenientes o estorbos procesales. Con respecto a los autos, dice que en el fondo son también decisiones interlocutorias, pero que se diferencian de éstas en que resuelven cuestiones incidentales de menor importancia.

Marcano Rodríguez dice que: "Todos los autos son actos de sustanciación del juicio: son la concatenación de los elementos dispersos del proceso ("Apuntaciones Analíticas" T.I.) y para Arminio Borjas el "auto es toda providencia judicial inclusive la sentencia" (Exposición del Código de Enjuiciamiento Criminal, Tomo I, p. 164).

El Copp clasifica a los jueces en:

– De primera Instancia:

– De control: Control de la investigación y fase intermedia (Juez unipersonal Art. 106).

– Juez de juicio: fase de juzgamiento (Juez unipersonal profesional o mixto con escabinos Art. 106).

– Juez de ejecución (Libro V del COPP).

– De Segunda Instancia: Corte de Apelaciones (tres jueces profesionales Art. 105, 106).

– Recurso Extraordinario de Casación: Tribunal Supremo de Justicia (Art. 459-469).

Todo lo relativo a la jurisdicción está consagrado en el Título III del Copp: la competencia por el territorio, competencia por la materia, competencia por conexión, el modo de dirimir la competencia, las recusaciones y las inhibiciones (artículos 54-101).

El juez tomará decisiones en las tres etapas o fases del proceso penal: en la preparatoria, en la intermedia y en la de juzgamiento o del juicio oral.

Decisiones en la etapa preparatoria

Medidas de coerción personal: privación judicial preventiva de libertad y las cautelares sustitutivas (Arts. 250 y 256).

Son autos, decisiones: La privación judicial preventiva de libertad (Arts. 250 a 255), y las cautelares sustitutivas (Art. 256): 1. Detención domici-

liaria. 2.- Custodia o vigilancia de persona o institución. 3.- Presentación al tribunal u otra autoridad. 4.- Prohibición de salida del país o del lugar donde vive. 5.- No concurrir a reuniones. 6.- Abandono inmediato del domicilio (cuando hay agresión a mujeres y niños, delitos sexuales) si vive con la víctima. 7.- Caución económica.

En la etapa intermedia

Convoca y desarrolla la audiencia oral preliminar y **finalizada ésta** tomará, en presencia de las partes, las siguientes decisiones (no puede ser finalizada la audiencia, como lo dice el COPP, porque entonces cuándo se toman las decisiones si finalizó la audiencia? Es finalizado el debate, que no ha finalizado la audiencia. Ésta finaliza con la decisión): 1.- Admitir, total o parcialmente, la acusación del Ministerio Público o del querellante y ordena la apertura a juicio. 2.- Dictar el sobreseimiento. 3.- Resolver excepciones opuestas. 4.- Decidir acerca de medidas cautelares. 5.- Sentenciar por admisión de los hechos. 6.- Aprobar acuerdos reparatorios. 7.- Suspensión condicional del proceso. 8.- Decidir sobre la prueba ofrecida para el juicio oral (Art. 330).

En la etapa del juicio oral

Llevará la preparación del debate, su desarrollo, deliberación y sentencia (Arts. 361 332 al 370).

Auxiliares de los sujetos procesales

I. Del Fiscal del Ministerio Público: a) La Policía Científica; b) Asistentes no Profesionales y los Consultores Técnicos (Arts. 147, 148).

II. Del acusador privado: su apoderado y los asistentes no profesionales y los consultores técnicos.

III. Del imputado: su defensor, y los asistentes no profesionales y consultores técnicos.

IV. Del Juez, su Secretario y los escribientes.

a) **La Policía científica.** En el Capítulo IV, del Título VII, de la Carta Magna, se consagran los órganos de seguridad ciudadana, y su artículo 332, en su numeral 2: Un Cuerpo de Investigaciones, Científicas, Penales y Criminalísticas. Un nombre rimbombante y pleonástico porque no nos explicamos por qué diferenciar lo penal y criminalístico de lo científico. En futura reforma debe llamársele simplemente Policía Científica, que es lo que en realidad quiere decir y que es la antigua Policía Técnica Judicial o PTJ.

La ley que regula este cuerpo de investigación, en el Capítulo II, del Título II los llama: Órganos de Investigación Penal, y los clasifica en: l.- Principal. 2.- Especiales. 3.- De apoyo. Todos ellos están sujetos a la dirección del Ministerio Público, como **rector de la investigación,** de conformidad con lo previsto en el Código Orgánico Procesal Penal, la Ley Orgánica del Ministerio Público, y el Decreto-Ley que los crea, y su Reglamento (artículo 3°.) "autoridades de policía de investigaciones penales, bajo la dirección del Ministerio Público..." (Art. 112 COPP), y "... siempre bajo las órdenes del Ministerio Público, sin perjuicio de la autoridad administrativa a la cual estén sometidos" (Art. 114 COPP).

1. **El órgano principal de investigación penal** es el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC) y tiene por competencia:

A) Practicar las diligencias que le ordene el Ministerio Público, encaminadas a investigar y hacer constar la perpetración de un hecho punible, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la responsabilidad penal de los autores y demás partícipes, identificación de las víctimas, de las personas que tengan conocimiento de los hechos, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con el delito (Art. 11, número 1 CICPC).

B) Al tener conocimiento de la perpetración de un delito debe comunicarlo al Ministerio Público dentro del lapso establecido en el COPP (Art. 17). Previo a la notificación puede y debe realizar actuaciones para resguardar, preservar evidencias, así como las actuaciones que resulten "urgentes y necesarias para el logro de los fines de la investigación".

La necesidad y urgencia la determina el técnico especialista. Todo esto se relaciona con el artículo 15, n. 2, que habla de "impedir que las evidencias del hecho delictivo, rastros o materialidades desaparezcan y proteger el estado de las cosas de tal forma que no se modifiquen..." y también con el artículo 9°, que consagra como deberes de los órganos de investigación penal "...el cuidado riguroso de los rastros materiales dejados en la comisión de un delito, conservación y la no alteración o modificación del estado de las cosas..." y el artículo 26 que habla de la garantía de la cadena de custodia de las evidencias físicas (recolección, manejo adecuado en el sitio del suceso, embalaje y transporte seguro y confiable al laboratorio). La Policía Científica o los órganos de apoyo dispondrán que "ninguna de las personas que se hallaren en el lugar del hecho, o en su adyacencias, se aparten del mismo mientras se realicen las diligencias que correspondan" (Art. 15, n. 3 CICPC). Asegurar la identificación de los testigos del hecho (Art. 15, n. 5 CICPC), protección de los testigos y peritos mediante claves, señales o signos, en lugar de los datos verdaderos de identificación... cuando haya grave peligro a la persona o sus bienes... previa autorización del Ministerio Público, y decisión del órgano jurisdiccional (Art. 25 CICPC).

Cuando la noticia sobre la comisión de un hecho punible fuese recibida por un funcionario perteneciente a un Órgano de Seguridad Ciudadana, distinto al CICPC, informará inmediata y simultáneamente al Ministerio Público y al CICPC (Art. 27 CICPC), y se traslada, sin demoras, al lugar de los hechos "...realizar acciones necesarias para la protección de la escena y las evidencias, ...identificación de personas que pudieren brindar información... hasta que se hagan presentes los funcionarios del CICPC, quienes asumirán la investigación criminal" (Art. 28 CICPC).

En Venezuela siempre se habló del lugar del hecho, pero más comúnmente llamado sitio del suceso. Algunas informaciones periodísticas hablaban de la escena del crimen, por influencia del sistema anglosajón, que así llama al sitio del suceso. En Venezuela nuestro sistema penal, en cuanto al hecho delictivo, sigue la división bipartida: delitos y faltas. En otros sistemas se habla de crímenes, delitos y faltas; es decir, la división tripartita. Así, ellos hablan de la escena del crimen para referirse al sitio del suceso del delito, del crimen o de la falta. Nosotros no tenemos el

crimen. En lenguaje popular o coloquial se habla de crimen para referirse a lo monstruoso de un delito: así, ante la una violación de un menor, se habla de un crimen; los delitos contra el patrimonio público, son un crimen, el terrorismo, el narcotráfico son un crimen; pero en la realidad jurídica no; por eso siempre estuvimos en contra de llamar al sitio del suceso lugar del crimen, o escena del crimen. Hoy en día, en esta Ley de los Órganos de Investigación Penal, en su artículo 28 consagra la escena del crimen. ¿Ignorancia de quienes asesoraron, estaban claros en la división bipartita y tripartita?

Tratamiento irregular del sitio del suceso

El tratamiento irregular del sitio del suceso y el tratamiento irregular de las evidencias será considerado como modificación del lugar y generará responsabilidades y sanciones (Art. 30 CICPC). También se considerará como modificación del lugar cuando otros órganos de seguridad que no sea el CICPC realicen investigaciones criminales que no le correspondan (Art. 30 CICPC).

Delito *in fraganti*: Cuando haya detenciones flagrantes por otro cuerpo que no sea el CICPC, deben garantizar la protección del sitio del suceso y la evidencias hasta que se haga presente este Cuerpo (Art. 29 CICPC).

El CICPC tiene otras competencias pero son más de prevención del delito en cuanto a narcotráfico, terrorismo internacional, desaparición de personas, movimiento de capitales ilícitos, delincuencia organizada y otros tipos delictivos (prevención en general: artículo 11, números 2, 3 y 4 CICPC).

El CICPC tiene dos grandes estructuras :

a) Criminalística: 1.- Instituto de Medicina Legal: experticias médico-legales, entre ellas: lesiones, autopsias, violaciones, experticias psiquiátricas, toxicológicas. 2.- División de Criminalística: Microanálisis, grafotecnia, dactiloscopia, balística etc.

b) Operacional: pesquisa de calle. Empezando por la presencia en el sitio del suceso, con todas las técnicas de aproximación e interpretación

y llevando al laboratorio las evidencias físicas que recolecte (algunos hablan de **colectar**. El término está mal usado), y llevando a declarar a los testigos y al imputado.

Órganos de competencia especial

a) La Fuerza Armada Nacional por órgano de sus componentes (Ejército, Marina, Aviación y Fuerzas Armadas de Cooperación) cuando estuvieren ejerciendo funciones de investigación de delitos en el ámbito de sus atribuciones legales (Art. 12, n. 2 CICPC). Esto es novedosísimo, pues antes de esta Ley sólo la Guardia Nacional era órgano de investigación penal en los delitos cuya investigación era de su competencia. Ahora el Ejército, la Marina y la Aviación investigan delitos (tienen que ser delitos militares, pensamos). ¿Pero cómo lo harán? El Código de Justicia Militar no dice que estos componentes investigarán. Tiene que ser el Fiscal Militar, y dentro de la normativa del proceso penal militar.

2.- El órgano competente para la Vigilancia del Tránsito y Transporte Terrestre en los casos previstos en su respectiva ley (artículo 12, número 2 CICPC).

Órganos de apoyo a la investigación penal

1.- Policías estadales, municipales, servicios mancomunados de policía (artículo 14, número 1 CICPC) y cuerpos policiales de inteligencia (artículo 14, número 6).

2.- Contraloría General de la República (Art. 14, número 2).

3.- Protección civil y administración de desastres (Art. 14, número 4); Cuerpo de Bomberos y administración de emergencias (Art. 14, número 5).

4.- Jefes y Oficiales de Resguardo Fiscales (Art. 14, número 7).

5.- Capitanes o comandantes de aeronaves venezolanas respecto a los hechos punibles que sean cometidos en las mismas, durante el vuelo (Art. 14, n. 8).

6.- Capitanes de buques con pabellón venezolano respecto a los hechos punibles que sean cometidos en los mismos **durante su travesía** (Art. 14, n 9). Si está surto en puerto, le corresponde a la Policía Científica.

7.- Las Universidades (públicas y privadas, entendemos), los Institutos Universitarios Tecnológicos y Científicos, de carácter público y **privado** dedicados a la investigación y desarrollo científico (Art. 14, n. 10). Los organismos de carácter público, por ser organismos del Estado, no cobran honorarios profesionales, pero los de carácter privado sí.

Encontramos, a nuestro parecer, algunas incongruencias en la ley, en esta materia, a saber: el número 5, del artículo 11 dice que el órgano principal auxiliar en caso de necesidad a la Dirección Nacional de Identificación y Extranjería, y el artículo 14 dice que son órganos de apoyo (de auxilio, entendemos) a la investigación penal el órgano competente en materia de identificación y extranjería. ¿Quién auxilia o apoya a quién?

Otra incongruencia está en: son órganos de competencia especial la Fuerza Armada Nacional etc. (Art. 12, n. 1), y luego en el artículo 14 dice que son órganos de apoyo a la investigación penal: La Fuerza Armada Nacional (Art. 14, n. 11). ¿Es especial o es de apoyo?

El artículo 12, número 2, dice que es órgano de **competencia especial**, el órgano competente para la Vigilancia y Tránsito y Transporte Terrestre etc. y el artículo 14, número 12 dice que es **órgano de apoyo** el órgano competente para la Vigilancia del Tránsito y Transporte Terrestre. ¿Es especial o es de apoyo?

b) Auxiliares de las partes

1.- Asistentes no profesionales (Art. 147).

2.- Consultores técnicos (Art. 148).

3.- Asistentes no profesionales (Art. 147)

Para que colaboren en las tareas del acusador (público y privado) y del imputado y su defensa.

Los nombran y participan al juez de su nombramiento, dando los datos personales y asumen la responsabilidad por su elección y vigilancia.

Asistirán a las audiencias, sin intervenir, por supuesto.

Clasificación

l.- Estudiantes de Derecho en práctica jurídica.

2.- Otros.

3.- Consultores técnicos (arts. 148, 237)

a) Del Ministerio Público

b) Del acusador privado

c) Del acusado y su defensor

El acusado y su defensa, y el acusador privado comunican al Juez la necesidad de asistencia de consultores técnicos. Éstos asisten y auxilian con su ciencia, arte, técnica u oficio, antes y durante las audiencias, a las partes. Asisten y auxilian, **no las sustituyen** (Art. 148).

Pueden presenciar las experticias, dice el COPP, pienso que sin opinar. Toman notas e informan a la parte.

La parte busca a un perito o experto para que lo auxilie en "actos propios de su función de parte..." (Art. 148, 2º. Aparte), por "... las particularidades del caso..." (Art. 148). La auxilia antes, pienso, asesorándola en lo que tenga que decir, pero mucho antes, presenciando las experticias. En la audiencia, si el asunto es tan técnico que sólo el consultor técnico sabe manejar, creo que debe dejársele intervenir en la audiencia, porque el auxilio es en los actos propios de la función de cada parte y la actuación en la audiencia es una de sus funciones. Pensamos que es lo propio. El legislador, con respecto a los no profesionales, expresamente dijo que "asistan a las audiencias pero sin intervención en ellas (artículo 147, encabezamiento). Nada dice de los consultores técnicos.

Dice Manzini (Tratado de Derecho Procesal Penal. T. III, pp. 445-451) que "La función del consultor técnico,... tiene carácter de prestación de obra intelectual a particulares...". "Los consultores técnicos admitidos en el debate se deben limitar a exponer el resumen de sus observaciones y de las razones esenciales que las justifican, con prohibición absoluta de toda discusión entre ellos y con los peritos...".

El Fiscal del Ministerio Público podrá nombrar **directamente** a su consultor técnico sin comunicarlo al Juez (148, aparte).

Como asisten a las partes (Fiscal del Ministerio Público, acusador privado, imputado y su defensor) en su ciencia, arte o técnica, ¿será orientada hacia el objetivo de aquéllas? Pienso que sí, pero sin pensar que sea inmoralmente torcida. Hay que recordar que el fin del proceso es la justicia. El artículo 102 del COPP dice que "las partes deben litigar de buena fe". "La temeridad y la mala fe pueden ser sancionadas por el Juez "(Art. 103).

Número de consultores técnicos: Uno por parte (Art. 148 último aparte).

Honorarios: No dice nada el COPP. Creo que deben pagarse como a los peritos en juicios civiles.

¿Será pública la función de los asistentes no profesionales y de los consultores técnicos y por lo tanto hay que juramentarlos?

Los asistentes no profesionales y los consultores técnicos del fiscal van a asistir y auxiliar a un funcionario público. Pareciera que debe juramentarse, porque la función es pública.

¿El del imputado y su defensor? Pienso que también, porque el defensor ejerce una función pública. "La defensa es una función pública ... para el ejercicio de cualquier función pública, es requerido el juramento" (S. CSJ el 27 de octubre de 1978, GF 3E, N° 102, p. 780).

Según el artículo 253 de la Carta Magna, los auxiliares de las partes colaboran con el sistema de justicia, luego ejercen una función pública.

Dice: "... el sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determinen la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, **los o las auxiliares... de justicia,...**".

El particular (perito o experto) que ejerce una función de asistencia a un ente público, esporádicamente, **es un funcionario público eventual**. Y al ser funcionario público debe juramentarse de cumplir bien y fielmente el encargo.

El artículo 236 del Código Penal dice que: "Para los efectos de la ley penal, se consideran como funcionarios públicos: 1° Todos los que estén investidos de funciones públicas, aunque sean transitorias... Asimílanse a los funcionarios públicos, desde el punto de vista de las consecuencias legales los... expertos... durante el ejercicio de sus funciones". La Ley contra la corrupción define a los funcionarios o empleados públicos, en su artículo 3, numerales 1 y 2 así: 1.- Los investidos de funciones públicas, permanentes, o transitorias, remuneradas o gratuitas, por elección, por nombramiento o por contrato, que estén al servicio de la República, estado, territorios y dependencias federales, distritos, municipios, institutos autónomos, universidades públicas, Banco Central de Venezuela o de cualesquiera órganos o entes que ejercen el Poder Público. 2.- Directores y administradores de sociedades civiles y mercantiles, fundaciones, asociaciones civiles y demás instituciones constituidas con recursos públicos, o cuando la totalidad o 50% de los aportes presupuestarios son de origen público.

Estas son unas reflexiones de aproximación al tema, que serán sometidas a revisión y actualización oportuna y necesaria, que he compartido con mis alumnos del Quinto año de Derecho, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, de la Universidad Central de Venezuela, Sólo eso. **LAUS DEO**.

La Confesión y las Posiciones Juradas en Materia Laboral

José Vicente SANTANA ROMERO*

SUMARIO:

Introducción
1. Planteamiento del problema.
2. Fundamentos teóricos.
3. Basamento conceptual y legal.
4. Concepción y/o enfoques.
Conclusiones y recomendaciones.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se pretende realizar un pequeño estudio de lo establecido por nuestro legislador en el Código de Procedimiento Civil

* **Universidad Santa María**, Abogado, Especialista en Derecho Procesal Civil, Especialista en Derecho Laboral. **Politécnico Santiago Mariño**, Profesor. **Universidad de Margarita**, Profesor. **Grupo Juris**, Abogado Independiente.

del artículo 403 al 419 del mismo, así como en el artículo 52 de la Ley Orgánica del Trabajo; efectuando, dentro de lo posible y con nuestras limitaciones, una anotación especulativa y crítica de las concordancias que se pudiera encontrar en el ámbito del derecho en general. Se concluye finalmente, con algunas jurisprudencias que podrían resultar aplicables a los diferentes casos planteados, con el fin de determinar los diferentes tipos de confesión y las formas en que las partes en el proceso las pueden obtener.

De allí la necesidad de plantear un conjunto de 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.

En el capítulo segundo se estudia lo que es la confesión y los tipos de confesión, así como toda la materia relacionada con el fondo del asunto en estudio. En su capítulo tercero se plantea todo lo que engloba las Posiciones Juradas, su forma de evacuación y promoción, así como sus diferentes matices y se concluye en el capítulo cuarto con las respectivas conclusiones.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el presente trabajo de investigación se parte del supuesto de que las posiciones juradas son un deber procesal, y por ello concluye en su naturaleza de confesión, es decir, el reconocimiento de los hechos desfavorables a las partes, independientemente de su ánimo o no de confesar. De allí que la determinación de los sujetos obligados a absolver las posiciones Juradas resulte determinante en la regulación de este medio probatorio esencialmente personal, existiendo un privilegio de que sólo a las personas jurídicas, de conformidad con lo establecido en el artículo 404 del Código de Procedimiento Civil, 51 y 52 de la Ley Orgánica del Trabajo se les permite designar una persona natural para que absuelva

en su lugar las posiciones, a diferencia de la persona humana. Por esa desigualdad procesal que significa aquel privilegio, algunos autores sostienen, que en el nuevo derecho del trabajo, surgido de la Ley Orgánica del Trabajo, que entró en vigencia el 1º de mayo de 1991, el trabajador pueda designar a otra persona, que hubiere tenido el conocimiento personal de los hechos para que, en su lugar, absuelva las posiciones que en su contra le promovieren. Pero es que motivado por ese acento humanista, algunos autores llegan a calificar de inconstitucional la norma que discrimina entre la persona jurídica y la natural para permitir sólo a aquélla la delegación del deber de rendir posiciones en otras personas naturales (Art. 404 del CPC), pero en el presente trabajo se ha buscado plantear un conjunto de soluciones de carácter procesal al problema planteado.

Igual consideración merece el tratamiento que diferentes tratadistas hacen de la formalidad de la reciprocidad de la confesión provocada, volviendo a destacar que en la realidad, por el privilegio dado a las personas jurídicas, no es cierto que se hayan igualado procesalmente las partes. Y ello porque si el deber de absolver recíprocamente las posiciones es no sólo procesal, sino fundamentalmente ético-moral, con la delegación que puedan hacer las personas jurídicas ese deber resulta burlado.

En consecuencia, en la temática de la confesión, hay que dar un tratamiento especial, cuando se trata de posiciones promovidas en contra de los apoderados de las partes, dándole supremacía a tal valor ético sobre el deber de absolver dichas posiciones y los requisitos establecidos por la jurisprudencia para su absolución. Y en ese mismo orden de ideas se encuentra su razonamiento acerca de la responsabilidad civil, penal y profesional de los apoderados por los perjuicios que causen a las partes al incumplir el deber de absolver posiciones juradas.

Por consiguiente, la confesión no indica que el juez debe fallar a favor de la otra parte. Él debe tomar en cuenta muchos elementos existentes dentro del proceso. De no ser así, considera el autor que el aspecto humano y personal dejaría de estar presente en esta probanza. Y es que además las pruebas en general no son sino la reconstrucción de un escenario histórico anterior al proceso, y esa reconstrucción puede estar

desfigurada y distorsionada por factores sociales, psicológicos y éticos, que el juez debe salvaguardar y respetar, al efectuarse la prueba, y a la hora de determinar si en verdad la historia es tal como la que el confesante se ve obligado a admitir, la confesión aunada a los diferentes elementos de autos es lo que vendría a constituir plena prueba.

Ese factor psicológico de temor o de miedo, creado o aumentado no pocas veces por los jueces, hace que se llegue hasta aceptar lo desfavorable para salir de la presión moral que las posiciones juradas, quiérase o no, significan. La presión que abogados y jueces hacen, a veces, en el acto de absolución de las posiciones juradas, no sólo quitan la tranquilidad de ánimo, sino que inducen a las partes a reconocer hechos falsos en su contra, que de no haber mediado tal intimidación habrían rechazado sin duda alguna. Salvo la confesión espontánea, en la provocada, la duda siempre queda, de si fue la verdad la que privó o la mentira impulsada por el miedo o el temor. ¿Habrá llegado el momento de suprimirla por el interrogatorio escrito? ¿Es que acaso vale más la condición de funcionario público o de autoridad que la dignidad de la persona humana, para dispensar sólo a aquéllos de la obligación de concurrir al Tribunal a absolver posiciones juradas? Reflexiones que mediante el diferente análisis de las instituciones que engloban tanto la confesión como las posiciones juradas se tratará de dilucidar. Si se llegare alguna vez a introducir estas reflexiones en la normativa que regula la prueba de confesión, se piensa que el juez se encontraría más próximo a la verdad de los hechos y no a una verdad procesal.

Por lo tanto se considera que es posible con fundamento en el poder contralor del juez sobre el proceso (artículo 14 del CPC), en el principio de la veracidad de sus decisiones (artículo 12 *eiusdem*), en el deber judicial de garantizar la defensa y la igualdad de las partes (Art. 15 *eiusdem*), en la necesidad de la plenitud probatoria (Art. 254 *eiusdem*), en la exhaustividad del análisis de las pruebas (Art. 509 *eiusdem*), y específicamente en el carácter pertinente, personal y controvertido que deben tener los hechos (Arts. 403 y 410 *eiusdem*), y de claras, precisas, directas y categóricas que han de ser las contestaciones a las posiciones (Arts. 409 y 414 *eiusdem*), así como con fundamento en la antigüedad o complicación de los hechos (Arts. 414 y 415 *eiusdem*), e inclusive

en la justificación de la no comparecencia del absolvente (Art. 412 *eiusdem*), que los jueces no están obligados a admitir el rigorismo tradicional del carácter pleno de la confesión (Arts. 1.401 y 1.402 del CC), y hasta inclusive, tratándose de valoración de una prueba, ¿pueden los jueces examinar, apoyándose en las otras pruebas (Arts. 254 y 509 del CPC), si la misma ha sido o no, resultado de un error de derecho? (Art. 1.404 del CC). De proceder en esta forma, estarían cumpliendo su función de escudriñar la verdad, y de acercar la sentencia a la verdad real, para que resulte justa.

A la vez, es importante delimitar las diferentes soluciones que el litigante se encuentra obligado ha aplicar en el proceso laboral, ante el silencio que posee la Ley con relación a la promoción y su respectiva evacuación de las posiciones Juradas, tales soluciones se dan por la aplicación analógica de las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil y en la Jurisprudencia, quien se ha encargado de tratar de esclarecer las dudas planteadas en la ley.

Así mismo es importante realizar un análisis con relación a quiénes pueden absolverlas, quiénes pueden solicitarlas, a quiénes se pueden designar o delegar.

De llegarse a aceptar lo anterior, se acabaría con el mito de la confesión y de las posiciones juradas, que perjudica en el proceso civil la dignidad de las personas.

Importancia y Justificación

Es muy amplia la Doctrina con relación a lo que se podría entender por Confesión, es así como el insigne procesalista Francesco Carnelutti la define de la siguiente manera: "Es un testimonio de la parte cuyo objeto es un hecho contrario a la Ley" (Francesco Carnelutti, p. 225).

Ricardo Henrique La Roche la define: "*El reconocimiento o aceptación que hace una persona de hechos relevantes a una determinada litis o relación jurídica que le concierne y que son opuestos al efecto jurídico que reclama, espere o interesa al declarante"* (Código de Procedimiento Civil, p. 253), de esta definición se desprendenun

conjunto de elementos que nos permite comenzar a analizar lo que engloba la Confesión, en primer término tenemos que la confesión necesariamente tiene que ser hecha por las partes, pero habría que entender ésta en sentido sustancial, no procesal, porque no tendría el mismo valor la que se realiza ante el Juez competente, como parte formal en un proceso, como la que se realiza ante un juez que sea incompetente.

Por otra parte, la forma que ha establecido la Doctrina y la Jurisprudencia para probar la confesión extrajudicial que se le realiza a la parte misma o a su representante es a través de testigos que declaren haber presenciado el momento en que se produjo la confesión, ya que si el testigo declara haber escuchado la confesión, tal confesión poseería el carácter de indicio y no el de plena prueba que le consagra el artículo 1.401 del Código Civil.

De la misma manera nos preguntamos ¿si este primer principio que analizamos de la confesión, prospera en materia laboral?

El investigador considera que si la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimientos del Trabajo en su artículo 31 remite a la aplicación de las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, a la vez que el artículo 52 de la misma ley establece "... Cuando los Tribunales del Trabajo no pudieren decidir una controversia conforme a una disposición expresa de la legislación del Trabajo, se tendrá en consideración las disposiciones que regulen casos semejantes o materias análogas; y si el caso fuere todavía dudoso, se decidirá de acuerdo con las costumbres inveteradas y uniformes de la República o de una determinada localidad"..., en el caso que se encuentra bajo análisis la Ley Orgánica del Trabajo en su artículo 53, establece la figura de la citación del patrono para que proceda a la absolución de Posiciones Juradas, y establece quién las puede absolver; pero nada nos establece la ley el mecanismo de evacuación de esa prueba, por lo que necesariamente se tendrá que remitir a lo que al respecto establece el Código de Procedimiento Civil, por lo que deducimos que el primer principio que se encuentra bajo análisis con relación a las confesiones establecidas en los artículos 1.401 y 1.402 del Código Civil sí prosperan en materia laboral.

Ya que la confesión es por su naturaleza y estructura, una declaración de ciencia o informativa, dirigida a expresar el conocimiento del hecho afirmado por el adversario; y por su función, una declaración de verdad del hecho, puesto que la ley le otorga el valor de plena prueba a dicha declaración, constituyéndola así en prueba legal. La declaración confesoria se refiere a hechos singulares afirmados por el adversario, y no a la relación jurídica controvertida, objeto de la pretensión.

Además, existe otro punto importante que debe analizarse en relación a la confesión y es lo estipulado en el Art. 1.403 del Código Civil que establece: "La confesión extrajudicial no puede probarse con testigos, sino en los casos en que la ley admita la prueba de testigos".

Esta confesión puede ser acreditada en autos por cualquier tipo de prueba, incluyendo la de testigos cuando la ley lo permita, sobre este particular bastaría la pertinencia del hecho declarado, para que la manifestación pueda ser tomada por el Juez.

De la misma manera se puede definir las posiciones Juradas como: "El mecanismo diseñado por el legislador para provocar la confesión dentro del proceso, mecanismo mediante el cual una parte solicita a la otra, conteste bajo juramento, preguntas afirmativas sobre hechos pertinentes en términos claros y precisos (Art. 409 y 410 del CPC), las cuales deberán ser contestadas por el absolvente en forma directa y categórica (Art. 414 del CPC)".

Con motivo de esta carga es que para el absolvente, las respuestas evasivas o la falta de contestación a las preguntas que le realiza su contraparte se tendrá por respuesta de índole afirmativas (Art. 412 del CPC).

En cuanto a las posiciones Juradas en principio pueden ser promovidas por cualquiera de las partes principales en el proceso laboral, ya se trate de litigantes unipersonales o de miembros de litis consorcio activo o pasivo, pudiendo pedir las posiciones tanto la parte como sus apoderados, sin necesidad de que exista facultad expresa señalada en el poder, ya que dentro de los límites del mandato judicial se encuentra el promover las posiciones y formular las preguntas; el Artículo 154 del Código

de Procedimiento Civil, no señala las posiciones juradas como un acto del proceso reservado expresamente por la ley y al no encontrarse como un acto expresamente reservado a la parte, no se necesita facultad expresa para ser solicitadas; pero sí se necesita un conjunto de requisitos procedimentales y podríamos decir circunstanciales para proceder a su absolución.

En el caso de que se plantee un litis consorte, habría que comenzar por definir quién está facultado para solicitar la absolución de posiciones juradas.

Si varios de los litis consortes necesarios de naturaleza sustantiva promueven las posiciones, la promoción debe ser considerada una sola y las posiciones las formulará el litis consorte escogido por los colitigantes. De la misma manera en el procedimiento laboral pueden existir tercerías, tanto de dominio como coadyuvantes.

En el caso de que la tercería sea de dominio, las posiciones podrán ser promovidas por el tercerista contra los codemandados, quienes a su vez podrán proponer la prueba contra el tercerista; mientras que tratándose del coadyuvante, consideramos que no se encuentra facultado para promover la prueba, ya que sus diferentes confesiones no serían de carácter relevante para el proceso al no poder perjudicar con ellas al coadyuvado.

En el caso de los sindicatos, el artículo 409 de la Ley Orgánica del Trabajo en su literal "D" establece:

> …Representar y defender a sus miembros y a los trabajadores que o soliciten, aunque no sean miembros de sindicato, en el ejercicio de sus intereses y derechos individuales en los procedimientos administrativos que se relacionen con el trabajador, y, en sus relaciones con los patronos…

Se considera que la intervención en este caso por parte de los sindicatos, como terceristas coadyuvantes, no se encuentran facultados para la absolución de posiciones juradas.

En igual situación se encuentran los defensores *ad lítem,* y por las mismas razones que no les es permitido la intervención de los terceros coadyuvantes de la misma forma a los defensores, aunado al hecho de no tener el conocimiento directo de los hechos, y por no actuar en condición de apoderados.

En este orden de ideas, el autor observa que en el proceso civil es principio general que las partes en un litigio se encuentren en un mismo plano, por lo que el Estado no protege a ninguna de ellas en especial; mientras que o, en el proceso laboral las partes no están en el mismo plano, y por ello el Estado entra a tutelar a la parte más débil, mediante instituciones e iniciativas que la Ley Orgánica del Trabajo otorga al Juez Laboral.

OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

Objetivo General:

1. Partir del supuesto de que las posiciones juradas son un deber procesal que concluye en su naturaleza de confesión, demostrar en ella, que el reconocimiento de los hechos son desfavorables a las partes independientemente de su ánimo o no de confesar.

Objetivos Específicos

1.1 Demostrar que la confesión provocada resulta desfavorable a las partes por cuanto, el factor psicológico de temor o de miedo, puede inducir a las partes a reconocer hechos falsos en su contra.

1.2 Delimitar las diferentes soluciones que el litigante se encuentra obligado ha aplicar en el proceso laboral, ante el silencio que posee la Ley con relación a la promoción y su respectiva evacuación de las posiciones Juradas.

1.3 Realizar un análisis en relación a quiénes puedan absolver, quiénes pueden solicitar y a quiénes se pueden designar o delegar la Absolución de las Posiciones Juradas.

Tanto la Doctrina como la Jurisprudencia establecen o han logrado establecer los diferentes parámetros a través de los cuales se prevé encausar esta prueba, así como su valor probatorio y las diferentes formas de obtención de la confesión.

Este estudio posee la limitante de que la Ley Orgánica del Trabajo, a pesar de ser una materia que se rige por su propia Ley Orgánica y posee su Ley Orgánica, que establece los procedimientos a seguir (Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo) no nos establece nada con relación a la promoción y evacuación de esta prueba, así como nada nos establece con relación a su valoración, teniendo que remitirnos a lo establecido en el Código de Procedimiento Civil, adaptando sus normas a la materia laboral.

Por este motivo, el estudio se concentra de manera documental en Jurisprudencia y Doctrina.

Este trabajo de investigación se fundamenta principalmente en la confesión, la cual como se dijo anteriormente es el procedimiento a través del cual una persona reconoce los hechos relevantes que en una determinada relación jurídica interesa al declarante. Conjuntamente, y en estrecha relación, se destacan las posiciones Juradas como el mecanismo diseñado por el legislador para provocar la confesión. De allí que en este capítulo serán estos dos aspectos los ejes fundamentales sobre los cuales se sustentará esta investigación.

2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS

Tipos de confesión, tomando como bases las propiedades que establece el confesante:

La confesión es espontánea cuando procede de la voluntad del confesante como su única causa, es decir, aquella que procede del confesante por su propia iniciativa. En cambio es provocada cuando se produce por petición de la otra parte y bajo juramento.

De igual forma, *la confesión es irrevocable* por regla general, cuando una vez que ha sido emitida no puede retirarse; por excepción puede ser

revocable por el confesante, cuando éste pruebe que ella ha sido el resultado de un error de hecho, pero no puede revocarse so pretexto de un error de derecho (Art. 1,404 Código Civil).

Así mismo es importante destacar para efectos de esta investigación que *la confesión Jurada* es aquella que se emite bajo la figura del juramento y la no jurada es aquella que se emite sin juramento.

Tipos de confesión, tomando como bases las propiedades que establece al adversario del confesante:

a) *Divisible*: Cuando el adversario del confesante tiene el poder de dividir el contenido de la confesión, aceptando la parte que le favorezca y rechazando aquella favorable al confesante.

b) *Indivisible*: Cuando aquel que desea beneficiarse de la declaración judicial o extrajudicial del adversario, no puede aceptarle en aquello que le favorece y rechazarla en cuanto le es contraria, sino que debe aceptarla y rechazarla *in toto*.

Si se estudia más a fondo el principio de la indivisibilidad de la confesión, se encuentra que la divisibilidad y la indivisibilidad, depende de la relación o vinculación que pueda darse de las dos partes de la declaración. Así, cuando el Código Civil establece que la confesión no puede dividirse en perjuicio del confesante, se refiere a una declaración sola no a dos declaraciones diversas; si las cosas declaradas son tales que excluyen la unidad de la declaración, llega a faltar el presupuesto mismo de la indivisibilidad, el cual consiste más que en la complejidad, en la unidad de la declaración que se dé y el objeto favorable al confesante, se refiere a la misma relación jurídica a la cual se refiere el hecho contrario: Así, cuando el confesante admite que recibió de la otra parte la suma de dinero que dice haberle dado en préstamo, pero que la recibió a título de donación, la declaración es una sola, porque el hecho favorable al confesante se refiere a la misma relación y sólo la califica, siendo por ello la confesión indivisible. En cambio, si el confesante admite haber recibido la cantidad dada en préstamo, pero agrega que la pagó, la declaración no es única, pues a la relación de préstamo admitida se

agrega un hecho diferente el pago, que es causa de extinción de la obligación… y excluye la unidad de la declaración, por lo cual en este caso es divisible la confesión.

Concepto de Posiciones Juradas

El tratadista Arístides Rengel-Romberg define las Posiciones Juradas como: "Un medio de prueba del género de la Confesión y como tal una declaración de ciencia que tiende a establecer la verdad del hecho objeto de la posición (*tu veritas eliciatur ab ore litigatoris*) (Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano. P. 45)

¿Quiénes son los delegados?

> El Artículo 53 de la Ley Orgánica del Trabajo establece:
>
> Cuando el patrono fuere citado para absolver posiciones juradas, bien personalmente o mediante citación de uno de sus representantes, de conformidad con lo previsto en el artículo anterior, el patrono podrá autorizar a una de las personas a que se refiere el artículo 51 de la ley para que las absuelva por él cuando dicha persona por la labor que cumpla debe estar en conocimiento real de los hechos sobre los cuales versarán las posiciones.

Al estatuir la Ley Orgánica del Trabajo la posibilidad de que el patrono puede designar como delegado para absolver por él las posiciones juradas a las personas que se indican en el Art. 51 de la misma Ley, lo hizo bajo dos condiciones: 1.- que sean de las personas indicadas en el artículo 51; y 2.- que dichas personas estén en conocimiento real de los hechos sobre los cuales versarán las posiciones juradas.

La citación que se realiza en las personas indicadas en el artículo 51 de la mencionada Ley se basa en la existencia de un mandato tácito de origen legal, puesto que esta enumeración de las personas que pueden actuar por el patrono se fundamenta por el motivo de que ellos intervienen directamente en representación del patrono, así como en la toma de

decisiones de una empresa como determinar en el área donde actúan, el destino del trabajo con quienes se encuentran bajo su dependencia, y en el ejercicio de sus funciones laborales hasta son capaces de representar u obligar al patrono, de tal manera que se confunden con el patrono hasta tal punto que parezca que ellos son los mismos.

Además de que la ley exige como requisito indispensable para que puedan concurrir a absolver posiciones por el patrono, que estén en conocimiento real de los hechos sobre los cuales versarán las posiciones; y que además sea el empleador quien los escoja, cortando así cualquier colusión entre el trabajador y estos otros trabajadores, que por lo regular no componen la plana máxima de la dirección de la empresa.

Vamos a realizar un análisis de quiénes pueden ser delegados, de conformidad con lo establecido en este artículo, así tenemos:

1) Administradores, Gerentes, Directores:

a) Administrador, en el sentido del Art. 51 de la Ley Orgánica del Trabajo, es aquella persona física que se encarga de administrar bienes ajenos, y que de conformidad con el concepto que en este punto se está desarrollando, puede ser accionista o no de la empresa, como podría ser o no su representante legal, de conformidad con lo establecido en sus estatutos.

b) Los gerentes, de acuerdo con el Art. 94 del Código de Comercio, son factores mercantiles que administran por cuenta del dueño. El Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales nos trae la siguiente definición: "Persona que se encarga de la dirección de los negocios de una sociedad o empresa mercantil, contando para ello con el poder o mandato necesario" (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales del Doctor Manuel Ossorio, Edit. Heliasta S.R.L. 1981, p. 335); por lo que tampoco necesariamente tendrían que ser los representantes legales de las sociedades, y pudiendo ser socios o no de la misma.

c) Directores: Se tiene que entender por directores, aquellas personas que establecen de una manera directa los parámetros financieros a seguir por la empresa, así como las diferentes políticas comerciales que

guiarán el destino de la empresa; estos directores pueden ser socios o no de la empresa, pero se consideran representantes del patrono, capaces de absolver posiciones juradas en su nombre.

2) Capitanes de Barco: Se encuentran definidos en el artículo 627 del Código de Comercio al establecer:

> El capitán es el encargado del gobierno y dirección de la nave, mediante una retribución. Es también factor del propietario de la nave y representante de los cargadores en todo lo relativo al interés de la nave y su carga y al resultado de la expedición.

La disposición del artículo 51 de la Ley Orgánica del Trabajo se concuerda con el artículo in comento del Código de Comercio, hasta el punto que señala que le toca al capitán escoger las personas que deben componer la tripulación, de acuerdo con el propietario en cuanto al número y calidad de los que deban formarla; pero a la vez se observa la misma característica establecida en las definiciones anteriores; que puede ser o no propietario del buque y por ende llega a ser una persona designada para absolver posiciones juradas en nombre del propietario del buque.

3) Capitanes de Aeronaves: Se encuentran en una situación similar a la de los capitanes de los buques, ambos capitanes se encuentran en la obligación de llevar un conjunto de libros que producen efectos probatorios dentro del proceso. Esa actividad probatoria preestablecida (mediante la obligación de llevar los libros), separa a estas personas de aquellas otras dedicadas a otro tipo de transporte, como el de carga o descarga de pasajeros por vía terrestre.

4) Depositarios: De nuevo el Art. 51 Ley Orgánica del Trabajo no utiliza la voz en el sentido netamente jurídico, ya que no se podría entender cómo aquella persona que posee los bienes conforme al contrato de depósito (Art. 1.749 Código Civil), sino que la palabra es utilizada en su acepción más común, para referirse a jefes o encargados de depósitos, almacenes y establecimientos similares.

5) Liquidadores: Son liquidadores los que provienen de la figura llamada liquidación por el Código de Comercio (artículo 347), los cuales pueden ser varias personas que obran separadamente, al igual que los que cumplen igual función en las sociedades civiles (Art. 1.681 Código Civil), o en las mercantiles en estado de atraso (Art. 904 Código de Comercio); y a ellos deben asimilarse los síndicos de las quiebras. Por lo general, estas personas no conocen los hechos del juicio laboral que comenzó antes del estado de liquidación. Quien liquida va a pagar a los acreedores y para ello es necesario que averigüe el estado de cada acreencia y siendo el crédito de los Trabajadores Privilegiado de conformidad con lo establecido en los artículos 158 y 159 de la Ley Orgánica del Trabajo se encuentran en la obligación de llamar a los trabajadores para que concurran a la masa de acreedores en su condición de créditos privilegiados; por lo que llamado a las posiciones o delegado para ello, si es miembro de una junta liquidadora deberá acudir al acto con el debido conocimiento del caso, ya que su función es conocer las acreencias para pagarlas, se trata de conocimiento propio de hechos ajenos.

6) Demás personas que por cuenta de un patrono ejerzan funciones de dirección o administración: En este orden de ideas habría que agregar las consagradas en el artículo 20 de la Ley Orgánica del Trabajo que señala: "Los jefes de relaciones industriales, jefes de personal, capitanes de buque o aeronaves capataces o quienes ejerzan funciones análogas, deberán ser venezolanos".

Este tipo de trabajadores ha sido definido por el artículo 42 de la Ley Orgánica del Trabajo como aquellos que intervienen en la toma de decisiones u orientaciones de la empresa, que tengan el carácter de representante del patrono frente a los trabajadores y ante terceros, y que puedan sustituirlo en todo o en parte en sus funciones.

Este conjunto de personas señaladas en los diferentes artículos in comento; por el alto cargo que desempeñan en las empresas y con ocasión de las funciones de Dirección que ejercen en las empresas; la Ley presupone que tengan un conocimiento directo de los hechos, para poder en nom-

bre del patrono absolver posiciones juradas; estas personas se consideran representantes del patrono aunque no tengan mandato expreso.

Creemos que el trabajador no se encuentra facultado para decidir quién absuelve las posiciones juradas por parte del patrono, ya que la Ley Orgánica del Trabajo en su artículo 53 y el Código de Procedimiento Civil en su artículo 407 así lo establece, otorgándole la facultad a éste para que designe a una de las personas indicadas en los artículos in comento, mas cuando esta facultad es potestativa del patrono, ya que muy bien el mismo podría absolverlas, interés principal por parte del trabajador.

En consecuencia, permitir la escogencia de los designados al promovente de la prueba representa un grave peligro para el patrono, ya que el acuerdo entre el trabajador y uno de los delegados, dejaría indefenso al patrono; de allí que sea éste quien pueda señalar quién las absolverá en su nombre, por tener conocimiento de los hechos.

Supuestos de la Sustitución de Patrono

En este punto a parte del problema que se puede presentar por la sustitución patronal, hay que entrar a analizar la existencia de empresas como entes patronales que funcionan bajo la figura de grupo económico. Bajo esta premisa el autor se pregunta: ¿Cómo funciona en estos supuestos la figura del delegado y la del designado? Se analizará ambos supuestos separadamente:

1) *Sustitución de patronos:* Los artículos 88 y siguientes de la Ley Orgánica del Trabajo definen la sustitución de patronos de la siguiente manera: "Existirá sustitución de patronos cuando se transmita la titularidad de una empresa, de una persona natural o jurídica a otra, por cualquier causa y continúen realizándose las labores de la empresa".

De esta definición considera el autor, como característica esencial, la transferencia de la titularidad de la propiedad o de la posesión sobre la empresa que puede ser total o parcial, y de la continuación de la actividad mercantil desarrollada por la empresa sustituida. En este caso creemos que de surgir un juicio laboral en contra del patrono sustituto y

solicitadas sus posiciones juradas, el patrono sustituto podría delegar su absolución en algunas de las personas señalada en el capítulo anterior que posean un conocimiento directo de los hechos; pero creemos que por carecer el patrono sustituto de un conocimiento directo de los hechos (por ser más de carácter referencial) éste no las podría absolver; al menos que el promovente demostrara que para el momento en que acontecieron los hechos, el patrono sustituto tuvo un conocimiento real y directo de los mismos; en este caso sí estaría obligado a absolverlas.

2) *La existencia de grupos económicos:* Los grupos económicos son definidos como aquellos donde un conjunto de empresas conforman una sola sociedad y sus socios ejercen una relación de dominio sobre otras compañías (y hasta personas naturales) que acatan sus instrucciones, y en donde diferentes empresas se unen para desarrollar en conjunto una política global sin perder en apariencia la independencia que les atribuye la personalidad jurídica individual.

La unidad patrimonial y la responsabilidad común se patentiza en la Ley Orgánica del Trabajo en el Art. 177 que también parte del concepto de grupo para la determinación de los beneficios de una empresa. Como uno de los criterios para distinguir la realidad de un conjunto, es la unidad económica; para verificarla no importa que esta unidad aparezca dividida en diferentes explotaciones con personerías jurídicas distintas, es más, ni siquiera el que se lleven contabilidades separadas, rompe la noción de unidad económica del Art. 177. Si para el cálculo de los beneficios a que tienen derecho los trabajadores se toman en cuenta todos los beneficios del grupo, debe considerarse que todo su patrimonio es una unidad en estos casos de grupos económicos.

En este supuesto, a pesar de comparecer en juicio como litis consorcios necesarios, es posible que en su condición de grupo se pueda delegar la absolución de las posiciones juradas en uno de los delegados indicados en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Trabajo, sin necesidad de la comparecencia de todos y cada uno de los colitigantes o sus delegados, por ser este personero el que tiene conocimiento real y directo sobre los hechos litigiosos. De igual forma se cree que este conjunto de entes jurídicos que conforman el grupo que actúan como unidad económica,

puedan efectuar la designación de una sola persona de acuerdo al Art. 404 del Código de Procedimiento Civil, por ser ella la que tiene conocimiento directo y personal de los hechos litigiosos efectuados por cada uno de los entes que conforman el grupo, por tratarse de alguna de las personas señaladas en el Artículo 51 de la Ley Orgánica del Trabajo y participar en la directriz del grupo económico.

Requisitos para la absolución de apoderados escogidos por el promovente

Además de las partes, pueden ser llamados a absolver Posiciones en juicio el apoderado por los hechos realizados en nombre de su mandante, pero tienen que darse tres condiciones establecidas en el mismo texto legal: 1.- que el poder se encuentre vigente para la fecha en que se proponga la prueba requisito ya ampliamente explicado en capítulo previo; 2.- que se refiera a hechos realizados en nombre de su mandante; y 3.- que en cumplimiento de su mandato, característica necesaria para la absolución de las posiciones, el absolvente tenga conocimiento directo y personal sobre los hechos de la causa, pero este conocimiento tiene que nacer con ocasión del ejercicio de su mandato y no puede ser por vía referencial.

El poderdante puede, de no poseer un conocimiento directo de los hechos, oponerse a la admisión y evacuación de la prueba, ya que si la misma, a pesar de la declaración del apoderado es evacuada, las posiciones juradas o las confesiones que se desprendan de la evacuación serían inexistentes.

Puede suceder que el patrono designe a su apoderado para absolver las posiciones, aun cuando a sabiendas no tenga un conocimiento directo y personal de los hechos, por lo que el absolvente negaría los hechos sobre cuya ocurrencia se le pregunte. Si esta situación es denunciada por el trabajador, le correspondería al Tribunal abrir la incidencia conforme al artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, y si se llegare a demostrar que efectivamente el apoderado (abogado o no) designado, no tiene conocimiento personal y directo de los hechos, podrá el Juez declararlo confeso en la posición donde negó la ocurrencia de los hechos

o donde conteste, simplemente, "no sé". En estos casos, el absolvente habrá cometido falso testimonio, cada vez que rechace un hecho, afirmando que no es cierto, sin conocer si ello sucedió o no susceptible de denuncia por ante el Tribunal Penal de conformidad con lo establecido en el artículo 243 del Código Penal.

Requisitos para la absolución de los delegados

El patrono que haya sido citado para absolver posiciones juradas de la manera comentada, puede autorizar a una de las personas a que se refiere el artículo 51 de la Ley Orgánica del Trabajo para que las absuelva por él siempre y cuando posea un conocimiento real y directo de los hechos con ocasión de la labor que desempeña en la empresa. Dicha autorización puede hacerla, bien directamente o a través de apoderado acreditado, mediante diligencia o escrito después que se proceda a la admisión de la prueba y antes que ocurra la fijación del acto.

Requisitos para la absolución de los designados

Conforme al artículo 404 del Código de Procedimiento Civil, y de la misma forma que los delegados; el representante de la persona jurídica o el apoderado, pueden designar a otra persona para que las absuelva en su lugar, a través de diligencia o escrito, por tener la persona designada conocimiento directo y personal de los hechos de la causa. Esta designación tiene que hacerse después de la admisión de la prueba y antes del acto fijado, la diligencia o el escrito en que se proceda a realizar la designación tiene que contener, al igual que con el delegado, la plena identificación del designado e indicar las razones por las cuales lo designa, esto es, de dónde le viene su conocimiento personal y directo de los hechos. Esto, a pesar de que no se encuentra establecido en el Código de Procedimiento Civil, es requisito que creemos que el Tribunal no puede obviar al momento en que acepte la designación, ya que se desvirtuaría el requisito fundamental de procedencia de las posiciones Juradas como sería tener un conocimiento directo de los hechos, sobre los cuales se va a declarar.

Si el patrono designa maliciosamente para absolver las posiciones juradas a una persona que no tiene conocimiento personal y directo de los hechos, el trabajador podría alegar tal situación y solicitar al Tribunal de la causa la apertura de una articulación probatoria de la establecida en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, si se logra demostrar que el designado no posee un conocimiento real y directo sobre los hechos, el patrono se encontraría en la obligación de bien absolverlas él o designar a otra persona para que las absuelva.

Promoción Posiciones Juradas

Las posiciones juradas pueden promoverse desde que se proponga la demanda hasta el lapso de promoción de pruebas, indicándose de manera expresa que persona debe absolverlas a la vez que se encuentra en la obligación de manifestar en el mismo acto de promoción de encontrarse en la disposición de absolverlas también.

En el caso de tratarse de personas jurídicas, podrá el solicitante pedir la absolución de las mismas, en cualquiera de las personas indicadas en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Trabajo, siendo de carácter alternativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 404 del Código de Procedimiento Civil. Esta forma de promoción se encuentra permitida en la ley, y darle otro tipo de interpretación consideramos que sería violatoria al espíritu de la ley, ya que en el caso del patrono ésta se encontraría facultado para delegar o designar en otra persona la absolución de las mismas.

En este sentido, en sentencia de fecha 14/5/97 el Juzgado Superior Segundo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del área Metropolitana de Caracas mantuvo el siguiente criterio:

> El aspecto de la presente apelación está referido al auto del tribunal de la causa en el cual niega la solicitud de prueba de posiciones juradas invocando el artículo 404 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto la promovente no indica de manera específica la persona que deberá absolverlas. Se observa del libelo de la demanda que en copia componen el presente

> expediente, que la actora solicitó la citación de la empresa en varios ciudadanos, en los cuales se pidió la citación para absolver posiciones juradas, concretamente a los ciudadanos que se mencionan como Antonio Fernández Boso y Eligio Nogueiras Pérez en su caracteres de administradores de la compañía, ciudadano en los que se ordenó la citación de la demandada como consta del auto de admisión al folio 18, o en la del ciudadano Carlos Tavares como encargado de la misma y en este caso de acuerdo al artículo 52 de la Ley Orgánica del Trabajo. De manera que sí especificó de conformidad con el artículo 404 la persona que deberá absolver dichas posiciones. Por ello como lo sostiene la parte actora en la fundamentación de la apelación por ante Primera Instancia, no existe razón valedera para tal negativa por cuanto se ha promovido una prueba de conformidad con la ley. Así se decide.

El investigador considera, que en este caso se pueden plantear dos situaciones: Que por tratarse de un grupo de personas, que se supone tengan conocimiento directo de los hechos, que se encuentran en litigio, el Tribunal ordene la absolución de todas y cada una de las personas indicadas en el escrito de solicitud, ya que la ley no limita el número de personas que puedan absolverlas, sólo limita la cantidad de veces que se pueden promover (Artículo 419 del Código de Procedimiento Civil), no siendo de ninguna forma improcedente proceder a la respectiva evacuación.

Por otra parte, que de conformidad con lo establecido en el artículo 51 y 52 de la Ley Orgánica del Trabajo, el patrono proceda a designar o delegar la absolución de las mismas en una sola persona, pero considera el autor que esto limitaría el ejercicio del derecho de la defensa, a la vez que limitaría la libertad probatoria de que gozan las partes en el proceso.

Puede ocurrir que ambas partes promuevan la prueba de posiciones juradas; en este caso sólo deberá evacuarse una sola de ellas debido a la necesidad de la reciprocidad. Una vez que el Tribunal admita una de las posiciones promovidas y dependiendo de quién es el primero que se cite, la contraparte deberá absolver las recíprocas en la oportunidad

que fije el Tribunal, ello en cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 419 del Código de Procedimiento Civil.

Es posible que el absolvente se encuentre fuera de los límites territoriales del país por lo que la parte promovente de la prueba únicamente podrá realizar la promoción en el escrito de promoción de pruebas por expresa disposición del artículo 418 del Código de Procedimiento Civil, al solicitar sus posiciones juradas debe utilizar el mecanismo establecido en el artículo 393 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 417 del mismo texto legal, ya que a pesar de que el artículo 393, referido al término extraordinario o término ultramarino, está circunscrito a los tres particulares que se expresan en el mencionado artículo, también es cierto que el absolvente no tiene obligación de comparecer ante el Tribunal de la causa si éste no se halla en el lugar del juicio y no manifiesta la voluntad de comparecer ante dicho Tribunal; para este caso la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido la forma en que se debe proceder a la evacuación de la prueba en el exterior de la siguiente forma:

> …Como se trata de una prueba evacuada en el extranjero, concretamente en Italia, debe aplicarse para la resolución de la denuncia los principios del Derecho Internacional Privado. Establece el Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), lo siguiente: Artículo 400. La forma en que ha de practicarse toda prueba se regula por la ley vigente en el lugar en que se lleva a cabo. Artículo 401. La apreciación de la prueba depende de la ley del juzgador. Italia no es firmante del convenio que puso en vigor el Código de Derecho Internacional Privado; sin embargo, en Venezuela las reglas citadas, cuando no se esté resolviendo una controversia en la cual esté involucrado el derecho de los estados signatarios, constituyen principios de derecho internacional privado generalmente aceptados, los cuales se aplican para la resolución de las cuestiones de esa naturaleza, de conformidad con lo establecido en el artículo 8 del Código de Procedimiento Civil. Lo planteado por el recurrente se refiere a la forma en la cual se llevó a cabo la prueba, pues a su juicio no consta del acta que se hubiese

> cumplido con los requisitos que debe revestir la evacuación de la prueba; por tanto, no se pueden considerar como violadas las reglas venezolanas que regulan la forma de la prueba, regida por la ley italiana. Por el contrario, la apreciación de la prueba se rige por la ley venezolana, y bien pudo el sentenciador, como lo hizo, aplicar nuestras reglas para darle valor de confesión a la prueba en cuestión. En consecuencia, se declara improcedente esta denuncia. (Sentencia de la Sala de Casación Civil del 7 de mayo de 1997, con ponencia del Magistrado Doctor Alirio Abreu Burelli, en el juicio de Perfumería Tauro, C.A. contra Corporación Revi, en el expediente Nº 90-078, sentencia Nº 63, Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Dr. Oscar Pierre Tapia, Tomo 5, Mayo de 1997).

Es necesario, a los fines de que se lleve a cabo la evacuación de esta prueba en el exterior, se libre Rogatoria conforme a las normas establecidas en la Ley Aprobatoria del Convenio de La Haya para la obtención de Pruebas en el Exterior, (ley de la República). También la Ley Aprobatoria del Convenio Interamericano para la recepción de Pruebas e Informes en el Extranjero, podrá aplicarse, si el Juez de la evacuación pertenece a uno de los países suscriptores de dicho tratado. A pesar que este último Tratado se refiere a los juicios Civiles y Mercantiles se considera aplicable a todo proceso de naturaleza privada, como el laboral.

Esta prueba únicamente puede ser promovida por las partes dentro del proceso y no les está dada la facultad al Juez, mediante un Auto de mejor proveer previstos en los artículos 401 y 514 del Código de Procedimiento Civil, solicitar que se evacúe está prueba.

Oposición y admisión a la prueba de posiciones Juradas

En el proceso laboral no prevé la norma el lapso de oposición, que se encuentra consagrado en materia Civil (Artículo 397 del Código de Procedimiento Civil), sino que tanto en el procedimiento ordinario como el especial de estabilidad laboral, sólo se prevé un día para agregar pruebas luego de concluido el lapso de promoción, y un día para admitirlas,

dada la naturaleza de estos procesos que se caracterizan por la brevedad de los lapsos.

Pero a pesar de que ni la Ley Orgánica del Trabajo, ni la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo, nada establecen en la práctica las partes formulen sus oposiciones desde el día en que son agregadas las pruebas hasta que se produzca el auto de admisión de ellas, y el Tribunal en el Auto que admite las pruebas se pronuncia con relación a la admisión o no de las pruebas, por lo que efectivamente el lapso de oposición se reduce de hecho, de manera considerable.

Las causas de oposición son las mismas indicadas en el artículo 397 del Código de Procedimiento Civil reduciéndose a las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes. Al admitir la prueba, el Tribunal debe fijar la oportunidad para proceder a su evacuación, así como fijar en el mismo auto la oportunidad en que el solicitante debe absolver las recíprocas, quien se considera a derecho para el acto por la admisión de la prueba.

Si el absolvente no se halla en el lugar del juicio, el Tribunal comisionará a otro juez o tribunal de la jurisdicción territorial en que aquél se encuentre, a menos que el absolvente prefiera comparecer a contestar ante el juez de la causa anunciándolo previamente al Tribunal, como lo contempla el artículo 417 Código de Procedimiento Civil, la recíproca tendrá que ser evacuada en el Tribunal de la causa de conformidad con lo establecido en el artículo 406 del Código de Procedimiento Civil.

De igual manera en caso de concederse el término ultramarino o extraordinario de pruebas, la evacuación de las posiciones a la recíproca deben verificarse en el lugar donde se encuentre el Tribunal de la causa.

Evacuación de las Posiciones Juradas

Si las posiciones juradas han sido solicitadas de conformidad con lo establecido en el artículo 404 del Código de Procedimiento Civil, la citación debe practicarse de manera personal para el día y la hora designados conforme al artículo 416 del Código de Procedimiento Civil, pero si han

sido solicitadas de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la Ley Orgánica del Trabajo y en el supuesto de que las posiciones sean solicitadas para que sean absueltas por algunas de las personas a que se contrae el artículo 51, bajo la premisa de que estas personas carecen de mandato expreso para darse por citados a comparecer a juicio, dicha citación debe complementarse a través de una notificación que se le haga al patrono, en un Cartel que fijará el funcionario competente encargado de la citación a las puertas de la sede de la empresa y se entregue copia del mismo al patrono o se consigne en su secretaría o en su oficina receptora de correspondencia, si la hubiere de conformidad con lo establecido en el artículo 52 de la Ley Orgánica del Trabajo. Al funcionario encargado de practicar la citación se le exige que deje constancia de haber cumplido, tanto con la citación, como con la notificación al patrono, pero además debe dejar constancia de los datos relativos a la persona que recibió la copia del cartel, así como de su cargo dentro de la empresa. Sólo una vez que se hayan cumplido las formalidades anteriormente indicadas se considerará perfeccionada la citación, siendo a partir de ese momento que comenzará a correr el lapso para la comparecencia al acto de posiciones juradas.

En cuanto a la forma del acto, las posiciones se harán constar en un acta que firmarán el Juez, el Secretario y las partes. En dicha acta se transcribirán en forma fiel las preguntas que verbalmente hará el solicitante que deben ser concernientes a los hechos controvertidos y a la contestación que también se hará verbal de conformidad con lo establecido en el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil. De igual manera debe constar de manera previa, el juramento prestado por el absolvente ante el juez.

En el acto el absolvente no podrá leer ningún papel; pero si la posición versare sobre algún hecho que conste en instrumento que obre anexo a los autos, el absolvente puede referirse a ellos. De igual manera si la pregunta se refiere a hechos que son complejos o de difícil recordación por tiempo transcurrido, el absolvente podrá solicitar tiempo para contestar previa consulta que haga de sus apuntes y papeles de conformidad con lo establecido en el artículo 415 del Código de Procedimiento Civil.

De la misma manera el Código de Procedimiento Civil limita a veinte (20) el número de preguntas en principio, que se le pueden formular al absolvente, y a solicitud de partes si el Juez lo considera prudente, podrá ordenar que se estampe un número adicional que no excedan de diez (10), de conformidad con lo establecido en el artículo 411 del Código de Procedimiento Civil.

De la misma manera aquellas posiciones que el absolvente se negare a contestar sin solicitar la declaratoria de impertinencia para que sea decidida al fondo se tendrá por confesa; igualmente si no comparece al acto de posiciones juradas la contraparte procederá, luego del tiempo de espera establecido en el artículo 412 del Código de Procedimiento Civil, estampar las posiciones juradas que creyere conveniente, sobre las cuales se tendrá por confeso.

Renuncia o despido de los delegados o designados antes del acto

El Código de Procedimiento Civil prevé en el artículo 404 un privilegio para las personas jurídicas, en el sentido de que éstas no sólo pueden ser representadas en las posiciones por la persona que representa a su órgano de dirección según la Ley o el Estatuto Social, sino por cualquier otra persona natural que el ente señale tanto a través de sus representantes o de sus apoderados. En materia laboral, la situación es todavía más compleja, en base a la disposición de la Ley Orgánica del Trabajo, ya que se permite la absolución de posiciones juradas por los delegados que autoriza el patrono. En estos supuestos planteados puede ocurrir que la persona natural que representaba a la compañía y que había sido citada para absolver las posiciones juradas haya renunciado a esa representación o que habiendo delegado el patrono la absolución de posiciones, en una de las personas indicadas en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Trabajo, se ponga fin a la relación laboral que lo unió al patrono por cualquiera de las causas establecidas en la ley (renuncia, despido o mutuo acuerdo), antes del Acto. Ninguna de estas situaciones liberan al patrono que ha sido citado de concurrir al Acto de posiciones juradas, ya que ello no elimina su condición de parte en el juicio y esta delegación o asignación es una facultad establecida en la Ley, subsistiendo así la obligación de absolver las posiciones juradas por parte del patrono.

3. BASAMENTO CONCEPTUAL Y LEGAL

De conformidad con lo que establece el Art. 1.401 del Código Civil: "La confesión hecha por la parte o por su apoderado dentro de los límites del mandato ante un juez, aunque éste sea incompetente, hace contra ella plena prueba". De la misma manera el Art. 1.402 del Código Civil establece: "La confesión extrajudicial produce el mismo efecto, si se hace a la parte misma o a quien la represente. Si se hace a un tercero produce sólo indicios".

Existe un conjunto de semejanzas y diferencias entre la confesión de carácter judicial y la de carácter extrajudicial; por su naturaleza se asemejan: 1.- Por el objeto, puesto que ambas versan sobre la verdad de un hecho; 2.- Por el sujeto, que siempre será una u otra de las partes interesadas; 3.- Por el carácter de prueba, puesto que ambas son declaraciones de ciencia.

En cambio se diferencian en que no es igual su eficacia probatoria: la judicial hace plena prueba del hecho confesado; la extrajudicial produce el mismo efecto si se hace a la parte misma o a quien la representa, pero si se hace a un tercero produce sólo un indicio (Art. 1.402 Código Civil).

Con relación a este primer principio, la Jurisprudencia en materia laboral ha establecido que necesariamente cuando para absolver posiciones juradas, el patrono autorice a unos de sus representantes señalados en el artículo 52 de la Ley Orgánica del Trabajo o alguno de los representantes del patrono señalados en el artículo 51 de la misma ley; como requisito, éstos necesariamente tienen que haber presenciado el hecho sobre el cual van a declarar, no valdría el testimonio de ninguno de los que señalados en los artículos anteriores, absolvieran las posiciones sin haber presenciado los hechos, ya que el fin primordial de esta prueba es buscar la confesión de la parte sobre hechos en controversia y no sobre puntos de derecho.

Con relación a las confesiones espontáneas no denunciadas por la contraparte en su oportunidad procesal la Jurisprudencia ha establecido lo siguiente: "... En el supuesto de que el Juez detecte y decida de oficio

analizar una confesión, como medio probatorio que ella es, tendría cabida el principio de comunidad de la prueba, por constituir un medio, que si bien no tiene consagrado en el Código oportunidad de promoción y evacuación, debido a su condición espontánea; sin embargo, es un medio incorporado a los autos y como tal debe ser analizado y apreciado, conforme lo pauta el Art. 509 del Código de Procedimiento Civil.

Caso contrario, es decir que el Juez no la detecte y la silencie, tal situación no sería susceptible de recurso alguno contra el fallo, ni puede el mismo atacarse con la alegación del vicio de silencio de prueba... (Sentencia de la Sala de Casación Civil del 13 de agosto de 1997, con ponencia del Magistrado Dr. César Bustamante Pulido; Jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia Dr. Oscar Pierre Tapia; Tomo 8-9, Agosto - Septiembre 1997, p. 464).

Con relación al análisis de esta Jurisprudencia, se observa que nuestro Máximo Tribunal estableció como parámetro para que el Juez pueda apreciar este tipo de confesión dos puntos importantes:

1.- Que el juez lo haya detectado y así lo afirme en el texto de la decisión, caso en el cual está en la obligación de analizarla y valorarla de conformidad con lo pautado en el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, para no incurrir en el vicio del Silencio de Prueba;

2.- Que dicha confesión espontánea haya sido denunciada por la contraparte en su oportunidad procesal, momento en el cual surge la obligación de ser analizada por el juez, basándose en el principio de la comunidad de la prueba.

Como segunda característica que se desprende del concepto que se encuentra bajo análisis, el investigador considera que la confesión versa sobre los hechos, éstos deben ser pertinentes, son los que aparecen en la demanda o en la excepción del demandado, esto es referente a la causa, toda vez que existen hechos que se presumen legalmente y por lo tanto están exentos de prueba,... y no sobre el derecho; el derecho como tal no es susceptible de pruebas, lo que se busca es la confesión de la parte con relación a los hechos ocurridos que motivaron el litigio.

De igual forma, el hecho confesado debe ser relevante a una litis o relación jurídica existente entre el confesante o su apoderado y aquel ante quien se hace la confesión. De lo contrario, si se hace ante un tercero ajeno a dicha relación sustancial, la confesión pierde fehacencia porque no es ya un reconocimiento o aceptación frente al adversario. Si la admisión del hecho la hace la persona frente a un tercero, sólo tendrá el valor de indicio, según lo preceptuado en el Art. 1.402 del Código Civil.

Eso radica, precisamente, el *animus confitendi* sobre la prueba de confesión regulada por la legislación venezolana; en que el declarante, al reconocer el hecho ante su contraparte, la releva de la prueba; por ello la pertinencia a la litis del hecho en el Art. 403, 405 y 410 del Código de Procedimiento Civil igualmente por el Art. 1.402 del Código Civil cuando señala: "La confesión extrajudicial produce el mismo efecto, si se hace a la parte misma o a quien la representa", que sería lo mismo que decir, que se realiza con el ánimo de excusarle de la prueba en un proceso actual o en un proceso futuro a confesión de parte relevo de prueba.

Inobjetablemente las Posiciones Juradas son una forma de provocar la confesión, es incuestionable que es la parte quien debe absolverlas, excepción hecha de las partes coadyuvantes cuya confesión no perjudicará al coadyuvado el artículo 380 Código de Procedimiento Civil dispone:

> El interviniente adhesivo tiene que aceptar la causa en el estado en que se encuentre al intervenir en la misma, y está autorizado para hacer valer todos los medios de ataque o defensa admisibles en tal estado de la causa, siempre que sus actos y declaraciones no estén en oposición con los de la parte principal.

De igual forma, como los apoderados de los litigantes, sean o no judiciales, se reputa que son la parte misma, pueden ser llamados a absolver posiciones siempre y cuando se den las siguientes condiciones:

1.- Que subsista el mandato para el momento de la promoción de las posiciones, así luego se renuncie o se revoque, este requisito se considera de carácter concurrente y no excluyente, ya que adicionalmente el

demandado tiene que tener conocimiento directo del hecho, no puede comparecer a absolver posiciones Juradas el apoderado que carezca de conocimiento directo del hecho. Con respecto a esta condición la Jurisprudencia ha establecido el criterio que si al momento de absolver las posiciones juradas el absolvente le fue revocado el poder, se consideran como no realizadas o inválidas las posiciones juradas formuladas al absolvente, tal criterio (el cual el autor comparte plenamente) se observa en Sentencia del 19 de febrero de 1988 del Juzgado Superior Segundo del Trabajo (R. Moreno contra Editorial Bruguera Venezolana S. A.) en la que se expone el siguiente contenido:

> **...**El actor solicitó en el libelo las posiciones juradas del representante de la demandada, el ya mencionado doctor… En el momento de dicho acto el apoderado de la empresa, doctor… señaló al Tribunal que dicho ciudadano no era el representante legal de la empresa, y aportó recaudos que constan en el expediente, entre ellos, la designación como representante de la firma de la ciudadana… El apoderado actor solicitó estampar las posiciones, lo cual acordó el Tribunal dejando para la sentencia definitiva la apreciación sobre el punto controvertido. En su fallo el Juez de Mérito consideró que por cuanto ya al ciudadano antes mencionado no tenía la representación legal de la compañía, no era la persona calificada para absolver las posiciones, y por lo cual le negó valor a las posiciones estampadas. Dicho criterio es compartido por esta Alzada por las mismas razones del fallo apelado, por lo cual no se aprecia dicha prueba. Así se declara… (Jurisprudencia Ramírez & Garay, 1988, Primer Trimestre, Tomo CIII, pp. 211-212)

2.- Que las preguntas versen sobre hechos pertinentes realizados por el mandatario en nombre de su mandante, lo que necesariamente incluye que los hechos estén dentro de los límites del mandato, no puede versar sobre hechos totalmente distintos a los límites establecidos en el man*dato a demás de la obligación legal que posee el mandante de guardar el secreto profesional;

3.- Que los mandatarios sean escogidos por el promovente o designados para que procedan a absolverlas de conformidad con lo establecido en el artículo 53 y 51 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Estos apoderados de las partes, sean ellas personas naturales o jurídicas, son tan hábiles para absolver las posiciones como sus mandantes.

Pero además de los apoderados existen dos tipos de personas que la ley también faculta para que puedan absolver por las partes, ellos son:

Los Delegados: Son delegados aquellas personas que por mandato del artículo 51 y 53 de la Ley Orgánica del Trabajo, pueden obligar desde el punto de vista negocial laboral al patrono; esta facultad surge en virtud de la naturaleza del servicio que prestan, la ley presupone que pueden llegar a tener conocimiento directo de los hechos y no un conocimiento de carácter referencial. Dada esta facultad, la Ley Orgánica del Trabajo permite que el patrono (sea persona jurídica o natural) decline la absolución de las posiciones en las personas señaladas en los artículos 51 y 53 de la Ley Orgánica del Trabajo. Se trata de sustituir al patrono en aquellas áreas de la relación laboral donde actuaron.

Los Designados: Se llaman "designados" las personas naturales que, por tener conocimiento personal y directo de los hechos de la causa, son señaladas por el representante de la persona jurídica o por el apoderado de ésta, para que en su lugar, absuelvan las posiciones, según lo establecido en el artículo 404 del Código de Procedimiento Civil que establece:

> … el representante de la persona jurídica o el apoderado de ésta mediante diligencia o escrito, pueden designar a otra persona para que absuelva en su lugar las posiciones, por tener ésta conocimiento directo y personal de los hechos de la causa, quien se entenderá citada para la prueba y quedará obligada a contestar las posiciones.

De la simple lectura de este artículo se desprende un conjunto de requisitos para que el designado absuelva las posiciones juradas por el patrono; en primer lugar observamos que quien puede realizar la respectiva

asignación es el representante de la persona jurídica o el apoderado de ésta; teniendo que entender que este representante tiene que encontrarse facultado estatutariamente para realizar la respectiva designación, a la vez que se cree que necesariamente para poder realizar tal actuación (la designación a través de diligencia o escrito) tiene que ser abogado por expreso mandato del artículo 166 del Código de Procedimiento Civil que establece: "Sólo podrán ejercer poderes en juicio quienes sean abogados en ejercicio conforme a las disposiciones de la Ley de Abogado"; no basta con que el representante se encuentre asistido de abogado, porque dicho acto es eminentemente procesal, limitado para ser ejercido por abogados; el referido criterio ha sido sustentado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 14 de agosto de 1991 (Agropecuaria Hermanos Castellán C.A., contra Leonte Borrego Silva y otros) al decir lo siguiente:

> La Sala, nuevamente señaló que si una persona siendo apoderado no es abogado, no puede ejercer en juicio la representación de su mandante, aun asistido de abogado, no sólo por prohibición expresa de los artículos 3º y 4º de la Ley de Abogados, norma especial que regula la materia, en concordancia con el Art. 82 de la Constitución, sino que el Art. 166 del Código de Procedimiento Civil, reafirma que sólo los abogados en ejercicio podrán ejercer poderes en juicio…

De la misma manera el criterio anteriormente señalado se encuentra ratificado en sentencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de la Sala Político-Administrativa del 7 de agosto de 1997, con ponencia de la Magistrada Dra. Hildegard Rondón de Sansó, en el juicio de Patrick's Deli, C.A., en el expediente Nº 9122, sentencia Nº 504), que ratifica el criterio de la sentencia anteriormente comentada; (ambas sentencias se encuentra publicadas en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Dr. Oscar R. Pierre Tapia, Agosto-Septiembre de 1997, pp. 409-412).

En el caso del apoderado de la empresa, abría que definir si el poder se encuentra en vigencia para el momento en que se realice la respectiva designación y la posterior absolución. El autor considera que necesaria-

mente tiene que estar vigente tanto para el momento de la designación como para el momento de la absolución para que las posiciones juradas gocen de pleno valor probatorio.

Como segundo requisito para que proceda la absolución de las posiciones juradas por parte del designado se tiene que el mismo posea un conocimiento directo de los hechos, este requisito es base y procedimental excluyente para la absolución de las posiciones juradas, así lo ha ratificado tanto la Doctrina como la Jurisprudencia.

Como tercer requisito el artículo in comento nos señala, que el designado se considerará citado para la prueba y quedará obligado para contestar las posiciones; no se trata de una citación presunta de la establecida en el Art. 216 del Código de Procedimiento Civil, porque el absolvente ya ha sido debidamente citado; sino que la Ley le da la facultad para designar, una vez citado y de conformidad a lo establecido en los artículo 51 y 53 de la Ley Orgánica del Trabajo, a una de las personas indicadas en los artículos anteriores, por lo que sería innecesario volver a citar y retardaría aún más el proceso, a la vez que el designado estaría obligado a contestar con ocasión a la naturaleza de la designación y por tener un conocimiento directo de los hechos.

Los designados difieren de los delegados, en que sólo las personas jurídicas pueden hacer su designación, y puede no tratarse de personas capaces de obligar al patrono en la relación laboral, o sustituirlo en áreas de dirección; por lo tanto, se trata de dos categorías distintas, aunque puede darse el caso que los miembros de una categoría puedan pertenecer a la otra; cuando en la persona del designado coincide una de las facultades del artículo 51 Ley Orgánica del Trabajo. El delegado siempre tendrá una relación laboral con el patrono; el designado no necesariamente.

La diferencia entre delegados y designados proveniente de la facultad de señalamiento que en los designados la tienen exclusivamente las personas jurídicas; según se desprende del contenido del artículo 404 Código de Procedimiento Civil, el cual establece:

> Si la parte fuera una persona jurídica, absolverá las posiciones el representante de la misma según la Ley y el Estatuto Social. Sin embargo, el representante de la persona jurídica o el apoderado de ésta, mediante diligencia o escrito, puede designar a otra persona para que absuelva en su lugar las posiciones, por tener ésta conocimiento directo y personal de los hechos de la causa, quien se entenderá citada para la prueba y quedará obligada a contestar las posiciones.

Este artículo nos permite crear un cuadro entre quienes pueden absolver las posiciones, según que la parte sea persona jurídica o natural. Se concluye, que en el proceso laboral por las personas naturales pueden absolver: 1.- las propias partes. 2.- Sus apoderados escogidos por el promovente. 3.- Los delegados previstos en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Trabajo, señalados por el absolvente.

Mientras que por las personas jurídicas pueden absolver las posiciones: 1.- Los representantes de los órganos de dirección de la persona jurídica. 2.- Los apoderados de dichos entes escogidos por el promovente. 3.- Los delegados contemplados en el Art. 51 de la Ley Orgánica del Trabajo; y 4.- las personas designadas conforme al artículo 404 del Código de Procedimiento Civil.

Con relación a las personas jurídicas, esta enumeración no funciona cuando ella está relevada de absolver posiciones, tal como sucede con la República de Venezuela y algunos entes públicos, lo que luego será analizado en capítulo aparte. Se ha diferenciado aquí la categoría apoderado de delegado, ya que si bien es cierto que los delegados en las áreas que manejan se reputan mandatarios sin poder del patrono por la característica del servicio que prestan, los apoderados en general pueden no tener ninguna injerencia en las relaciones laborales del patrono con sus trabajadores, y los designados por las representantes de las personas jurídicas, pueden no pertenecer ni a una ni a otra categoría.

Además, mientras que los apoderados deben tener vigente el mandato para el momento de la promoción de la prueba, al delegado no se le exige que preste servicios al patrono para la época en que se le ofrece.

Esas diferencias teóricas (que en la práctica pueden borrarse, ya que el designado, por ejemplo, puede ser un "mandatario" sustituto del patrono) permite, como se ha hecho, categorizar a los absolventes.

Quien elige al absolvente

Con relación ha este punto, la Ley no ha establecido la posibilidad de que el promovente de la prueba pueda realizar tal elección (si se trata del trabajador), ya que esta facultad de elegir quién tiene el deber de realizar la absolución de la prueba, le está limitada al patrono, ya que si éste es el señalado para absolverlas, posee la facultad de delegar en otras personas la absolución de las posiciones, y en el caso de que sea una persona jurídica, ésta podrá designar a otra persona distinta de los delegados de conformidad con lo establecido en el artículo 404 del Código de Procedimiento Civil.

En el caso, de quien deba absolver las posiciones Juradas sea el trabajador, la ley no le permite ni la designación de otra persona para que comparezca en su lugar, ni la delegación; y esto en razón de que es el trabajador quien posee el conocimiento directo de los hechos. Con relación a este punto, el autor comparte ampliamente la opinión del Doctor Isaías Rodríguez Díaz, quien establece:

> …El trabajador al solicitar las Posiciones Juradas debe manifestar que está dispuesto a comparecer al Tribunal para absolver las suyas, manifestación sin la cual no se le admitirá la prueba. Los redactores fundamentaron esta posición en la aspiración a mantener la igualdad procesal de las partes y se olvidaron que en el Derecho Social el principio que rige es otro: el de la igualdad. Tanto el Derecho Material como el procesal del Trabajo establecen frente al principio de la igualdad de las partes ante la Ley, el de la desigualdad. Y es precisamente el Derecho Procesal Laboral el encargado de restablecer ese equilibrio que, por no tenerlo en vida, tampoco lo tienen los trabajadores en el proceso. Es al Derecho Procesal del Trabajo al que se le ha encomendado esa misión de compensar desigualdades, equiparar en el conflicto de Trabajo con des-

> igualdades, al débil con el proceso. No se puede, en consecuencia, equiparar a patronos y trabajadores en una prueba donde cultural, económica e intelectualmente los contendientes son desproporcionadamente diferentes. Con ello se afecta la propia parcialidad del proceso.
>
> Se hace aún más desigual cuando la persona jurídica puede designar un absolvente y el trabajador está en la obligación de contestarlas personalmente… (Isaías Rodríguez Díaz, *El Nuevo Procedimiento Laboral,* pp. 231-232. Editorial Jurídica Alva, S.R.L. Caracas, 1995).

Considera el autor que en una próxima reforma de la Ley Orgánica del Trabajo tendría que incluirse la facultad de que el trabajador pueda designar a una persona para que absuelva las posiciones juradas en su nombre; aunque se establezca como requisito fundamental de que esta persona debe poseer un conocimiento directo de los hechos y cumplir con todos los requisitos establecidos en el Código para la absolución de las posiciones juradas por otra persona.

Esta posición mantendría un verdadero equilibrio procesal y se ajustaría a los principios de carácter social que engloban el Derecho del Trabajo; siendo absolutamente posible su aplicación, ya que es totalmente factible que una persona distinta al trabajador posea ese conocimiento directo de los hechos; requisito que tendría que ser exigido por el Legislador a la persona que ha sido designada por el trabajador para que proceda a absolver las posiciones juradas.

Posiciones de quien no es parte

En el caso de que exista una sustitución de patronos consagrada en el artículo 88 de la Ley Orgánica del Trabajo, y como consecuencia del principio que quienes no son partes no pueden ni pedir, ni absolver posiciones juradas, hay que entrar a analizar que este principio se ve matizado por las disposiciones que les dan el trato procesal de partes, a los apoderados de éstas (Arts. 136 y 407 Código de Procedimiento Civil) y a los representantes de los incapaces y las personas jurídicas (Art. 404

Código de Procedimiento Civil). Esto es con ocasión de que los apoderados dentro de los límites de su mandato son los propios mandantes, al igual que lo son los representantes por sus representados y los órganos por las personas jurídicas de la cual forman parte.

De conformidad con el artículo 403 del Código de Procedimiento Civil, las Posiciones Juradas sólo podrán ser promovidas y absueltas por quienes son parte en un juicio entendiéndose por éstas aquellas personas naturales o jurídicas que el Tribunal ha aceptado, así sea condicionalmente. En el proceso laboral existe la especialidad ya señalada y explicada en capítulo previo, consagrada en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Trabajo, que sin ser formales mandatarios del patrono, pueden absolver por él posiciones juradas, por obligación legal que le impone la ley y por tener un conocimiento directo de los hechos, pudiendo entenderse como una grave falta a sus obligaciones laborales, si el designado se excusare sin causa justificada de concurrir al acto.

Fuera de estos casos y el de los sucesores procesales a título universal o particular, la confesión sólo perjudica a quien la hace sin extender sus efectos a otras personas. Este es otro principio que rige a la confesión y por ende las posiciones juradas que la provocan.

El artículo 90 de la Ley Orgánica del Trabajo reza lo siguiente:

> La sustitución del patrono no afectará las relaciones de trabajo existentes. El patrono sustituido será solidariamente responsable con el nuevo patrono por las obligaciones derivadas de la ley o de los contratos, nacidas antes de la sustitución, hasta por el término de prescripción previsto en el artículo 61 de esta ley. Concluido este plazo, subsistirá solamente la responsabilidad del nuevo patrono, salvo que existan juicios laborales anteriores, caso en el cual las sentencias definitivas podrán ejecutarse indistintamente contra el patrono sustituido o contra el sustituto. La responsabilidad del patrono sustituido sólo subsistirá, en este caso, por el término de un (1) año contado a partir de la fecha en que la sentencia quede definitivamente firme.

De dicha norma se pueden inferir dos supuestos. Uno tendría lugar una vez verificada la sustitución, se notifica al trabajador sin que exista un juicio pendiente y éste la acepta, estando de este forma el trabajador en la posibilidad de demandar a cualquiera de sus patronos o a los dos. El trabajador se convertiría en el básico acreedor de los deudores solidarios, tanto del patrono sustituido como del patrono sustituto.

Un segundo supuesto surge, si una vez que se ha efectuado la sustitución existe pendiente un juicio laboral anterior entre el trabajador y el sustituido, y el patrono sustituto no es parte en él; en este caso, se cree que el patrono sustituto no podría absolver las posiciones juradas él directamente, por no tener conocimiento directo de los hechos; pero si en su nombre cualquiera de las personas indicadas en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Trabajo, que tengan conocimiento directo de los hechos, con ocasión de la relación laboral que los unió con el patrono sustituido, y los efectos serían los mismos como si se tratara del patrono sustituido, ya que de conformidad con el artículo 90 las sentencias definitivamente firmes que se dicten en estos procesos podrán ejecutarse indistintamente contra el patrono sustituido o contra el sustituto; y si contra este nuevo patrono puede obrar la cosa juzgada en un juicio en el cual no ha sido parte, no hay razón para que no pueda ser citado para que absuelva, con la diferencia que debería delegar sobre una de las personas anteriormente indicadas para que las absuelva en su nombre, por lo que nada impide que el trabajador accionante contra el sustituto pueda solicitar las posiciones juradas en la persona del patrono sustituido aunque no sea parte en el juicio, en virtud de la solidaridad especial que existe entre sustituido y sustituto.

Si la sustitución ocurre a espaldas del trabajador y éste al darse cuenta demanda al sustituto, como la norma debe interpretarse en beneficio del trabajador, opina el investigador, que de obtener sentencia favorable podrá ejecutarla tanto contra el sustituido como contra el sustituto, ya que estas personas no pueden estar en mejor situación que aquellos patronos que hayan notificado la sustitución.

El artículo 91 de la Ley Orgánica del Trabajo dispone:

> La sustitución del patrono no surtirá efecto en perjuicio del trabajador sino se le notificare por escrito a éste, la sustitución deberá además notificarse por escrito al Inspector del Trabajo y al Sindicato al cual esté afiliado el trabajador. Hecha la notificación, si el trabajador considerase inconveniente la sustitución para sus intereses, podrá exigir la terminación de la relación de trabajo y el pago de las prestaciones e indemnizaciones que le corresponderían en caso de despido injustificado.

En todos estos casos, las posiciones juradas que se formulen a la recíproca, le corresponde hacerlo a la parte contraria del trabajador, que es la constituida a derecho en la causa, todo esto como requisito indispensable para que se pueda acordar la absolución de las posiciones juradas según lo establecido en el Art. 406 del Código de Procedimiento Civil y ratificado en sentencia del Juzgado Superior Primero del Trabajo de fecha 31 de agosto de 1989 al establecer lo siguiente:

> … Observa el Juzgado que en el libelo de la demanda (folios…, la actora solicitó que la citación de la demandada se hiciera en forma personal a los fines de que el Presidente de la accionada absolviera posiciones juradas pero no dio cumplimiento a lo establecido en el mencionado Art. 406 del Código de Procedimiento Civil pues, en forma alguna expresó que los demandantes manifestaban estar dispuestos recíprocamente a absolver las posiciones juradas que le formulara la demandada. En vista de ello el Tribunal de la causa, en auto del 22 de marzo de 1988, donde se pronunció sobre la admisión de la demanda (folios…), no debió admitir, como lo hizo, las posiciones juradas solicitadas por la actora en la persona de su Presidente…
>
> Dado el carácter imperativo del Art. 406 ya mencionado, al haber infringido el Tribunal de la causa el contenido del mismo, deben concluirse que las posiciones juradas del Presidente de las accionadas solicitadas en tales condiciones son nulas… (Ju-

> risprudencia Ramírez & Garay 1989, tercer trimestre. Tomo CIX, p. 144).

Esta situación que se plantea en materia laboral debido a la sustitución patronal y como consecuencia de una norma expresa establecida en protección del trabajador, debe ser aplicada en la forma como fue concebida por el legislador y en protección del trabajador por lo que de acuerdo con el Art. 85 de la Constitución Nacional tiene el carácter de norma irrenunciable.

En este punto se tendría que entrar a analizar la situación del trabajador doméstico que presta sus servicios en el hogar de la comunidad conyugal y demanda a uno solo de ellos, en su condición de patrono; el autor considera que el trabajador doméstico podría solicitar la absolución de cualquiera de los dos cónyuges, siempre y cuando cohabiten juntos, aunque sea uno solo el demandado, si este último tiene conocimiento real y directo de los hechos controvertidos.

También resulta importante analizar la situación del trabajador que ha demandado a un patrono que durante el proceso enajenó el fondo de comercio donde prestaba servicios el actor, en este caso no se trataría de sustitución de patronos. Si no se han realizado las publicaciones previstas en el Art. 151 del Código de Comercio, surge entre el antiguo dueño del fondo y el nuevo adquirente, una situación de solidaridad. Tal situación al menos ante el proceso laboral, cuya existencia fue notificada oportunamente al adquirente, no existiría razón para que el futuro ejecutado (adquirente) no pueda absolver posiciones juradas en el proceso que le haya sido notificado, si se las pide el actor, sobre los hechos litigiosos de los cuales tenga conocimiento el adquirente o pueda el adquirente delegar en una persona, de conformidad los Arts. 51 y 52 de la Ley Orgánica del Trabajo, la absolución de las mismas.

En este sentido, al momento de producirse la sustitución de patrono, si la misma surge como un hecho nuevo, podría de conformidad con lo establecido en el Art. 419 del Código de Procedimiento Civil o la enajenación del patrimonio del deudor (Fondo de Comercio) volver a promover las posiciones juradas, ya que el artículo establece la posibilidad que tales

posiciones sean promovidas, pero única y exclusivamente sobre los hechos e instrumentos nuevamente aducidos, pudiendo en este caso surgir que la absolución de las mismas recaiga en una persona que inicialmente no haya sido parte en el proceso; pero esta posibilidad quedaría incólume, si según el trabajador, el nuevo litigante no conoce los hechos.

Concepción y/o Enfoques

En nuestro sistema legal, en el cual al lado de la prohibición de la divisibilidad de la confesión (artículo 1.404 del Código Civil) existe también la regla de la distribución de la carga probatoria entre las partes (Art. 1.354 del Código Civil y artículo 506 del Código de Procedimiento Civil), la doctrina que admite las distinciones referidas, para determinar cuándo la confesión es divisible, encuentra su apoyo en las mencionadas disposiciones legales y ha sido acogida en sentencia de la Casación del año 1969 según la cual: "En caso de una confesión hecha por la demandada, en el acto de la contestación de la demanda deben tenerse en cuenta preferentemente las disposiciones que regulan en el proceso la carga de la prueba de los hechos en que se funda la acción y la de los hechos en que se funda la excepción, sin que pueda ser resuelta exclusivamente a la luz de los textos legales que prevén el mérito probatorio de la confesión y su indivisibilidad en perjuicio del confesante (Art. 1.354, 1.400 y 1.404 del Código Civil). (*Cfr*: *Gaceta Forense*, Nº 66 (2ª Etapa p. 328).

En el mismo sentido, otra sentencia de la Casación del año 1969 expresa: "Los jueces del fallo recurrido, al acoger la manifestación del demandado en la que admite la obligación de pagar una cantidad a la actora, y desechar la excepción de pago alegada por él, no dividen la confesión porque la confesión, denominada por la Doctrina y la Jurisprudencia patria, *compleja inconexa* puede ser dividida, por estar la excepción contenida en ella constituida por un hecho (el pago) que si bien guarda relación con el principal admitido (obligación de pagar una determinada cantidad de dinero), es distinto y ocurrido con posterioridad a éste, no sólo por ser implicativo de concepto alguno sobre la formación del derecho reclamado, sino por tender a enervar su existencia, de lo que resulta que los jueces bien pudieron separarlo de ésta, al extremo de que si

no lo hubieran hecho así la violación del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil hubiera sido indiscutible por suplir el hecho no alegado ni demostrado oportunamente (Arts. 1404 CC y 12 CPC) (*Cfr. Gaceta Forense* Nº 64 (2ª etapa, p. 612).

Asimismo, en el caso de un litis consortes de carácter facultativo, cada uno de los litis consortes estaría facultado para la solicitud de absolución de las posiciones Juradas para que la contraparte en el proceso las absuelva, sería el mismo caso de producirse un litis consorcio necesario de naturaleza eminentemente procesal, en el cual cada litigante tiene o puede tener un interés distinto, aunque la Ley los obligue a litigar juntos; cuando este litis consorcio es necesario, pero su naturaleza es sustancial o material, donde con ocasión a la identidad jurídica el mismo obra como unidad, si uno de los consortes promueve las posiciones, deberá también citar a sus colitigantes para que acudan a dicho acto, tal como lo exige el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil, el cual establece: "El derecho de impulsar el procedimiento corresponde a todos los litis consortes; cuando uno de ellos haga citar a la parte contraria para alguna actuación, deberá citar también a sus colitigantes".

Por consiguiente, el artículo anteriormente transcrito se encuentra referido a los litis consortes necesarios; pero los colitigantes sólo podrán intervenir si el promovente no agota el número de posiciones que se pueden formular.

En el caso de la solicitud para la absolución de las posiciones Juradas, existe como requisito indispensable la obligatoriedad de establecer la reciprocidad para proceder a su respectiva absolución, pero tendríamos que entrar a analizar quiénes poseen capacidad para ser obligados a absolver posiciones Juradas, esto es, ser sujeto de derecho y obligaciones, ya que sólo puede confesar quién es capaz según se encuentra establecido en el artículo 1.404 del Código Civil; por lo que antes de establecer la regla, establezcamos la excepción y así se tiene:

a) Los menores de edad: De conformidad con o establecido en el artículo 247 y 248 de la Ley Orgánica del Trabajo, tienen prohibido ejercer cualquier actividad laboral en empresas, establecimientos, explotacio-

nes industriales, comerciales o mineras; pero el Instituto Nacional del Menor o, en u defecto, las autoridades del trabajo, podrán autorizar en determinadas circunstancias, debidamente justificadas, el trabajo de menores de 14 años y mayores de 12 años, a condición de que efectúen labores adecuadas a su estado físico y de que se les garantice su educación; y a los menores de más de 14 años, pero menores de 16 años, pueden desarrollar labores enmarcadas dentro de las disposiciones de la Ley Orgánica del Trabajo, ejercer acciones laborales y celebrar contratos de trabajo previa autorización de su representante legal, y a falta de éste, del Juez de Menores del Instituto Nacional del Menor o la Primera autoridad civil de su domicilio.

A pesar de que la Ley ha establecido que bajo ciertas y determinadas circunstancias los menores pueden celebrar contratos de trabajo, momento a partir del cual surge un conjunto de obligaciones y deberes para el menor, no es menos cierto que el menor no posee capacidad plena para actuar en un proceso, encontrándose en la necesidad de estar representado, para gozar de capacidad jurídica plena; al no existir esta facultad y no ser capaces, considera el autor que no pueden solicitar de una forma válida las posiciones Juradas de su patrono, por cuanto se encuentran impedidos de absolverlas a la recíproca, requisito indispensable para la admisión de las Posiciones Juradas.

b) Otro de los supuestos que sería importante reseñar es aquel trabajador que como producto de una enfermedad con ocasión de un accidente de trabajo ve disminuidas, de manera temporal, sus facultades mentales:

Al respecto el artículo 6, ordinal 30**,** de la Ley Orgánica de Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, establece:

> A los efectos de la protección de los trabajadores en las empresas, explotaciones, oficinas o establecimientos industriales o agropecuarios, públicos y privados, el trabajo deberá desarrollarse en condiciones adecuadas a la capacidad física y mental de los trabajadores y, en consecuencia,... 3º.- Que aseguren a los trabajadores el disfrute de un estado de salud física

> y mental normales y protección adecuada a la mujer, al menor y a personas naturales en condiciones especiales.

Desde otro punto de vista, el artículo 28 de la mencionada Ley define las enfermedades profesionales así:

> Se entiende por enfermedad profesional, a los efectos de esta ley, los estados patológicos contraídos con ocasión del trabajo o exposición al medio en el que el trabajador se encuentra obligado a trabajar: y aquellos estados patológicos imputables a la acción de agentes físicos, condiciones ergonómicas, meteorológicas, agentes químicos, agentes biológicos, factores psicológicos y emocionales que se manifiesten por una lesión orgánica, trastornos enzimáticos o bioquímicos, trastornos funcionales o desequilibrio mental, temporales o permanentes contraídos en el ambiente de trabajo que señale la reglamentación de la presente Ley y que en lo sucesivo se añadieren al ser aprobada su inclusión por el organismo competente.

De esta forma la Ley de Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo les otorga a los trabajadores una protección que no sólo va desde el punto de vista físico, sino que les extiende esta protección a su salud mental. En vista de esa garantía cabe preguntarse, si un trabajador que demanda como consecuencia de un accidente de trabajo donde sufrió una lesión mental, calificada por el médico legista, como temporal, podrá solicitar las posiciones juradas a su patrono ¿a quién le imputa la responsabilidad de su accidente?

Tal respuesta no existe a nivel de doctrina ni jurisprudencia pero lo que existiría es la aplicación de principios de carácter procesal que nos ayude a resolver esta interrogante como primera solución:

1.- Negar dicha prueba con fundamento en el artículo 406 del Código de Procedimiento Civil, en virtud de que el trabajador no está en capacidad de poder absolverla a la recíproca.

2.- También podría darse el caso que, a pesar del requisito establecido en el artículo 406 del Código de Procedimiento Civil, y dada la incapacidad temporal de tipo mental que padece el trabajador y se encuentra dentro de un procedimiento que persigue la indemnización que se podría originar como consecuencia de un accidente laboral, que supuestamente le ocasionó el hecho del patrono, podría hacer uso de este medio probatorio, pero sin la obligación de absolverla a la recíproca, por cuanto sería totalmente injusto que además de la enfermedad profesional que presenta, adquirida con ocasión del trabajo, le estaría impedido hacer uso de esta prueba, limitando además sus posibilidades dentro del proceso y creando además desigualdades no permitidas por la Ley.

3.- De conformidad a lo establecido en los artículos 6, 15 y 28 del Código de Procedimiento Civil, podría pensarse que en virtud de que la lesión, según lo alegado por el trabajador, se produjo por un hecho del patrono, al gozar de la protección que obliga al Juez a garantizar el derecho a la defensa y mantener a las partes sin preferencias ni desigualdades, permitir en este caso que los trabajadores deleguen la absolución de las posiciones juradas (recíprocas) en una persona que tenga conocimiento real de los hechos, requisito indispensable para que pueda absolver el delegado las posiciones juradas, pero sería interesante analizar quién tiene la responsabilidad de realizar la respectiva delegación, ya que el trabajador se encuentra incapacitado mentalmente para realizar la respectiva delegación; el autor considera que la respectiva delegación puede ser realizada por el representante legal del trabajador, pero tal designación tendría que ser necesariamente sobre una persona que tenga conocimiento directo de los hechos y no un conocimiento de carácter referencial, y se propone que el Tribunal, antes de proceder a la admisión de la prueba, estaría en la obligación de verificar que efectivamente el delegado posee conocimiento directo de los hechos. Esta forma de proceder no limita la prueba, la materia laboral está calificada como de interés social, noción que está ligada a la protección estatal de determinados grupos de la población del país a quienes se les reconoce que no están en igualdad de condiciones con otras personas y, por lo tanto, el Estado se encuentra en la obligación de defenderlos, para evitar que esa condición desigual en que se encuentran obre contra ellos y se les cause un daño patrimonial.

CONCLUSIONES

1.- En el presente trabajo de investigación se logró determinar el supuesto de que las posiciones juradas son un deber y una facultad procesal de las partes, como medio idóneo para obtener la confesión, es decir, el reconocimiento de los hechos desfavorables a las partes, independientemente de su ánimo o no de confesar. De allí que la determinación de los sujetos obligados a absolver las posiciones juradas, resulta determinante en la regulación de este medio probatorio esencialmente personal y el autor está convencido ampliamente, que las diferentes soluciones planteadas en el presente trabajo, al existir por parte del patrono una ventaja ante el trabajador, porque éste puede designar o delegar a una persona para que absuelva las posiciones juradas en su nombre, pueden ser ampliamente aplicadas en el proceso laboral, y esto permitiría un mayor equilibrio en el proceso laboral, ajustándose de esta forma al principio de igualdad de las partes en el proceso.

2.- De la misma manera al lograr establecer quiénes se encuentran obligado a absolver posiciones juradas en el proceso, así como los diferentes requisitos exigidos por la Ley para la absolución de las mismas, permite que no se encuentre en un estado de indefensión al promover a una persona cuyo testimonio no genere una confesión, por tratarse de una persona que carece de conocimiento directo de los hechos que dieron origen al litigio o bien por no tratarse de una de las personas indicadas en el Art. 404 del Código de Procedimiento Civil o 52 de la Ley Orgánica del Trabajo; lo que nos permite concluir que los parámetros dilucidados en el presente trabajo, con relación a la forma de promoción y evacuación de las posiciones juradas, así como quienes se pueden obligar, ya sea a absolverlas o a promoverlas, se encuentran acertadas.

RECOMENDACIONES

Se considera conveniente que en una próxima reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, debería incluirse la facultad de que el trabajador pueda designar a una persona para que absuelva las posiciones juradas en su nombre y que además se establezca como requisito fundamental que dicha persona posea un conocimiento directo de los hechos y cumpla con todos los requisitos establecidos en el Código.

BIBLIOGRAFÍA

CARNELUTTI, Francesco. *La Prueba Civil,* p. 225, Edición De Palma, Buenos Aires.

Código de Procedimiento Civil.

Código Civil.

Código Penal.

GACETA FORENSE, Nº 66, 2ª etapa p. 328.

GACETA FORENSE, Nº 64, 2ª etapa p. 612.

JURISPRUDENCIA RAMÍREZ & GARAY, 1988, Primer trimestre, Tomo CIII, pp. 211-212.

JURISPRUDENCIA RAMÍREZ & GARAY 1989, Tercer trimestre. Tomo CIX, p. 144.

LA ROCHE, Ricardo Henrique. *Código de Procedimiento Civil.* Tomo III, p. 253.

Ley Orgánica del Trabajo. *Gaceta Oficial* 5.152 del 19 de junio de 1997.

Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo.

OSSORIO, Manuel *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Editorial Heliasta, S.R.L. 1981, p. 335.

PIERRE TAPIA, Oscar. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia,* Tomo 5, Mayo de 1997.

_____: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Tomo 8-9, Agosto - Septiembre 1997, p. 464.

_____: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia,* agosto-septiembre de 1997, pp. 409-412.

RENGEL-ROMBERG, Arístides, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano,* tomo IV, p. 45.

RODRÍGUEZ DÍAZ, Isaías. *El nuevo Procedimiento Laboral*, pp. 231-232. Editorial Jurídica Alva, S.R.L. Caracas, 1995.

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)

Carlos J. SARMIENTO SOSA*

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado. **Universidad José María Vargas**, *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho*, Profesor de arbitraje comercial. **Cámara de Comercio de Caracas**, *Centro de Arbitraje*, **Bolsa Agrícola de Venezuela**, *Centro de Arbitraje*, Árbitro**. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal**, Miembro. **Federación Interamericana de Abogados**, Ex Presidente. Autor de distintas obras jurídicas, entre ellas "Ley de Arbitraje Comercial", galardonada con el Primer Premio de la Federación Interamericana de Abogados, durante la XXXIV Conferencia celebrada en Ciudad de México en junio, 1999. Dentro de presentaciones y ponencias relacionadas con el arbitraje, caben mencionar: "La conciliación. La Corte de Puertas Múltiples. La experiencia americana: Estados Unidos, Venezuela, Colombia y Argentina"; "El abogado como factor conciliador en la administración de justicia; "El procedimiento en el arbitraje independiente de la Ley de Arbitraje Comercial"; y "Justicia civil y fórmulas alternas de resolución de controversias: El caso Venezuela".

Abreviaturas más usadas: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV); Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT); Ley Orgánica del Trabajo (LOT); Ley Orgánica de Tribunales y Procedimiento del Trabajo LOTPT; Código de Procedimiento Civil (CPC); Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (CM); Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia (SCC-TSJ); Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia (SCS-TS); Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución (JSME); Juez de Juicio (JJ); Exposición de Motivos de la LOPT (EM-LOPT).

SUMARIO:

Introducción

1. **El principio de autonomía y especialidad de la jurisdicción laboral: 1.1** *Fundamento*. **1.2** *La jurisdicción laboral*. **1.3** *La competencia de los tribunales del trabajo*. **1.4** *Requisitos para los jueces laborales*. **1.5** *Los Circuitos Judiciales*. **1.6** *Los tribunales de primera instancia.* **1.7** *Los tribunales de segunda instancia*. **1.8** *Casación*. **1.9** *Recurso de control de la legalidad*.
2. **El principio de gratuidad: 2.1** *La prohibición de establecer tasas, aranceles y exigir pagos.* **2.2** *La Defensoría Pública de Trabajadores*. **2.3** El CPC. **2.4** *El CM*. **2.5** *Comentarios*.
3. **El principio de oralidad: 3.1** *Las audiencias*. **3.2** *El CPC*. **3.3** *El CM.* **3.4** *Comentarios.*
4. **El principio de inmediación: 4.1** *El CPC.* **4.2** *El CM.* **4.3** *Comentarios*.
5. **El principio de concentración**: **5.1** *El CPC*. **5.2** *El CM*. **5.3** *Comentarios*.
6. **El principio de publicidad**: **6.1** *El CPC*. **6.2** *El CM*. **6.3** *Comentarios*.
7. **El principio de brevedad**: **7.1** *El CPC*. **7.2** *El CM*. **7.3** *Comentarios*.
8. **Principio de dirección del Juez en el proceso**: **8.1** *El CPC*. **8.2** *El CM*. **8.3** *Comentarios*.
9. **El principio de la sana crítica**: **9.1** *El CPC*. **9.2** *El CM*. **9.3** *Comentarios*.
10. **El principio de equidad: 10.1** *El CPC*. **10.2** *EL CM*. **10.3** *Comentarios*.
11. **El principio de que las partes están a derecho: 11.1** *El CPC*. **11.2** *El CM*. **11.3** *Comentarios*.
12. **El principio de lealtad y probidad en el proceso: 12.1** *El CPC*. **12.2** *El CM*. **12.3** *Comentarios*.
13. **El principio dispositivo**: **13.1** *El CPC*. **13.2** *El CM*. **13.3** *Comentarios*.

Conclusiones

INTRODUCCIÓN

La justicia laboral siempre ha sido objeto de un tratamiento especial en función de su contenido social dando paso a lo que se ha denominado una jurisdicción laboral autónoma y especializada y así lo entendió el legislador venezolano cuando promulgó la primera Ley Orgánica de Tribunales y Procedimiento del Trabajo, en 1940, la cual ha venido rigiendo durante sesenta años, sufriendo solamente las modificaciones que se le efectuaron en 1956 y 1959.

Pese a tan longeva vigencia de ese texto legal, es cierto que, como dice la EM-LOPT, su objetivo no fue logrado, ya que no creó un procedimiento verdaderamente especial y autónomo para la sustanciación de los juicios del trabajo, sino que remitió al procedimiento pautado por el CPC para la tramitación de los juicios breves, excepción hecha solamente, de aquellos que resultaran expresamente modificados por la Ley Especial de la materia, con lo cual el proceso laboral quedó convertido en un proceso excesivamente escrito, lento, pesado, formalista, mediato, oneroso y no provechoso, para nada, a la justicia, ha deshumanizado por completo, convirtiendo a la administración de justicia laboral en una enorme y pesada estructura burocrática, que en vez de contribuir a mantener la armonía social y el bien común, se ha convertido en un instrumento de conflictividad social.[1]

Por otro lado, la LOT incorporó el procedimiento de estabilidad laboral, el cual se ha visto afectado igualmente por las mismas deficiencias que el procedimiento ordinario laboral, pese a que expresamente prohíbe el recurso de casación, por lo que puede decirse que ese especial procedimiento integra esa maraña que aviva la conflictividad social.

Esta realidad de la jurisdicción laboral fue atendida por la SCS-TSJ, y con fundamento en el numeral 4 del artículo 204 de la Constitución, procedió a elaborar la LOPT, en la que se han incorporado no solamente los indicados principios, sino también ciertas innovaciones de carác-

[1] Cfr.: EM-LOPT.

ter procesal que, en criterio de sus autores garantizarán eficientemente el acceso a la justicia laboral.

La fuente de la cual se nutre la LOPT está en los principios establecidos en el artículo 257 de la CRBV, que establece:

> 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.

Asimismo, en la Disposición Transitoria Cuarta, numeral 4º de nuestra Carta Magna, se ordena al legislador que, dentro del primer año a partir de la instalación de la Asamblea Nacional se apruebe:

> Una Ley Orgánica Procesal del Trabajo que garantice el funcionamiento de una jurisdicción laboral autónoma y especializada, y la protección del trabajador o trabajadora en los términos previstos en esta Constitución y en las leyes. La ley Orgánica Procesal del Trabajo estará orientada por los principios de gratuidad, celeridad, oralidad, inmediatez, prioridad de la realidad de los hechos, la equidad y rectoría del Juez o Jueza en el proceso.

Como se puede observar, se trata de una fuente inmediata, pero conminatoria, porque contiene un mandato del Poder Constituyente al Poder Legislativo para que, dentro del plazo señalado, proceda a incorporar los principios generales del derecho procesal contemporáneo para modernizar la vetusta legislación adjetiva laboral. Sin embargo, hay que advertir que, si bien es cierto que la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimiento del Trabajo no ha llenado las expectativas de patronos y trabajadores, ello no es imputable solamente al legislador, sino que la deficiencia de la administración de justicia durante años ha impedido que los procesos, como actividad jurídica que está a cargo del Estado, y del Poder Judicial en especial, cumplieran su verdadero y esencial cometido de dirimir y resolver, en justicia, las controversias entre patronos y trabajadores.

La incorporación expresa de los principios procesales no significa que ellos no contaran en la legislación venezolana, pues el CPC, aplicable supletoriamente por mandato de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimiento del Trabajo LOTPT, contiene normas que los incorporaron al derecho positivo. Lo que sucede es que, con la LPOT se crea una jurisdicción autónoma, lo que hace deducir que el legislador estimó necesario considerarlos de manera expresa en el novedoso texto legislativo.

Otro aspecto positivo que conviene señalar es la marcada influencia del CM, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal,[2] lo que constituye un importante avance en la unificación de las normas procesales en el derecho internacional y comparado, sobre todo cuando legislaciones como la uruguaya, a través del Código General del Proceso, y la española, mediante la novedosa Ley de Enjuiciamiento Civil, que sustituyó a su predecesora de la misma denominación del 3 de febrero de 1881, han puesto énfasis en los principios procesales como garantía para una mejor justicia.

En líneas generales, la justicia laboral venezolana se encuentra ante una interesante experiencia de la cual se intenta obtener resultados ampliamente favorables para las partes y, en especial para el "débil jurídico",[3] incorporando las recientes innovaciones del derecho iberoamericano. No obstante, estimo que la modificación que se persigue debe ir acompañada de una reforma de la administración de justicia, sea de la laboral o de la ordinaria en general, para que pueda alcanzar una jurisdicción laboral autónoma y especializada, como lo manifesté en la exposición que, con el mismo título, me correspondió hacer durante las Segundas Jornadas de Actualización en el Ambito Jurídico CIED-HPCD celebradas en Caracas los días 1º y 2 de julio de 2002.

---

[2] Mientras elaboraba este estudio, recibí la infausta noticia del sensible fallecimiento del profesor uruguayo Enrique Véscovi, uno de los fundadores de la nueva escuela procesal iberoamericana. A él un cariñoso recuerdo, pues será referencia obligada cuando se haga referencia al CM.

[3] Intencionalmente he escrito este calificativo entre comillas. Estimo que hoy en día es discutible hablar de "débil jurídico" cuando la verdad sea dicha en los tribunales laborales cursan demandas por concepto de prestaciones sociales por altísimos montos, incluso en dólares americanos, que en más de un caso hacen parecer que el "débil jurídico" es el patrono y no el trabajador. ¿Abuso de derecho? ¿Fraude procesal? ¿Falta de ética profesional? Valdría la pena abundar sobre este tema.

El plan general del trabajo abarca un análisis comparativo de los principios procesales del proceso civil en la LOPT con referencias al CPC venezolano y al CM seguidos de opiniones personales, con citas doctrinarias,[4] salvo en lo que atiene *al principio de autonomía y especialidad de la jurisdicción laboral*, pues dadas sus particularidades locales, me he limitado a referirme a su fundamento, el concepto de jurisdicción laboral, la competencia de los tribunales del trabajo, los requisitos que deben cumplir los jueces laborales, los Circuitos Judiciales, los tribunales de primera instancia y los tribunales de segunda instancia.

Para finalizar, debo agradecer al Doctor Fernando Parra Aranguren la invitación que me formuló para participar con una monografía en el Libro Homenaje al Doctor Félix S. Angulo Ariza, a quien tuve la oportunidad de conocer y valorar sus conocimientos jurídicos a través de distintos escritos y particularmente por sus lecciones sobre el enjuiciamiento penal en Venezuela.

En su honor este modesto trabajo.

Playa Azul, junio de 2003

1. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA Y ESPECIALIDAD DE LA JURISDICCIÓN LABORAL

1.1 *FUNDAMENTO*

El fundamento de este principio se encuentra en el numeral 4 de la Disposición Transitoria Cuarta de la CRBV, el cual establece que dentro del primer año siguiente a la entrada en vigencia de la misma, la Asamblea Nacional aprobaría:

> Una Ley Orgánica Procesal del Trabajo que garantice el funcionamiento de una jurisdicción laboral autónoma y especializada.

[4] En mis *Reflexiones sobre el Arbitraje Procesal Laboral en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo*, para el Libro Homenaje al Doctor J. R. Duque Sánchez, traté brevemente los principios procesales en la LOPT en razón de que, de acuerdo a esta ley, la sentencia –o en su caso el laudo arbitral– debe estar adaptado a los principios que rigen el proceso laboral.

A este respecto, la EM-LOPT expresa que se confiere a los órganos jurisdiccionales del trabajo la facultad de conocer exclusivamente de todos aquellos asuntos de carácter contencioso que se produzcan con relación al hecho social trabajo, desarrollando la idea de autonomía, imparcialidad y especialidad de la jurisdicción laboral, a los fines de no dejar dudas sobre la eficacia de una jurisdicción que debe ser rodeada de las garantías jurídicas y fácticas que impidan convertirla en la justicia de un solo sector, al establecer la imparcialidad como un presupuesto indispensable para administrar justicia y la especialidad laboral ante la reconocida autonomía del derecho de trabajo, que exigen Jueces y Magistrados, a su vez especializados en un ambiente jurídico, donde a los textos legales y reglamentarios se suman normas muy singulares, como las de los convenios colectivos de trabajo, los reglamentos de empresa. En suma, dice la EM-LOPT, se trata de proporcionar a los trabajadores y empleadores un procedimiento sencillo y rápido.

1.2 *LA JURISDICCIÓN LABORAL*

La jurisdicción laboral se ejerce por los tribunales del trabajo y la materia laboral comprende, no sólo los conflictos surgidos por aplicación de las leyes laborales y de seguridad social, sino todas las cuestiones de interés laboral y social que se encuentren en otras leyes, cuya competencia no haya sido expresamente excluida del conocimiento de los tribunales laborales, razón por la cual la competencia es mucho más amplia. Por ello, la disposición es enunciativa y no taxativa y tales materias estarán atribuidas a los tribunales del trabajo, sin perjuicio del fuero atrayente que ejerce la jurisdicción laboral, por la competencia genérica que se establece.

1.3 *LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DEL TRABAJO*

La competencia de los tribunales del trabajo abarca tres áreas fundamentales:

> a) Los asuntos contenciosos, relativos al hecho social trabajo y en particular a la prestación personal de servicios, dependiente o no dependiente, incluso los relacionados con intereses

colectivos o difusos, que no correspondan a la conciliación ni al arbitraje, con excepción de los litigios entre funcionarios y la Administración Pública;

b) Las demandas de calificación de despido y las solicitudes de amparo constitucional por violación de derechos y garantías constitucionales de trabajo y seguridad social; y

c) Los litigios relativos a la aplicación de las normas de seguridad social.

1.4 *REQUISITOS PARA LOS JUECES LABORALES*

Los jueces laborales deberán ser abogados, preferentemente especialistas en Derecho del Trabajo y como tales, estudiosos a fondo de dicha ciencia, garantizando de esta manera un conocimiento especializado de la materia.

1.5 *LOS CIRCUITOS JUDICIALES*

Los Circuitos Judiciales Laborales van a permitir la mejor ubicación y distribución del trabajo de los nuevos tribunales a lo largo de la geografía nacional, con base en los estudios estadísticos y poblacionales disponibles y en absoluta concordancia con las más aceptadas recomendaciones de los organismos internacionales, como la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), como apunta la EM-LOPT.

1.6 *LOS TRIBUNALES DE PRIMERA INSTANCIA*

Los tribunales de primera instancia se dividen entre dos órganos especializados: Los Tribunales de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo y los Tribunales de Juicio.

a) Los Tribunales de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo tendrán a su cargo tres funciones claramente definidas y especializadas: la introducción de la causa y el despacho saneador; la mediación y empleo de todos los

procedimientos alternativos de resolución de conflictos (PARC)[5] y la ejecución de la sentencia o de cualquier otro acto que tenga fuerza ejecutoria.

b) Los Tribunales de Juicio tendrán atribuida la instrucción, decisión y ejecución del asunto, para que éstos puedan presenciar el debate, la evacuación de las pruebas y decidir el mérito de la controversia, con suficiente serenidad, tranquilidad y un número razonable de asuntos, sin menoscabar la aplicación real de los principios procesales de oralidad, inmediación y concentración que conforman el nuevo proceso, según apunta la EM-LOPT.

1.7 *LOS TRIBUNALES DE SEGUNDA INSTANCIA*

La segunda instancia estará conformada por los Tribunales Superiores del Trabajo, a quienes corresponde conocer en alzada, podrán ser colegiados o unipersonales, constituidos los primeros por tres (3) Jueces y los segundos por un (1) Juez.

1.8 *CASACIÓN*

El recurso de casación contra las sentencias dictadas por la segunda instancia laboral está regulado por el procedimiento establecido en la LOPT y procede siempre y cuando la cuantía exceda de tres mil unidades tributarias (3.000 UT).[6]

Admitido el recurso, el recurrente contará con un plazo de veinte (20) días consecutivos para formalizar el recurso de casación ante la SCS-TSJ, el cual no debe exceder de tres (3) folios; y a continuación, la otra parte tendrá un plazo igual para contradecir los argumentos del formalizante, lo cual deberá hacer en el mismo número de folios.

---

[5] El legislador laboral ha seleccionado la denominación "procedimientos alternativos de resolución de conflictos" y las siglas PARC para distinguir a las distintos mecanismos de solución de conflictos sin litigio judicial. En la doctrina también se las llama simplemente "Fórmulas de Resolución de Conflictos", o "Fórmulas de Resolución de Controversias", o "Mecanismos de Resolución de Controversias", o "Mecanismos Alternos de Resolución de Conflictos". También se utiliza las siglas ADR, que equivalen a Alternative Dispute Resolution, en inglés.

[6] Para mayo de 2003 cada UT equivale a Bs. 19.400.

Una vez concluido el término de impugnación, la SCS-TSJ fijará la oportunidad de la celebración de la audiencia, en la cual las partes formularán sus alegatos y defensas oralmente, debiendo comparecer ambas partes obligatoriamente a esa audiencia; y finalizado el debate oral, la SCS-TSJ decide inmediatamente casando o no la sentencia, sin reenvío.

1.9 *RECURSO DE CONTROL DE LA LEGALIDAD*

El recurso de control de la legalidad de las sentencias definitivas[7] de segunda instancia, es un medio de impugnación previsto y regulado en la LOPT contra las decisiones que no admiten la proposición de recurso de casación y en las que pudiere haberse incurrido en infracción evidente del orden público laboral, con excepción de aquellas que resuelvan acciones de amparo constitucional emanadas de los Juzgados Superiores laborales, pues en caso de producirse la violación de alguna norma constitucional con estos fallos, las mismas son revisables a través de la SC-TSJ.[8]

Una vez que la parte afectada haya propuesto el control de la legalidad, el Tribunal Superior del Trabajo remitirá el expediente a la SCS-TSJ de manera inmediata y es ésta quien se pronunciará sobre su admisibilidad. Por tanto, si bien debe el juez superior señalar, a los efectos de la tempestividad de la solicitud, los días transcurridos desde la publicación del fallo hasta la fecha en que se propone el control de la legalidad, no debe emitir pronunciamiento alguno sobre su admisibilidad, pues ello compete exclusivamente a la SCS-TSJ.[9]

Para que el recurso de control de la legalidad proceda,[10] se requiere:

---

[7] En sentencia 87 del 20/02/2003 la SCS-TSJ dispuso: "Este medio de impugnación excepcional es inadmisible cuando se solicite contra las sentencias interlocutorias emanadas de los Juzgados Superiores laborales, todo ello además en procura de la celeridad que cada caso amerita, pues de producirse alguna violación con estos fallos interlocutorios, se puede reparar en la sentencia definitiva, recurribles estas últimas ante la SCS-TSJ a través de los medios de impugnación permitidos por la Ley para ello" (subrayado del autor).

[8] SCS-TSJ. Sentencia 301 del 29/04/2003.

[9] SCS-TSJ. Sentencia 108.

[10] Sentencia 87 del 20/02/2003 de la SCS-TSJ.

a) Que se trate de sentencias emanadas de Juzgados Superiores laborales;

b) Que no sean impugnables en casación;

c) Que violen o amenacen con violentar normas de estricto orden público; y

d) Que resulten contrarias a la jurisprudencia reiterada de esta Sala de Casación Social.

Además de ello, para su admisibilidad se requiere verificar:

a) La oportunidad para su interposición, es decir, que sea solicitado el recurso de control de la legalidad dentro de un lapso preclusivo de cinco (5) días, contado por días de despacho, siguientes a la fecha en que sea dictada la sentencia sujeta a revisión; y

b) La extensión del escrito, es decir, que no exceda de tres (3) folios útiles y sus vueltos.

Por último, es necesario e importante destacar, que aun cuando a través de este medio de impugnación excepcional se abre la posibilidad de denunciar el no acatamiento de un criterio jurisprudencial reiterado, no se debe confundir esto con las delaciones propias para ser realizadas a través de un recurso de casación, es decir, no se puede fundamentar el escrito en alguna violación propia de ser denunciada en sede casacional, ello en razón de que éste no es el objeto de este recurso y además dentro de las causales de inadmisibilidad se encuentra el que los fallos contra los que se solicita el control de la legalidad no sean impugnables en casación, por lo tanto, al hacerlo se estaría utilizando como sustituto del extraordinario de casación.[11]

[11] Sentencia 87 del 20/02/2003 de la SCS-TSJ.

> Admitido el recurso, la SCS-TSJ fijará la oportunidad de la audiencia y se decidirá oralmente, conforme al procedimiento establecido para el recurso de casación, debiendo pronunciarse sobre la legalidad o no del fallo recurrido, sin condena en costas.[12]

2. EL PRINCIPIO DE GRATUIDAD

El principio de gratuidad tiene su fuente inmediata en las normas contenidas en los artículos 26 y 254 de la Constitución. En efecto, en el primero de los nombrados se expresa que el Estado garantizará una justicia gratuita, mientras que en la segunda de las disposiciones citadas se dispone que el Poder Judicial no está facultado para establecer tasas, aranceles, ni exigir pago alguno por sus servicios.

2.1 *LA PROHIBICIÓN DE ESTABLECER TASAS, ARANCELES Y EXIGIR PAGOS*

LA EM-LOPT considera que la necesidad de hacer accesible la justicia al pueblo, al menor costo posible, impone el deber de establecer la gratuidad en el ámbito laboral, pues tratándose que los trabajadores son los débiles económicos en la relación obrero-patronal, es necesario, para contribuir con la igualdad de las partes en el proceso, que éste se desarrolle con la menor incidencia económica posible. En consecuencia, y siguiendo casi textualmente el artículo constitucional, los Tribunales del trabajo no están facultados para establecer tasas, aranceles, ni exigir pago alguno por sus servicios, permitiéndose actuar en papel común y sin necesidad de pago alguno por la obtención de los servicios de la justicia laboral.

[12] Sentencia 240 del 02/04/2003 de la SCS-TSJ: No hay condenatoria en costas, en virtud de no existir disposición expresa en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que así lo contemple.

Igualmente, se prohíbe a los Registradores y Notarios Públicos el cobro de tasas o aranceles por sus servicios, cuando la actuación sea de naturaleza laboral.[13]

2.2 *LA DEFENSORÍA PÚBLICA DE TRABAJADORES*

La Defensoría Pública de Trabajadores tiene por objeto facilitar a los trabajadores el acceso efectivo a la justicia laboral. Su función básica será asistir o representar a los trabajadores ante los Tribunales del trabajo, y la promoción, defensa y vigilancia de los derechos laborales establecidos en la Constitución y la Ley, pero acogiendo una observación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se deja toda su regulación, relativa a la organización, atribuciones y funcionamiento a la Ley Orgánica sobre la Defensa Pública, que contempla el numeral 5 de la Disposición Transitoria Cuarta, de la Constitución.

2.3 *EL CPC*

El CPC contiene expresas disposiciones sobre la justicia gratuita, a cuyo efecto los artículos 175 y siguientes, establecen el procedimiento a las personas a quienes el Tribunal o la Ley confieren este beneficio.

2.4 *EL CM*

No constituyan una grave dificultad para utilizar el proceso. En otras palabras, que no se afecte el principio de acceso a la justicia.

---

[13] Mediante fallo del 31 de mayo de 2002, el Tribunal Quinto de lo Contencioso Tributario del Área Metropolitana de Caracas declaró con lugar la acción de amparo constitucional interpuesta por José Andrés Octavio L. y Gretta González B. La acción había sido interpuesta contra una Planilla de Liquidación del 8 de mayo del 2002, emitida por la Oficina Subalterna de Registro del 2° Circuito del Dtto. Sucre del Edo. Miranda, por Bs. 3.290.084, en concepto de "Derechos de Registro", correspondientes a la protocolización de un contrato de compraventa y constitución de hipoteca de un inmueble. Los accionantes alegaron que el Decreto Nº 1.554 con Fuerza de Ley de Registro Público y del Notariado, reimpreso por error material en la G.O. Nº 37.333 del 27 de noviembre de 2001, no establece tributo alguno para la protocolización de cualquiera de los actos jurídicos en él establecidos. De acuerdo con el Decreto 1.554, la fijación de los derechos de registro debe hacerla el Ministerio de Interior y Justicia mediante un acto de rango sub-legal. La planilla impugnada había sido liquidada de acuerdo con los porcentajes establecidos en la Ley de Registro Público de 1999, derogada desde el 27 de noviembre de 2001.

La otra recomendación atiene a la defensa de quienes carezcan de medios económicos para atender a los gastos del proceso y, en ese sentido, apunta el CM que esos litigantes deben recibir el amparo o beneficio de pobreza, que incluirá el patrocinio gratuito a través de los Colegios de Abogados o por designación del mismo Juez de la causa cuando aquéllos no existan, o por otro sistema que dé igual resultado.

2.5 *COMENTARIOS*

En otras oportunidades he manifestado que el problema de la gratuidad reside en la prácticamente imposible asistencia jurídica para aquellas personas que carecen de recursos económicos para pagar un abogado privado y no en el pago de un arancel judicial, y en apoyo a este criterio, e invocado que algunas iniciativas han contribuido a crear clínicas jurídicas y centros de atención gratuita para quienes no pueden pagar los honorarios de un profesional del derecho, concluyendo en que una asistencia jurídica gratuita, unida a un beneficio de justicia gratuita, serían los elementos que, combinados, garantizarían el libre acceso a la justicia y su gratuidad.[14]

No obstante, el legislador tendrá que cumplir con la orden constitucional de aprobar una Ley Orgánica sobre la Defensa Pública, pero tengo serias dudas acerca del eventual funcionamiento de la institución de la defensa gratuita que tuvo en mente el constituyente. En efecto, se trata de la creación de un cuerpo burocrático integrado por abogados dispuestos a atender la defensa de aquellas personas que no pueden pagarse un defensor privado y, en el caso laboral, atender a los trabajadores en sus reclamos contra los patronos. En primer término, un organismo de esta naturaleza es costoso, por lo que requerirá de una partida presupuestaria para su funcionamiento, lo que se traduce en una pesada carga económica en un país afectado por una inmensa crisis fiscal; en segundo término, los defensores deberán cumplir determinados requisitos y, entre ellos, la especialización en la materia que vayan a desempeñar de manera que cumplan cabalmente sus funciones. Al respecto, hay

[14] *La Justicia*… p. 21.

que indicar que la experiencia muestra que generalmente este tipo de actividades son desempeñadas por abogados recién egresados de las universidades, necesitados de trabajo y de ingresos, lo que dificulta que puedan ejercer la defensa de casos que se les asignen a través de una defensoría pública con la debida responsabilidad profesional. En tercer lugar, los honorarios que se pagarían a esos defensores tendrían que ser acordes con el mercado profesional, de manera de evitar que puedan presentarse corruptelas en perjuicio de los defendidos.

Por otra parte, la forma como la LOPT concibe la defensoría pública atenta contra el derecho de defensa, porque así como se prevé la asistencia al trabajador, debería considerarse la posibilidad de asistir al patrono. En efecto, la experiencia indica que no todos los patronos están en capacidad económica de sufragar los honorarios profesionales de un abogado particular, sobre todo cuando se trata de demandas multimillonarias por prestaciones sociales y otros conceptos laborales, pues es sabido que los abogados, generalmente, estiman sus estipendios en función del monto de la demanda, lo que incide marcadamente en el presupuesto de un patrono al momento de enfrentar un litigio laboral. Por tanto, así como el empleador se beneficia del principio de justicia gratuita, deberá poder disfrutar del servicio público de la defensa en igualdad de condiciones que el trabajador.

Quizás una solución podría encontrarse en la legislación uruguaya[15] sobre la defensa pública o de oficio. En efecto, en la República Oriental del Uruguay existen las Defensorías de Oficio en lo Civil, Criminal, Laboral, Menores Infractores, en lo Penal y de Ejecución Penal y Contencioso Administrativo para asistir a quienes requieran de sus servicios, siempre que concurran en el solicitante determinadas circunstancias económicas que reglamenta la Defensa Letrada de Oficio. Estas defensorías dependen del Servicio de Asistencia Letrada de Oficio, subordinado a la Suprema Corte de Justicia y presta sus servicios tanto a demandantes como a demandados, es decir, no se trata únicamente de proveer asistencia en la defensa, sino suministrarla a quien, siendo titu-

[15] Cfr.: *La Justicia en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela,* Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2000, pp. 114-115.

lar de un derecho, pretenda acceso a la justicia. En cuanto a los límites de esta asistencia, la normativa fija las condiciones para que el interesado pueda ser asistido, a cuyo efecto establece los baremos en función de unidades salariales, las obligaciones de los defensores, su régimen administrativo y la distribución del trabajo mediante turnos en el servicio.

Finalmente, hay que observar que la CRBV hace énfasis en la defensa de la autonomía y organización, funcionamiento, disciplina e idoneidad del servicio de defensa pública, con el objeto de asegurar la eficacia del servicio y de garantizar la carrera del defensor, a cuyo efecto previó que dentro del primer año, contado a partir de su instalación, la Asamblea Nacional aprobaría una ley orgánica sobre la defensa pública y, hasta se sancionara esa ley, la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial estaría a cargo del desarrollo y operatividad efectiva del sistema autónomo de la Defensa Pública a los fines de garantizar el derecho a la defensa, pero ello se circunscribe al campo penal y de los menores,[16] cuando en realidad, la asistencia debe ser entendida no solamente en cuanto a la defensa del reo que no pueda contratar a un defensor privado, sino también la posibilidad de asesorar

[16] El web site www.tsj.gov.ve del Tribunal Supremo de Justicia da cuenta de que el alto Tribunal cuenta de las actuaciones del Sistema Autónomo de la Defensa Pública, que a nivel central, está integrado por la Dirección General, por la Coordinación de Unidades de Defensa y por las Coordinaciones de Servicios Administrativos y Financieros, de Recursos Humanos, la Coordinación Técnico Pericial-Jurídico, la Jefatura de Despacho y la Oficina de Planificación y Presupuesto. En cada Circunscripción Judicial funcionará un Servicio de Defensa Pública Estadal a cargo de un Coordinador Regional, con personal de apoyo técnico, además de las Unidades de Defensa Pública, constituida por los Defensores Públicos, según las necesidades de cada región y como lo disponga el Director General. Entre los objetivos que pregona este sistema están: 1.- Asegurar la vigencia efectiva de la garantía constitucional del derecho a la defensa como un derecho fundamental de la persona humana y como condición del acto de administrar justicia, independientemente de la capacidad económica de quienes requieren de asistencia jurídica. 2.- Velar por la estricta observancia de los derechos y garantías procesales establecidos en convenios y tratados internacionales suscritos por la República Bolivariana de Venezuela. 3.- Desarrollar sistemas administrativos que faciliten el logro de los objetivos para los cuales se creó el Sistema Autónomo de la Defensa Pública.
4.- Ejercer en el área de su competencia y de acuerdo con los límites que establezca la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, la facultad de contraer compromisos y ordenar pagos. 5.- Cualquier otra función establecida en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Leyes y Reglamentos, o aquellas que expresamente le confiera la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia.

a cualquier persona que carezca de medios para pagar a un profesional del derecho que pueda defenderse en una causa, o para poder solicitar el derecho a tutela judicial efectiva, como acontece en el Uruguay.

3. EL PRINCIPIO DE ORALIDAD

La EM-LOPT señala que la oralidad permite que los actos procesales se realicen de viva voz, fundamentalmente en dos audiencias: La preliminar y la de juicio, limitando el principio de escritura sólo las formas escritas previstas en su propio texto.

La estructura fundamental del proceso laboral, descansa sobre la base del principio de la oralidad, establecida tanto en el artículo 257, como en la Disposición Transitoria Cuarta, numeral 4, de la CRBV, que es recogido en el artículo 3 de la LOPT.

De acuerdo a la concepción del legislador, la oralidad, como principio básico, rige y condiciona todas las actuaciones procedimentales y a tal fin estima que la manera más clara en que se concreta este principio se encuentra en la propia existencia de un proceso oral, en el que de forma verbal se exponen todas las alegaciones de las partes. A este respecto, Omar Alfredo Mora Díaz entiende como oralidad un instituto procesal fundamental, en virtud del cual el proceso judicial del trabajo sea un instrumento que permita la efectiva realización de la justicia y el cumplimiento del fin social de la misma.[17]

La Ley, sigue la tendencia, casi universal, de sustituir el proceso escrito, "desesperantemente escrito" como lo denominara Couture,[18] por un procedimiento oral, breve, inmediato, concentrado y público, que permita la

[17] Bases conceptuales de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. En Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tribunal Supremo de Justicia, Serie Eventos Nº 7. Caracas/Venezuela, 2002, p. 12.
Bases conceptuales..., p. 12.

[18] Exposición de Motivos del CM, p. 49. La EM-LOPT y Mora Díaz atribuyen al maestro uruguayo la misma frase, pero cambiando el calificativo "desesperantemente" que utilizó Couture por "desesperadamente".

aplicación efectiva de la justicia laboral en el área de los derechos sociales. Sin embargo, como indica la EM-LOPT, el principio de la oralidad no impera de manera absoluta, en la prosecución de los juicios laborales, sino que hay actuaciones que se rigen por el principio de la escritura, como es el caso de la introducción de la demanda, que puede ser de manera oral, reduciendo a forma escrita, las pruebas documentales y la consignación de la contestación de la demanda en la audiencia preliminar. Se materializa el principio de la oralidad a través de la audiencia, en donde participan directamente los tres sujetos procesales a saber: el demandante, el demandado y el Juez, (Tribunal y las partes) con lo cual se cumple con los principios de inmediación, publicidad y concentración.

3.1 *LAS AUDIENCIAS*

Procesalmente, el sistema establecido en la LOPT desarrolla el principio de la oralidad a través de la audiencia, en donde participan directamente los tres sujetos procesales a saber: el demandante, el demandado y el Juez. A tal efecto, se prevén dos audiencias fundamentales: la audiencia preliminar;[19] y la audiencia de juicio:

A. La audiencia preliminar

La audiencia preliminar es presidida por el JSME y a ella deben comparecer las partes de manera obligatoria, personalmente o mediante apoderados en el día y hora que determine el Tribunal, previa notificación del demandado. Nótese que la LOPT, siguiendo al CM, introduce la notificación como la forma de emplazar al demandado, con lo cual se modifica el criterio que la SCS-TSJ[20] venía manteniendo, a la luz del CPC, en cuanto a las diferencias entre citación y notificación al expresar:

---

[19] Exposición de Motivos del CM, pp. 61 y ss. Si se considera como antecedente cercano el del régimen austríaco, lo que sostiene gran parte de la relevante doctrina, en puridad la audiencia preliminar se debía traducir literalmente como primera audiencia (*erste tagsatung*) dentro del proceso; o comparecencia personal de las partes como sería su nombre alemán (*persöneliche erscheinung des parteien*); o despacho saneador en el derecho brasileño. Otros, como Couture, situaron el origen de la audiencia preliminar en el pretrail norteamericano, o el Summon of Direction del procedimiento británico. Guasp ve su origen en la *concordantia dubiorum* del Derecho canónico y el mismo despacho saneador brasileño; y Morales Molina lo sitúa en el Reglamento legislativo *e giudiziario per gli affari civile,* expedido en 1834 por el Papa Gregorio.
[20] Sentencia 314 del 20/11/01.

> …una interpretación lógica permite advertir la diferencia entre la citación y la notificación, la primera supone una orden de comparecencia a un acto del proceso, en tanto que la segunda comporta la simple participación de la ocurrencia de algún acto de procedimiento, de manera que en ningún caso pueden asimilarse dos actos procesales como éstos que tienen un carácter jurídico totalmente distinto…

En todo caso, la notificación en la LOPT pasa a ser un acto procesal complejo, mediante la cual se emplaza al demandado para que comparezca a la audiencia preliminar y es una formalidad necesaria para la validez del juicio siendo, además, garantía esencial del principio del contradictorio, pues la parte demandada queda a derecho, se cumple con la función de imponer a ésta de que ha sido propuesta una demanda en su contra al demandado y de informarla del contenido de la demanda, así como de la oportunidad en que debe hacer acto de presencia ante el órgano jurisdiccional para hacer acto de presencia en la audiencia preliminar.

a) Comparecencia obligatoria.

La obligatoriedad a la comparecencia de esta audiencia persigue garantizar y facilitar un primer encuentro ante el JSME, oportunidad en que éste estimulará la utilización de los medios alternos de resolución de conflictos, siguiendo el mandato constitucional contenido en el artículo 258 de la CRBV, que prevé la promoción del arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos.[21]

[21] Margarita de Hegedus (Garantías del principio de economía en el proceso por audiencias. XVVII Jornadas Iberoamericanas y XI Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal en Homenaje a la Escuela Procesalista Uruguya. Fundación de Cultura Universitaria, 16 a 18 de octubre de 2002, Montevideo, p. 44) expresa que uno de los aspectos más controversiales que se prevén en cuanto a la audiencia preliminar es la confesión que se deriva cuando el demandado no acude a la misma. En este sentido, la doctrina uruguaya, con base a la experiencia del Código General del Proceso, comenta que durante el desarrollo de una audiencia pueden y suelen ir dictándose distintas resoluciones por parte del tribunal. Pues bien, si una resolución agravia a una de las partes que debió estar presente en la audiencia y no lo está, ésta perderá su facultad impugnativa y la resolución queda firme y ello porque, salvo que se trate de la sentencia definitiva, toda otra resolución, interlocutoria simple o con fuerza definitiva dictada el curso de la audiencia requiere, para poder ser revisada por el recurso de apelación, que la impugnación se plantee en la propia audiencia. Al no estar presente, no podrá hacerlo y esa o esas otras resoluciones pasarán en autoridad de cosa juzgada.

b) El despacho saneador.

Si las partes no acceden a utilizar los medios alternos de resolución de conflictos, propuestos por el JSME para la solución de la controversia, éste, por intermedio del despacho saneador,[22] podrá depurar todos los vicios procesales que pudiera detectar y recibir las pruebas de las partes, evitando de esa manera reposiciones inútiles de la causa, como expresa Omar Alfredo Mora Díaz.[23]

c) Privacidad de la audiencia. Medidas cautelares.

La audiencia se debe realizar en forma personal, privada y oral, lo que constituye una excepción al principio de publicidad, y podrá el JSME acordar las medidas precautelativas correspondientes, que garanticen la eventual ejecución de la sentencia.

B. La audiencia del juicio

La audiencia de juicio viene a ser el elemento central del proceso laboral y consiste en la realización oral del debate procesal entre las partes, con la presencia del JJ y la participación obligatoria de las partes o sus representantes –*actum triarum personae*–, en donde expongan de viva voz las alegaciones pertinentes para la defensa de sus respectivos derechos e intereses. En esa misma audiencia de juicio serán evacuadas, de forma oral, las pruebas de testigos y expertos y la del interrogatorio por declaración de parte. Al finalizar el debate oral, el JJ pronunciará su

[22] Cfr: José Carlos Barbosa Moreira (Saneamiento del proceso y audiencia preliminar. Relatoría a las IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Madrid, 1985) expresa que el origen del despacho saneador en el derecho portugués y brasileño se encuentra en el despacho regulador consagrado inicialmente en el proceso sumario portugués por ley de 1907, el cual pasara luego a ser precedido de una audiencia preparatoria, la cual se iniciaba, justamente, con la tentativa de conciliación. En cuanto a la importancia del despacho saneador, Hegedus (*op. cit.,* p. 48) expresa que el despacho saneador, tiene la finalidad de quitar del camino cuestiones accesorias, en su mayoría de naturaleza procesal, de tal forma que a partir de allí pueda dirigirse toda la actividad de los distintos sujetos procesales al conocimiento y a la prueba de la cuestión de fondo.

[23] *Bases Conceptuales*…, p. 19.

sentencia inmediatamente en forma oral, la cual reducirá por escrito dentro de los cinco días hábiles siguientes al pronunciamiento.

Esta misma audiencia de juicio se realizará, en el caso de apelación, por ante el Tribunal Superior del Trabajo y de casación por ante la SCS-TSJ, por cuanto que, tanto la apelación, como el recurso de casación, serán decididos previa la comparecencia de las partes en audiencia oral, pública y obligatoria, produciéndose la sentencia en forma oral e inmediata, al concluir el debate procesal y la audiencia correspondiente.[24]

3.2 *EL CPC*

El CPC contempla el juicio oral en los artículos 859 y siguientes, de manera que la oralidad, o proceso por audiencias, no es algo novedoso para el derecho procesal venezolano[25] pero, como dice José Gabriel Sarmiento Núñez,[26] desafortunadamente los proyectistas del CPC no culminaron su labor con respecto a este proceso, pues en lugar de adoptarlo con toda su adecuada reglamentación, declararon en la Exposición de Motivos que lo introducían como un ensayo en determinadas materias y dentro de una determinada cuantía, a fin de contribuir así a la formación progresiva de la mentalidad y experiencia que requiere el juicio oral, a cuyo efecto se estableció que el Ejecutivo Nacional quedaría autorizado para determinar mediante Resolución tomada en Consejo de Ministros, las circunscripciones judiciales y los Tribunales de éstas en que entrarían en vigencia las disposiciones del procedimiento oral.

En realidad, en el juicio oral no se está concibiendo un sistema que prescinde totalmente del procedimiento escrito sino de un régimen mixto que contiene una fase escrita: demanda y contestación, luego una o

---

[24] La apelación, así como el anuncio, la formalización y contestación del recurso de casación atienen al principio de la escritura.

[25] El artículo 859 del Código de Procedimiento Civil dispone el procedimiento oral para "…2° Los asuntos contenciosos del trabajo que no correspondan a la conciliación ni al arbitraje, y las demandas por accidentes de trabajo", cuya cuantía no exceda de Bs. 250.000 (aproximadamente USA$ 250 a una tasa estimada de cambio de Bs. 1.000 por cada dólar USA.

[26] Prólogo a *El procedimiento oral ...,* p. 12.

varias audiencias orales, de viva voz, continuando luego con la fase de escritura.[27] En síntesis, este es el procedimiento oral del CPC:

A. Presentación de la demanda y la contestación

El procedimiento oral[28] se inicia por demanda escrita y se contesta en la misma forma; pero ambas partes deben señalar y acompañar todas las pruebas que deseen hacer valer en el juicio, así como la lista de testigos que rendirán declaración.

B. La audiencia o debate oral

Recibidos los escritos de demanda y contestación, el tribunal debe fijar uno de los treinta días siguientes a la contestación de la demanda para que tenga lugar la audiencia o debate oral, durante la cual se han de practicar todas las pruebas promovidas por las partes, bajo la inmediata y personal dirección del Juez de la causa, salvo aquellas que por su naturaleza deberán evacuarse fuera de dicha audiencia. Durante la fase oral, el JJ está facultado para formular interrogatorios a las partes, peritos y testigos.

C. Conclusión de la audiencia o debate oral y consignación de la sentencia

[27] Arístides Rengel-Romberg, *El juicio oral*... p. 495; José Gabriel Sarmiento Núñez, *Consideraciones*… p. 554.

[28] La falta de funcionamiento del juicio oral en Venezuela es atribuible al propio legislador que lo aprobó, porque como expresa en la Exposición de Motivos, su incorporación se hizo "como un ensayo en determinadas materias y dentro de una limitada cuantía, a fin de contribuir así a la formación progresiva de la mentalidad y experiencia que requiere el juicio oral y, a tal efecto, se facultó al Ejecutivo Nacional para determinar, mediante Resolución en Consejo de Ministros, las Circunscripciones Judiciales de éstas en que entrarían en vigencia las disposiciones del procedimiento oral". Ante esta afirmación legislativa, he expresado (*La Justicia*…, pp. 76-77) que, "de esta manera, este procedimiento quedó congelado por muchos años. Las razones para ello, pueden ser variadas, desde la desorganización del Consejo de la Judicatura, el desinterés de la clase política de implantar un procedimiento que de alguna manera facilitara la independencia judicial o hasta la oposición de parte de abogados negados al cambio por la necesidad de actualizarse y adaptarse a un sistema novedoso y desconocido para muchos".

> Concluidas la o las audiencias de la fase oral, el JJ pronunciará el dispositivo del fallo, debiendo consignar la sentencia completa en los autos dentro del plazo de cinco días. En caso de que el asunto sea sometido al conocimiento de los jueces de alzada, en la segunda instancia se observarán las reglas del procedimiento ordinario, es decir, el sistema escrito.
>
> D. Procedimiento en segunda instancia
>
> En cuanto al procedimiento en segunda instancia, el CPC opta por el procedimiento ordinario, es decir, el sistema de escritura.

3.3 El CM

En las bases,[29] se expresó que debe procurarse la implantación del proceso oral como la solución más eficaz contra la excesiva duración del proceso penal, civil o laboral, lo que demuestra que los procesalistas de Iberoamérica han tomado en consideración la necesidad de la economía procesal no solamente en el proceso civil, sino también en el penal y en el laboral.

En el CM, la oralidad es entendida en el sentido general, aunque en puridad, se plantea un proceso mixto, porque no se trata de perder los beneficios y virtudes de la escritura. Y es así que, fuera de la prueba documental, cuyo valor resultará tan esencial como establecen los derechos de fondo, en el proceso planeado son escritos la demanda, la contestación (en sentido amplio de contradicción, excepciones y defensas) y la reconvención en su caso, la interposición y fundamentación de los recursos y la contestación a la expresión de agravios, etc. Lo que sucede es que se sigue un modelo de proceso por audiencia, que viene a ser el elemento central del proceso o, dicho en otras palabras, la oralidad no como punto de partida, sino como consecuencia de la necesaria presencia –copresencia– de los sujetos en la audiencia, vale decir, las partes y el Juez.[30]

---

[29] CM…, p. 37.
[30] Exposición de Motivos del CM, pp. 47-48.

El proceso ordinario del CM sigue el sistema mixto (escrito y oral), con predominio de la audiencia, en especial, la preliminar, confirmando en ella la función conciliatoria a cargo del Juez, sin perjuicio de que se puedan crear conciliadores especiales para que, al lado del tribunal, realicen tal función, o que, según la experiencia de cada país, se adopte uno u otro sistema.

La audiencia preliminar puede ser seguida por una segunda, para el desahogo o evacuación de las pruebas, las breves alegaciones orales de las partes y la sentencia del Tribunal, la cual debería pronunciarse en ese acto, sin perjuicio de que se expidan los fundamentos en un plazo breve posterior, a partir de cuyo conocimiento comienzan a contarse los plazos para recurrir.[31]

3.4 *COMENTARIOS*

Como indicara Adolfo Gelsi Bidart,[32] la naturaleza del juicio oral no se agota con la expresión oral de los actos más importantes de la causa. Oralidad no es simple oratoria, viene etimológicamente del latín *orare*, que traducido significa hablar, decir. Audiencia proviene de *audientia*, de *audio ire* y traduce a escuchar. Se trata de lo mismo, encarado desde el punto de vista del que habla o del que escucha. El hablar y el escuchar ha de ser necesariamente mutuo para que el procedimiento funcione.

Como se observa, la aclaratoria del profesor uruguayo es muy conveniente para evitar confusiones cuando se habla de juicio oral. Se trata, como expresa el CM, de la oralidad no como punto de partida, sino como consecuencia de la necesaria presencia –copresencia– de los su-

[31] Exposición de Motivos del CM, p. 85. Véase que la Ley Orgánica Procesal del Trabajo se adapta bastante al procedimiento sugerido por el CM. Así, se observa que el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución cumple las funciones de conciliador, hace uso del despacho saneador y, de no lograrse la conciliación, se pasa a la audiencia del juicio que es la base de todo el proceso, donde las partes presentan su demanda y contestación por escrito, se debaten las pruebas oralmente y el JSME de seguidas pronuncia su fallo, el cual debe consignar posteriormente por escrito.

[32] *Por el proceso en audiencias.* En Revista Jurídica de San Isidro. Cuartas Jornadas Rioplatenses de derecho. San Isidro, julio-diciembre de 1987, Provincia de Buenos Aires.

jetos en la audiencia. Por tanto, cuando se establece un procedimiento oral, quiere decir que se trata de un sistema de principios inseparables, es decir, la oralidad propiamente dicha, la inmediación y la concentración, pero en ningún caso puede interpretarse que ello implica la supresión de la fase escrita. A este respecto, Margarita de Hedegus[33] sostiene con razón, que no debe haber confusión con las "bondades" de la oralidad y convertir el proceso en un dictado a la máquina, como ocurre con aquellos sistemas en los cuales los actos de proposición iniciales, demanda y contestación, se formulan también oralmente, pues la ventaja que así contemplan se convierte en una importante pérdida de tiempo y no brinda la seguridad de su formulación escrita.

En este sentido, hay que explicar que la escritura es inherente al proceso, porque es la única forma de dejar constancia de los hechos y datos acontecidos a lo largo de un proceso. Es el modo de acceder a la información básica para ejercer el derecho de defensa, es decir, aun cuando exista una fase oral, la información de las declaraciones de las partes, testigos, peritos y cualquier otro tipo de prueba expresada de viva voz debe acreditarse por escrito.[34]

Por otra parte, no hay que olvidar que la oralidad va asociada a otros principios procesales: la inmediación, la concentración, la brevedad y la publicidad.

Finalmente, hay que destacar la previsión del legislador procesal del trabajo al prever que la audiencia sea reproducida en forma audiovisual, debiendo el JJ remitir, junto con el expediente y en sobre sellado, la cinta o medio electrónico de reproducción, para el conocimiento del Tribunal Superior del Trabajo o la SCS-TSJ.[35] En casos excepcionales y

[33] *Op. cit.,* p. 42.
[34] Sarmiento Sosa, *La Justicia…* p. 79. En igual sentido Margarita de Hegedus, *op. cit.,* p. 42.
[35] Margarita Hegedus, en su citada obra p. 42, se pregunta: ¿De qué sirve consignar en normas que el juez puede presidir en las audiencias y que las partes deben estar presentes, si no se garantiza en forma efectiva dicha presencia? Y, en las conclusiones de su estudio agrega que el sistema procesal más eficiente para asegurar la tutela judicial efectiva será aquel que logre el mejor equilibrio entre oralidad y escritura, de forma de optimizar las ventajas de cada uno de ellos en la realización de los distintos actos en que se desarrolla el proceso (p. 52).

ante la imposibilidad manifiesta de la reproducción audiovisual de la audiencia, la misma podrá realizarse sin estos medios, dejando el Juez constancia de esta circunstancia en la reproducción de la sentencia. De esta manera, se acogió la recomendación del CM que prevé que el tribunal puede disponer la reproducción total o parcial de lo actuado utilizando los medios técnicos apropiados y que, probablemente, tomó en consideración el cuestionamiento de Víctor M. Obando S.[36] sobre el particular:

> …¿Cómo y en qué medida un Tribunal que no ha asistido al debate oral, puede revisar y corregir las sentencias de los Tribunales del Juicio Oral? –En otras palabras:– ¿Pueden, y hasta dónde en su caso, han oído al imputado, testigos, ni peritos, que no han visto desfilar ante sus ojos la prueba de la causa, pueden repetimos, intervenir a posteriori y declarar que los jueces del juicio oral fallaron mal o bien la causa?

4. EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

Como indica la EM-LOPT, la inmediación, a la que denomina inmediatez, es esencial al juicio oral, por cuanto tiene por finalidad imponerle al Juez que ha de pronunciar la sentencia el deber de actuar junto con las partes, en contacto directo con ellas, sin intermediarios.

Por su parte, la inmediación a su vez, es esencial al juicio oral, por cuanto tanto el debate entre las partes, como la evacuación de las pruebas en el proceso, deben ser incorporadas en la misma audiencia, es decir, de manera inmediata.

El otro aspecto resaltante de este principio, es que el Juez debe participar personal y activamente en la evacuación de la prueba, a los fines de poderse formar personalmente un juicio valorativo, tanto de los argumentos y alegaciones de las partes como de las pruebas evacuadas en la audiencia y así poder juzgar personalmente, con base en la sana crí-

[36] La Sana Crítica y las Sentencias de Juicio ante el Contralor de Casación, San José de Costa Rica, 1976, p. 11.

tica, resultante del debate procesal. La inmediación y la oralidad, añade la EM-LOPT, procuran que el Juez obtenga una percepción directa y clara de todo cuanto atañe a la cuestión o cuestiones controvertidas por las partes en litigio; porque el Juez obtendrá una percepción más perfecta del material probatorio si lo percibe de manera directa; una comprensión más exacta y nítida sobre los hechos controvertidos, si se comunica con las partes que intervienen en el proceso, con los testigos, peritos y con todo el material probatorio, circunstancias estas que le permitirán desentrañar la verdad real de los hechos controvertidos y como consecuencia lógica, juzgar con más acierto, que es el fin primordial de la recta administración de justicia.

4.1 *EL CPC*

En el CPC, se trata el principio de inmediación para el juicio ordinario y para el juicio oral. En cuanto al juicio ordinario se prohíbe que los jueces den comisión a los que sean inferiores para la evacuación de inspecciones judiciales, posiciones juradas, interrogatorios de menores y casos de interdicción e inhabilitación; y en relación al juicio oral, se dispone que, sin perjuicio del principio de concentración, los actos y pruebas cuya disposición se disponga fuera de la audiencia, se cumplirán bajo la dirección del mismo Juez que debe pronunciar la sentencia, a menos que sea necesario comisionar a la autoridad judicial de otra circunscripción territorial.

4.2 *EL CM*

En el CM, tanto las audiencias como las diligencias de prueba que así lo permitan, se realizarán por el tribunal no pudiendo éste delegarlas so pena de nulidad absoluta, salvo cuando la diligencia deba celebrarse en territorio distinto al de su competencia.

4.3 *COMENTARIOS*

El paradigma de la inmediación se concreta por el dictado de la sentencia por el juez natural que ha presenciado directamente el discurrir del proce-

so, según afirman Laura Lema y María Elena Morán.[37] Como dice J. V. Peyrano,[38] sólo cuando el proceso es "vivido" por el Juez, puede éste ponderar las reacciones y gestos de partes y declarantes, pautas inapreciables para descubrir al mendaz o comprobar la veracidad de los dichos.

5. EL PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN

Como apunta la EM-LOPT, la concentración busca aproximar los actos procesales unos a otros, reuniendo en breve espacio de tiempo la realización de ellos, por esta razón se ha concebido el procedimiento por audiencias, una preliminar y otra de juicio, dentro de las cuales se deberán realizar prácticamente todos los actos procesales establecidos.

En este orden de ideas, la evacuación de las pruebas y la sentencia deben concentrarse en una misma audiencia o en el menor número de ellas, todo esto con el propósito de evitar dilaciones innecesarias, a fin de garantizar, por parte del juzgador, un conocimiento rápido, efectivo y actual del debate procesal y poder obtener así una sentencia inmediata.

5.1 *EL CPC*

El principio de concentración está contemplado para el juicio oral y, al efecto el CPC dispone que la causa se tratará oralmente en la audiencia o debate, agregando que las pruebas se practicarán por los interesados en el debate oral, salvo que por su naturaleza deban practicarse fuera de la audiencia, en cuyo caso la parte promovente de la prueba tratará oralmente de ella en la audiencia, pero la contraparte podrá hacer al tribunal todas las observaciones que considere pertinentes sobre el resultado o mérito de la prueba.

Si la prueba practicada fuera de la audiencia fuere la de experticia, se oirá en la audiencia la exposición y conclusiones orales de los expertos

---

[37] *Las garantías del principio de inmediación en el CGP.* En XVIII Jornadas…, p. 135. en igual sentido, Santiago Pereira Campos. Mecanismos legales para garantizar la efectiva aplicación del principio de inmediación en el proceso por audiencias. En XVIII Jornadas… pp. 159 y ss. Joan Picó I Junoy. Los principios del nuevo proceso civil español. XVIII Jornadas…, 210.

[38] *El proceso civil. Principios y fundamentos.* Citado por Véscovi, en Teoría General…, p. 60.

y las observaciones que formulen las partes, sin lo cual la prueba carecerá de eficacia y será desestimada por el Juez quien, en todo caso, puede hacer los interrogatorios que considere necesarios a las partes, a los testigos y a los peritos en la audiencia o debate oral.

5.2 *EL CM*

En el CM, los actos procesales deben realizarse sin demora, tratando de abreviar los plazos cuando se faculta para ello por la ley o por acuerdo de partes y de concentrar en un mínimo acto todas las diligencias que sea menester realizar y su importancia está dada en orden, en opinión de Enrique Véscovi, a los valores que pretende resguardar, esto es, la protección del derecho de defensa en juicio y en definitiva del debido proceso.[39]

5.3 *COMENTARIOS*

Enrique Véscovi[40] sostiene que la concentración propende a reunir toda la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos y a evitar la dispersión; y Hernando Devis Echandía[41] expresa que la concentración hace que el proceso se desenvuelva sin solución de continuidad y evitando que las cuestiones accidentales o incidentales entorpezcan el estudio de lo fundamental, es decir, que todas ellas se resuelvan simultáneamente en la sentencia, concentrando así el debate judicial.

Es indudable que el principio de concentración es muy sano para el proceso, porque permite el contacto directo del Juez y las partes y que la única forma en que puede lograrse, junto con el principio de inmediación y el principio de publicidad, es a través del principio de la oralidad

---

[39] *Las modernas tendencias del proceso civil contemporáneo.* Cita de Laura Lema y María Elena Morán. XVIII Jornadas…, p. 135.
[40] Teoría General del Proceso. Editorial Temis, Bogotá, 1984, p. 60. En igual sentido, Hedegus, *op. cit.,* p. 47.
[41] Compendio de Derecho Procesal. *Teoría General del Proceso.* 14ª Edición, Santafé de Bogotá, 1996, p. 48.

en la audiencia que, en el caso de la LOPT viene a ser en la audiencia preliminar y en la audiencia del juicio.

6. EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

El principio de publicidad, según la EM-LOPT, permite que las partes y los terceros ajenos a la controversia puedan fiscalizar las actuaciones de Jueces y litigantes, haciendo por primera vez en Venezuela un verdadero ejercicio de este principio, esencia del sistema democrático y se fundamenta en el artículo 26 de la CRBV.

Sin embargo, la LOPT trae una excepción en relación con este principio en el caso de la audiencia preliminar, en donde se procederá a puerta cerrada, para facilitar la posibilidad de mediación y conciliación por parte del Juez, por motivos de decencia pública o de protección de la personalidad de alguna de las partes, cuando así lo determine el Tribunal.

En otras palabras, la publicidad permite la transparencia del proceso y la participación de todas aquellas personas que tengan interés en presenciar las audiencias y demás actos, lo que se traduce en una forma de control por parte de la sociedad civil en la administración de justicia.

6.1 *EL CPC*

En el CPC el principio de publicidad tiene dos aspectos: la publicidad de los actos del proceso y la publicidad de las actas procesales.

A. La publicidad de los actos del proceso

> La publicidad de los actos del proceso es admitida cuando se determina que los actos del proceso serán públicos, pero se procederá a puertas cerradas cuando así lo determine el tribunal por razones de decencia pública, según la naturaleza de la causa, en cuyo caso ni las partes ni los terceros podrán publicar los actos que hayan verificado, ni dar cuenta o relación de ellos al público.

Por vía de excepción, el estudio de los expedientes y solicitudes, así como la conferencia de los jueces para sentenciar y la redacción del fallo, se harán en privado, sin perjuicio de la publicación de las sentencias.

B. La publicidad de las actas procesales

La publicidad de las actas procesales determina que cualesquiera persona puede imponerse de los actos que se realicen en los tribunales y tomar de ellos las copias simples que quiera, sin necesidad de autorización del Juez, a menos que se hayan mandado reservar por algún motivo legal.

6.2 *EL CM*

En el CM se dispone que todo proceso será de conocimiento público, salvo que expresamente la ley disponga la contrario o el Tribunal así lo decida por razones de seguridad, de moral o de protección de la personalidad de alguna de las partes.

6.3 *COMENTARIOS*

Enrique Véscovi[42] manifiesta que este principio reclama el conocimiento público de los actos del proceso como medio contralor de éste y, en definitiva, de la justicia, por el público. Luis Loreto[43] y José Gabriel Sarmiento Núñez[44] coinciden en que la publicidad del proceso civil es un postulado de especial importancia técnica y política, que las miradas de todos los ciudadanos pueden controlar y verificar; y para Hernando Devis Echandía[45] significa, en conclusión, que no debe haber justicia secreta, ni procedimientos ocultos, ni fallos sin antecedentes ni motiva-

[42] *Teoría*... p. 70.
[43] *Principios*... p. 371.
[44] *Protección Procesal*... pp. 148-149.
[45] *Compendio*... p. 39.

ciones, mientras que Adolfo Gelsi Bidart[46] ha señalado que la autoridad pública ha de actuar de "cara al pueblo", como garantía para ella misma y para el derecho de las personas, para la información y formación de la opinión pública, soporte de toda institucionalidad, así como Eduardo J. Couture[47] afirmaba que "el pueblo es el juez de los jueces, la responsabilidad de las decisiones se acrecienta en términos amplísimos si tales decisiones han de ser proferidas luego de una audiencia pública de las partes y en la propia audiencia, en presencia del pueblo".

Por lo demás, el principio de publicidad está reconocido en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de las Naciones Unidas, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El verdadero control democrático de las actuaciones judiciales está en la opinión pública. Cierto es que, en determinados casos, especialmente aquellos que pueden afectar particulares intereses, o que conmocionen a la colectividad, la publicidad puede ser adversa a una sana administración de justicia, pero pese a estos riesgos, es preferible correrlos que mantener la justicia detrás de inaccesibles muros que conllevan desconfianza y temor hacia los órganos encargados del reparto de los derechos.

Un aspecto que hay que tomar en consideración con respecto a la publicidad de los actos procesales es el atinente a la transmisión directa o diferida de las actuaciones procesales, lo que lleva a distinguir entre audiencias públicas y publicitadas. En este sentido, el órgano jurisdiccional puede prohibir que se utilice una actuación procesal como un programa más, que los medios de comunicación publicitan con antelación, para lograr la mayor audiencia posible el día de su transmisión directa o diferida.[48]

---

[46] Adolfo Gelsi Bidart. *Orientación general del Código y principios del proceso.* En curso sobre el Código General del Proceso. Cita de Raquel Landeira. La regulación del principio de publicidad en el Código General del Proceso. XVIII Jornadas Iberoamericanas…, pp. 125 y ss.

[47] *Fundamentos del Derecho Procesal Civil,* Buenos Aires, 1985, p. 192.

[48] Cfr. Raquel Landeira. *La regulación del principio de publicidad en el Código General del Proceso.* En XVIII Jornadas…, pp. 125 y ss. La profesora Landeira cita a su vez a Véscovi, E., De Hegedus, M., Klett, S., Landeira, R., Simón, L. M. y Pereira Campos., S. Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado, T. I., p. 170.

Por otra parte, la mera presentación de los medios de comunicación, especialmente por el despliegue técnico que requiere la televisión, perjudica y perturba a las partes, testigos y peritos, quitandoles la espontaneidad necesaria e imprescindible, todo lo cual puede llegar a perjudicar la consecución de los fines del proceso en el caso concreto, lo cual habilitaría al Juez para que de oficio o a petición de parte adopte las medidas pertinentes.[49]

Por consiguiente la publicidad externa no puede confundirse con la difusión masiva y, como consecuencia, el principio de publicidad no puede llevarse a los extremos de vulnerar los restantes derechos también reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico.[50]

Finalmente, hay que tomar en consideración la afirmación de Picó I Junoy en el sentido de que toda decisión limitadora de la publicidad procesal debe estar debidamente motivada, debiéndose hacer siempre una interpretación restrictiva de todos los supuestos fácticos que, aparentemente, justifiquen la limitación de la publicidad procesal, al tratarse ésta de un principio fundamental del proceso.[51]

7. EL PRINCIPIO DE BREVEDAD

La brevedad, que también se la denomina abreviación, busca que los actos procesales que realicen los tribunales sean concisos, lacónicos, con trámites más sencillos, mediante la simplificación en las formas empleadas en el debate para garantizar, de esta manera, junto con la especialidad, gratuidad, celeridad y concentración, que el procedimiento se introduzca, sustancie y decida en los lapsos legalmente establecidos. La

[49] Landeira, *op. cit.,* p. 130. La profesora cita a los procesalistas argentinos Augusto M. Morillo y Roberto Berizonce. Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, T. I.
[50] Landeira, *op. cit.,* p. 131.
[51] *Op. cit.,* p. 212. El artículo 120 de la Constitución de España garantiza que las actuaciones judiciales serán públicas, por lo que el autor califica el principio de publicidad como de carácter constitucional.

celeridad, por su parte, como manifestación particular del principio de economía procesal, procura la obtención de la verdad y la justicia, como fines fundamentales del proceso, con el mínimo de esfuerzo y de tiempo.

La fuente inmediata del principio de abreviación, o de brevedad, o celeridad procesal, o economía procesal**,** se encuentra en el artículo 26 de la Constitución al expresar que se garantiza una justicia expedida, sin dilaciones indebidas, y en el artículo 257 de la misma, cuando declara que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia y que las leyes procesales adoptarán un procedimiento breve, oral y público.

El cómputo de los días se cuenta por días hábiles, salvo que la Ley disponga que sean continuos.

La audiencia preliminar no puede extenderse por más de cuatro meses, pues se considera que este lapso es suficiente para lograr una solución, si es que existe, en el caso concreto tal posibilidad, y para evitar que la buena intención de reducir la controversia a un arreglo, se constituya en un obstáculo para el acceso a la justicia.

7.1 *EL CPC*

En el CPC el principio de celeridad procesal está determinado por la afirmación de que la justicia se administrará lo más breve posible. En consecuencia, cuando en el CPC o en leyes especiales no se fija término para librar alguna providencia, el Juez deberá hacerlo dentro de los tres días siguientes a aquel en que se haya hecho la solicitud correspondiente.

7.2 *EL CM*

En el CM, al principio de brevedad se le denomina principio de pronta y eficiente administración de justicia y, al efecto expresa que el tribunal y bajo su dirección los auxiliares de la jurisdicción, tomarán las medidas necesarias para lograr la más pronta y eficiente administración de justicia, así como la mayor economía en la realización del proceso.

7.3 *COMENTARIOS*

La celeridad es uno de los problemas de mayor gravedad que afecta la administración de justicia, no solamente en Venezuela, sino en gran cantidad de países. De allí que en las V Jornadas Iberoamericanas que se reunieron en Bogotá, Colombia, el primer tema a tratar fue "El problema de la lentitud de los procesos y sus soluciones", bajo ponencia de Hernando Morales Molina y Hernando Devis Echandía,[52] quienes determinaron que la duración anormal del proceso comporta una denegación de justicia, por lo cual debe reducírsela al mínimo posible, pero sin mengua del derecho de defensa y de las garantías del debido proceso.

Este pronunciamiento de los profesores Morales Molina y Devis Echandía, es muy acertado, porque no puede confundirse celeridad, o brevedad, con la mera reducción de lapsos, porque se corre el riesgo de atentar contra las garantías mencionadas. En efecto, estimar que por el solo hecho de fijar el lapso de comparecencia para la contestación de la demanda para el tercer día siguiente a la citación del demandado, como lo hace la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimiento del Trabajo, en nada ha favorecido a la economía procesal, pues al contrario, lo que ha sucedido en la práctica forense es que el patrono, en lugar de dar contestación de la demanda, propone cuestiones previas, aun improcedentes, con el solo fin de conseguir un plazo mayor para preparar su defensa.

La profesora uruguaya Margarita de Hegedus[53] hace una importante aportación al principio de brevedad, cual es que, para ella, lo significativo es que este principio, al cual denomina como principio de economía procesal, comprende todas aquellas previsiones que procuran la simplificación del proceso a efectos de lograr que la tutela de los derechos e

---

[52] Cfr.: José Gabriel Sarmiento Núñez. *Consideraciones sobre la reforma del CPC venezolano.* En libro Homenaje a Jaime Guasp, 1984, pp. 551-552.

[53] *Op. cit.,* pp. 43 y ss. En igual sentido, Enrique González de Mattos y Carolina González Inthamoussu. *Principio de Economía: Su consideración en el Código General del Proceso.* En XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Uruguayas de Derecho Procesal. También Selva Klett - Cecilia Baluga - Federico Álvarez - Lucía Elizalde - Javier Dávila. Vigencia y aplicación de los principios procesales en el Código General del Proceso.

intereses comprometidos en cada litigio se haga efectiva en un tiempo razonable, por lo que, este principio abarca todas aquellas previsiones que procuran la simplificación del proceso a efectos de lograr que la tutela de los derechos e intereses comprometidos en cada litigios se haga efectiva en tiempo razonable.

8. PRINCIPIO DE DIRECCIÓN DEL JUEZ EN EL PROCESO

La Disposición Transitoria Cuarta, numeral 4º, de la CRBV establece, que el proceso laboral debe estar bajo la rectoría del Juez.

Siendo ésta la fuente inmediata, la EM-LOPT expresa que el Juez gobierna el proceso mediante una participación directa y personal, sin intermediarios, en la sustanciación del proceso y en el debate procesal correspondiente, bajo su absoluta y personal dirección, resolviendo las incidencias que pudieran presentarse, de acuerdo con la normativa establecida en la Ley o en su defecto, de acuerdo con los criterios que éste establezca, a fin de garantizar la consecución de los fines fundamentales del proceso, razón por la cual el Juez, como director del proceso, debe impulsarlo personalmente, a petición de parte o de oficio, hasta su conclusión, debiendo tener en cuenta, incluso a lo largo del proceso, la posibilidad de promover la utilización de los medios alternos de solución de controversias, presenciar el debate y la evacuación de las pruebas para obtener su convencimiento, con la excepción relativa a la inspección judicial por razones de competencia territorial.

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

La dirección del proceso a cargo del Juez se ve plasmada en distintas normas de la Ley. Así, se le faculta para que pueda ordenar de oficio la corrección de errores u omisiones que presente una demanda. Igual-

mente, para suspender el proceso de oficio, a petición de cualquier tercero interesado o del Ministerio Público, hasta por veinte (20) días hábiles, a fin de ordenar la notificación de las personas que se puedan ver perjudicadas por las resultas de un proceso, cuando se presuma que puede haber fraude o colusión. Asimismo, el Juez puede fijar el lapso o término para el cumplimiento de los actos procesales, cuando aquellos no han sido expresamente establecidos en la Ley. Es esta una potestad de carácter excepcional y general que permite tener la certeza jurídica que el Juez está facultado para fijar el lapso procesal ante la ausencia de regulación legal y que hace innecesario autorizar expresamente al Juez, en cada caso concreto.

El principio del Juez Director del Proceso, permite concebir la función jurisdiccional como una actividad dinámica, donde las iniciativas relativas al proceso están distribuidas por el legislador entre las partes y el Juez. Ha quedado atrás –dice la EM-LOPT– la concepción del Juez mercenario, que sólo hacía aquello que las partes le habían solicitado y mientras ello no sucediera, debía mantenerse impasible. Ahora la concepción es radicalmente distinta por lo que se da al Juez del Trabajo la potestad de examinar la demanda al inicio del procedimiento y de advertir algún error u omisión que pueda ser corregido o subsanado, para que el procedimiento se inicie sin obstáculos de ninguna especie, pudiendo incluso el Tribunal declarar inadmisible la demanda.

También se prevé que los actos procesales se realizarán como exprese la Ley. En ausencia de disposición expresa, el Juez del trabajo determinará los criterios a seguir para la realización de los actos, para garantizar la consecución de los fines fundamentales del proceso, atendiendo a los criterios de jerarquía de las fuentes de derecho del trabajo, y cuando no haya disposición expresa, podrá aplicar analógicamente disposiciones procesales establecidas en el ordenamiento jurídico, teniendo siempre en cuenta el carácter tutelar de derecho sustantivo y adjetivo del trabajo; y en consecuencia, cuidando siempre que la norma aplicada por analogía no contraríe los principios establecidos en la presente Ley.

En razón a que el Juez es el Director del Proceso y por aplicación del principio de inmediación, deberá presidir la audiencia, y, para controlar su desenvolvimiento y lograr sus fines, se ha considerado indispensable dotarlo de los más amplios poderes disciplinarios, para lograr adecuadamente su celebración. Oídas las alegaciones de las partes, se evacuarán las pruebas, comenzando con las de la parte demandante, siguiendo con las de la parte demandada. Sólo se permitirá la lectura del escrito de contestación de la demanda y previa la autorización del Juez, de cualquier escrito contentivo de nuevos alegatos y/o de alguna prueba o pruebas que consten en autos, para evitar una deformación del principio, que derivaría en la lectura interminable de actuaciones presentadas o no con anterioridad por las partes, en franco detrimento de la celeridad y abreviación, que también conforman el nuevo procedimiento, lo cual es totalmente contrario al propósito de la Ley.

8.1 *EL CPC*

El CPC confía al Juez la dirección del proceso y debe impulsarlo de oficio hasta su conclusión, a menos que la causa esté en suspenso por algún motivo legal; y cuando esté paralizada, el Juez debe fijar un término para su reanudación, que no podrá ser menor de diez días después de notificadas las partes o sus apoderados.

8.2 *EL CM*

El CM sigue la tendencia que ya habían marcado con anterioridad España, México y Venezuela al convertir a los jueces en verdaderos directores del proceso y, evocando a Calamandrei, Alcalá Zamora y Castillo,[54] así como señala que el Juez es el director del proceso, le confiere una

[54] *El Código Procesal Civil Modelo…,* p. 58. El maestro Calamandrei afirmaba que el problema práctico no era el abuso de los poderes otorgados a los jueces, sino la resistencia de éstos a usar esos poderes; y el eminente procesalista hispano propiciaba la dirección del Juez en el proceso señalando que entre la figura del Juez-dictador y el Juez-expectador (sic) debía organizarse el procedimiento de modo que no fuera ni lo uno ni lo otro, sino el verdadero director.

serie de facultades que se corresponden con la función de dirección que le ha sido asignada.[55]

8.3 *COMENTARIOS*

La dirección del proceso por el Juez, no deviene solamente de las disposiciones que al respecto establezcan las leyes procesales, o las disposiciones legales que regulen la organización judicial. Creo que, más que normas de derecho positivo, se requieren jueces con vocación, principios y valores, aparte de contar con las garantías necesarias de una auténtica independencia judicial que no les haga dudar en la aplicación de sus facultades al momento de tomar una decisión –drástica o no– en la dirección del proceso.

---

[55] Para poder hacer una comparación entre el Juez rector del proceso de la LOPT y el Juez director del proceso del CM, transcribiré los artículos pertinentes:
Artículo 33. El tribunal está facultado: para rechazar *in limine* la demanda, cuando ella fuere manifiestamente improponible, cuando carezca de los requisitos formales exigidos por la ley o cuando se ejercite una pretensión especialmente sujeta a término de caducidad y éste haya vencido; 2º para elevar de oficio las excepciones que el Código así faculta; 3º para dar al proceso el trámite que legalmente corresponda cuando el requerido aparezca equivocado; 4° para ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes; 5º para disponer en cualquier momento la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito; 6º para rechazar las pruebas inadmisibles, así como las manifiestamente inconducentes e impertinentes; 7º para rechazar *in limine* los incidentes que reiteran otros, ya propuestos por la misma causa o cuando, a pesar de fundarse en causa distinta, ésta haya podido alegarse al promoverse uno anterior; 8° para rechazar *in limine* la intervención de terceros cuando la petición carezca de los requisitos exigidos; 9º para declarar de oficio y de plano las nulidades absolutas e insubsanables y para disponer las diligencias que persigan evitar dichas nulidades; 10º para imponer a los procuradores y abogados sanciones disciplinarias y multas en los casos previstos legalmente; 11º para dirigir el proceso y aplicar las sanciones que correspondan a quienes obstaculicen indebidamente su desarrollo y observen conducta incompatible con el decoro y la dignidad de la justicia.
Artículo 34. …34.1. El tribunal no podrá dejar de fallar en caso de oscuridad, insuficiencia o vacío de la ley. En el juzgamiento del litigio deberá aplicar la regla de derecho positivo (Art. 15) y sólo podrá fallar por equidad en los casos previstos por la ley o cuando, tratándose de derechos disponibles, las partes así lo soliciten. 34.2. El tribunal deberá emplear las facultades y poderes que le concede el Código para la dirección del proceso y la averiguación de la verdad de los hechos alegados por las partes; la omisión en el cumplimiento de estos deberes, le hará incurrir en responsabilidad.

Como sostiene Gabriel Valentín,[56] la reforma del proceso civil en Latinoamérica tiene, entre otros, dos ejes fundamentales: la consagración del proceso por audiencias y el aumento de los poderes del juez; y si bien este principio es objeto de serios embates críticos, la tendencia al aumento de los poderes del juez no debe hacer perder de vista su principal fundamento axiológico y dogmático: su naturaleza de medio o instrumento para la efectiva aplicación de los principios procesales que son cimiento del sistema.

9. EL PRINCIPIO DE LA SANA CRÍTICA

El principio de la sana crítica para valorar la prueba por el Juez, afirma la EM-LOPT, es un principio de universal aceptación y de comprobada utilidad y eficacia en la consecución de los fines de la justicia que persigue el proceso, por ello se ha considerado necesario mantenerlo en la Ley y además incluir también la facultad para fundar su decisión en el conocimiento de hecho, que se encuentra comprendido en la experiencia común.

Agrega la EM-LOPT que como el juicio oral se materializa a través de las audiencias, ello va a garantizar que la decisión judicial está fundamentada en las evidencias o pruebas aportadas al proceso, en forma oral o escrita, por lo que se regula el sistema de la sana crítica de la prueba por parte del juzgador, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia, para lo cual, el juzgador deberá valorar las pruebas libremente, pero con un razonamiento lógico y coherente, que permita fundamentar adecuadamente su decisión.

9.1 *EL CPC*

El CPC, en el artículo 507, dispone que, a menos que exista una regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba, el Juez deberá apreciarla según las reglas de la sana crítica.

---

[56] *El principio de dirección en la mira: Fundamentos, alcance y límites en el Código Modelo y en el Código General del Proceso.* En XVIII Jornadas…, pp. 233 y ss.

En la Exposición de Motivos del CPC se justifica la disposición anterior expresando que, "*en cuanto a la apreciación de la prueba, se introduce una regla general, el Juez debe apreciar las pruebas según las reglas de la sana crítica, a menos que exista una regla legal expresa de valoración del mérito de la prueba*"; y agrega "*se señalan, además, algunas reglas de sana crítica en materia de apreciación de la prueba testimonial que deben guiar al Juez en la mejor apreciación de esta prueba*".

9.2 *EL CM*

En el CM se establece el sistema de la apreciación racional de conformidad a las reglas de la sana crítica, en todo lo que no esté expresamente regulado por la ley de fondo (prueba tasada); y, al efecto, se establece que las pruebas deberán ser apreciadas en su conjunto, racionalmente y de acuerdo a las reglas de la sana crítica, salvo que haya un texto legal que establezca una regla de apreciación diversa, sin perjuicio del análisis que el tribunal deberá realizar de todos los medios de prueba, indicando cuáles de ellos fundan principalmente su decisión.

En cuanto a la regla de experiencia, el CM expone que a falta de reglas legales expresas, para deducir del hecho percibido el hecho a probar, el tribunal aplicará las reglas de la experiencia común, extraídas de la observación de lo que normalmente acaece.

9.3 *COMENTARIOS*

Para Jaime Guasp,[57] entre los sistemas de la prueba libre y la prueba tasada no hay, jurídicamente hablando, ningún criterio intermedio que pueda ser válidamente recogido; porque las reglas de la sana crítica o del criterio humano, o son definidas jurídicamente por la ley o la jurisprudencia, y entonces se convierten en preceptos de derecho y hacen de la prueba una prueba tasada, o bien no se consideran como mandatos, sino como simples indicaciones y la prueba sigue siendo libre, con

[57] Jaime Guasp-Pedro Aragoneses. *Derecho Procesal Civil I,* Civitas, p. 316

lo que la alusión a tales reglas resulta teórica, aunque no prácticamente, estéril.

Juan Montero Aroca,[58] al referirse al mismo tema expresa, que la sana crítica ha sido destacada como uno de los aciertos de la terminología jurídica hispana, y el CM tiene la virtud de recogerla en los artículos 129 y 130. Agrega el mismo autor que con ella se quiera reflejar un tercer sistema de valoración de la prueba, sino que con este acierto terminológico se quiere poner de manifiesto que por prueba libre no puede entenderse prueba irracional, destacando la racionalidad que está en la base de toda valoración.

Víctor M. Obando S.,[59] expresa que, en definitiva, la sana crítica debe ser la manifestación cabal de que la apreciación de la prueba efectuada por el juzgado se corresponde con la realidad de los hechos o, de no ser posible alcanzar semejante grado de certeza, de que cuenta a su favor con las mayores posibilidades de reflejar esa coincidencia.

La extinta SCC-CSJ, en sentencia del 18 de febrero de 1988 sostuvo:

> Ahora bien, las reglas de la sana crítica…[*ommisis*]…sólo se aplicarán supletoriamente, para el caso de que no existe regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba. Según lo establece el denunciado artículo 507 del Código de Procedimiento Civil vigente y el artículo 508 *eiusdem,* es precisamente la norma que consagra la regla expresa para valorar la prueba testimonial, según la cual, el Juez examinará si las deposiciones concuerdan entre sí y con las demás pruebas, y estimará cuidadosamente los motivos de las declaraciones y la confianza que merezcan los testigos por su edad, vida y costumbres, por la profesión que ejerzan y demás circunstancias…

[58] *Poderes del Juez y poderes de las partes.* En un Códice Tipo de Procedura Civile per L´America Latina, p. 162.
[59] *La sana crítica y las sentencias de juicio ante el Contralor de Casación.* San José, Costa Rica, 1976, p. 25.

10. EL PRINCIPIO DE EQUIDAD

La LOPT consagra la equidad como principio, dirigido al Juez para que en su interpretación esté orientado, siempre, por la justicia del caso concreto, en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución, que señala que toda persona tiene derecho a una justicia equitativa.

10.1 *EL CPC*

Dentro de los deberes del Juez en el proceso, se encuentra que en sus decisiones debe atenerse a las normas del derecho a menos que la ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad, o cuando las partes de común acuerdo así lo hayan solicitado y la controversia se refiera a derechos disponibles.

Asimismo, el CPC excluye del recurso de casación a los juicios sentenciados conforme a la jurisdicción de equidad.

10.2 *EL CM*

El CM sigue al CPC en cuanto al principio de ética y, en este sentido, dice que el tribunal sólo podrá fallar por equidad en los casos previstos por la ley o cuando, tratándose de derechos disponibles, las partes así lo soliciten.

En cuanto a la procedencia del recurso de casación en procesos decididos en equidad, el CM no expresa prohibición alguna, pero sí prevé que entre los requisitos del escrito de formalización se mencionan las normas de derecho infringidas o erróneamente aplicadas. Por interpretación a contrario, debe deducirse que no procede el recurso de casación en los casos decididos en equidad.

10.3 *COMENTARIOS*

Arístides Rengel-Romberg,[60] siguiendo a un sector de la doctrina, manifiesta que el poder del Juez de decidir según la equidad tiene dos mani-

[60] *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano (Según el Nuevo Código de 1987)*. Editorial Arte, Caracas, 1992, Tomo I, p. 126.

festaciones principales: una, limitada, cuando el legislador no expresa con precisión en el precepto jurídico el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica, sino que remite al Juez al concepto indeterminado de la equidad, caso en el cual el Juez completa o integra la norma basándose en lo que según su conocimiento de las circunstancias de la vida y del sentimiento común de la equidad, responde mejor a la resolución del caso concreto. La otra, añade el citado tratadista, más amplia e intensa, cuando la ley o la voluntad de las partes, autorizan al Juez a decidir conforme a la equidad, esto es, aplicando una regla que no está escrita en ningún código, pero que está expresa y es sentida por el hombre medio en un determinado momento histórico, caso en el cual el Juez prosigue la obra del legislador, realizando en el caso concreto la tutela jurídica con la valoración más libre –pero no arbitraria– de aquellos elementos que en general el legislador tiene en consideración al dictar la norma jurídica.

Ricardo Henríquez La Roche,[61] por su parte, ha determinado en el CPC tres grados de atribución de equidad: la jurisdicción de equidad *ope conventionis*, la jurisdicción de equidad *ope legis* y la jurisdicción de equidad *ope iudicis*.

> a) La jurisdicción de equidad *ope conventionis* es aquella que faculta al Juez para decidir el fondo de la causa con acuerdo a la equidad sujeto a dos condiciones: que las partes, de común acuerdo, así lo hayan solicitado y que la controversia se refiera a derechos disponibles, o sea, aquellos que corresponden a la libre autonomía de la voluntad de las partes en los cuales no está inmerso el orden público.
>
> b) La jurisdicción de equidad *ope legis* se entiende que, cuando la ley dice "el Juez o tribunal puede o podrá", lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad.

[61] *Código de Procedimiento Civil,* Tomo I, Caracas, 1995, pp. 72-75.

> c) La equidad *ope iudicis* o discrecionalidad ordinaria del Juez. El Juez tiene esta opción en orden a la interpretación amplia o restrictiva de la norma jurídica, según un criterio razonable y de sentido común, con fundamento en el marco de variedad de posibilidades que brinda la necesaria indeterminación de toda norma general, y que deviene precisamente de esa generalización. Se trata de congeniar un principio romano *dura est lex, sed lex* con otro *summum ius, summa iniuria.*

En relación a estas reglas que regulan la aplicación de la equidad, he dicho[62] que es en base a ellas que deberá considerarse la justicia equitativa que garantiza la Constitución, pues en ningún caso puede admitirse que los jueces, en su ministerio, den libre paso a la equidad, por encima de la ley, para la solución de conflictos judiciales. Y ello es aplicable a la novísima jurisdicción laboral preconizada por la LOPT.

11. EL PRINCIPIO DE QUE LAS PARTES ESTÁN A DERECHO

El principio de que las partes están a derecho, y que se cumple mediante la citación del demandado, es sustituido en la LOPT por lo que se denomina "la notificación", pues se consideró conveniente flexibilizar la forma de dar aviso a la parte demandada en los juicios laborales, al tiempo que se le impone al Juez el deber de garantizar el derecho a la defensa y el debido proceso de las partes en juicio, el cual además se desarrolla en audiencia, lo que impedirá casi en forma absoluta la posibilidad de fraude en este estado del proceso, según narra la EM-LOPT.

11.1 *EL CPC*

Siguiendo la tradición procesal venezolana, el CPC recoge el principio de citación manifiesta que hecha la citación para la contestación de la demanda las partes quedan a derecho, y no habrá necesidad de nueva citación para ningún acto de juicio, a menos que resulte lo contrario de alguna disposición especial de la ley.

---

[62] *La Justicia...,* p. 81.

Como complemento de este principio, el CPC indica que la citación válida del demandante es formalidad necesaria para la validez del juicio, y su omisión ocasiona la nulidad de las actuaciones procesales.

11.2 *EL CM*

En el ordinal 5º de las Bases,[63] se expone que deben reducirse al mínimo las notificaciones personales o por cédulas, e implantarse como regla general la notificación por constancia secretarial, de acuerdo con el principio de que "las partes están a derecho" en el proceso con la primera notificación personal que reciban.

En el artículo 83 del CM se dispone que, entablada la demanda, el demandado será emplazado para contestarla, adicionando que hecha esa notificación, las partes estarán a derecho en el proceso, teniéndose por notificadas de las resoluciones y actuaciones con la sola publicación de las mismas en la oficina del tribunal, de lo que se dejará constancia en el expediente, por la Secretaría.

11.3 *COMENTARIOS*

Lo primero que salta a la vista es la similitud entre la concepción establecida por el legislador procesal del trabajo y el CM. Se trata, en realidad, de la adopción en la legislación interna de un país, de una norma formulada como guía para los distintos países iberoamericanos, de allí que, en los juicios laborales el emplazamiento del demandado se hará por notificación en lugar de compulsa,[64] como lo sugiere el CM.

En segundo lugar, este medio de comunicación de la demanda al demandado en nada afecta el derecho de defensa, pues con la notificación, si bien no conlleva con ella la copia del libelo de la demanda, se emplaza al demandado para que comparezca a la audiencia preliminar, lo cual le permite que, si no hay una solución de la controversia entre las

[63] CM…, p. 37.
[64] Copia certificada del libelo de la demanda seguida de la orden de comparecencia.

partes, el asunto se pasará al Juez de juicio para la tramitación de la audiencia del juicio. Por tanto, el demandado tendrá el tiempo suficiente y necesario para imponerse de los hechos y preparar su defensa frente a la demanda.

12. EL PRINCIPIO DE LEALTAD Y PROBIDAD EN EL PROCESO

En relación con la falta de lealtad y probidad en el proceso, se establece que las partes, sus apoderados o los terceros, que realicen conductas contrarias a la falta de lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión o el fraude procesal, o cualquier otro acto contrario a la majestad de la justicia y al respeto que se deben los litigantes, podrán ser sancionados con multa equivalente a diez (10) unidades tributarias, como mínimo, y de sesenta (60) unidades tributarias, como máximo y si no pagaren la multa en el lapso establecido, sufrirán arresto domiciliario hasta por ocho (8) días a criterio del Juez. En todo caso, la persona sancionada podrá hacer cesar el arresto haciendo el pago correspondiente y contra la decisión judicial que impone la sanción no se admitirá recurso alguno.

A este respecto, escribe la EM-LOPT que la lealtad y probidad procesales son un deber, no sólo de las partes y de los apoderados, sino también de los terceros, por lo que se faculta al Juez para sancionar las conductas contrarias a estos principios de manera enérgica, con multa y arresto domiciliario, lo que es una realidad, desde hace muchos años, en otros ordenamientos jurídicos. También resulta de particular significación, el carácter jurídico de las sanciones, pues se considera que las mismas forman parte de los poderes discrecionales del Juez, necesarios para el cabal cumplimiento de sus funciones, por ello se consideran decisiones judiciales irrecurribles y no actos administrativos, como tradicionalmente se ha estimado en Venezuela, criterio este último que se ha considerado se debe dejar de lado, porque ha convertido al Juez en blanco de excesos, que desde luego siempre es conveniente evitar, para lo cual ha decidido retomar la potestad que originalmente tenía atribuida el Juez, con claros límites mínimos y máximos, en concordancia con las disposiciones del resto del ordenamiento jurídico y de esta manera poder ex-

cluirla de todo control administrativo y judicial, para que las sanciones por él impuestas no se vean sorpresivamente burladas.

12.1 *EL CPC*

El principio de lealtad y probidad en el proceso está admitido en el CPC al disponer que 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.

Asimismo, refiriéndose a las partes, el CPC señala que éstas, sus apoderados y abogados asistentes deben actuar, en el proceso, con lealtad y probidad y, en tal virtud, deberán exponer los hechos de acuerdo a la verdad; no interponer pretensiones ni alegar defensas, ni promover incidentes, cuando tengan conciencia de su manifiesta falta de fundamentos; ni promover pruebas, ni realizar, ni hacer realizar, actos inútiles o innecesarios a la defensa del derecho que sostengan.

Adiciona el CPC que las partes y los terceros que actúen en el proceso con temeridad o mala fe son responsables de los daños y perjuicios que causaren, presumiéndose, salvo prueba en contrario, que la parte o el tercero han actuado en el proceso con temeridad o mala fe cuando deduzcan en el proceso pretensiones o defensas, principales o incidentales, manifiestamente infundadas; cuando maliciosamente alteren u omitan hechos esenciales a la causa; y cuando obstaculicen de una manera ostensible y reiterada el desenvolvimiento normal del proceso.

12.2 *EL CM*

El CM vislumbra, con acierto, que el abogado o el apoderado podrá ser condenado en costas, solidariamente con su patrocinado o poderdante, cuando de su actividad surja mérito por ello en forma manifiesta. Asimismo, se contempla que cuando la mala fe o la temeridad resulten plenamente acreditadas, la parte podrá ser condenada además, a los

daños y perjuicios, sea en el mismo proceso o en otro posterior; y en caso de que su abogado o apoderado resulte también culpable, podrá ser condenado solidariamente con la parte, sin perjuicio de las reclamaciones que la parte pueda efectuar por los daños y perjuicios que haya debido pagar por culpa del abogado o apoderado.

12.3 *COMENTARIOS*

Arístides Rengel-Romberg, al referirse a esta norma, ha expuesto que el mejoramiento de las instituciones procesales del CPC, favorecerá la actuación de las partes y de sus apoderados con lealtad y probidad o impida en lo posible la mala fe procesal y, siguiendo a Carnelutti, agrega que "*el litigante deshonesto es fruto del tipo de proceso vigente*".[65]

Igualmente, Ricardo Henríquez La Roche ha dicho que todas estas pautas que reclaman una actuación diligente del litigante en el proceso, así como las presunciones *iuris tantum* que deduce el legislador de ciertas conductas procesales tiene por causa motiva la crisis moral por la que atraviesa la profesión de abogado en el ámbito judicial, lo cual, a fin de cuentas, no es propio solamente de esta profesión ni de nuestro país.

> Esa crisis de valores generalizada –agrega– tiene que ver con el fuero interno y halla su origen: ´en una cierta ideología de la técnica que ha impuesto la primacía de la materia sobre el espíritu, de las cosas sobre la persona, de la técnica sobre la moral (…) En los valores y derechos humanos inviolables y sagrados de la persona, es donde hay que pensar y definir de nuevo las nociones de desarrollo y progreso (Juan Pablo II, Ciudad Guayana, 29-1-85), tanto el progreso de índole personal y de realización profesional, como el consiguiente progreso de la sociedad'.[66]

El problema central de la sanción por parte del Juez contra las partes y sus representantes no está en la condena en costas y en la eventualidad

[65] *Tratado*... Tomo I, p. 189.
[66] *Código*... Tomo I, p. 517.

de una responsabilidad civil ante una alegada mala fe o temeridad, sino lo que se discute fundamentalmente, en cuanto a su constitucionalidad, es la sanción relativa cuando se incurre en algún acto contrario a la majestad de la justicia y al respeto que se deben los litigantes, en cuyo caso el infractor podrá ser sancionado con multa que, si no es pagada, se convierte en arresto domiciliario hasta por ocho (8) días, a criterio del Juez.

En efecto, se ha alegado al respecto que se trata de penas restrictivas de la libertad impuestas en franca violación del derecho a ser oído, del derecho de defensa y del debido proceso, porque generalmente el Juez impone la pena de arresto sin siquiera escuchar al presunto infractor y sin que éste tenga la posibilidad de defenderse, aparte de que estaría aplicando sanciones al mismo tiempo que se presume agraviado, con lo cual adquiere el carácter de Juez y parte, lo que viola el debido proceso al asumir funciones que le corresponden al Juez natural. En síntesis, según este criterio se violan el numeral 1 del artículo 44 de la Constitución y los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 49 *eiusdem*.

En el derecho comparado, la idea moralizadora del proceso ha sido una constante en la doctrina procesalista moderna y, en tal sentido ha advertido la existencia de verdaderos mecanismos preventivos de la deslealtad en el proceso en los actos de proposición y en la audiencia preliminar[67] como en la prueba y en la sentencia.[68]

Personalmente, participo de este criterio, porque en efecto considero que el arresto domiciliario propuesto infringe las normas constitucionales; pero, además, estimo que las faltas a la majestad de la justicia y al respeto entre los colegas es un asunto que tiene que ver con la ética profesional del abogado porque, generalmente, es éste quien actúa en estrados en representación de su cliente y quien, con frecuencia, siente en carne propia las vicisitudes del litigio y la pasión que en ocasiones

[67] Selva Klett - Cecilia Baluga - Lucía Elizalde - Javier Dávila - Gustavo Soñora. *El principio de lealtad en los actos de proposición y en la audiencia preliminar.* XVIII Jornadas…, pp. 93 y ss.
[68] Selva Klett - Cecilia Baluga - Lucía Elizalde - Javier Dávila. *El principio de lealtad en la prueba y en la sentencia.* XVIII Jornadas…, pp. 107 y ss.

produce entre los litigantes, o en alguna oportunidad, el disgusto que origina la parcialidad sin disimulo de algún Juez.

13. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO

El principio dispositivo profundiza la tendencia establecida en la LOTPT y en el CPC, generalmente reconocida en la doctrina internacional, de ampliar las iniciativas probatorias del Juez, cuando está regido por el principio dispositivo, pues se estimó que siendo el proceso de interés público, no puede pensarse en aquel Juez mercenario que sólo hace lo que las partes solicitan. Por el contrario, la controversia es delimitada por las alegaciones de hecho formuladas por las partes en la demanda y en la contestación, pero en cuanto a las pruebas, si bien es cierto que de acuerdo con el principio general, cada parte tiene la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho, el legislador considera que en cuanto a las pruebas, el Juez no puede tener limitación alguna y como consecuencia de ello, decide plasmarlo así en la Ley, dándole al titular del órgano jurisdiccional la facultad de decidir, en forma motivada, la evacuación en todo momento, de cualesquiera medios probatorios adicionales, que considere convenientes, a los fines de formarse el mejor criterio posible de los hechos controvertidos, con las limitaciones tradicionales que derivan de la conducencia, pertinencia y legalidad, en general, del medio probatorio que se ordena evacuar. En cuanto a los otros aspectos relacionados con el mismo, se mantiene la solución tradicional, por ello el auto que la acuerda, debe fijar el término para cumplir lo ordenado y es inimpugnable.

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

13.1 *EL CPC*

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.

En los asuntos no contenciosos, en los cuales se pida alguna resolución, los jueces obrarán con conocimiento de causa, y, al efecto, podrán exigir que se amplíe la prueba sobre los puntos en que la encontraren deficiente, y aun requerir otras pruebas que juzgaren indispensables; todo sin necesidad de las formalidades del juicio. La resolución que dictaren dejará siempre a salvo los derechos de terceros y se mantendrá en vigencia, mientras no cambien las circunstancias que la originaron y no sea solicitada su modificación o revocatoria por el interesado, caso en el cual, el Juez obrará también con conocimiento de causa.

Asimismo, los jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio. En sus decisiones el Juez debe atenerse a las normas del derecho, a menos que la ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. Debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados. El Juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia. En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los jueces se atendrán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe.

Finalmente, el CPC apunta que toda sentencia deberá contener decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, sin que en ningún caso pueda absolverse de la instancia.

13.2 *EL CM*

El principio dispositivo es inherente al sistema de proceso oral y, por consiguiente, se manifiesta a través del aumento de las facultades del Juez, lo que no altera el indicado principio sino que sigue rigiendo con atenuaciones. En efecto, según el CM sigue en vigor el sistema que dispone que el proceso se inicia a instancia de parte (*ne proceda iudex ex officio*), que las partes mantienen la disposición de los actos procesales y del proceso mismo, que se mantiene la congruencia, según la cual el tribunal no puede fallar más allá de lo solicitado por las partes (*ultra petita*), ni fuera de lo litigado (*extra petita*) ni de dejar de fallar lo pedido (*citra petita*), así como la *reformatio in peius* para la segunda instancia.

13.3 *COMENTARIOS*

La manifestación más importante del principio dispositivo se encuentra en las diligencias o autos para mejor proveer, particularmente en materia laboral, aunque no es muy frecuente su uso por parte de los jueces, ni materia civil, ni laboral. Quizás la falta de aplicación de estas diligencias se fundamentan en que ellas son de uso excepcional, por lo que generalmente son miradas con desconfianza por las partes y los propios juzgadores dentro de un régimen procesal en el cual las pruebas son iniciativa del actor y del demandado.[69]

Ahora bien, lo que viene a ser una innovación es la facultad que se confiere al Juez del trabajo de ordenar el pago de conceptos, como prestaciones o indemnizaciones, distintos de los requeridos, cuando éstos hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador de conformidad con la ley y con lo alegado y probado en el proceso, siempre que no hayan sido pagadas.

---

[69] Exposición de Motivos del CM…, p. 52.

No obstante estos conceptos de estricta concepción jurídica, Joan Picó I Junoy[70] dice con acierto, que hay un trasfondo de particular interés tras el principio dispositivo, pues su fundamento se encuentra en la propia estructura del modelo económico y jurídico acogido por el ordenamiento jurídico y, especialmente, en el caso venezolano, al igual que el español, por la CRBV en la que se reconoce el derecho de propiedad privada y la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, a pesar de otros conceptos que encuadran dentro del estado democrático y social de derecho y de justicia proclamados en los principios contenidos en el artículo 2 de la misma Constitución. En consecuencia, se opta por un determinado modelo que implica una clara distinción entre intereses públicos y privados, y la admisión de un amplio margen a la autonomía de la voluntad y a la iniciativa de los particulares. En esta forma, si se traspone la protección constitucional de la propiedad privada al ámbito del proceso, puede encontrarse –aun de forma indirecta– cierta fundamentación constitucional del principio dispositivo. En definitiva, agrega Picó I Junoy, el reconocimiento constitucional de la propiedad como uno de los pilares básicos del estado de derecho, exige que el proceso civil que pueda configurar el legislador deba estar informado por el principio dispositivo.

CONCLUSIONES

La LOPT tiene la importancia de incorporar principios generales del proceso civil de manera expresa y que, con anterioridad a ella, regían en los juicios laborales por aplicación supletoria del CPC y, si la justicia del trabajo ha venido siendo lenta e inoperante, no ha sido por ausencia de tales principios, sino por hechos y circunstancias –que se resumen en ausencia de transparencia judicial–[71] de profundas raíces en la admi-

[70] *Los principios del nuevo proceso civil español.* XVIII Jornadas…, pp. 185 y ss. El citado profesor

[71] La transparencia judicial puede lograrse de la siguiente manera:
a) Independencia judicial.
b) Responsabilidad judicial.
c) Autonomía financiera del Poder Judicial
d) Simplificación de los procesos.
e) Justicia de paz.
f) Fórmulas alternas de solución de controversias.
g) Moderna legislación que regule la abogacía.
h) Difusión del derecho

nistración de justicia, sin olvidar que, así como se exige mejores magistrados, coetáneamente se requiere, como dice Mario Masciotra,[72] de abogados con la suficiente solvencia ética e intelectual para ejercer el debido control del proceso por audiencias que se implantará con el nuevo proceso laboral.

Ahora, esos principios forman parte de ese nuevo sistema que la citada Ley reconoce como principio de autonomía y especialidad de la jurisdicción laboral y, aplicados en forma relacionada con los demás principios procesales, deberá obtenerse el cumplimiento de las garantías y derechos constitucionales recogidos en los artículos 26 y 257 de la CRBV, con el fin de facilitar la transparencia judicial y el acceso a la justicia para que, fundamentalmente los trabajadores, hagan valer sus derechos e intereses, a obtener tutela efectiva de los mismos y a alcanzar con prontitud la decisión correspondiente.

Finalmente, sería deseable que se considerara 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 simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público con el fin de cumplir con el fin del proceso que no es otro que la realización de la justicia.

[72] La implementación de un proceso por audiencias exige cambios de mentalidad, de pautas culturales y de valores éticos. En XVIII Jornadas…, pp. 151 y ss.

Errores Más Frecuentes en el Escrito de Formalización del Recurso de Casación

Bernardo TAHÁN GÓMEZ[*]

SUMARIO:

Introducción

1. **Errores en el planteamiento de las denuncias de actividad: 1.1** *Falta de síntesis de la controversia, artículo 243 ordinal 3° del Código de Procedimiento Civil*. **1.2** *Inmotivación, artículo 243 ordinal 4° del Código de Procedimiento Civil*. **1.3** *Incongruencia, artículo 243 ordinal 5° del Código de Procedimiento Civil.* **1.4** *Indeterminación Objetiva, artículo 243 ordinal 6° del Código de Procedimiento Civil*.
2. **Quebrantamiento de formas esenciales que causaron indefensión y reposición no decretada: 2.1** *Indefensión.* **2.2** *Reposición no Decretada.*

[*] **Universidad Central de Venezuela**, Abogado, *Centro de Estudios de Postgrado*, *Especialización en Derecho Procesal*, escolaridad terminada, pendiente discusión del trabajo de grado. **Tribunal Supremo de Justicia,** *Sala de Casación Civil*, Abogado Auxiliar II. Correo electrónico: tahanber@cantv.net

3. **Errores en las denuncias por Infracción de Ley: 3.1** *Denuncias que resultan intrascendentes en la suerte de la controversia*. **3.2** *Mezcla indebida de denuncias*. **3.3** *Falta de Aplicación*. **3.4** *Falsa Aplicación*. **3.5** *Errónea Interpretación*. **3.6** *Silencio de Pruebas*. **3.7** *Violación de Máximas de Experiencia.*
4. **Errores en las denuncias de casación sobre los hechos**: **4.1** *Suposición Falsa*. **4.2** *Infracción de Norma Jurídica Expresa para el Establecimiento y Valoración de los Hechos y las Pruebas*.
5. **Otros**: **5.1** *Medidas Cautelares*. **5.2** *Recurso de Nulidad*. **5.3** *Impugnación del Poder en Casación*. **5.4** *Confesión Ficta*.
6. **Tres formas de moderar los errores señalados en la preparación del escrito de formalización.**

INTRODUCCIÓN

La explicación detallada de cómo funciona el recurso de casación civil y los distintos motivos que lo conforman, no siempre garantiza un aprendizaje *de lo que no debe hacerse*. Las explicaciones teóricas, no siempre aseguran el evitar errores frecuentes, que conllevan a desestimar las denuncias, sobre todo en aquellos abogados que, a pesar de su excelencia en la instancia y demás áreas del Derecho, no están muy familiarizados con la formalización. Así, se pierden valiosas oportunidades de casar el fallo injusto, por errores en la formalización, que a pesar de su sutileza, llevan a la denuncia e incluso al recurso, a su desestimación o improcedencia.

Con esto deseo señalar, que en la casación civil, tan importante es lo que debe plantearse, *como aquello que no debe hacerse en el recurso*.

1. ERRORES EN EL PLANTEAMIENTO DE LAS DENUNCIAS DE ACTIVIDAD

1.1 *FALTA DE SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA, ARTÍCULO 243 ORDINAL 3° DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL*

Esta denuncia me atrevo a calificarla como inútil o de muy poca efectividad. Para su procedencia, es necesario que en ningún párrafo de la

recurrida, de su parte narrativa o motiva, pueda encontrarse alguna evidencia de que el Juez comprendió el problema jurídico planteado, lo cual es muy difícil. Basta una breve síntesis de los términos en que el actor planteó su libelo, y el demandado su contestación, para que la denuncia se desestime, aunque el Juez haya efectuado largas transcripciones que casi hagan invisible esta pequeña síntesis.

En efecto, ha señalado la Sala de Casación Civil lo siguiente:

> En el ordinal 3º del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, se indica a los jueces que una de las actividades que deben cumplir cuando sentencian es hacer una síntesis clara, precisa y lacónica de los términos en los cuales ha quedado planteada la controversia. Este requisito intrínseco de la sentencia *persigue garantizar que las partes en el litigio conozcan de qué manera el sentenciador ha comprendido el problema sometido a su consideración.*
>
> Ahora bien, la síntesis se exige con relación al problema de fondo debatido entre las partes. No para describir incidencias del proceso relacionadas con su trámite o con presupuestos procesales, pues como ha sido indicado, la finalidad de la forma procesal es la descripción del asunto planteado por las partes. (resaltado del autor).[1]

En otra decisión de la Sala Civil se estableció:

> ... Ha sido reiterada la posición asumida por esta Sala en relación al vicio acusado y en tal sentido se ha dejado sentado que *la finalidad que se persigue con la implantación del extremo contenido en el ordinal 3º del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, no es otro que la descripción del*

[1] Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), Sala de Casación Civil (SCC), sentencia Recurso de Casación (RC, en lo sucesivo) 980 de 15 de diciembre de 1998, ponencia del Magistrado Antonio Ramírez Jiménez, *in re* Edicta Zerpa *versus* Domingo Contreras Reinoza. Los resaltados son del autor, salvo indicación en contrario.

*asunto planteado por las partes, por lo que en los casos en que dicha finalidad sea cumplida por el fallo, no será procedente afirmar la existencia del vicio en comentarios***.**

Así, en anteriores fallos, como el de fecha 18 de marzo de 1998, esta Sala ha indicado sobre el particular que:

> *Lo sustancial de la disposición legal cuya infracción se denuncia, consiste en el deber del juez de establecer en forma previa a su decisión cuáles son los límites de la controversia planteada. Para ello deberá hacer una síntesis de lo demandado, y de la contestación dada; si en tal tarea considera necesario el juez transcribir algún alegato de las partes, no por ello infringe la disposición en cuestión.*
>
> El vicio se configura cuando el juez se limita a transcribir las actuaciones de las partes, sin determinar en qué términos quedó planteada la controversia, lo cual no sucede en el caso bajo decisión.

Como puede apreciarse si en el presente caso el juez resolvió ser un poco más extenso de lo que realmente era necesario, tal cuestión no implica la violación de la formalidad prevista en el ordinal 3º del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, en vista de que se cumplió con la finalidad formal de la norma, como es dejar determinado el asunto debatido en forma clara**.**

Es con base en las consideraciones anteriores que esta Sala de Casación Civil desecha por improcedente la presente delación. Así se declara....[2]

[2] TSJ, SCC, fallo RC 087 de 13 de marzo de 2003, ponencia del Magistrado Carlos Oberto Vélez, en Inversiones Ph-1, C.A., contra la Junta de Condominio de la Residencia La Sal.

En otras palabras, afortunadamente y en protección a la estabilidad del fallo, pues se evitan casaciones inútiles, la Sala de Casación Civil es reacia a casar por este motivo, y es muy difícil que una de ellas prospere. Por el principio de suficiencia del fallo, la Sala entiende que la sentencia se complementa e integra, y de cualquier extracto de ella, basta que se comprenda el problema jurídico planteado o el *thema decidendum* de la controversia, para que sea desestimada la denuncia.

Por tal motivo, considero prácticamente inútil el planteamiento de esta denuncia por el ordinal 3° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil.

1.2 *INMOTIVACIÓN, ARTÍCULO 243 ORDINAL 4° DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL*

El principal error que se observa en los escritos de formalización sobre este vicio de la sentencia, es plantear la denuncia por inmotivación en el análisis de las pruebas por vía del recurso de actividad, cuando debe hacerse a través del recurso por infracción de ley, mediante la denuncia por falta de aplicación de los artículos 12 y 509 del Código de Procedimiento Civil. Por supuesto, debe recordarse que en materia de la Sala de Casación Social, la denuncia por silencio de pruebas pertenece al recurso por defecto de actividad, en la modalidad de la inmotivación. Pero en la Sala de Casación Civil, debe plantearse por vía del recurso de fondo.

Así, en la Sala de Casación Civil, la denuncia por silencio parcial, total de prueba, falta de análisis de las preguntas y respuestas a los testigos (análisis parcial de prueba) debe siempre plantearse por vía de fondo, al amparo del ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 320 *eiusdem,* por la infracción de los dos artículos antes citados (509 y 12 *ibídem*).

Sobre el particular, la Sala de Casación Civil ha señalado:

> Plantea el formalizante una denuncia por silencio de pruebas, encuadrada en el recurso de casación por defecto de actividad. Al respecto, la Sala debe reproducir la doctrina vigente a partir del 21 de junio de 2000 sobre la denuncia del silencio de pruebas:

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia estableció en sentencia de fecha 28 de abril de 1993 la doctrina según la cual el vicio de silencio de pruebas como una de las variantes de la falta de motivación, debía ser intentada al amparo del ordinal 1º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, es decir, como un vicio de procedimiento.

(Omissis)

*Ahora, una vez vigente la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyos artículos 257 y 26 consagran el proceso como un instrumento fundamental para la realización de la justicia, en el que debe privar la simplificación y eficacia de los trámites, donde no haya dilaciones indebidas ni reposiciones inútiles***,** la Sala considera conveniente fijar un nuevo criterio sobre la denuncia en casación del vicio por silencio de pruebas, *de forma y manera que permita establecer si las pruebas aportadas al juicio y silenciadas por el Juzgador, tienen el sentido y alcance que en realidad le corresponden para la fijación del hecho controvertido. La importancia o trascendencia de las pruebas sólo puede ser determinada, si se tiene el conocimiento de los aspectos formales y de fondo que las acompañan al momento de producirlas.*

*En este orden de ideas, en aras de dar cumplimiento a lo establecido en las disposiciones constitucionales indicadas, y conforme con la ley procesal civil***,** la Sala sólo podrá tener conocimiento de estos extremos *si la denuncia se encuadra en un recurso por infracción de ley; recurso en el cual el formalizante satisfaga las exigencias del artículo 313, ordinal 2º, único aparte del Código de Procedimiento Civil, dentro de los términos y condiciones previstos en la ley, donde la denuncia de violación de las respectivas normas relativas a la apreciación y carga de la prueba, así como las referidas al*

> *establecimiento o valoración de las pruebas, adquiere suma importancia, ya que permitirá precisar el servicio, la necesidad o la conveniencia de la prueba en la resolución de la pretensión contenciosa, y de allí dependerá la calificación jurídica de la utilidad o no de la casación.*
>
> Consecuencia de lo anterior, es que desaparece el silencio de prueba como especie de la falta de motivación". (TSJ, SCC, Sentencia RC 204 de 21 de junio de 2000, ponencia del Magistrado Franklin Arrieche Gutiérrez, en Farvenca Acarigua, C.A., contra Farmacia Claely, C.A.)

La Sala coincide con el argumento sostenido por el impugnante. En efecto, el presente recurso de casación fue admitido el 7 de julio de 2000, estando ya vigente el nuevo criterio doctrinario de fecha 21 de junio de 2000, que establece el planteamiento impugnativo del silencio de pruebas por medio del recurso por infracción de ley. Por tal motivo, la presente denuncia de silencio de pruebas desarrollada por vía del recurso por defecto de actividad debe desestimarse. Así se decide...[3]

Asimismo, se observa el error de plantear denuncias por inmotivación, cuando sí existen argumentos en la recurrida, aunque sean escasos o breves, lo que se conoce como motivación exigua, que no genera el vicio de inmotivación, y sólo puede ser impugnada por vía del recurso por infracción de ley.

Ha señalado la Sala de Casación Civil:

> ...Reiterada y pacífica es la doctrina de este Alto Tribunal, por la cual se ha determinado que vicio de inmotivación de la sentencia, comprende estas diversas modalidades: a) La sentencia no contiene materialmente ningún razonamiento de hecho

[3] TSJ, SCC, sentencia RC 60 de 5 de abril de 2001, del Magistrado Franklin Arrieche Gutiérrez, en el caso Jorge Ernesto Barrow Ovid, c. Antonio Santamaría.

> o de derecho en que pueda sustentarse su dispositivo; b) las razones expresadas por el sentenciador no tienen relación alguna con la pretensión deducida o con las excepciones o defensas opuestas, caso en el cual, los motivos aducidos a causa de su manifiesta incongruencia con los términos de la litis, deben ser tenidos como inexistentes; c) los motivos se destruyen unos a otros por contradicciones graves e inconciliables, generando así una situación equiparable a la falta absoluta de fundamentos; y d) los motivos son tan vagos, inocuos, ilógicos o absurdos que impiden a la Casación conocer el criterio jurídico que siguió el Juez para dictar su fallo.
>
> *Tal doctrina antes expuesta se completa con aquella también reiterada y pacífica, según la cual, la motivación que se considere errónea, o bien, la motivación exigua, no constituyen, en ningún caso falta de motivación, porque, errónea o exigua, no hay carencia o falta de motivación, lo que propiamente es el vicio formal de la sentencia cuando se incurre en inmotivación. (...)* [4]

Se observa de igual forma, el error de denunciar la inmotivación de un punto, no alegado en el escrito de contestación al fondo o el libelo. El Juez no tiene por qué motivar aspectos fuera del *thema decidendum* de la controversia. No es su obligación hacerlo. Si por ejemplo, la demandada no alegó la prescripción de la acción, no puede exigirle a la Sala que case el fallo por inmotivación sobre este punto, pues no formaba parte del *thema decidendum* de la controversia; las partes no lo alegaron.

Un error muy reiterado es plantear, bajo la figura de la inmotivación, la discrepancia del recurrente con los argumentos del fallo. Si el Juez expresó motivos, aunque el recurrente no los comparta, no puede plantear su denuncia por vía de la inmotivación. La argumentación del Juez, aun-

[4] TSJ, SCC, sentencia RC 245 de 2 de agosto de 2001, del Magistrado Antonio Ramírez Jiménez, en el juicio Banco Industrial de Venezuela C.A., *vs* Inversora Kilómetro 5 C.A. e Inversiones Aldaca C. A.

que sea jurídicamente errónea, descarta toda posibilidad de que exista el vicio de inmotivación. Se deberá combatir los razonamientos del Juez por vía de la infracción de ley.

También es frecuente el alegato de inmotivación sobre un aspecto o argumento que pertenece a la otra parte, *y que fue desestimado* por el Juez, y por lo tanto, el formalizante carece de interés procesal en denunciar la inmotivación en este sentido. Por ejemplo, la parte demandada alegó la caducidad, el Juez de Alzada no dio motivos sobre el particular pero sí desestimó el alegato del demandado, y el actor denuncia en casación la inmotivación sobre este aspecto de la sentencia. El formalizante no tiene interés procesal en denunciar la inmotivación, vinculada a un alegato de la otra parte que fue desestimado por el Juez. A fin de cuentas, la recurrida desestimó el argumento de la parte contraria, y en razón de este resultado favorable al recurrente, carece de interés procesal en combatir este segmento de la sentencia.

Otro error continuo es plantear el vicio de contradicción de motivos, que debe generar la inmotivación del fallo, sobre dos aspectos que no son precisamente antagónicos, por cuanto no se refieren al mismo argumento de la sentencia. La contradicción de motivos, para que exista, debe versar sobre el mismo punto, y muchas veces el formalizante plantea dos situaciones que él considera contradictorias, pero que no convergen en un mismo considerando del fallo y, por lo tanto, no se anulan recíprocamente.

Sobre este punto, ha señalado la Sala de Casación Civil lo siguiente:

> Conforme con la doctrina clásica de la Sala, ratificada bajo la ponencia del Magistrado que con tal carácter suscribe ésta, de fecha 5 de abril de 2001, sentencia Nº 72, expediente N 00-437, caso Banco Hipotecario Venezolano, C.A. contra Inversiones I.L.L.C.C., C.A., la contradicción en los motivos cuando éstos se destruyen los unos con los otros por contradicciones graves e inconciliables, *y siempre que verse sobre un mismo*

> *punto*, envuelve en el fondo inmotivación, generando así una situación equiparable a la falta absoluta de fundamentos".[5]

También se observa a menudo, el error de plantear una denuncia genérica sobre inmotivación del fallo, como si se pretendiese alegar que el fallo carece absolutamente de motivos. Esta denuncia es muy difícil que prospere, pues requiere que la sentencia atacada prácticamente no exponga razonamiento de hecho y derecho alguno, lo cual es de muy rara ocurrencia. El formalizante debe concentrar su denuncia por inmotivación, es un aspecto concreto de la sentencia, por ejemplo, señalar que el Juez no motivó su pronunciamiento respecto a la falta de cualidad, o a la caducidad de la acción, y entonces, la Sala puede determinar si la conclusión del Juez Superior respecto a este punto, está precedida de motivos, pero nunca señalar que *todo* el fallo es inmotivado, pues, se repite, basta que se hayan citado algunas normas jurídicas y se hayan expuesto ciertos alegatos para que la denuncia sea desestimada.

1.3 *INCONGRUENCIA, ARTÍCULO 243 ORDINAL 5° DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL*

Se observa con frecuencia la denuncia por quebrantamiento del ordinal 5° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, respecto a la omisión del Juez de Alzada de pronunciarse sobre ciertos alegatos de los informes. El error en esta denuncia casi siempre estriba en el alegato que se considera silenciado, pues muchas veces se trata de aquellos que no son de obligatorio pronunciamiento por parte de los jueces, o han debido esgrimirse en el libelo o contestación de demanda y no se hizo.

Por ejemplo, algunas veces se denuncia que en los informes de Alzada, se alegó que no debía valorarse alguna prueba, por cuanto no se estableció bien en el proceso, quizás por extemporánea y el Juez de Alzada no se pronunció sobre este alegato. La denuncia está mal planteada, por dos razones: el asunto de la valoración de las pruebas, no pertenece al elenco de alegatos de informes que la Sala de Casación Civil ha recono-

[5] TSJ, SCC, sentencia RC 300 de 25 de junio de 2002, del Magistrado Carlos Oberto Vélez, en el juicio Andrés Vermiglio García, c. María Gabriela Hernández Caruso y José Hernández.

cido como de obligatorio pronunciamiento por parte de los jueces, por cuanto el Juez siempre debe valorar las pruebas y no es necesario que las partes lo soliciten en informes. En segundo lugar, si la prueba se valoró, a pesar de haberse establecido mal, por ejemplo, por ser extemporánea, entonces la denuncia no es por incongruencia o silencio de alegatos, sino por infracción de norma jurídica expresa para el establecimiento de las pruebas, casación de fondo de acuerdo con el ordinal 2° del artículo 313 y el 320, ambos del Código de Procedimiento Civil.

Así, siguiendo con el punto de los alegatos en informes, también se ve en muchas ocasiones que el formalizante aduce que alegó una excepción de derecho de suma importancia, por primera vez en informes, y el Juez no se pronunció sobre ella, como la prescripción, la falta de cualidad, la compensación, cuando estos alegatos deben esgrimirse necesariamente en la contestación de demanda. Caso contrario, el Juez no puede pronunciarse sobre ellos, aunque se hayan planteado extemporáneamente en informes, pues de hacerlo, sí incurriría en incongruencia positiva.

Sobre el criterio de los alegatos de informes, ha señalado la Sala de Casación Civil lo siguiente:

> Es pacífica la jurisprudencia respecto de las alegaciones formuladas en los informes, cuya omisión de consideración constituye vicio de incongruencia.
>
> En relación con ello, la Sala estableció en sentencia del 15 de julio de 1999, (Megeurdich Channes Kirilian c/ Berta de la Trinidad Michel de Pérez y otros), lo siguiente:
>
> > Aquellos alegatos de corte esencial y determinantes deben ser analizados por el sentenciador, a los fines de cumplir con el principio de la exhaustividad de la sentencia que constriñe al juez a pronunciarse sobre todo lo alegado y solamente sobre lo alegado, so pena de incurrir en la infracción de los artículos 12 y 243, ordinal 5º del Código de Procedimiento Civil. *Por este mandato ha sostenido la Sala que el sentenciador está obligado a revisar todas las peti-*

> *ciones hechas por las partes en los informes, relacionadas con la confesión ficta, reposición de la causa u otras similares, pues con ello ha querido darle su justa dimensión a tal acto procesal, sin llegar a descalificarlo. En conclusión, cuando en los escritos de informes se formulen peticiones, alegatos o defensas que aunque no aparezcan contenidas en la demanda o en su contestación, pudieran tener influencia determinante en la suerte del proceso, como serían los relacionados con la confesión ficta, reposición de la causa u otras similares, sí debe el sentenciador pronunciarse sobre los mismos en la decisión que dicte, so pena de incurrir en el vicio de incongruencia negativa.*
>
> Como se observa de la precedente transcripción, los jueces tienen la obligación de pronunciarse sobre los alegatos planteados en los informes cuando éstos pudieran tener influencia determinante en la suerte del proceso.
>
> Aplicando la reiterada y constante doctrina al caso de marras, es criterio de la Sala que la recurrida en casación no incurrió en el vicio de incongruencia negativa imputado por el formalizante, pues el alegato relativo a la inadmisibilidad de la demanda por falta de consignación de la regulación del inmueble objeto del juicio, no es de aquellos considerados por dicha doctrina como decisivos en la suerte del proceso.[6]

Este criterio que venía reiterando la Sala Civil por muchos años, luego fue modificado y se determinó que el alegato de reposición de la causa, aunque sea sostenido en informes, debe plantearse en Casación como denuncia de actividad por reposición no decretada, cuando el Juez Superior no haya atendido o resuelto el alegato en informes, pues así se evita la casación inútil, ya que por incongruencia se casaría el fallo a ciegas, sin saber la Sala si prosperaría o no esa reposición sostenida en informes.

---

[6] TSJ, SCC, sentencia RC 153 de 11 de mayo de 2000, del Magistrado Antonio Ramírez Jiménez, en el caso Juan Cuesta Cuesta, *vs* Auto Servicios Lago C.A.

En efecto, señaló la Sala Civil:

> El formalizante alega que en el escrito de informes solicitó la reposición de la causa, en virtud de la irregularidad cometida en la deposición del testigo... (*Omissis*).
>
> Sostiene que tal alegato fue expresado en el escrito de informes y fue omitido por la recurrida. En consecuencia –en su criterio– en la recurrida se encuentra presente el vicio de incongruencia negativa.
>
> La Sala observa:
>
> El recurrente le imputa a la recurrida el vicio de incongruencia negativa, por omitir pronunciamiento sobre el alegato de reposición formulado en el escrito de informes presentado ante la primera instancia, que posteriormente fue ratificado en el escrito de informes presentado ante el Tribunal Superior.
>
> Al respecto, observa la Sala que ni la sentencia dictada por el Tribunal de la causa ni la recurrida se pronunciaron sobre el alegato de reposición hecho por la parte demandada.
>
> En su reiterada jurisprudencia, esta Sala ha considerado que alegada la reposición en los escritos de informes, el Juez Superior debe resolverla expresamente y de no hacerlo, incurre en el vicio de incongruencia negativa.
>
> Sin embargo, dado el cambio del ordenamiento jurídico con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece como uno de sus postulados fundamentales, a los fines de lograr una justicia expedita, evitar las dilaciones indebidas, la Sala considera necesario revisar su criterio sobre este punto en particular.
>
> *(Omissis)*

Mientras que el Código de Procedimiento Civil de 1916 se refería a la reposición preterida, nuestro actual Código la recoge dentro de la causal de quebrantamiento de formas procesales en violación del derecho de defensa. De esta manera, la reposición preterida conforma un motivo propio de casación, denunciable de conformidad con el ordinal 1º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, al señalar que "Se declarará con lugar el recurso de casación: 1º Cuando en el proceso se hayan quebrantado u omitido formas sustanciales de los actos que menoscaben el derecho de defensa.

Por tanto, mediante una denuncia de reposición preterida el recurrente obtendrá una solución expedita sobre la irregularidad ocurrida respecto al orden del proceso, porque el pronunciamiento equivale a una solución directa del problema, es decir, la declaratoria de procedencia de la denuncia conduce a la nulidad del acto o actos afectados por la irregularidad y a la consecuente reposición de la causa al estado en que se haga renovar el acto o actos nulos, como se desprende del artículo 208 del Código de Procedimiento Civil. No sucede lo mismo cuando se denuncia que la reposición fue alegada en los informes, y tal alegato no fue resuelto por la recurrida (incongruencia negativa), porque la solución no es otra que ordenar al Juez Superior que se pronuncie sobre el alegato omitido, al margen de que sea o no procedente la reposición, con lo cual muchas veces se estaría declarando la nulidad del fallo y reponiendo la causa para que un nuevo Juez se pronuncie sobre la solicitud de reposición no resuelta, sin reparar en su eventual inutilidad por la improcedencia de la reposición preterida, en violación del mandato constitucional contenido en el artículo 257, que establece:

> ...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 adopta-

> rán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales...
>
> *Por estas razones, esta Sala abandona el criterio sostenido en la sentencia de fecha 14 de febrero de 1990, caso María López de Silva de Da Luz contra Joao Christinho Da Luz; Exp. Nº 89-249, mediante el cual la Sala estableció que es obligatorio para el Juez pronunciarse sobre las peticiones, alegatos o defensas que pudieran tener influencia determinante en la suerte del proceso, como la confesión ficta, reposición de la causa u otras similares bajo pena de incurrir en el vicio de incongruencia negativa, y todos aquellos que se opongan a lo establecido en la presente decisión. En consecuencia, deja sentado que aun cuando sea solicitada la reposición de la causa en el escrito de informes, si el juez no se pronuncia sobre ello, la parte interesada debe formular la respectiva denuncia por reposición no decretada, y no mediante el alegato de incongruencia negativa del fallo".*[7]

Como el anterior cambio jurisprudencial es relativamente reciente, se continúa planteando infructuosamente ante la Sala de Casación Civil, a través de la denuncia por incongruencia negativa, la falta de pronunciamiento del Juez Superior sobre un alegato esgrimido en informes, atinente a la reposición de la causa, cuando el formalizante debe enfocarla por vía de la reposición no decretada. Este error conlleva a que la denuncia sea desestimada inmediatamente.

En el plano de la incongruencia, también se observa reiteradamente el error de denunciar el silencio de ciertos alegatos, que el Juez no los desarrolló o resolvió, por cuanto en su sentencia se detuvo en una cuestión jurídica previa, como la prescripción, la caducidad, la prohibición de la ley de admitir la acción propuesta, y otras, que le impidieron justificadamente conocer el resto del *thema decidendum* de la controversia.

[7] TSJ, SCC, sentencia RC 371 de 23 de noviembre de 2001, del Magistrado Franklin Arrieche, en el juicio Pastor Sánchez Rodríguez, c. Seguros Mercantil S.A.

Entonces, si el formalizante –como muchas veces ocurre– plantea el silencio de alegatos de fondo, que en nada se relacionan con la cuestión jurídica previa, y que el Juez no tenía por qué conocerlos, su denuncia está destinada a la improcedencia, pues debía enfocar toda la formalización, denuncias de forma y fondo, a los efectos de impugnar la cuestión jurídica previa establecida en el fallo. Por ejemplo, destruir el criterio de prescripción o de caducidad establecido por el Juez Superior.

En este orden de ideas relativo a la incongruencia, cuando se trata de un recurso de casación intentado contra la sentencia dictada en una incidencia cautelar, no puede plantearse una denuncia de incongruencia negativa señalándose que, el Juez de Alzada debía pronunciarse sobre un alegato de fondo, pues en fase cautelar no puede adelantarse opinión sobre este tipo de aspectos de mérito.

También se comete el error de denunciarse incongruencia positiva, por cuanto el Juez Superior declaró, de oficio, la confesión ficta de la demandada por extemporánea. Los jueces pueden verificar de oficio la oportunidad en que el demandado contestó la demanda, o la oportunidad en que una de las partes apeló. Con ello, el Juez no está supliendo defensas ni alterando el *thema decidendum* de la controversia, pues los lapsos procesales son de orden público y el Juez, como director del proceso, está en la obligación de verificarlos.

Se observa con cierta frecuencia el error de denunciar el vicio de incongruencia negativa, por el silencio del Juez Superior en analizar alegatos esgrimidos por la parte contraria. Estas denuncias se ven desestimadas por falta de interés procesal en su planteamiento. Por ejemplo, si la recurrida no analizó un argumento sostenido por el actor en su libelo de demanda, la parte demandada no tiene interés procesal alguno en denunciar el vicio de incongruencia negativa y viceversa, pues el gravamen es generado únicamente a la parte que esgrimió el alegato y no le fue atendido.

1.4 *INDETERMINACIÓN OBJETIVA, ARTÍCULO 243 ORDINAL 6° DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL*

Muchas veces se denuncia erróneamente que la recurrida no estableció en su parte dispositiva los linderos del inmueble, cuando en su parte narrativa se observa la transcripción de estos linderos. Basta que en un párrafo o extracto de la sentencia se identifique el bien objeto de litigio, para que el fallo se baste a sí mismo, por el principio de suficiencia y el carácter complementario de todas las partes de la sentencia, narrativa, motiva y dispositiva, que se integran y entienden como un todo.

Sobre el particular, ha señalado la Sala de Casación Civil lo siguiente:

> Sostiene el formalizante que la recurrida no indicó en su parte dispositiva cuál fue la pretensión de la parte actora frente a la demandada, siendo necesario acudir al libelo de demanda para entender en qué consiste tal pretensión y, por ello, el fallo es indeterminado e impreciso, quebrantando el ordinal 6° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil.
>
> *(Omissis)*
>
> Para decidir, la Sala observa:
>
> La recurrida, en su parte narrativa y motiva, expresó lo siguiente:
>
> *(Omissis)*
>
> Está claro que el cuerpo del fallo indica que la pretensión de la actora es la reivindicación de un inmueble. La sentencia analiza los requisitos de procedencia de la acción reivindicatoria e indica a lo largo de ella, en qué se fundamenta la pretensión procesal de la accionante. *La Sala de Casación Civil, reiteradamente ha sostenido el principio de indivisibilidad del fallo, como una unidad autónoma que se complementa en todas sus partes*. En efecto, ha señalado la Sala lo siguiente:

> *...Es evidente, que en el cuerpo de la sentencia recurrida aparecen las menciones que se omitieron en su parte dispositiva. A este respecto, esta Sala de Casación Civil, en sentencia de fecha 29 de noviembre de 1995, con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Trejo Padilla, expresó lo siguiente:*
>
> *La Sala ha señalado que la indeterminación se produce cuando el Juez omite nombrar la cosa sobre la que recae la decisión. No obstante, en relación con este vicio, igualmente se ha expresado que debe tenerse presente que el fallo es una unidad indivisible, que debe bastarse a sí mismo. Por lo tanto, si en el cuerpo de la sentencia aparecen las menciones que se omitieron en la parte dispositiva, no hay que considerarla viciada, por lo que el fallo pronunciado no sería casado, en atención a que la decisión definitivamente firme representa un título ejecutivo y en ella deben determinarse los sujetos activos y pasivos de la condena y el objeto sobre el que ésta recae.*
>
> *Por aplicación de la doctrina precedente, es evidente que por ser el fallo una unidad indivisible y haberse expresado en su cuerpo tanto las partes como el objeto sobre el cual recae lo decidido, no se infringieron en él las normas denunciadas como violadas...* (TSJ, SCC, sentencia RC 767, juicio Sabana Mining Company).

Existiendo un claro pronunciamiento de la recurrida, sobre la pretensión procesal en cuanto a su objeto y alegatos de hecho y derecho, el fallo se basta a sí mismo y por ello la presente denuncia por quebrantamiento del ordinal 6° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil se declara improcedente. Así se decide.[8]

[8] TSJ, SCC, sentencia RC 19 de 24 de enero de 2002, del Magistrado Franklin Arrieche Gutiérrez, caso Antonia Rosa Pérez de Suárez y otros c. Teódulo Domingo Díaz Guevara.

Este criterio se extiende a cualquier aspecto de identificación del objeto de la pretensión procesal. Si dentro del cuerpo del fallo se identifica, aunque sea en su parte narrativa o motiva, el objeto de la pretensión procesal, la Sala de Casación no anulará el fallo por el principio antes señalado de que la sentencia se integra y complementa en todas sus partes.

2. QUEBRANTAMIENTO DE FORMAS ESENCIALES QUE CAUSARON INDEFENSIÓN Y REPOSICIÓN NO DECRETADA

2.1 *INDEFENSIÓN*

Se ven fracasar muchas denuncias por indefensión, al plantearse por primera vez ante la Sala de Casación Civil, alguna supuesta subversión del debido proceso, que no fue alertada o denunciada en la instancia. Salvo los casos de violaciones del orden público, es un requisito indispensable a los efectos de que la Sala Civil pueda reponer la causa y anular todo lo actuado, que la parte supuestamente agraviada por esa subversión, en la primera oportunidad en que compareció en autos, lo haya alegado, y que luego, haya solicitado la nulidad y reposición. La mayoría de estas subversiones procesales, son de orden privado. Por lo tanto es necesario que se alerte al juez de instancia sobre la necesaria nulidad y reposición.

De no ocurrir lo antes expuesto, la Sala de Casación Civil descartará la denuncia, por aplicación de los artículos 213 y 214 del Código de Procedimiento Civil, referidos a la convalidación de los actos procesales por no haberse denunciado la subversión en la primera oportunidad.

La Sala de Casación Civil ha reiterado en diversos fallos lo siguiente:

> La Sala, al analizar la presente denuncia por quebrantamiento de formas esenciales, debe tomar en cuenta principios procesales en materia de nulidad y reposición de la causa. En efecto, señalan los artículos 213 y 214 del Código de Procedimiento Civil, lo siguiente:
>
> > Art. 213: 'Las nulidades que sólo pueden declararse a instancia de parte, *quedarán subsanadas si la parte contra*

> *quien obre la falta no pidiere la nulidad en la primera oportunidad en que se haga presente en autos'*.
>
> Art. 214: 'La parte que ha dado causa a la nulidad que sólo pueda declararse a instancia de parte, *quedarán subsanadas si la parte contra quien obre la falta no pidiere la nulidad en la primera oportunidad en que se haga presente en autos'*.
>
> *Como puede observarse, el ahora recurrente, lejos de rebelarse contra el trámite seguido en primera instancia para la citación de Fogade, se opuso al pedimento de la actora sobre la afirmada extemporánea citación del referido tercero, insistiendo en señalar que Fogade fue citada dentro de los 90 días de suspensión. Por tal motivo, carece ahora de interés procesal en denunciar un vicio que en todo momento negó. Por las razones expuestas, debe concluirse que no existe el invocado quebrantamiento de formas sustanciales de los actos procesales ni se generó indefensión*, y por ello, la presente denuncia debe ser declarada improcedente. Así se decide.[9]

Otra causa frecuente de que no pueda prosperar la denuncia por indefensión es en el caso de los cómputos de los lapsos procesales. Para que la Sala de Casación Civil pueda corroborar, por ejemplo, si se subvirtió o no el debido proceso, en cuanto a la oportunidad de la apelación, o de la contestación de demanda, es necesario que el recurrente demuestre por vía de un cómputo por Secretaría, los días de despacho transcurridos en el tribunal de instancia correspondiente, donde afirma, ocurrió la referida subversión.

En otras palabras, no basta señalarle a la Sala que el Juez Superior o el de primera instancia se equivocaron en el cómputo de un lapso procesal. Es necesario que el formalizante indique algún cómputo por Se-

[9] TSJ, SCC, sentencia RC 134 de 7 de marzo de 2002, del Magistrado Franklin Arrieche Gutiérrez, en el juicio Maricela Machado de Hernández y otros *vs* Banco Popular y de Los Andes, C.A.

cretaría cursante en autos, que le permita a la Sala contar los días de despacho. Caso contrario, la denuncia por quebrantamiento de formas esenciales no podrá ser analizada por la Sala de Casación Civil y deberá desestimarse.

Sucede mucho, que los formalizantes en casación confunden un problema de actividad con uno de fondo. Ello ocurre especialmente en las denuncias por indefensión. Se suele denunciar ante la Sala, que por ejemplo la recurrida no acogió el pedimento de prescripción de la acción o de confesión ficta alegado, dejando a una de las partes en indefensión. Cuando la Sala de Casación procede a analizar la denuncia, se encuentra que los pedimentos de prescripción o de confesión ficta, fueron rechazados por la recurrida pero luego de exponer ciertos razonamientos de derecho.

Cuando el Juez de Alzada desestima con argumentos de derecho sustantivo algún pedimento de las partes, el medio de control es por vía de fondo, no de actividad. Debe siempre recordarse que la verdadera indefensión conlleva a una reposición y nulidad de la causa. Pero cuando se trata de un problema de interpretación del derecho, aunque el Juez Superior se equivoque, el problema no es de actividad ni indefensión, sino por infracción de ley.

2.2 *REPOSICIÓN NO DECRETADA*

En el caso de la reposición no decretada, ocurre exactamente igual que con la indefensión. La parte recurrente pide en Casación, por primera vez, que se le decrete la reposición y nulidad de la causa, pero resulta que esta nulidad y reposición nunca fue solicitada en la instancia. Si no se trata de infracciones de orden público, es difícil que la Sala de Casación Civil case el fallo y reponga la causa.

La parte que aspira a un control de la Sala de Casación Civil, de una verdadera subversión del debido proceso, más le vale denunciarla asertivamente en la primera oportunidad en la instancia, y reiterar el pedimento de nulidad y reposición durante el proceso, para que así la Sala de Casación pueda, finalmente cuando llegue el recurso extraordinario,

considerar latente el gravamen, no consentido ni convalidado por el silencio del supuesto agraviado.

Debe siempre recordarse que tanto la indefensión, la reposición no decretada y la reposición mal decretada, son denuncias de actividad. Nunca deben ser planteadas por infracción de ley. En ellas, la Sala de Casación Civil necesita revisar el *iter* procedimental, las actas del proceso. Por ello, debe evitarse cualquier intento de desarrollar un problema procesal, por vía del recurso por infracción de ley, incluyendo los motivos del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil relativos a la denominada "casación sobre los hechos".

3. ERRORES EN EL PLANTEAMIENTO DE LAS DENUNCIAS POR INFRACCIÓN DE LEY

Es muy frecuente que denuncias pertenecientes al recurso por infracción de ley sean desestimadas por las siguientes razones:

3.1 *DENUNCIAS QUE RESULTAN INTRASCENDENTES EN LA SUERTE DE LA CONTROVERSIA*

Muchas veces la recurrida declara, por ejemplo, sin lugar la demanda, por más de una razón o fundamento. Quizás por considerar la acción prescrita y además, por no haber acompañado el actor el documento fundamental de la demanda. Si la recurrida da dos razones para desestimar la acción, el formalizante debe combatir ambas razones. No sólo una de ellas. Preferiblemente en una misma denuncia, pero de no ser posible por ser asuntos totalmente distintos, puede hacerlo en denuncias separadas, pero su recurso debe abarcarlas a ambas. ¿Por qué motivo? Por cuanto la denuncia por infracción de ley, para que prospere, debe ser siempre trascendente en la suerte de la controversia.

Entonces, siguiendo el ejemplo anterior, si el formalizante sólo combate el punto de la prescripción, pero nada señala en su recurso en torno al hecho de no haber acompañado el documento fundamental al libelo de demanda, aunque la Sala se percate de que la acción no está prescrita, no va a casar el fallo, pues el recurrente no está destruyendo el pronun-

ciamiento de la recurrida, de que el actor no acompañó el documento fundamental de la demanda, y entonces, nunca podría prosperar esa demanda. Los pronunciamientos de fondo de la sentencia que se impugna, cuando son demoledores o lapidarios, deben siempre atacarse y tratar de destruirse *todos* en la formalización, como la prescripción, la caducidad, la falta de cualidad, el pago de la obligación, la prohibición de la ley de admitir la acción propuesta, la confesión ficta, la ausencia de pruebas, la apelación extemporánea, y otros, pues de no hacerlo, la Sala de Casación Civil siempre tendrá que aceptarlos como válidos y el resto de las denuncias de infracción de ley serán intrascendentes en la suerte de la controversia y, por lo tanto, desestimadas.

Todos aquellos pronunciamientos de la recurrida que impidan la viabilidad de la acción, deben ser combatidos por el recurrente con argumentos sólidos y contundentes, pues denuncias por infracción de ley aisladas o segmentadas, no conducen a la casación del fallo.

3.2 *MEZCLA INDEBIDA DE DENUNCIAS*

Si el formalizante plantea que una norma fue infringida por falsa aplicación, no puede señalar en la misma denuncia, que el Juez Superior equivocó su interpretación o dejó de aplicarla. Hay tres motivos básicos en la infracción de ley: falsa aplicación, falta de aplicación y errónea interpretación. El formalizante debe escoger uno. Nunca mezclarlos en una misma denuncia ni a lo largo del recurso de fondo. Tampoco deben usarse términos imprecisos como "errónea aplicación" o "indebida aplicación". Se debe utilizar la terminología correcta: falsa aplicación.

3.3 *FALTA DE APLICACIÓN*

Se ve con alarmante frecuencia que el formalizante denuncia la falta de aplicación de una norma jurídica, por ejemplo, el artículo 1.167 del Código Civil, cuando esta norma se encuentra señalada y desarrollada en el fallo impugnado. Si la recurrida aplicó una norma, la mencionó en su texto, la citó como parte de sus fundamentos, entonces nunca podría haber falta de aplicación de esa norma. Se comete repetidamente el error de plantearse la falta de aplicación de normas jurídicas, sin perca-

tarse el recurrente que esas normas aparecen en la sentencia que se está impugnando. La Sala de Casación Civil, ante esta circunstancia, descartará la denuncia.

3.4 *FALSA APLICACIÓN*

Así como ocurre el error antes señalado con la falta de aplicación, también sucede que el formalizante plantea la falsa aplicación de la norma jurídica, por ejemplo, el mismo artículo 1.167 del Código Civil, y resulta que en el cuerpo del fallo no aparece aplicado el artículo 1.167 *eiusdem*. Si una norma no aparece citada, aplicada o desarrollada a lo largo de una sentencia, es imposible que haya sido infringida por falsa aplicación. Nuevamente, la Sala de Casación Civil, ante este error, desestimará inmediatamente la denuncia.

3.5 *ERRÓNEA INTERPRETACIÓN*

Siguiendo con la línea de los dos casos anteriores, si el formalizante denuncia la errónea interpretación de una norma, nuevamente ponemos el ejemplo del artículo 1.167 del Código Civil, y la Sala de Casación Civil, luego de revisar la sentencia recurrida se percata de que el artículo 1.167 *eiusdem* no fue aplicado por el Juez de Alzada, entonces la desestimará. ¿Por qué? Porque la errónea interpretación de una norma supone su aplicación en el fallo. Cuando el Juez interpreta erróneamente una disposición legal, debe exponer su criterio en cuanto al alcance y contenido de esa norma, y ello supone que aparezca en la sentencia. Si la sentencia no menciona la norma, no pudo haberse infringido por errónea interpretación.

Así, para resumir, puede señalarse que tanto la falsa aplicación, como la errónea interpretación de una determinada norma jurídica, suponen que el Juez la haya aplicado, mencionado o desarrollado en el cuerpo del fallo. No así la falta de aplicación de una norma, que inversamente requiere que esa norma no haya sido señalada en la sentencia.

3.6 *DENUNCIA POR SILENCIO DE PRUEBAS*

Esta denuncia, que debe plantearse al amparo del ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo

320 *eiusdem,* por falta de aplicación de los artículos 509 y 12 del mismo Código, es compleja, en cuanto a las condiciones que deben darse para que la Sala de Casación Civil anule un fallo por silencio de pruebas, lo cual genera frecuentes errores en la formalización.

Sucede muchas veces que el formalizante denuncia el silencio de una determinada prueba, sin percatarse si en el escrito de promoción se señaló el objeto a probar. La Sala de Casación Civil, al revisar el referido escrito y no percatarse de haberse alegado el objeto a probar, desestima la denuncia por aplicación del criterio sostenido en sentencia de esa Sala de fecha 16 de noviembre de 2001, en el juicio seguido por Cedel Mercado de Capitales, C.A., contra Microsoft Corporation, expediente N° 00-132.

Aparte de no percatarse el recurrente si la prueba, supuestamente silenciada, fue debidamente promovida, es decir, señalándose el objeto a probar, la denuncia también puede ser desestimada, si el formalizante no fundamenta cómo ese silencio de pruebas fue importante, trascendente en la suerte de la controversia. En otras palabras, si el formalizante no explica a la Sala de Casación la trascendencia de esa prueba, por ejemplo, una documental, en el resultado de la *litis,* aunque haya sido silenciada la Sala puede desestimar la denuncia, pues no puede conceder una casación inútil, ya que se encuentra decidiendo una denuncia por infracción de ley.

Muchas denuncias por silencio de pruebas no prosperan pues, a pesar de haberse efectivamente silenciado la prueba, resulta que ésta fue irregularmente establecida en el proceso, es decir, sin cumplir con los requisitos debidos para su promoción y evacuación. Es lo que antes se conocía como prueba irregular y ahora, como una prueba que infringe normas jurídicas expresas para su establecimiento.

Por ejemplo, un documento privado que no fue analizado por la recurrida, resulta que el formalizante plantea la denuncia por silencio de pruebas, pero si esta documental fue extemporáneamente producida en los informes de segunda instancia, la Sala de Casación Civil no casará el fallo, pues a pesar de haberse silenciado, tal falta de análisis es intras-

cendente en la suerte de la controversia, pues la prueba es ineficaz; nunca producirá efectos jurídicos al ser irregularmente establecida en el proceso. Para detallar todos los requisitos que debe contener una prueba, cuyo silencio por parte del juez de instancia, sea capaz de generar la nulidad del fallo en casación, debe revisarse la siguiente doctrina de la Sala de Casación Civil:

> Las precedentes consideraciones permiten concluir que el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil constituye una obligación para el jurisdicente necesaria para establecer su criterio valorativo de las pruebas incorporadas en el expediente con relación a los hechos. Esta es una de las modalidades previstas en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, que permite a la Sala examinar las actas procesales y extenderse al establecimiento y apreciación de los hechos y de las pruebas. En consecuencia, la falta de valoración de algún medio probatorio comporta la infracción por falta de aplicación del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, el cual contiene la obligación reseñada anteriormente, constituyendo su conducta uno de los motivos de excepción previstos en el artículo 320 *eiusdem*, estableciéndose una de las modalidades del error de juzgamiento contempladas en el ordinal 2º del artículo 313 del mismo Código.
>
> *Con este pronunciamiento la Sala no pretende una técnica rigurosa cuyo incumplimiento determine la desestimación de la denuncia. Por el contrario, el propósito es ampliar las razones que soportan el cambio de doctrina respecto del vicio de silencio de prueba, y las que han permitido al Ponente de este fallo compartir la responsabilidad de la publicación del fallo que la contiene, y explicar de esta manera con mayor detenimiento cómo el referido vicio constituye una infracción de ley.*
>
> Ahora bien, para la procedencia de este tipo de denuncias, el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil exige que la infracción de derecho sea determinante en el dispositivo de la sentencia, pues de lo contrario la casación sería inútil.

Corresponderá a la Sala determinar en cada caso, la influencia del examen de la prueba en la decisión. A título de ejemplo, pueden mencionarse los siguientes casos:

1) *La prueba silenciada se refiere a hechos manifiestamente impertinentes con los discutidos en el proceso*, como ocurre si en el interdicto por despojo, el juez no examina la factura de compra de una nevera.

2) *El medio probatorio es ineficaz, pues no fue promovido y evacuado de conformidad con los requisitos exigidos en la ley*, como sucede cuando de las pruebas documentales, promovidas por los litigantes, omite el análisis de un recibo antiquísimo que fue consignado como modelo de una cancelación, idéntica a la pretendida, el cual es emanado de un tercero ajeno al juicio y no fue ratificado. En consecuencia, se denuncia el vicio de silencio de prueba con lo cual habría que casar la sentencia de alzada para que el juez de reenvío la valore y determine que al no ser ratificada en el proceso, la misma queda desestimada, de esta manera se estaría profiriendo una nueva decisión para señalar tan evidente declaratoria.

3) *La prueba que no fue analizada se refiere a hechos que resultaron establecidos por el juez, con base en otra prueba* que por disposición legal tiene mayor eficacia probatoria, como ocurre si en un juicio por reivindicación el juez hubiese silenciado un documento privado, y si hubiese valorado un documento público ambas referidas a la propiedad del inmueble, pues en ningún caso el primero podría enervar la fuerza probatoria del segundo; y,

4) *La prueba silenciada es manifiestamente ilegal*, pues la ley dispone que los hechos no pueden ser establecidos por un determinado medio de prueba; por ejemplo, el artículo 1.387 del Código Civil, prevé que no es admisible la prueba de testigo para probar la existencia de una convención celebrada con el fin de establecer una obligación o de extinguirla, cuando el valor del objeto excede de dos mil bolívares (Bs. 2.000,00).

5) *Los casos en los cuales se promueve una prueba sin indicar el objeto de la misma*, lo cual impide al contrario cumplir el mandato del artículo 397 del Código de Procedimiento Civil, y al juez acatar lo previsto en el 398 *eiusdem.*

En los casos mencionados, existe una razón de derecho que impide el examen de la prueba, lo cual pone de manifiesto su ineficacia probatoria y, por ende, la imposibilidad de influir de forma determinante en el dispositivo del fallo.

Por último, es oportuno señalar que si el juez valora la prueba y le otorga un valor probatorio que no le corresponde por ley, no existe silencio de prueba, pues el juez si se pronuncia sobre el medio incorporado al proceso, lo que existe es un error de juzgamiento, por haber infringido el juez una regla de valoración de la prueba, que es otra de las modalidades previstas en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil.[10]

3.6 *VIOLACIÓN DE MÁXIMAS DE EXPERIENCIA*

Ocurre con cierta frecuencia que el formalizante plantea ante la Sala de Casación Civil una denuncia por violación de una máxima de experiencia, que en opinión del recurrente, no fue tomada en cuenta por el Juez de Alzada. Es decir, que es una máxima de experiencia que está en la mente del formalizante, y que considera que el Juez Superior ha debido aplicar y no lo hizo. Resulta, que la doctrina de la Sala de Casación Civil ha señalado que las máximas de experiencia se violan por acción, no por omisión. Es decir, que sólo podrá entender la Sala de Casación Civil que el Juez Superior violó una máxima de experiencia, cuando estableció afirmativamente algo que el Sentenciador consideró que era una máxima de experiencia y en realidad no lo es. Pero no habrá violación de máxima de experiencia, cuando el Juez deja de aplicar algo que el formalizante considera una máxima de experiencia, no tomada en cuenta por el Sentenciador.

[10] TSJ, SCC, sentencia RC 62 de 5 de abril de 2001, del Magistrado Carlos Oberto Vélez, en el juicio Eudocia Rojas contra Pacca Cumanacoa, C.A.

En efecto, ha señalado la Sala de Casación Civil:

> Ahora bien, el recurrente también denuncia que el juzgador infringió una máxima de experiencia de acuerdo con la cual las cosas, inmuebles y lugares sufren modificaciones con el transcurso del tiempo. Al respecto es necesario acotar, por una parte, que claramente el artículo 559 del Código de Comercio establece la responsabilidad de la aseguradora en honrar el contrato de seguro, cuando el cambio de lugar ha sido consentido por esta última, lo cual descartaría cualquier aplicación del conocimiento común o máximas de experiencia, como señala el formalizante, pues existe una norma que regula el punto jurídico. *Por otra parte, el juez no viola las máximas de experiencia sino cuando decide aplicarlas, ya que el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil dice, puede y, por tanto, es facultativo de él aplicarlas o no, y como no las aplicó no pudo haberlas infringido.*

En consecuencia, por todos los razonamientos anteriormente expuestos, se declara improcedente la presente denuncia.[11]

4. ERRORES EN LAS DENUNCIAS DE CASACIÓN SOBRE LOS HECHOS

4.1 *SUPOSICIÓN FALSA*

Constituye un error frecuente en ciertas formalizaciones denunciar el primer caso de suposición falsa por haber atribuido la recurrida **al libelo de demanda o a la contestación al fondo** menciones que no contiene. Como es sabido, el control sobre la tergiversación del contenido del libelo de demanda o la contestación al fondo, pertenece al recurso de actividad, por el vicio de incongruencia.

[11] TSJ, SCC, sentencia RC 397 de 30 de noviembre de 2000, del Magistrado Franklin Arrieche Gutiérrez, caso Rubén Sánchez y Grand Prix S.A., contra C.A. de Seguros Ávila.

Si el formalizante considera que el Juez Superior incurrió en un error de percepción del libelo de demanda, o del escrito de contestación, o añadió alegatos no esgrimidos en ninguno de estos escritos, nunca debe plantear su denuncia por vía de la suposición falsa, pues ni el libelo ni la contestación son pruebas, y existe la vía apropiada para atacar estas situaciones, como es la denuncia de actividad por incongruencia, positiva o negativa, según el caso.

Pero el error que genera el mayor número de declaratorias de improcedencia, en la denuncia por suposición falsa, es el confundir una conclusión del Juez con un hecho falso.

A través de la denuncia por suposición falsa, no puede combatirse una conclusión del Juzgador, aunque esa conclusión esté influenciada por la valoración de una determinada prueba. La distinción entre un hecho y una conclusión muchas veces es difícil y escapa a los límites de este trabajo realizar un estudio sobre el particular. Sin embargo, desearía transmitir una idea gráfica que en una conversación informal me proporcionó el Doctor Luis Aquiles Mejía Arnal, sabio de la casación civil, por cuyos conocimientos es considerado por los abogados del TSJ no un Asistente sino un Magistrado más de la Sala. El Doctor Mejía me indicó, que la clave para diferenciar un hecho de una conclusión, en el caso de la suposición falsa, es el proceso de verificación. Si para verificar un punto determinado de la recurrida sólo debe examinarse el aspecto concreto señalado por el Juez, sin necesidad de realizar un análisis global de todo el aspecto jurídico involucrado en el problema, entonces estamos en presencia de un hecho establecido por el Sentenciador. Corroborar ese hecho, es siempre una labor quirúrgica, que se concentra en un punto específico y concreto, sobre ese hecho, sin tocar aspectos interpretativos del Derecho, o del *thema decidendum* de la controversia, o un examen global de todo el tema probatorio del juicio.

En cambio, si para corroborar o controlar un pronunciamiento del Juez, es necesario realizar un examen global, de todo o buena parte del contenido de alegatos y fundamentos jurídicos que conforman el *thema decidendum* de la controversia, en una suerte de revisión macro del problema general que le ha sido sometido a consideración al Juez, en-

tonces no estamos en presencia de un hecho, sino de una conclusión jurídica, que no puede ser controlada por la Sala por vía de la suposición falsa. Sobre este particular, en múltiples fallos ha señalado la Sala de Casación Civil:

> El formalizante alegó que el juez estableció el hecho falso e inexacto de que la contestación de la demanda fue presentada extemporáneamente, lo que resulta desvirtuado de otras actas del expediente, en la que se dejó sentado que dicha contestación fue tempestiva.
>
> *La Sala observa que el formalizante no pretende atacar un hecho expreso, positivo y preciso, que resulta falso o inexacto por no tener asidero en las pruebas, sino una conclusión jurídica del juez, como lo es la declaratoria de extemporaneidad del escrito de contestación de la demanda.*
>
> *Sobre este particular, la Sala ha indicado de forma reiterada que las conclusiones jurídicas del juez no pueden ser atacadas mediante las denuncias de falso supuesto*. En este sentido, entre otras, en decisión de fecha 22 de octubre 98. Caso: Judith Brazón Solano contra Teidy Rafael Morán Pérez y Otra, en la cual dejó sentado lo siguiente:
>
> > La suposición falsa consiste en la afirmación por el Sentenciador de un hecho positivo y concreto, falso o inexacto, dentro de los supuestos establecidos en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil: '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.
> >
> > Esta Sala en reiterada jurisprudencia ha establecido que 'se ha caracterizado tal error como el establecimiento de un hecho mediante una prueba inexistente, falsa o inexacta;

> como la afirmación de un hecho falso, sin base en prueba que lo sustente; o la afirmación en la sentencia de un hecho concreto, sin base en prueba que lo sustente; o la afirmación en la sentencia de un hecho concreto, falso o inexistente. Como vemos, existe una nota común: se trataría de la afirmación o establecimiento de un hecho falso; por ello la doctrina ha exigido, entre los requisitos de la denuncia de suposición falsa, que se señale el hecho concreto a que ella se refiere". (Sentencia 11 de marzo de 1992).
>
> *En su primera imputación de suposición falsa, el recurrente afirma que el Juez creyó hallar un contrato perfecto y perfeccionado de compraventa, cuando apenas lo que hay es una mera opción o promesa, con lo cual está exponiendo no un hecho concreto, sino una conclusión de perfeccionamiento del contrato a la cual llegó el Sentenciador, luego de examinar las pruebas y aplicar el derecho; por tanto, no tratándose de un hecho, sino de una conclusión del Juez, ésta no es atacable como suposición falsa.*
>
> *En consecuencia, la Sala deja sentado que el formalizante pretende atacar mediante falso supuesto, una conclusión jurídica del juez y, por ese motivo, la denuncia debe ser desestimada.*[12]

Cuando el Juez, por ejemplo, determina que María le entregó Bs. 100.000,00 a Pedro, está estableciendo un hecho. Si este hecho fue verificado por el Juez, mediante un recibo que tan sólo señala Bs. 50.000,00, entonces se estableció un hecho falso, hubo suposición falsa. Pero cuando el Juez determina que María extinguió su obligación crediticia con Pedro, está emitiendo una conclusión jurídica. Para corroborar el hecho de la entrega del dinero, simplemente debía revisarse la prueba

[12] TSJ, SCC, sentencia RC 43 de 16 de marzo de 2000, del Magistrado Antonio Ramírez Jiménez, en el juicio María del Socorro Narváez de Salazar y otros *vs* la Universidad de Oriente UDO, y la Compañía Anónima Seguros La Seguridad.

y determinar si consta o no el hecho de que María le entregó a Pedro la señalada cantidad. Pero controlar si hubo o no la extinción de la obligación amerita un análisis global de cuánto era el monto de la deuda, cuáles fueron las defensas esgrimidas por el deudor en su contestación de demanda, si hubo o no prórroga, qué normas jurídicas se aplicaron para declarar la extinción de la obligación, en fin, todo un análisis genérico, que trasciende a una prueba solitaria y que implica una revisión del derecho.

Ocurre, siguiendo el ejemplo, que en muchísimos casos, los formalizantes denuncian por suposición falsa, la conclusión jurídica "María extinguió su obligación crediticia con Pedro" e insisten que ese "hecho" es falso, y que tal falsedad se desprende de una determinada prueba, en vez de atacar "María le entregó Bs. 100.000,00 a Pedro" que es realmente el hecho establecido por el Juez. Este error, que parece trivial, no lo es, y es suficiente para que la denuncia por suposición falsa sea desestimada.

La denuncia por suposición falsa también fracasa en muchas oportunidades, por cuanto a través de ella el formalizante pretende combatir un hecho falso, que el Juez estableció luego de valorar distintos elementos de prueba. Entonces, si el formalizante tan sólo se limita a señalar o a combatir el establecimiento de ese hecho, respecto a uno de los elementos de prueba utilizados por el Sentenciador, dejando fuera de su impugnación, las otras pruebas que aparecen valoradas en la recurrida y que sirvieron todas, en conjunto, al Juez Superior para establecer ese hecho, la Sala de Casación siempre señalará, que es inútil o intrascendente en la suerte de la controversia, determinar que mediante una prueba en concreto ese hecho no podía establecerse, cuando existen otras, valoradas también por el Juez y no impugnadas por el formalizante, que conducían al mismo resultado de establecer ese hecho.

Por ejemplo, el Juez de Alzada estableció un hecho: el demandado, mediante una carta hizo una declaración reconociendo expresamente la deuda frente al actor, y ese hecho luego fue calificado como un acto de interrupción extrajudicial de la prescripción.

Luego, el Juez Superior en la misma sentencia determinó que de otras dos documentales más, de fechas distintas, también se evidencian he-

chos particulares que a su vez y en forma individual, constituyen actos interruptivos de la prescripción. De acuerdo con este ejemplo, el formalizante no puede conformarse con señalar que de una de las cartas no se desprendía el hecho que luego fue calificado como un acto de interrupción de la prescripción, olvidando las otras dos pruebas y los otros dos hechos, pues tiene la carga de destruir todo el razonamiento del Juez respecto a las tres documentales.

De no impugnar todos los hechos que el Juez Superior consideró actos interruptivos de la prescripción, la denuncia sería intrascendente en la suerte de la controversia, como debe ser toda denuncia por infracción de ley.

Este error de plantear una denuncia por suposición falsa, intrascendente, pues no se combatió el análisis completo del Juez que condujo al resultado final de la litis, también se observa en el caso de hechos que el Sentenciador de Alzada considera admitidos. Si el Juez Superior determina que un hecho es cierto, por cuanto fue admitido en la contestación al fondo de la demanda, y además, por cuanto ello se desprende de una determinada prueba, entonces el recurrente no puede limitarse a plantear una denuncia por suposición falsa respecto a esa prueba. ¿Por qué? Porque la recurrida ya indicó que el hecho fue admitido por la parte, y por lo tanto, está libre de prueba. Sería inútil cualquier denuncia por suposición falsa en este sentido, pues por más que la Sala de Casación examine la prueba una y otra vez, se ve atada al pronunciamiento de que el hecho ya estaba admitido en la contestación al fondo.

El formalizante debe en ese caso desarrollar una denuncia por incongruencia positiva, y demostrar que nunca admitió ese hecho en su escrito de contestación al fondo de la demanda. De igual forma debe combatir, en el recurso por infracción de ley, la suposición falsa respecto a la prueba.

4.2 *INFRACCIÓN DE NORMA JURÍDICA EXPRESA PARA EL ESTABLECIMIENTO Y VALORACIÓN DE LOS HECHOS Y LAS PRUEBAS*

El error más frecuente en estas denuncias es confundir los conceptos, y creer que se trata de uno sólo, cuando en realidad son cuatro distintos.

Así, muchos formalizantes denuncian la infracción de determinado artículo, como "norma jurídica expresa para el establecimiento y valoración de los hechos y las pruebas", sin percatarse que se está haciendo referencia a cuatro conceptos distintos, que se excluyen unos a otros. Así, al hacerse este tipo de denuncia, debe seleccionarse, de acuerdo con la naturaleza de la norma, alguno de estos cuatro motivos:

Infracción de norma jurídica expresa para el establecimiento de los hechos.

Infracción de norma jurídica expresa para la valoración de los hechos.

Infracción de norma jurídica expresa para el establecimiento de las pruebas.

Infracción de norma jurídica expresa para la valoración de las pruebas.

No es el propósito de este trabajo realizar un estudio sobre estos cuatro conceptos distintos, pero sí el de destacar que cualquier denuncia que se inicie mezclándolos o confundiéndolos como si fuesen uno solo, está destinada en buena medida a su improcedencia, pues son excluyentes y autónomos.

Para comprender mejor la distinción de estos conceptos, es conveniente revisar la siguiente sentencia:

> El artículo 320 del Código de Procedimiento Civil permite a la Sala extenderse al establecimiento o valoración de los hechos que hayan efectuado los jueces de instancia, en los siguientes casos de excepción:
>
> a) Denuncia de infracción de una norma jurídica expresa que regule: 1.- el establecimiento de los hechos; 2.- la valoración de los hechos; 3.- el establecimiento de las pruebas; o 4.- la valoración de las pruebas; o
>
> b) Denuncia de alguna de las tres hipótesis de suposición falsa, porque el juez de alzada: 1.- atribuyó a instrumentos del expediente menciones que no contiene; o 2.- dio por demostrado un

hecho con pruebas que no aparecen en autos; o 3.- cuya inexactitud resulta de actas e instrumentos del expediente mismo.

En los cuatro primeros casos, se trata de un error de derecho, pues lo denunciado es la infracción de normas jurídicas que regulan el establecimiento o valoración de los hechos o de las pruebas. Estas hipótesis son distintas una de otra. *En criterio de la Sala son normas que regulan el establecimiento de los hechos las que exigen un preciso medio de prueba para establecer determinados hechos; son reglas de valoración de los hechos las que otorgan una determinada calificación jurídica a un conjunto de hechos; son reglas de establecimiento de la prueba las que consagran las formalidades procesales para la promoción, admisión y evacuación de la prueba; y son reglas de valoración de la prueba las que fijan el valor probatorio del determinado medio de prueba o indican al juez cómo debe actuar para valorar la prueba* . (*Vid.* Sentencia Nº 122, de fecha 21 de abril de 1993)".[13]

Estas denuncias son escasas, a pesar del enorme poder impugnativo que encierran cuando se plantean con el debido conocimiento sobre su alcance y contenido. Lamentablemente un gran porcentaje de ellas se pierde, al confundirse los conceptos.

5. OTROS

5.1 *MEDIDAS CAUTELARES*

Un error con frecuencia, que puede ser fatal para el recurso de casación intentado en fase cautelar, es no percatarse el formalizante de la inexistencia de la copia certificada del libelo de demanda en el cuaderno de medidas. Si falta esta copia certificada, el recurso puede ser declarado inadmisible, como punto previo del fallo, por no poder determinarse la cuantía del proceso. Se debe tener mucho cuidado en este sentido, de

[13] TSJ, SCC, sentencia RC 794 de 14 de octubre de 1998, del Magistrado Antonio Ramírez Jiménez, en el caso José Rafael Bohórquez c. Neptalí de Jesús Fuentes y otro.

estar alerta sobre la existencia en el cuaderno de medidas que se envía a la Sala de Casación Civil, de la copia certificada del libelo de demanda con la estimación de la cuantía. Sobre este punto, la Sala de Casación Civil ha señalado lo siguiente:

> Por otra parte, es menester señalar que el recurso de casación es una petición de carácter extraordinario mediante el cual el formalizante pretende demostrar que el fallo dictado por el juez de alzada o de única instancia infringió normas jurídicas que lo hacen nulo. El recurso de casación es complejo debido a las formalidades exigidas para su admisibilidad y procedencia, cuyo cumplimiento es carga del formalizante. En este sentido, debe señalarse que el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil establece cuáles son los requisitos de admisibilidad del recurso. Asimismo, los artículos 317 y 318 *eiusdem* indican la forma en la que deben presentarse las denuncias contenidas en el escrito de formalización, y la oportunidad en la que dicho escrito, su impugnación, réplica y contrarréplica deben ser presentados, así como los recaudos que demuestren a la Sala la admisibilidad del recurso.
>
> *De otro lado, es sabido que las solicitudes de medidas preventivas se llevan en un cuaderno separado al del juicio principal, lo que exige mayor diligencia del formalizante cuando pretenda recurrir contra estas decisiones, dado que a los efectos de la admisibilidad del recurso la cuantía debe constar en dicho cuaderno, bien mediante copia certificada del libelo de la demanda o por otro instrumento emanado de un funcionario público que en ejercicio de sus funciones lo evidencie, pues de lo contrario no se habrá cumplido con este requisito. Siendo así, es menester que el formalizante cumpla con su carga de demostrar cuál es el interés principal del juicio acompañando dicho documento durante la sustanciación del recurso, por estar ella destinada a la presentación de los argumentos y defensas de las partes, así como a la consignación de los recaudos requeridos por la Sala para la admisibilidad del referido medio extraordinario de impugnación.*

> Concluida la sustanciación del recurso, la Sala entra en etapa de sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 319 del Código de Procedimiento Civil, por lo que todo escrito o anexo que se agregue al expediente en ese momento será ineficaz ante la Sala, a los efectos de la resolución del recurso.
>
> *En el caso planteado, la Sala observa que el requisito de admisibilidad de la cuantía establecido en el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil no fue cumplido porque el interés principal del juicio no fue demostrado por el formalizante en su oportunidad legal, dado que la copia certificada del libelo de la demanda fue consignada el 24 de abril de 2001, es decir, después del 5 de abril de ese mismo año, fecha en la que concluyó la sustanciación del recurso de casación, y al encontrarse en ese entonces el recurso en etapa de sentencia, el instrumento presentado resulta, como se señaló, ineficaz. Asimismo, esta Sala en cumplimiento del criterio acogido por los fallos señalados ut supra, constató que en las actas del cuaderno de medidas tampoco existe documento alguno emanado de funcionario público que demuestre el interés principal del juicio.*
>
> *En consecuencia, con base en los motivos antes expuestos esta Sala declara inadmisible el presente recurso de casación.*[14]

Nótese la aclaratoria de la Sala de Casación Civil, donde indica que la consignación del libelo de demanda, posterior al lapso de contrarréplica, es extemporánea y declaró inadmisible el recurso de casación. Esto se aplica no sólo al libelo sino a cualquier documento que pretenda ser traído a la Sala de Casación una vez concluido el lapso de sustanciación del recurso. Será considerado extemporáneo.

[14] TSJ, SCC, sentencia RC 196 de 31 de julio de 2001, del Magistrado Franklin Arrieche Gutiérrez, en el juicio Calvin Klein Inc, contra Distribuidora Algalope C.A.

5.2 *RECURSO DE NULIDAD*

Se comete el error con frecuencia de plantear un recurso de nulidad, cuando el antecedente previo a la sentencia del Juez Superior que se está impugnando es una casación de forma o actividad declarada por la Sala Civil. Cuando la Sala de Casación Civil casa por defecto de actividad, no hay doctrina vinculante para el reenvío, y cualquiera que sea la decisión del Tribunal Superior, no puede intentarse posteriormente el recurso de nulidad.

5.3 *IMPUGNACIÓN DEL PODER EN CASACIÓN*

Frecuentemente se impugna por primera vez en casación un documento poder presentado en la instancia y que no fue atacado en su debido momento. Tal impugnación del poder es tardía y la Sala de Casación Civil la desestima, pues el poder debe ser atacado en la primera oportunidad en que es consignado en autos, de lo contrario, se entiende aceptado por la otra parte. Sobre este particular, ha señalado la Sala de Casación Civil lo siguiente:

> La representación judicial de la parte demandada *señala en el escrito de formalización que en esta oportunidad impugna por primera vez el documento poder traído al proceso por la actora conjuntamente con el libelo de demanda.* La Sala puede corroborar que la demandada compareció en fecha 20 de febrero de 1997 y se dio por citada. Seguidamente, consignó una diligencia de esa misma fecha, señalando que las partes acordaron suspender el proceso, pero en ningún momento la demandada impugnó el documento poder presentado por la actora... (*Omissis*).
>
> Respecto al documento poder que se acompaña al libelo de demanda, debe ser impugnado por el adversario a través de la vía de la cuestión previa del ordinal 3º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, norma que señala lo siguiente:
>
> > Art. 346: 'Dentro del lapso fijado para la contestación de la demanda, podrá el demandado en vez de contestarla promover las siguientes cuestiones previas: *(Omissis)*

> 3º.- La ilegitimidad de la persona que se presente como apoderado o representante del actor, por no tener capacidad necesaria para ejercer poderes en juicio, o por no tener la representación que se atribuya, o porque el poder no esté otorgado en forma legal o sea insuficiente'.
>
> *Como puede observarse de la norma transcrita, es necesario que la parte demandada, interesada en impugnar el documento poder acompañado por la actora en la oportunidad de su libelo, lo haga por vía de la cuestión previa contenida en el ordinal 3º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil. En el caso bajo estudio, no se planteó en la primera instancia el cuestionamiento o impugnación del documento poder por vía de la cuestión previa mencionada, lo cual genera la extemporaneidad del referido alegato e implica una aceptación tácita del contenido del mismo... (Omissis)"*
>
> *Por los motivos anteriores, la presente denuncia se declara improcedente. Así se decide.*[15]

5.3 *CONFESIÓN FICTA*

Es reiterado el error de hacer un planteamiento a la Sala de Casación, tratando de demostrar la existencia de la confesión ficta, o combatiendo la confesión ficta declarada por la recurrida, a través del recurso por infracción de ley, muchas veces, amparándose en la casación sobre los hechos, artículo 320 del Código de Procedimiento Civil. Estas denuncias están destinadas a su improcedencia, pues el problema de la oportunidad de la contestación al fondo de la demanda, los lapsos procesales, el conteo de los días, la citación y otros, es un asunto típico de actividad, donde la Sala de Casación Civil debe revisar las actas del expediente y determi-

[15] TSJ, SCC, sentencia RC 391 de 30 de noviembre de 2000, del Magistrado Franklin Arrieche Gutiérrez, en el caso Banco Metropolitano, C.A., c. Beatriz Espinoza Segovia y Ensamblaje Superior, C.A.

nar, cuándo ocurrió la última citación y se inició el lapso para contestar al fondo, y en qué oportunidad se produjo esa contestación, si la hubo.

De tal forma, que la denuncia que pretende, o bien el establecimiento de la confesión ficta, o que aspira combatir la confesión ficta declarada por el Juez Superior, tiene que ser de actividad, por quebrantamiento de formas esenciales del proceso que generaron indefensión, al amparo del ordinal 1° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, involucrando necesariamente al artículo 15 *eiusdem* y a todas aquellas normas procesales que tengan que ver con el problema concreto planteado.

También sucede con muchísima frecuencia que la denuncia que pretende determinar la confesión ficta, o que combate la confesión ficta declarada por el Juez Superior, fracasa por la ausencia de un cómputo por Secretaría (de la instancia) que indique los días de despacho transcurridos a partir de la citación. Si no existe ese cómputo en el expediente, la Sala de Casación Civil estaría examinando a ciegas el expediente, pues no tendría idea de cuántos días de despacho transcurrieron a partir de la citación, para así ubicar el escrito de contestación al fondo, dentro o fuera del lapso.

Por ello, la parte que advierte en la instancia un problema procedimental o interpretativo, en cuanto a lapsos procesales, confesión ficta, o extemporaneidad de algún acto de importancia, debe tomar todas las precauciones para una eventual casación, y solicitar de una vez en la instancia el cómputo necesario de los días de despacho "conflictivos", de tal forma que, ante cualquier circunstancia, al llegar el expediente a la Sala de Casación, conste en autos la información suficiente para que cualquier denuncia por indefensión pueda ser analizada por la Sala a cabalidad. Ello para evitar la tendencia desfavorable de consignar ante la Sala de Casación el citado cómputo de días de despacho, pues la Sala de Casación Civil ha señalado que no es un tribunal de instancia donde pueda estar realizándose actividad sustanciadora de pruebas.

Este asunto de la necesidad del cómputo por Secretaría de días de despacho, se aplica también a todas aquellas denuncias que traten de plantear la extemporaneidad de actos procesales, como las cuestiones previas,

apelaciones, pruebas y otras. La Sala de Casación Civil no puede presumir nada y menos cuando se trata del riesgo de reposición y nulidad de la causa. La parte interesada debe asegurarse, anticipándose al resultado de la sentencia del Juez Superior, que antes de llegar el expediente a casación, conste en autos el cómputo por Secretaría (del Juez de Instancia) que facilite o aclare cualquier análisis procesal de la eventual y futura denuncia.

6. TRES FORMAS DE MODERAR LOS ERRORES SEÑALADOS EN LA PREPARACIÓN DEL ESCRITO DE FORMALIZACIÓN

1.- Comience haciendo las denuncias por infracción de ley, aunque vea evidentes y claras las de actividad. La preparación de las denuncias por infracción de ley le dará una visión clara y profunda del problema jurídico planteado en el juicio, de tal forma que al momento de elaborar sus denuncias de actividad, las desarrollará con una trascendencia implícita en la suerte del fallo que las hará más contundentes.

2.- Nunca plantee una denuncia de la cual usted mismo no esté absolutamente convencido que prosperará. Es preferible una formalización de pocas pero contundentes denuncias, que un escrito lleno de denuncias poco serias, que poco a poco van restando confianza en los planteamientos que van analizándose en el escrito.

3.- Plantee su recurso de casación con una visión del derecho sustantivo. El escrito de formalización debe argumentarse, no con un sentido procedimental de retardar el juicio, sino de rescatar la correcta aplicación del derecho sustantivo en el problema jurídico planteado en la *litis*. Para ello, antes de comenzar a elaborar su escrito, reflexione sobre cuál fue verdaderamente el error de derecho sustantivo que cometió el Juez Superior, si es que lo cometió. Corregir este error de derecho le interesa a las partes y a la Sala de Casación. Este debe ser el sentido del recurso de casación: el rescate y protección de la correcta aplicación del derecho, con especial cuidado en el derecho sustantivo.

La Oralidad y el Proceso por Audiencias en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo

Guido E. URDANETA*

SUMARIO:

1. Antecedentes.
2. El principio de oralidad.
3. La oralidad y las audiencias.
4. La audiencia preliminar.
5. El debate oral o audiencia de juicio.
Conclusiones

1. ANTECEDENTES

El 16 de agosto de 1940 fue promulgada la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo, a través de la cual se creó la

* **La Universidad del Zulia,** Abogado, Especialista en Derecho del Trabajo. **Universidad Rafael Urdaneta (URU),** Profesor. **Universidad Rafael Belloso Chacín,** Profesor. **Organización Internacional del Trabajo,** *Centro Internacional de Formación*, *Cursos de Especialización en Derecho del Trabajo para Expertos Latinoamericanos*, Turín, Italia, Ex becario. **Universidad de Bologna,** Italia, **Universidad de Castilla La Mancha,** Reino de España, Ex becario. Abogado en ejercicio como asesor laboral de empresas.

jurisdicción laboral en forma autónoma y especializada en Venezuela, aunque la mayoría de los tribunales tenía atribuida competencia múltiple por la materia.

Esta ley fue objeto de dos reformas. La primera de ellas, en junio de 1956 y la última, en noviembre de 1959, siendo ésta la que rige el procedimiento laboral hasta nuestros días. Sin embargo, y a pesar de ser normas de carácter adjetivo y estar diseñadas para la orientación de un proceso estrictamente escrito, tuvo siempre que auxiliarse con la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil (en lo sucesivo CPC) de 1916, del cual posteriormente se desprende el proceso especial del trabajo, que durante su desarrollo ha buscado adecuación a las exigencias del Derecho Procesal del Trabajo como rama especial, con autonomía disciplinaria reconocida, por estar dotada de instituciones propias, de jurisdicción especializada y también de un procedimiento que consagra la brevedad como característica intrínseca que la distingue del proceso ordinario civil al cual debe su origen.

El proceso laboral en Venezuela, con ocasión de la supletoriedad del CPC invocada por la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo (en lo sucesivo LOTPT), sufre una verdadera crisis con la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Civil en septiembre de 1986, en razón de que la supletoriedad comentada y contenida en la LOTPT estaba hecha a la medida de las exigencias del CPC de 1916 y, en consecuencia, devino la inaplicabilidad de la LOTPT de 1959 al quedar tácitamente derogadas buena parte de sus normas, produciéndose un verdadero desfase en lo atinente a la aplicación de las normas del proceso laboral, que finalmente provocó serias controversias en la doctrina y en la jurisprudencia nacional.

En diciembre de 1999, la Asamblea Nacional Constituyente decretó la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que entre otros significativos y sustanciales cambios de naturaleza política, económica y social, sirvió de marco programático para la aprobación de una nueva Ley Orgánica Procesal del Trabajo (en lo sucesivo LOPT) que se adaptara a los nuevos requerimientos que la modernidad reclama.

Conforme a lo previsto en la Disposición Transitoria Cuarta de la Carta Fundamental, el constituyente emplazó a la Asamblea Nacional a dictar una Ley Orgánica Procesal del Trabajo, dentro del año siguiente a su instalación, es decir, a partir de agosto de 2000 cuando entró en funciones el nuevo Poder Legislativo. Dicha norma programática consagró también que la ley encomendada a la Asamblea Nacional debería estar inspirada en los principios de oralidad, inmediación, concentración, celeridad, publicidad, gratuidad, equidad, primacía de la realidad de los hechos y rectoría del juez en el proceso.

De su parte el artículo 257 constitucional dispone: *"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 sumario. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales"*.

Este mandato constitucional ordena que las leyes procesales deben ser diseñadas con observancia de los principios y características descritos en la norma, y por tanto no sólo el proceso laboral, sino todos los procesos administrativos y judiciales deben estar orientados por la oralidad, por la brevedad, por la uniformidad y además deben ser públicos.

Como consecuencia de lo anterior se desprende, que los procesos con predominio de la escritura, excesivamente largos, tardíos e impregnados de inútiles formalismos, como el proceso ordinario civil, están viciados y adolecen de inconstitucionalidad manifiesta por contravención del artículo 257 en comento.

En otro orden de ideas, el ordinal 4º del artículo 204 *ejusdem* señala que la iniciativa o impulso para la creación de leyes, entre otros, corresponde al Tribunal Supremo de Justicia, cuando se trate de normativas relacionadas con la organización y procedimiento judicial; y en acatamiento a dicha norma, la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia hizo suya la iniciativa y elaboró un anteproyecto de Ley Orgánica Procesal del Trabajo cuya última revisión data del 15 de junio de 2000, el cual fue posteriormente aprobado por la Asamblea Nacional en primera discu-

sión el 15 de mayo de 2001 y en segunda discusión el 09 de abril de 2002. Remitida la Ley en trámite al Ejecutivo Nacional para su promulgación, el ente Ejecutivo optó por devolverla a la Asamblea Nacional formulándole una serie de observaciones según escrito presentado el 17 de junio de 2002.

El 02 de agosto de 2002 la Ley Orgánica Procesal del Trabajo fue definitivamente sancionada por la Asamblea Nacional y publicada en la *Gaceta Oficial* Nº 37.504 del 13 de agosto de 2002, estableciendo una *vacatio legis* de un año para su vigencia efectiva, pero dejando a salvo la posibilidad de que esa vigencia sea territorialmente parcial y su aplicación pueda quedar diferida en algunos circuitos judiciales del país, en los que aún no estén dadas las condiciones mínimas esenciales para su implementación, a juicio de la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia (Art. 194, Parág. Único).

La nueva normativa procesal del trabajo acoge en su texto el desarrollo de los principios que informan el Derecho Procesal del Trabajo y que a su vez ordena la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

A los fines de este trabajo nos ocuparemos del análisis de sólo uno de estos principios –el de 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.

2. EL PRINCIPIO DE ORALIDAD

2.1 *GENERALIDADES*

Al hacer referencia al principio de oralidad, bajo el prisma procesal, se alude a un proceso o juicio en el que predomina y se impone la palabra hablada sobre el medio escrito.

La doctrina, de ordinario, contrapone la oralidad y la escritura, pero reconoce que ambas figuras, más que simples principios informantes, constituyen verdaderos sistemas procedimentales.

En esencia, no se trata de establecer una rigurosa antítesis entre oralidad y escritura, sencillamente, debe tenerse claro que, en determinados sistemas existe predominio y preeminencia de la oralidad sobre la escritura, mientras que en otros, ejerce primacía la escritura sobre la oralidad.

Desde ya habrá de tenerse presente que ningún sistema puede prescindir de manera absoluta de la oralidad o de la escritura. La realización de algunas actuaciones orales en el proceso (*v.g.* la demanda, testimonios de testigos, los informes periciales, la sentencia, etc.) requieren indefectiblemente su constancia por escrito. Vale decir, que no existe exclusividad en ninguno de estos sistemas.

La oralidad, si pudiéramos concebirla con carácter exclusivo, ofrecería marcados inconvenientes en razón de la etérea e intangible condición de la palabra hablada, de la que no queda huella en las actas procesales, mientras que la escritura se incorpora físicamente y permanece en los autos. No es factible entonces llegar a la instrumentación de un sistema de oralidad plena y pura.

Comúnmente se produce una simbiosis, una mixtura de actuaciones orales y escritas yuxtapuestas. Simplemente habrá siempre predominio de uno de los dos sistemas y dependiendo de ese influjo, el emblema de ese procedimiento será oral o escrito.

La oralidad inyecta al proceso un gran dinamismo a través de la sencillez que fomenta la palabra, y a su vez, facilita la relación de las partes en el proceso, entre sí y con el juez, por lo que está íntimamente relacionada con otros principios fundamentales como son el de inmediación, el de concentración y el de publicidad.

Esta combinación de la oralidad y la escritura se patentiza también en algunas actuaciones del juez, ejemplo típico lo constituye cuando éste pronuncia en juicio, en audiencia pública, una sentencia *in voce*, pero posteriormente *ope legis* debe reducirla a escrito por mandato legal.

El sistema excesivamente escrito y colmado de formalidades aún no esenciales, se desarrolla en detrimento de la inmediación y también de la con-

centración, por lo que resulta atentatorio contra el fin perseguido para la realización de la justicia social a través de la tutela judicial efectiva.

La oralidad, como principio, constituye la base fundamental de la vida del proceso moderno. De allí la marcada tendencia a desplazar la escritura en la mayoría de los actos.

Alonso Olea al definir la oralidad, la ubica dentro de los denominados caracteres generales del proceso de trabajo, al señalar que la actividad procesal básica en la instancia se desarrolla en el juicio, donde los actos de alegación y pruebas de las partes, y los de instrucción y ordenación del juez, muy numerosos, son orales, realizándose de viva voz, aunque se documenten en un acta.[1]

Para Cappelletti el principio oral asume un doble significado: un proceso rápido, concentrado y eficiente, y una metodología concreta, empírico-inductiva en la búsqueda de los hechos y la valoración de las pruebas.[2]

El principio de oralidad está íntimamente relacionado con el de inmediación, mientras que el sistema de la escritura, a diferencia de aquél, es categóricamente mediato.

Los actos principales del juicio se ofrecen de viva voz, en audiencia pública. La forma escrita es *vox mortua*.

Desde el punto de vista procesal el juicio oral se desarrolla en único acto, o en un número reducido de sesiones consecutivas en las que se concentran las fases de alegación, pruebas y conclusiones, que no desvanecen la idea de unidad del acto.

Hernández Ruiz y Arredondo Romero, al comentar la Ley de Bases de 1989, que fomentó los cimientos para el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral de España, aseguran que para salir al paso de

[1] Alonso Olea, Manuel. *Derecho Procesal del Trabajo.* Civitas. Octava Edición. Madrid. 1995.
[2] Cappelletti, Mauro. *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil.* Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972.

las tendencias que definían al juicio oral como una serie de actos, la Base 19, empieza con la expresión "El juicio oral". Por lo tanto, no son una serie de actos, sino, como ya hemos dicho, un único acto con varias secuencias. Podríamos incluso conceder la expresión de que es un acto con varias fases, ya que el juicio se inicia con la presencia de las partes.[3]

En sentido contrario, se pronuncia Alonso Olea al comentar la Ley de Procedimiento Laboral española, cuando afirma que el juicio es un conjunto de gran complejidad de numerosos actos procesales, cuyas normas reguladoras son de derecho necesario, *ius cogens*, singularmente aquellas aseguradoras del principio de igualdad que garantizan idénticas oportunidades de defensa.[4]

La oralidad, más que un principio es una forma procedimental por la que el proceso transita hasta obtener su finalidad primordial que es la sentencia.

La oralidad no constituye un concepto absoluto y excluyente, como antes se dijo. El proceso, de hecho, comienza con un acto escrito –la demanda– y termina con un pronunciamiento también escrito –la sentencia–, amén de otras actuaciones que se verifican por medio de la escritura, como es el caso de la promoción de pruebas, el otorgamiento de mandato o de algunos otros actos que requieran de constancia escrita, pero sin que ésta predomine sobre la oralidad.

El juez preside la audiencia y dirige el debate, en cumplimiento de su función como director del proceso. Las partes evacúan las pruebas promovidas, los testigos prestan testimonio, los peritos informan verbalmente y finalmente el juez dirime la controversia a través de un fallo oral. Todas estas actuaciones se cumplen en un mismo acto –principio de concentración– y durante el desarrollo del debate oral que eventualmente puede cumplirse en varias sesiones, sin infringir, como se ha dicho, el principio de la unidad del acto o audiencia.

---

[3] Hernández Ruiz, Luis Jesús y Arredondo Romero, Manuel. *Teoría y Práctica de la Ley de Procedimiento Laboral*. Editorial Hesperia. Tercera Edición. Jaén. 1988.
[4] Alonso Olea, Manuel. *Ob. Cit.*

Es posible que en un proceso, una audiencia, entendiendo por tal una sesión o día de despacho del Tribunal fijado para verificar el acto, no resulte suficiente para que las partes protagonicen el debate contradictorio, evacúen la totalidad de las pruebas y obtengan el dictamen del juez y, en consecuencia, haya necesidad de prolongarlo por otra u otras sesiones, tantas como sean suficientes para la incorporación de las pruebas y la emisión de la sentencia oral. Pero aún así, siempre se entenderá que el debate o audiencia oral es uno solo, por lo que se afirma que la audiencia es una entidad compleja que conserva el igualmente denominado principio de unicidad del acto.

Todas las actuaciones seriadas, concatenadas, ordenadas y públicas que se concentran en la audiencia de juicio sin solución de continuidad, configuran la base fundamental de la oralidad, y son dirigidas y presididas por el juez con carácter presencial, de manera estrictamente indelegable, por lo que un sector de la doctrina dice que, en rigor, es un principio inmediato.

3. LA ORALIDAD Y LAS AUDIENCIAS

En nuestro caso, la LOPT asienta la oralidad como columna vertebral del proceso, en el que se materializa a través de las audiencias, a saber, la Audiencia Preliminar y la Audiencia de Juicio, que constituyen los actos estelares. Sin embargo, las intervenciones orales de las partes, no se restringen únicamente a los dos actos fundamentales. También en la sustanciación de los recursos de apelación, de casación y de control de la legalidad, las partes intervienen de viva voz.

Conforme a lo indicado en el artículo 15, los tribunales del trabajo se organizarán en cada circuito judicial, en dos instancias.

Una primera instancia, de estructura compleja, en la que el tribunal está integrado por dos jueces con funciones propias y específicas cada uno y diferenciadas en cada etapa del proceso:

i) el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo; y,

ii) el Juez de Juicio del Trabajo.

El primero fijará y verificará la audiencia preliminar; el segundo, dirigirá la audiencia de juicio.

La segunda instancia estará integrada por los Tribunales Superiores del Trabajo (Art. 19), que podrán ser colegiados o unipersonales, integrados por profesionales del derecho, según lo disponga en cada circuito judicial la Dirección Ejecutiva de la Magistratura. Los circuitos judiciales son las nuevas estructuras orgánicas que sustituyen a las hasta entonces denominadas circunscripciones judiciales.

Además de éstos, corresponderá a la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, que la LOPT reconoce como Tribunal del Trabajo (Art. 14,c), conocer de las sentencias recurribles en Casación (Art. 167) y de las solicitudes para ejercer el Control de la Legalidad (Art. 178).

4. LA AUDIENCIA PRELIMINAR

La primera manifestación de oralidad en el proceso se lleva a cabo en la Audiencia Preliminar que preside y dirige el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución.

Este, es el primer acto para el que son emplazadas las partes (Art. 126) y al que deben comparecer obligatoriamente por sí o por medio de apoderados (Art. 129), el décimo día hábil siguiente a la hora precisa determinada por el juez, es decir, a día y hora fija, que discurrirá a partir de la constancia en autos de haberse cumplido el acto comunicacional de la notificación practicada a la parte accionada o a la última de ellas, en caso de litisconsorcio pasivo (artículo 129).

El llamamiento judicial para la celebración de la audiencia preliminar es, en rigor, un término y no un plazo, y a pesar de la obligada comparecencia de ambas partes, se presume innecesaria la notificación del actor, a quien se considera a derecho por la circunstancia de haber incoado la demanda, quedando automáticamente emplazado a través del auto de admisión de la misma.

La notificación hecha a la demandada rompe la tradición procesal venezolana en el ámbito del juicio ordinario civil y también en el especial

del trabajo, al prescindir en forma absoluta de la citación personal del demandado y llamarlo directamente por medio de un cartel (Art. 126), y además, por emplazarlo no para la contestación de la demanda, sino para la celebración de una audiencia preliminar (Art. 128), que tiene como fin primordial la mediación del juez para estimular a las partes a la conciliación y que a través de ese modo anormal de terminación del proceso, si no optan por someter la causa a arbitraje (Art. 138), se evite pasar a la fase de juzgamiento (Arts. 135 y 150).

En esta audiencia, el legislador ha optado por prescindir de la publicidad y celebrarla de manera privada (Art. 129), en aras de ofrecer mayor libertad a las partes y facilitar o propiciar de esa manera la posibilidad de conciliación, que es el objetivo perseguido.

La comparecencia a esta Audiencia Preliminar es obligatoria para las partes (Art. 129), por lo que la inasistencia sin justificada causa de cualquiera de ellas conlleva efectos adversos y perentorios para el sujeto procesal remiso.

De no asistir el actor, su contumacia conduce a que se tenga por desistido el procedimiento y extinguida la instancia (Art. 130), pudiendo proponer nuevamente la demanda transcurridos noventa (90) días continuos.

Si es el accionado quien no comparece a la Audiencia Preliminar, se presumirá que su conducta equivale a la admisión de los hechos alegados por el demandante y el tribunal sentenciará en forma oral, el mismo día, *ipso facto*, con ocasión de la confesión ficta, siempre que no sea contraria a derecho la petición del demandante (Art 131).

Nótese que a pesar de estar el demandado emplazado para la celebración de la Audiencia Preliminar, típicamente de naturaleza conciliadora, y no para la contestación de la demanda, los efectos de la sanción aplicada por su incomparecencia son los propios de la confesión ficta, entendida ésta como el reconocimiento tácito de las pretensiones libeladas, como consecuencia directa y tradicional derivada de la falta de contestación de la demanda.

Más aún, a pesar de ser tan severa esta penalidad fatal, la LOPT aplica la misma sanción y castiga al demandado contumaz, hasta en tres distintas oportunidades: i) si no concurre a la Audiencia Preliminar (Art. 131); ii) si no consigna el escrito de contestación a la demanda dentro de los cinco días siguientes a la conclusión de la Audiencia Preliminar (Art. 135); y, iii) si no comparece a la Audiencia de Juicio (Art. 151).

De manera que, aun contestando la demanda tempestivamente a través de la consignación del escrito respectivo, que pudiera contener excepciones y defensas fulminantes, de fondo, suficientes para destruir las pretensiones del actor, se patentiza la confesión ficta.

Sin lugar a dudas, ha sido exigente, *in extremis*, el legislador, pareciendo brindar mayor importancia a la garantía del impulso procesal para la fluidez del juicio, en detrimento y sacrificio de reglas de rango constitucional que tutelan el derecho a la defensa en todo estado y grado del proceso.

Este aspecto cobra fuerza determinante si estimamos que la celebración de las audiencias orales se verificarán en día y a hora fija, sin que se haya previsto un mínimo de protección a las partes, al menos concediéndoles una hora de espera, lo que constriñe y conculca su derecho a la defensa, pues, en el sistema escrito y vigente se dispone de todas las horas de despacho correspondientes al día en que debe ofrecerse la contestación para cumplir con dicha carga procesal. Ello desmejora obstensiblemente la actuación de ambas partes. Los efectos nefastos de la incomparecencia de cualquiera de ellas son recíprocos y prácticamente irremediables. El incompareciente sólo puede probar las causas que impidieron su asistencia, cuestión ésta que reviste mayor gravedad si se trata del accionado, a quien no le está permitido en tal caso la demostración o contraprueba de cualquier hecho alegado en la demanda que pudiera favorecerle.

La Audiencia Preliminar puede prolongarse en el mismo día una vez vencidas las horas de despacho, hasta agotar el debate, si así el Juez lo decide, y si aún no fuere suficiente, ordenará su continuación el día hábil siguiente, y tantas veces como sea necesario hasta culminarlo. Esta prolongación, insistimos, no hace perder el principio de la unidad

de la audiencia, aun cuando el debate se desarrolle en varias sesiones o durante varios días de despacho (artículo 132).

Se considerará concluida la Audiencia Preliminar cuando ésta ha alcanzado su fin esencial, que no es otro que la conciliación entre las partes y con ello la culminación del proceso; o cuando ha resultado infructuosa la mediación del juez por haberla logrado, caso en el cual el proceso continuará su curso y se abrirá una nueva fase ante un juez distinto –el de Juicio del Trabajo–.

Es de advertir que la concentración que persigue este trabajo en lo atinente al desarrollo del principio de oralidad, ha restado importancia a otras funciones, no menos relevantes, que también cumple el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, que se han obviado por no ser inherentes al principio comentado, tales como la recepción y admisión de la demanda, las funciones de despacho saneador, la práctica y ejecución de las diligencias para el llamamiento a juicio de la parte demandada, ahora denominada notificación y no citación, la recepción de las pruebas promovidas por ambas partes y del escrito de contestación de la demanda, además del ejercicio del poder cautelar que igualmente ostenta este Juez llamado a cubrir la primera fase del proceso. También a éste corresponde la fase ejecutoria de la sentencia.

En el nuevo proceso laboral la autocomposición procesal adquiere relevante importancia, en razón de que el legislador aspira que en esta etapa incipiente del proceso, a través de la mediación efectiva del juez, puedan conciliarse aproximadamente en promedio un 60% de las causas que ingresen al tribunal.

La suerte del proceso oral puede decirse que reposa en las manos de los jueces que ejercerán funciones de Sustanciación, Mediación y Ejecución. El fracaso de la acción mediadora judicial significaría la muerte anunciada de este reto procesal. Será vital, en consecuencia, la capacitación que el Estado brinde a estos funcionarios, a quienes deberán aplicar objetivas y constantes evaluaciones sobre su rendimiento, puesto que con seguridad habrá casos en que un excelente Juez de Juicios no posea las mismas cualidades necesarias para cumplir con idoneidad las especiales funciones que se exigirían a un buen mediador.

Los índices de procesos conciliados no sólo servirá de medida para sus aptitudes laborativas y funcionales, sino que, más que esto permitirá conocer la evaluación global del nuevo modelo que pretende descongestionar la administración de la justicia social en obsequio de los trabajadores como usuarios y destinatarios de la garantía a la tutela judicial efectiva.

Esta importancia que la nueva normativa concede a la conciliación es lo que en esencia justifica que en la primera instancia las dos fases procesales que se cumplen en ambas audiencias, sean dirigidas y presididas por dos jueces distintos. De ser un único juez, las limitaciones de la mediación efectiva estarían marcadas por el hecho de ser ese mismo juez a quien correspondería dirimir el juicio a través de la sentencia, lo que implica la imposibilidad de adelantar opinión o de hacer manifestaciones que puedan presumir visos de imparcialidad que conducirían al deber de inhibirse o a la potestad de ser recusado. Siendo así, el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, al no contar dentro de sus funciones la de sentenciar, adquiere mayores libertades para proponer fórmulas de arreglo a las partes y sugerir otras vías de autocomposición, profundizando en su función mediadora, sin tener que limitarse ante la posibilidad de adelantar opinión sobre el fondo de la causa.

Otra de las características que abonan a favor de la importancia de la conciliación, es la extensión concedida al Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución (Art. 136), al disponer que esa audiencia preliminar puede prolongarse hasta por cuatro (4) meses, lapso en el cual no sólo las partes tienen la posibilidad de autocomponer la controversia, sino que el juez tiene además el deber de ejercer sus facultades a través del despacho saneador, ordenando corregir las deficiencias u omisiones y exigiendo las aclaratorias que considere sobre hechos contenidos en la demanda, o bien, el saneamiento de cualquier vicio procesal, librando así de impurezas el proceso desde su inicio, en atención a la prohibición expresa de oponer cuestiones previas en el acto de la litis contestación.

Como antes se ha comentado, el escrito de contestación de la demanda, debe consignarlo el demandado en un acto intermedio que se ubica entre la Audiencia Preliminar y la Audiencia de Juicio, que por disposición

legal debe realizarse dentro del quinto día siguiente a la conclusión de la audiencia preliminar. Vale señalar que este acto está referido única y exclusivamente a la consignación del escrito, sin más preámbulos; y éste, constituye la última actuación a cumplir por el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución para luego desprenderse del expediente y remitirlo al Juez de Juicio.

Es de observar con marcada preocupación el hecho trascendental que subvierte la típica realización concatenada de los actos de juicio en cualquier clase de proceso, toda vez que ambas partes deben promover las pruebas de las que quieran valerse, durante el desarrollo de la audiencia preliminar, en el entendido de que para entonces, aún no se ha verificado el acto de contestación de la demanda y, en consecuencia, tal práctica se traduce en significativa ventaja para la parte demandada, puesto que al conocer las pretensiones del actor contenidas en la demanda y tratadas en la audiencia preliminar, obtiene mayor conocimiento y marcado provecho para esgrimir defensas y excepciones en el posterior acto de contestación de la demanda.

Ello significa un sustancial debilitamiento táctico de la posición procesal de la parte actora, que ha promovido la totalidad de sus pruebas sin conocer la argumentación de hecho y de derecho que el demandado opondrá en su contestación, sin la posibilidad de incorporar otras probanzas en ninguna otra oportunidad.

5. EL DEBATE ORAL O AUDIENCIA DE JUICIO

La ineficacia o fracaso de la mediación tramitada por el juez de la primera fase por no lograr la conciliación, marca la apertura de una nueva etapa en la que el proceso se transforma y adquiere la relevancia de juicio propiamente dicho.

Esto, si se llegase a la aceptación del hecho que preconiza que desde la presentación de la demanda ante el órgano jurisdiccional se inicia el proceso, pero no es hasta que tiene lugar el contradictorio en el debate oral cuando se entra en la etapa de juzgamiento y, en consecuencia, es cuando podemos hablar de juicio *strictu sensu*.

La causa se encamina entonces por el entrabamiento de la litis, la confrontación verbal de las partes (fase de alegación y defensa); para luego dar paso a la evacuación o incorporación de las pruebas y concluir en la obtención de un acto de heterocomposición que dirima el conflicto a través de la sentencia como pronunciamiento soberano del juez dentro de la etapa de juzgamiento. Esta concentración de alegación, pruebas y decisión, delimita en la audiencia de juicio.

Recibidos los autos provenientes del Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución, el Juez de Juicio fijará, presidirá y dirigirá el debate oral, en el que las partes tendrán nueva oportunidad para exponer de viva voz sus respectivas alegaciones y defensas, evacuar las pruebas promovidas y exponer sus conclusiones (Art. 150). Esto equivale a la materialización del principio de concentración. Todo el debate se halla concentrado en un solo acto procesal de eventual estructura compleja.

La oralidad adquiere relevancia en el debate o audiencia de juicio, en el que el demandante expone verbalmente los fundamentos de su pretensión, y en la misma forma y acto, el demandado opone sus defensas y excepciones (Art. 152), por lo que la oralidad es vía esencial para el desarrollo del principio del contradictorio.

En el quinto día hábil siguiente al recibo del expediente, por auto expreso, el Juez de Juicio debe fijar día y hora para la celebración del debate oral y público. Este acto tendrá lugar dentro de los treinta días siguientes al auto de ordenación que la determine (Art. 150).

Para esa oportunidad, ya la litis ha quedado trabada con los hechos incorporados por el actor en su libelo que contiene la pretensión y con los alegatos, defensas y excepciones –que no cuestiones previas– ha opuesto el accionado en su contestación escrita, lo que impide la incorporación de nuevos hechos en el desarrollo del debate (Art. 151).

El juez, como rector y director del proceso, dispone de plenas facultades disciplinarias para garantizar el orden del debate e impulsarlo de oficio (Arts. 6 y 152).

Sobre este principio de oficialidad, sostiene Hernández Rueda que es uno de los rasgos característicos del proceso en materia de trabajo. El juez de trabajo, a diferencia del juez civil, no se mueve por la iniciativa de las partes, tiene el deber de indagar la verdad, de cerciorarse de los hechos por todos los medios legales y dispone de todas las medidas que a bien tenga para impedir que la causa se paralice o suspenda.[5]

Instalada la audiencia, debe conceder la palabra en primer término al demandante, quien expondrá verbalmente los fundamentos de su pretensión contenida en la demanda escrita que encabeza el proceso. Seguidamente, el mismo derecho tendrá el demandado al exponer de viva voz los argumentos incorporados en su contestación presentada por escrito ante el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución. Aunque la ley no lo haya previsto, nada parece oponerse para conceder a las partes derechos de réplica y contrarréplica en iguales circunstancias de tiempo y modo para conservar la igualdad en el proceso.

Cuando Montero Aroca hace referencia a la fase de alegaciones de las partes, apunta que éstas harán uso de la palabra cuantas veces el magistrado lo estime necesario. En un procedimiento escrito las posibilidades de alegación de las partes están taxativamente determinadas por la ley; si el procedimiento es oral, la determinación es más flexible y de ahí que se conceda al magistrado la facultad de pedir a las partes que precisen o puntualicen los hechos alegados.[6]

En el mismo sentido, expresa Álvarez Sacristán que la oralidad en el acto del juicio está perfectamente ordenada y no se produce en el debate un *totum revolutum*, puesto que, a pesar de que las partes pueden hacer uso de la palabra cuantas veces el juez lo estime necesario, el acto está reglado en el tiempo y cada parte actúa en momentos y situaciones precisas.[7]

---

[5] Hernández Rueda, Lupo. D*erecho Procesal del Trabajo.* Ed. Dalis. Cuarta edición. 2000. República Dominicana.
[6] Montero Aroca, Juan. *El Proceso Laboral.* Tomo I. Librería Bosch. Barcelona. 1982.
[7] Álvarez Sacristán, Isidoro. *El Juicio Oral en el Proceso Laboral*. Ed. Montecorvo. Madrid. 1993.

A renglón seguido, sin más dilación, se procederá a la evacuación de las pruebas promovidas en la Audiencia Preliminar, procediéndose primero con las del actor y posteriormente con las del demandado (Art. 152). La Audiencia puede prolongarla el juez por tantas sesiones como sean necesarias para la incorporación de la totalidad de las probanzas, sin que esto atente contra el principio de unidad del acto (Art. 157).

El juez de juicio está obligado a presenciar íntegramente el debate en cumplimiento de la inmediación. El hecho de no presenciar alguno de los actos del debate lo inhabilita para sentenciar la causa, pues, se rompe la inmediación, siendo consecuencia necesaria, la reposición de la causa para readquirir la potestad sentenciadora (Art. 158).

Si la cantidad de pruebas a evacuarse en la Audiencia de Juicio conlleva a la prolongación de sesiones, y por cualquier causa justificada o no, de cualquier naturaleza, durante ese ínterin, se produce una falta temporal o absoluta del juez que haya instalado la Audiencia de Juicio y se incorpora un nuevo juez al tribunal, éste, de inmediato debe declarar la reposición íntegra del debate oral para presidirlo, dirigirlo y entrar en funciones de inmediación.

Una vez evacuadas las pruebas, el juez se retirará de estrados por un tiempo no mayor de sesenta minutos. Las partes tienen la obligación, durante esa hora, de permanecer en la sala de juicio. Transcurrido ese tiempo y restablecida la sesión en suspenso, en la misma audiencia, el juez pronunciará el dispositivo del fallo en forma oral, sin otras formalidades, salvo que por razones de complejidad del asunto opte por el diferimiento del fallo oral por un lapso no mayor a cinco días, para lo cual fijara día y hora. En todo caso deberá extender a escrito la decisión, dentro de cinco días siguientes al dictado de la sentencia oral (Art. 158).

El incumplimiento del juez en lo atinente a la oportunidad de sentenciar la causa tempestivamente, acarrea su destitución, cuestión ésta que emerge en garantía de la celeridad y a favor de la obtención de un resultado rápido y eficaz en este nuevo reto de la administración de justicia en Venezuela (Art. 158, Parág Único).

Todas las actuaciones practicadas durante el juicio laboral, excepción hecha de la audiencia preliminar, de carácter privado, están revestidas por el Principio de Publicidad de los actos realizados, que permite la incorporación voluntaria de la ciudadanía en el proceso, aunque limitada a la simple observación. Este hecho es garante de la transparencia que se exige en el despliegue de la responsabilidad que el juez tiene en la delicada labor de valorar las pruebas y conceder a las partes lo que en derecho corresponde.

Es propicio traer a colación una frase atribuida a Mirabeau: *Dadme el juez que os plazca: parcial, vanal, incluso mi enemigo; poco importa, con tal que no pueda hacer nada sino cara al público.*

CONCLUSIONES

El artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que las leyes procesales deben adoptar un procedimiento breve, oral y sumario, sin distinguir entre procesos ordinarios o especiales, judiciales o administrativos.

En consecuencia, desde la vigencia del texto constitucional, todos los procedimientos en los que no predomine la oralidad, son manifiestamente inconstitucionales.

La oralidad alude a un proceso o juicio en el que predomina y se impone la palabra hablada sobre el medio escrito.

La doctrina reconoce que tanto la oralidad como la escritura, más que principios informantes, constituyen verdaderos sistemas procedimentales.

No es posible llegar a la instrumentación de un sistema de oralidad o escritura pleno y puro, con carácter exclusivo y excluyente. Comúnmente en el proceso se produce una simbiosis, una mixtura de actuaciones orales y escritas yuxtapuestas. Muchas de las actuaciones que se verifican en forma oral posteriormente deben reducirse a escrito.

El principio de oralidad está íntimamente relacionado con el de inmediación; al contrario del sistema escrito, que es categóricamente mediato.

El juicio oral se desarrolla en forma dinámica en único acto o en un número reducido de sesiones consecutivas sin que se desvanezca la idea de unidad del acto.

En el proceso oral del trabajo en Venezuela la oralidad se materializa en dos audiencias: la preliminar y la de juicio, aun cuando en la sustanciación de los recursos de apelación, casación y de control de la legalidad, también las partes intervienen de viva voz.

El juez que preside y dirige la audiencia preliminar no es el mismo que interviene en la audiencia de juicio, y ambos integran la primera instancia. Así lo ha dispuesto el legislador, para dotar el primero, de la libertad necesaria para ejercer su función mediadora en forma efectiva, lograr la conciliación y evitar que el proceso pase a la fase de juzgamiento.

Los índices de procesos conciliados servirán de medida para la evaluación del juez mediador, en manos de quien estará, básicamente, la suerte y el futuro del nuevo proceso oral.

El demandado puede incurrir en confesión ficta hasta en tres oportunidades: si no comparece a la audiencia preliminar, si no consigna el escrito de contestación a la demanda y si no comparece a la audiencia de juicio. Puede incluso, incurrir en confesión ficta aun después de contestar tempestivamente la demanda.

Ambas partes promoverán pruebas en la audiencia preliminar, es decir, antes de que se ofrezca la contestación de la demanda. Esta situación menoscaba el derecho a la defensa de la parte demandante.

El fracaso de la mediación trae como consecuencia que el proceso pase a la fase de juzgamiento.

En la audiencia de juicio se concentran las fases de alegación, pruebas, conclusiones y sentencia, en único acto.

El principio de inmediación obliga al juez de juicio a presenciar de forma indelegable todo el debate para adquirir la potestad sentenciadora. Es

causal de destitución del juez el no dictar la decisión en el tiempo legalmente previsto.

Si se produce una falta temporal o absoluta del juez que inició el debate, antes de dictar el fallo, la causa debe reponerse al estado de celebrar la audiencia de juicio íntegramente.

La sentencia debe proferirse en forma oral dentro de los 60 minutos siguientes a la conclusión de la evacuación de las pruebas y debe reducirla a escrito dentro de los 5 días siguientes.

A excepción de la audiencia preliminar, todas las actuaciones son públicas.

Aspectos del Procedimiento de las Medidas Cautelares Atípicas en los Ámbitos Civil y Mercantil

Carlos Alberto URDANETA SANDOVAL*

SUMARIO:

1. **El poder general de cautela y las medidas cautelares atípicas.**
2. **El procedimiento aplicable a las medidas cautelares atípicas.**
3. **Legitimación para solicitar medidas cautelares atípicas.**
4. **Decreto *ex officio* de las medidas cautelares atípicas.**
5. **El problema del concepto "partes" en el parágrafo primero del artículo 588 del Código adjetivo civil.**
6. **Sobre la apreciación de la prueba del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*.**
7. **El problema del decreto de la medida cautelar atípica por vía de caucionamiento.**

* **Universidad del Zulia**, Abogado, Doctor en Derecho, *Magister Scientiarum* en Derecho Procesal Civil.

8. El problema de la sustitución de la medida cautelar atípica por una caución.
9. La oposición como medio de impugnación de las medidas cautelares atípicas en el procedimiento civil.
10. La oposición como medio de impugnación de las medidas cautelares atípicas en el procedimiento mercantil.
11. El recurso de casación y las medidas cautelares atípicas.
12. Sobre la ejecución de las medidas cautelares atípicas.

1. EL PODER GENERAL DE CAUTELA Y LAS MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS

Como poder, y manifestación del poder estatal la jurisdicción es la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos, la cual corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales determinados por las leyes, de acuerdo con las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan, y en los tratados internacionales.[1] Como

[1] Fairén Guillén, Víctor. *Doctrina general del derecho procesal*. Barcelona. Ed. Bosch. 1990. p. 101. La noción de jurisdicción como poder estatal la encontramos hoy en día constitucionalizada, específicamente en la norma del artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, el cual, en su encabezamiento y primer aparte, consagra:
"***Artículo 253***. *La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos o ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley.*
"Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias (...)".
De hecho, la trilogía estructural de la ciencia del proceso civil, como bien lo expresaba J. Ramiro Podetti (*Teoría y técnica del Proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*. Buenos Aires. EDIAR. 1963. p. 340), *verbi gratia*, los conceptos de jurisdicción, acción y proceso, se encuentran hoy por hoy formando parte del contenido expreso de nuestro nuevo texto constitucional de 1999. La jurisdicción como hemos visto en el Art. 253; la acción, dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, en el Art. 26; y el proceso, y su aspecto garantístico del debido proceso (que comprende, en toda actuación judicial o administrativa, la garantía del derecho a la defensa o a la contradicción; del derecho a recurrir; de la presunción de inocencia; del derecho a los jueces naturales; del principio de que el testigo no está obligado a declarar contra sí mismo ni contra parientes en grado inmediato; del principio de legalidad en materia de delitos y sanciones; del principio de la autoridad de la cosa juzgada; y, finalmente, del de responsabilidad del Estado por error, retardo u omisión judicial) en los Arts. 257 y 49, respectivamente, de nuestra Carta Magna.

función, la actividad jurisdiccional ha sido definida como la actuación (cumplimiento, realización) de las normas de derecho sustancial (derecho objetivo), en vía normalmente secundaria (en cuanto la tutela jurisdiccional sigue a la tutela o protección primaria de determinados intereses acordada por las normas sustanciales, una vez que ha sido violada) y sustitutiva (ya que los órganos jurisdiccionales se sustituyen a la actividad de aquellos que habrían debido tener el comportamiento previsto por las normas sustanciales en vía primaria).[2]

Dice Fairén[3] que, asimismo, la "autoridad" de la jurisdicción se manifiesta con caracteres de "*imperium*" o de "mando", en sus elementos integrantes: su potestad se diversifica en las de "conocer" y "sentenciar" ("*notio*" y "*judicium*"); en la de "ejecutar o hacer ejecutar lo juzgado"; y en la de adoptar medidas para asegurar el "conocimiento", así como la "sentencia" y su "ejecución" –medidas cautelares–.

"*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".
El derecho a la tutela judicial efectiva, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional español, tiene un contenido complejo que incluye: el derecho de acceso a los Tribunales; el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente; el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales; y el derecho al recurso legalmente previsto (Picó I Junoy, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona. Ed. Bosch. 1997. p. 40). En sentido similar, la Sala Constitucional de nuestro Tribunal Supremo de Justicia (sentencia N° 72 del 26 de enero de 2001) le ha otorgado contenido al mencionado derecho constitucional en los siguientes términos: "*Al respecto, reitera esta Sala que, ciertamente todas las personas llamadas a un proceso, o que de alguna manera intervengan en el mismo en condición de partes, gozan del derecho y garantía constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva, en el sentido de tener igual acceso a la jurisdicción para su defensa, a que se respete el debido proceso, a que la controversia sea resuelta en un plazo razonable y a que, una vez dictada sentencia motivada, la misma se ejecute a los fines que se verifique la efectividad de sus pronunciamientos*" (Disponible en: www.tsj.gov.ve).
Finalmente, el Art. 257 *eiusdem* prevé: "*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 publico. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales*".

[2] Mandrioli, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile*. Torino. Ed. Giappichelli. 8ª ed. 1992. Tomo I. pp. 11-12.

[3] Fairén Guillén, Víctor. *Ob. Cit.* p. 102.

Las medidas cautelares han sido definidas por Couture como "(...) *aquellas dispuestas por el juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en el mismo*".[4]

Hoy en día la doctrina procesal civil ha reconocido la necesidad de un poder cautelar general o potestad cautelar genérica, en virtud del cual "*(...) el juez pueda siempre, cuando se manifieste la posibilidad de un daño derivado del retardo de una providencia principal, proveer en vía preventiva a eliminar el peligro en la forma y con los medios que considere oportunos y apropiados al caso*"[5] mediante la posibilidad "*(...) de adoptar medidas cautelares innominadas apriorísticamente, por específicamente adecuadas a una situación, a una persona u objeto y a un resultado concretos*".[6]

En mi concepto, el poder general de cautela del juez es aquella potestad instrumental-discrecional, ínsita al poder jurisdiccional del juzgador, salvo limitaciones legales expresas, por virtud de la cual tiene la posibilidad de dictar, dentro de un proceso determinado, medidas o providencias cautelares atípicas.

Por su parte, considero que las medidas o providencias cautelares atípicas son aquellas disposiciones judiciales caracterizadas porque se basan en un criterio discrecional en virtud del cual es valorada su oportunidad, urgencia y contenido, y porque, como corolario, no se adecúan necesariamente a un tipo legal sino a las necesidades de una situación, persona u

---

[4] Couture, Eduardo Juan. *Vocabulario jurídico*. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1976. p. 405. Piero Calamandrei (*Providencias cautelares.* Tr. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. Ed. Bibliográfica Argentina. 1945. pp. 36-37 y 44) nos ha enseñado magistralmente que el carácter distintivo de toda providencia cautelar reside, por una parte, en la provisoriedad, entendida en el sentido que los efectos jurídicos de la misma no sólo tienen duración temporal sino que tienen una duración limitada a aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de la providencia jurisdiccional definitiva, y por la otra, la instrumentalidad, pues siempre se encuentra preordenada a la emanación de una ulterior providencia definitiva, de la cual asegura preventivamente su resultado práctico.

[5] Calamandrei, Piero. *Ob. Cit.* p. 65.

[6] Fairén Guillén, Víctor. *Temas del ordenamiento procesal.* Madrid. Ed. Tecnos. 1969. p. 927.

objeto y a un resultado concretos, teniendo por finalidad tutelar en sede cautelar, bien el probable derecho de una parte ante el fundado temor de que se le pueda causar, en forma presunta o cierta, una lesión grave o de difícil reparación, o bien el aseguramiento provisorio de los efectos de la decisión sobre el fondo para que no se haga ilusoria.

De modo tal que el poder cautelar general lo actualiza o realiza el juez, entonces, a través de la adopción de esta clase de medidas o providencias cautelares.

Sin embargo, el poder discrecional para decretar providencias cautelares atípicas debe tener una medida. En este aspecto, el ius-filósofo Coing[7] nos habla de un mandamiento de justicia, el cual denomina *iustitia protectiva*, que reza así: "*Todo poder de un hombre sobre otros tiene que ser limitado. El poder ilimitado está en contradicción con el derecho*". Así, en el parecer de Pellegrini Grinover[8] los diversos límites al poder general de cautela del juez son aquellos puestos por el legislador en el respectivo procedimiento.[9]

---

[7] Coing, Helmut. *Fundamentos de filosofía del derecho*. Tr. Juan Manuel Mauri. Barcelona. Ed. Ariel. 1976. p. 193.

[8] Pellegrini Grinover, Ada. *Novas tendencias do direito processual*. Río de Janeiro. Ed. Forense Universitaria. 2ª ed. 1990. p. 332

[9] El *íter* de nuestro procedimiento cautelar lo ha dibujado la sentencia N° 212 de la Sala de Casación Civil de fecha 5 de mayo de 1999 (*Apud*. Pierre Tapia, Oscar. *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*. Caracas. Ed. Pierre Tapia. N° 5. 1999. pp. 479-482), a cuyo tenor:

"*En nuestro sistema, este proceso cautelar está diseñado, a grandes rasgos, de la siguiente forma: 1) Se inicia a petición de parte interesada, que debe cumplir con las exigencias del artículo 585 del Código Procesal Civil, si la medida es nominada y, además, el 588 eiusdem, si fuese innominada; 2) El tribunal estudia la petición, y si encontrare deficiente la prueba producida para solicitar las medidas preventivas, mandará a ampliarla sobre el punto de la insuficiencia, determinándolo. Si por el contrario hallase bastante la prueba, decretará la medida solicitada y procederá a su ejecución (artículo 601 del CPC); 3) Luego, dentro del tercer día siguiente a la ejecución de la medida preventiva, si la parte contra quien obre estuviere ya citada; o dentro del tercer día siguiente a su citación, la parte contra quien obre la medida podrá oponerse a ella, exponiendo las razones o fundamentos que tuviere que alegar (artículo 602 del citado código). Haya habido o no oposición, se entenderá abierta una articulación de ocho días para que los interesados promuevan y hagan evacuar las pruebas que convengan a sus derechos (Primer Párrafo del artículo 602 del Código adjetivo); 4) Dentro de dos días, a más tardar, de haber expirado el término probatorio, sentenciará el tribunal la articulación. De la sentencia se oirá apelación en un solo efecto (artículo 603 del mismo texto).*

Precisamente, el objetivo del presente estudio es el análisis del tratamiento realizado por la doctrina y la jurisprudencia sobre varios tópicos referidos al procedimiento cautelar, con especial referencia a su aplicación a las medidas cautelares atípicas, tanto en sede civil como en sede mercantil.

2. EL PROCEDIMIENTO APLICABLE A LAS MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS

¿Cuál es procedimiento aplicable a las medidas cautelares atípicas? En Venezuela, el parágrafo segundo del Art. 588 del Código de Procedimiento Civil prevé que "*Cuando se decrete algunas de las providencias cautelares previstas en el Parágrafo Primero de este artículo, la parte contra quien obre la providencia podrá oponerse a ella, y la oposición se sustanciará y resolverá conforme a lo previsto en los artículos 602, 603 y 604 de este Código*".[10]

"No señala el Código adjetivo cuál es la conducta a seguir en el caso de que el tribunal de primera instancia niegue la medida solicitada. En este supuesto, la Sala ha sido del criterio de que se trata de una sentencia que pone fin a la incidencia de medidas preventivas, razón por la cual la apelación que contra ella se ejerza debe oírse libremente. Si el tribunal que conozca en grado superior de la apelación ratifica el criterio del juez del primer grado de conocimiento, esa decisión tendría recurso de casación de inmediato (*Cfr.* Sentencia del 25 de junio de 1997, que recoge fallos anteriores de igual tenor).

(...)

"...no es admisible el recurso de casación contra el decreto inicial del tribunal superior, mediante el cual decreta una medida cautelar. En este supuesto no estaremos ante una sentencia que pone fin al proceso cautelar, pues ella, ni termina la incidencia, ni impide su continuación; por el contrario, se trata de una providencia mediante la cual se inicia el trámite especial y autónomo de contradicción efectiva a que tiene derecho el destinatario de la cautela, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 602 y siguientes del texto procesal.

"Esta nueva tesis se explica por qué la garantía del derecho a la defensa se impone de tal forma, que se requiere la posibilidad de resistencia por la parte que sufrirá los rigores de ese tipo de providencia, y eso solamente se logrará mediante el acceso inmediato a la fase de contradicción plena, y no a través de un medio de impugnación extraordinario, de argumentación muy restringida y técnica, sin posibilidad de promoción y evacuación de pruebas y bajo los rigores y limitaciones del conocimiento que tiene la Sala respecto del asunto litigado, como sucede en el recurso de casación.

(...)

"En estos supuestos, el tribunal superior deberá abrir, de inmediato, la incidencia cautelar establecida en los artículos 602 y siguientes del CPC, y será contra la sentencia definitiva que se dicte, luego de ese proceso, contra la que se podrá ejercer el recurso de casación"

[10] Márquez Áñez, Leopoldo. *El nuevo Código de Procedimiento Civil.* Caracas. Ed. Ex Libris. 1987. p. 378.

Al no estar previsto en el Código de Procedimiento Civil un procedimiento expreso en torno a las medidas cautelares atípicas, ya que el precepto mencionado sólo se refiere a la oposición de tales medidas,[11] debemos remitirnos entonces al Título II del libro Tercero denominado "*Del Procedimiento de las medidas preventivas*", el cual contempla lo concerniente al decreto, la oposición de parte, el trámite por separado y la oposición de terceros.

Ahora bien, en cuanto a la estructura del procedimiento, como acota Zoppi, si bien al procedimiento de las providencias cautelares atípicas se aplican los artículos 602 (oposición y articulación probatoria), 603 (sentencia del incidente) y 604 (sustanciación autónoma de las medidas), pues así lo ordena el parágrafo segundo del Art. 588, vale decir, tienen oposición, articulación probatoria y sentencia, tramitándose también en cuaderno separado, lamentablemente se olvidó la remisión expresa el Art. 601 *ejusdem* (decreto de la medida y suficiencia de la prueba que la sustenta), sin lugar a dudas necesaria.[12]

Por otra parte, ¿es el procedimiento de las medidas cautelares atípicas un proceso autónomo o especial? Estima Duque Corredor[13] que, en nuestro país, lo relativo a las medidas cautelares constituye un procedimiento especial, y no una incidencia más del procedimiento ordinario, ya que hasta se tramita en un cuaderno separado (Art. 604 del Código de Procedimiento Civil), lo cual refuerza la consideración de una función especial cautelar dentro de la función jurisdiccional para asegurar la ejecución de las sentencias y la efectividad del derecho de acción o del acceso a los tribunales.[14]

---

[11] Rondón de Sansó, Hildegard "Medidas cautelares innominadas [con especial referencia a su aplicación en la esfera del contencioso-administrativo"]. En: *Derecho procesal civil*. XXII Jornadas "J. M. Domínguez Escovar". Barquisimeto. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. 1996. p. 373.

[12] Zoppi Ganem, Pedro Alid. *Providencias cautelares en el nuevo Código de Procedimiento Civil Venezolano.* Valencia. Ed. Vadell Hermanos. 1988. p. 65.

[13] Duque Corredor, Román. *Apuntaciones sobre el procedimiento civil ordinario*. Caracas. Ediciones Fundación Projusticia. 1999. T. II. p. 141.

[14] La Sala de Casación Civil de la entonces Corte Suprema de Justicia había declarado, en sentencia de 8 de julio de 1999 (J. Capriata *vs* Weatherly Engineering Services de Venezuela), "*...que la actual concepción imperante en la dogmática procesal moderna, le atribuye al trámite cautelar una naturaleza jurídica diferenciada respecto a los procesos declarativos y ejecutivos, admitiendo, consecuencialmente, la plena existencia de un 'proceso cautelar'*"... (*Apud*. Ramírez & Garay. *Jurisprudencia venezolana*. Caracas. Ed. Ramírez & Garay. N° 156. p. 232)

El argumento es correcto e incluso ya ordenamientos legislativos modernos, como el Código Procesal Civil del Perú, prevén expresamente la naturaleza especial del procedimiento cautelar.[15]

3. LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS

Por lo que respecta a la legitimación, Calderón nos recuerda que no hay proceso cautelar sin principal, consecuencialmente el sujeto legitimado para iniciarle será aquel que tenga legitimación en el proceso correspondiente, vale decir, el demandante o el demandado reconviniente, quienes son, en definitiva, los destinatarios de la sentencia que en él recaiga.[16]

Sin embargo, en nuestro sistema procesal, en principio, también el demandado no reconviniente posee legitimación para solicitar medidas cautelares atípicas, ya que el Código adjetivo civil no establece distinciones al respecto, como sí lo hace para el caso de las típicas.

En cuanto a la solicitud de la medida rige el principio dispositivo, denominado también principio de la instancia o del impulso de la parte, basado en el brocardo latino "*nemo iudex sine actore*" y previsto en el Art. 11 del Código de Procedimiento Civil, por lo que, como corolario, las medidas cautelares no pueden ser decretadas de oficio, salvo que la propia Ley lo autorice expresamente, se trate de resguardar el orden público o esté involucrada la noción de "buenas costumbres".[17]

---

[15] Código Procesal Civil del Perú, artículo 635: "*Autonomía del proceso.- Todos los actos relativos a la obtención de una medida cautelar, conforman un proceso autónomo para el que se forma cuaderno especial*".

[16] Calderón Cuadrado, María Pía. *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*. Madrid. Ed. Civitas. 1992. p. 212.

[17] Rondón de Sansó, Hildegard. "La suspensión de los efectos de los actos administrativos en la esfera de las medidas cautelares". En: 2*00 años del Colegio de Abogados*. Libro-Homenaje. Colegio de Abogados del Distrito Federal. Caracas. Ávila Arte/Impresores. 1989. Tomo II. p. 359; Calderón Cuadrado, María Pía. *Ob. Cit.* p. 205; Ortiz-Ortiz, Rafael. "Las medidas innominadas en el Procedimiento Civil venezolano". En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV*. Caracas Grafisistem. 1995. Año XL Nº 94. p. 30; Ortiz-Ortiz, Rafael *El poder cautelar general y las medidas innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano*. Caracas. Ed. Paredes. 1997. pp. 39, 41, 511 y 512; Duque Corredor, Román José. *Ob. Cit.* pp. 168-169.

Existen otros argumentos legislativos que permiten confirmar la contundencia del principio dispositivo en nuestro sistema. Duque Corredor los menciona: el principio de igualdad procesal (Art. 15 del Código de Procedimiento Civil), restringe en sede cautelar la actuación oficiosa del Juez, pues de lo contrario se colocaría a alguna de las partes en mejor condición que la otra; también lo hacen implícitamente los Arts. 585 y 601 *eiusdem* cuando el primero exige que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave para la procedencia de las medidas; y el segundo se refiere a la ampliación de las pruebas producidas para la concesión de las mismas, material probatorio, el cual, indubitablemente, debe ser aportado por la parte interesada; asimismo, del Art. 589 *eiusdem* se desprende que las medidas cautelares se solicitan contra una de las partes, de lo cual se infiere que la que puede hacerlo es la otra parte.[18]

En tal sentido, recuerda Mauro Cappelletti que el proceso judicial se caracteriza, respecto del proceso legislativo o del político en general, por tres principios fundamentales: 1.- está íntimamente conectado con casos y controversias, y por lo tanto con las partes procesales; 2.- por la imparcialidad del juez quien se encuentra **súper partes** lo que implica *nemo iudex in causa propria* (el juez no decide su propio caso y no está sujeto a presiones de las partes) y *auditur et altera pars* (las partes deben tener una oportunidad justa de ser escuchado por juez imparcial); 3.- *nemo iudex sine actore*, pues el proceso judicial no es iniciado de oficio por los tribunales de justicia, ya que necesita de un actor para ser iniciado.[19]

Con base a tales argumentos, se sostiene[20] que además de las partes *strictu sensu*, los terceros intervinientes, bien sean terceristas –por intervenir para incorporar una pretensión propia contra las partes de un proceso pendiente (Art. 370, Ord. 1 y Art. 371 *eiusdem*)–, o intervinientes adhesivos –los cuales no ejercen una pretensión propia sino que tienen un interés jurídico actual, por la eficacia refleja de la cosa juzga-

[18] *Ibídem*. p. 169.
[19] *Apud*. Hoyos, Arturo. *El debido proceso*. Santafé de Bogota. Ed. Temis. 1996. pp. 93-94.
[20] Henríquez La Roche, Ricardo. *Código de Procedimiento Civil*. Caracas. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. 1997. Tomo IV. p. 334; Duque Corredor, Román José. *Ob. Cit.* p. 170.

da, en defender las razones de las partes y de coadyuvar a que éstos venzan en el proceso (Art. 370, ord. 3 y 380 *eiusdem*)–, poseen legitimidad para solicitar el decreto de medidas cautelares innominadas.[21]

También sostiene Duque Corredor que si el interviniente adhesivo posee la condición de litisconsorte, en tanto la sentencia firme del proceso principal producirá efectos en su relación jurídica, el derecho a solicitar medidas cautelares lo tendrá por ejercitar una pretensión propia, aunque común con alguna de las partes (Art. 381 *eiusdem*),[22] y no ya, como menciona Henríquez La Roche, por el mero fundamento de la autonomía de la acción que tiene en el proceso.[23]

En sentido contrario, Ortiz entiende que el tercero no puede ser sujeto activo de una medida cautelar innominada en tanto el ámbito de las atípicas es *inter partes*, de modo que no tienen cabida los terceros ni como destinatarios de la medida ni como sujetos activos, siendo ese el sentido del parágrafo segundo del artículo 588 *eiusdem*.[24]

De mi parte, considero que, en respeto al principio constitucional de la tutela judicial efectiva y al principio *pro actione*, no puede otorgarse una interpretación restrictiva a la legitimación para solicitar las medidas

[21] Calderón (*Ob. Cit.* p. 208-209) se plantea que si el perjuicio que puede ocasionarle al tercero la sentencia que se dicte le legitima para intervenir con el fin, precisamente, de evitarlo, ¿estará legitimado, a su vez, para iniciar un proceso cautelar que tiende a asegurar la efectividad de esa resolución? Para responder es preciso tener en cuenta dos extremos: Por un lado, el propio concepto de intervención, pues ésta convierte en parte al tercero, pero lo hace de forma especial desde el momento que no ejercita pretensión alguna y que su actuación, en cierto modo está limitada a las alegaciones y a la prueba, pues no tiene legitimación ni para disponer del proceso, ni incluso, aunque con ciertas reticencias, para impugnar autónomamente las resoluciones judiciales. Por otro, si la finalidad del proceso cautelar es asegurar la efectividad de la sentencia principal y el tercero está interesado en ella de modo tal que se le concede la posibilidad de intervenir, parece lógico al menos constatar que ese interés está presente también en el proceso cautelar, ya que la medida adoptada puede incidir directamente sobre la situación cautelada e indirectamente sobre la relación conexa o dependiente de la que es titular el tercero. Como conclusión, esta autora afirma que el tercero podrá no sólo intervenir en el proceso cautelar iniciado, sino incluso iniciarlo él mismo.

[22] Duque Corredor, Román José. *Ob. Cit.* p. 170.

[23] Henríquez La Roche, Ricardo. *Ob. Cit.* p. 334.

[24] Ortiz-Ortiz, Rafael. *Ob. Cit.* p. 557.

cautelares atípicas, e incluso estimo que puede solicitarlas el Fiscal del Ministerio Público, pero sólo en las causas que el mismo habría podido promover, como lo establece el Art. 133 *ejusdem.*

4. DECRETO "*EX OFFICIO*" DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS

No obstante la indiscutible validez de los argumentos explanados para sustentar la prevalencia del principio dispositivo en materia de solicitud de medidas cautelares en Venezuela, la excepción hace la regla y, precisamente, en casos excepcionales, como *supra* se había mencionado, el Juez puede decretar de oficio la providencia cautelar atípica que estime adecuada por la norma de permisión del propio Art. 11 del Código adjetivo civil, que faculta al órgano jurisdiccional para que, en resguardo del orden público o de las buenas costumbres, dicte una providencia legal aunque no la soliciten las partes. Ejemplo del ejercicio de este poder legal lo constituye la sentencia de la Sala Político Administrativa de nuestra Corte Suprema de Justicia de fecha 4 de agosto de 1994, en caso en el cual la parte actora solicitó la práctica de una medida cautelar innominada:

> Sin embargo, la parte actora no indica cuáles son estas medidas necesarias a que hace alusión. A pesar de esto por el grave riesgo, por el peligro inminente de la colectividad circundante al terreno en que se encuentran los gasoductos, esta Sala considera materia de Orden Público el objeto de esta decisión, por lo cual de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil, acuerda de oficio, designar un perito para que determine si en los gasoductos hay la existencia de gas y las medidas de seguridad normales que deberá tomar CORPOVEN, C.A.[25]

[25] *Apud*. Morales Cabello, Oswaldo. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Caracas. Distribuidora Samadi. 1994. Nº 8-9. p. 322.

En torno al decreto *ex officio* de las medidas atípicas, Argüello sostiene que en el aspecto patrimonial en ningún caso se puede despachar oficiosamente.[26]

Tal opinión resulta a mi entender incorrecta, pues la facultad *ex officio* del juez no está limitada en forma expresa a derechos extrapatrimoniales y, por ende, "*donde no distingue el legislador, no puede distinguir el intérprete*".

Vinculado con los poderes del Juez respecto del decreto de las medidas cautelares atípicas, expresa Ortiz que a pesar de que el Juez está sometido a lo alegado por las partes y no puede suplir defensas y peticiones, si la parte actora hubiere solicitado varias medidas innominadas, el órgano jurisdiccional tendrá la potestad de escoger la que, entre ellas y a su prudente arbitrio, sea la más conveniente o adecuada.[27]

Tal postura la consideramos razonable, pues si el órgano jurisdiccional puede decidir sobre la procedencia de toda la pretensión cautelar, *a fortiori* igualmente puede decidir respecto de elementos parciales de dicha pretensión, en tanto los mismos no se considere que mantengan una relación indisoluble, como por ejemplo, cuando no se pueda decretar una medida sin obviar otra.

5. EL PROBLEMA DEL CONCEPTO "PARTES" EN EL PARÁGRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO 588 DEL CÓDIGO ADJETIVO CIVIL

Cuándo el parágrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil habla de "*una de las partes*" ¿está exigiendo el precepto que en materia de medidas cautelares atípicas debe estar constituida la relación procesal, a fin de poder decretar la providencia correspondiente?

---

[26] Argüello Landaeta, Israel. "Medidas cautelares generales en el Código de Procedimiento Civil". En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.* Caracas. 1989. Año XXXIV Nº 73. p. 49.

[27] Ortiz-Ortiz, Rafael. *Ob. Cit.* pp. 467 y 535.

En Venezuela se ha producido una controversia jurisprudencial y doctrinal en torno a la existencia de partes en el juicio para el otorgamiento de medidas innominadas. La Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de fecha 4 de junio de 1996, que acoge el criterio ya establecido en Sala Político Administrativa en decisiones de 14 de febrero de 1996 (Caso PPA y otros *vs* Gobernación de Nueva Esparta), 27 de marzo del mismo año (Caso J&J *vs* COVENIN) y 2 de abril de 1997, ha establecido la doctrina jurisprudencial según la cual no pueden dictarse medidas atípicas antes de que conste la citación del sujeto pasivo de la pretensión admitida, en tanto este aun no es parte:

> Esta Sala observa que existe una diferencia esencial entre las medidas nominadas y las medidas innominadas en relación con la oportunidad de formular su solicitud y a la de su otorgamiento. En efecto, ambas medidas están sometidas a las disposiciones generales del artículo 585 *ejusdem*, esto es, al '*periculum in mora*', constituido por la existencia del riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y el '*fumus boni iuris*', constituido por la existencia de un "medio de prueba" de la condición anterior y del derecho que se reclama.
>
> Ahora bien, en el caso de las medidas innominadas, el legislador presenta un nuevo elemento constituido por la mención de la existencia de partes en el juicio, lo cual esta presente en el parágrafo primero al señalar '…cuando hubiese fundado temor de que una de las partes puede causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra' y en el parágrafo segundo del articulo 588 *ejusdem*, cuando se prevé la oposición de la parte contra quien obre la providencia.
>
> Por lo anterior, a juicio de esta Sala, la medida cautelar innominada exige que haya habido la constitución de las partes en el proceso, es decir, que la *litis* se hubiere trabado. La diferencia con la cautelar innominada deriva del mayor riesgo para los intereses del eventual litigante que la medida cautelar innominada plantea.
>
> (…)

> las medidas innominadas tienen una amplitud tal que es incluso difícil clasificarlas, por cuanto el juez puede ordenar una cautela especial para cada caso concreto.
>
> Al efecto, la norma es muy amplia cuando le permite al juez autorizar la ejecución de determinados actos, y aún más adoptar 'la providencia que tenga por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión'.
>
> *Esta Corte, asume la tesis jurisprudencial precedentemente expuesta, en razón de la cual considera extemporánea, por prematura, la solicitud de los recurrentes, y así lo declara*.[28]

Los planteamientos acogidos son defendidos en doctrina por Rondón,[29] siendo el sustento de los mismos de corte exegético, específicamente, el esquema del sistema objetivo imperante en Venezuela para la pretensión de nulidad contencioso-administrativa, mas no las consecuencias derivadas de la teoría general del proceso. La redacción del parágrafo primero del artículo 588 pareciera exigir, según la tesis en comentario, que debe haber habido la constitución de las partes en el proceso, entendiendo el término "*partes*" en su acepción de derecho sustantivo y no en sentido procesal propio, fundamentalmente porque las medidas innominadas tienen una amplitud tal que es difícil clasificarlas y el Juez puede ordenar una cautela especial para cada caso concreto, derivando por ende mayor riesgo para los intereses del sujeto pasivo de la medida, elemento de relevancia ante todo en el campo del contencioso administrativo, en el cual si bien se rechazan los privilegios del Fisco, debe mantenerse la necesidad del aviso previo de la admisión de la demanda a los efectos de su conocimiento, ya que tan especial relación procesal no puede estar sometida a la unilateral actuación de los particulares, a

[28] *Apud*. Henríquez La Roche, Ricardo. *Ob. Cit.* p. 352.
[29] Rondón de Sansó, Hildegard. "Medidas cautelares innominadas (con especial referencia a su aplicación en la esfera del contencioso-administrativo)". En: *Derecho Procesal Civil* (El CPC diez años después). XXII Jornadas "J. M. Domínguez Escovar". Barquisimeto. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. 1996. pp. 330-331.

lo que atienden figuras como el antejuicio, el agotamiento de la vía administrativa y la conciliación.

No compartimos la tesis esbozada. En primer lugar, bien lo expresa Duque Corredor,[30] se contraviene la doctrina de la Sala de Casación Civil, la Sala Procesal por excelencia, de 10 de noviembre de 1983, la cual afirmó:

> (…) de acuerdo con lo previsto en el artículo 386 (588) del Código de Procedimiento Civil, desde el propio momento que se presente la demanda que da comienzo al juicio, nace el derecho de las partes a pedir que se decreten las medidas preventivas autorizadas en nuestra legislación. Este derecho no está circunscrito a alguna etapa del proceso ni a alguna de sus instancias, ya que dichas medidas pueden ser acordadas "en cualquier estado y grado de la causa", como reza el comentado texto legal. El vocablo 'grado' es en este caso sinónimo de instancia, de modo que tanto en la primera como en la segunda el Juez goza de potestad para decretar medidas cautelares si las considera ajustadas a derecho.

En segundo lugar, autorizada doctrina procesal nos demuestra el error en que se ha incurrido al acoger tal criterio, ya que *"(...) la cualidad de parte se adquiere, con abstracción de toda referencia al derecho sustancial, por el solo hecho, de naturaleza exclusivamente procesal, de la proposición de una demanda ante el juez: la persona que propone la demanda, y la persona contra quien se la propone, adquieren sin más, por este solo hecho, la calidad de partes del proceso que con tal proposición se inicia (...)*",[31] de modo tal que, "*por el hecho de participar en un proceso, esto es, por el hecho de haber propuesto una demanda en juicio o de haber sido llamada al mismo para hacer frente a una demanda, la persona*

[30] Duque Corredor, Román José. *Ob. Cit.* pp. 163-164.
[31] Calamandrei, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Tr: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. EJEA. 1973. Vol. II. p. 297.

adquiere una particular 'cualidad' o status, que es precisamente la cualidad de parte (...)"[32] y, en consecuencia, **"*Parte, em regra, é aquele que pede tutela através do processo, bem como aquele contra quem essa é pedida, e que estejam, um e outro, no processo*".**[33]

Además, indica Duque Corredor, las medidas cautelares se dictan "***inaudita parte***" (por su naturaleza de providencia de urgencia) y en cualquier estado y grado de la causa (Art. 588, encabezamiento), lo cual implica, sin necesidad de que el demandado está ya citado, argumento que toma fuerza, toda vez que el Art. 602 del código adjetivo permite la oposición a la medida dentro del tercer día luego de su ejecución, si la parte contra quien obra estuviera ya citada, o dentro del tercer día siguiente a su citación.[34]

Desde otro ángulo, ¿cuál de las partes puede solicitar un medida cautelar atípica? Zoppi opina que la medida atípica puede ser solicitada por cualesquiera de las partes, a diferencia de las típicas que, por su finalidad y objetivo, son propias del actor o demandante y no del demandado.[35] En sentido análogo, Duque Corredor deduce que también el demandado puede solicitar que se dicten a su favor medidas innominadas, con base al contenido del artículo 587, parágrafo segundo y tercero del Art. 588 y del Art. 589 del Código de Procedimiento Civil.[36]

La Sala de Casación Civil de la entonces Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida el 19 de julio de 1995 se ha expresado implícitamente sobre tal punto cuando ha expresado:

---

[32] Liebman, Enrico Tullio. *Manual de derecho procesal civil*. Tr. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. EJEA. 1980. p. 89.

[33] "*Parte, en regla, es aquel que pide tutela a través del proceso, bien como aquel contra quien dicha tutela es solicitada, quienes están, uno y otro, en el proceso*" (traducción del portugués hecha por el autor del presente trabajo). Arruda Alvim, José Manoel de, *Tratado de direito processual civil*. Vol 2. Arts. 7º ao 45. Sao Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2ª ed. 1996. p. 29.

[34] Duque Corredor, Román José. *Ob. Cit.* p. 164.

[35] Zoppi Ganem, Pedro Alid. *Ob. Cit.* p. 40.

[36] Duque Corredor, Román José. *Ob. Cit.* pp. 169-170.

> ... La ley procesal es precisa al deslindar que las innominadas se dictan para surtir efectos entre las partes del juicio. Desde luego que quien puede solicitar la medida debe tener esa legitimación procesal, y lo mismo ha de suceder contra quien obra, esto es, que el fundado temor de que a la parte solicitante se le causen lesiones graves o de difícil reparación, debe estar referido a los actos de la otra parte, sin que quepa extender tal medida a quien no ostente la condición de demandante, demandado o de tercero llamado a juicio conforme al CPC....[37]

De modo tal pues que si el Máximo Tribunal admite que, por ejemplo, se extiendan los efectos de una medida innominada a un demandante o a un demandado, *a contrario sensu* está admitiendo que cualesquiera de las partes puede solicitar tal medida.

De manera más contundente, la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de fecha 25 de noviembre de 1999, estableció:

> ...La ley procesal establece que las medidas innominadas se dictan para que surtan efectos entre las partes del juicio, es decir, tanta legitimación procesal debe tener el solicitante de la medida como contra quien ella obre, sin que pueda extenderse la misma a quien no tenga la condición de demandante, demandado o tercero llamado a juicio. En otras palabras, la medida no puede extender sus efectos y aplicación a suspensiones o prohibiciones que recaigan sobre personas naturales o jurídicas ajenas al juicio.[38]

6. SOBRE LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA DEL "*FUMUS BONI IURIS*" Y DEL "*PERICULUM IN MORA*"

Al no remitir el parágrafo segundo del artículo 588 al artículo 601, ambos del Código de Procedimiento Civil, surge la duda sobre su aplicación al procedimiento de las medidas cautelares atípicas. Zoppi es del

[37] *Apud*. Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit*. 1995: Nº 7. p. 106.
[38] *Apud*. Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* N° 159. p. 465.

criterio según el cual si se solicita la providencia atípica por vía de casualidad, sí aplica el artículo 601, pues lo que hubo fue un olvido del legislador,[39] y según su contexto, una vez pedida la medida, el Tribunal decidirá el mismo día si acuerda su ejecución u ordena ampliar la prueba apreciada como deficiente, siendo que, en ambos casos, el decreto no tendrá apelación.

Argüello expresa que respecto de la actividad probatoria, sumaria, del interesado tendiente a acreditar la concurrencia de los requisitos tanto del 585 como del parágrafo primero del 588, el juez debe ser particularmente exigente y no conformarse con los resultados de pruebas anticipadas; por el contrario, podrá ordenar diligencias que permitan practicar una *summaria cognitio* lo más ceñida posible, a fin de adecuar la medida cautelar a la realidad procesal del juicio principal.[40]

¿Y qué sucede si el solicitante no presenta ningún recaudo en apoyo de su pretensión cautelar? Zoppi[41] es del criterio que el Tribunal debe negar *ipso facto* la medida, lo cual tendrá apelación en un solo efecto.[42] A pesar de ello, observa que el juez también podría, para no ne-

[39] Zoppi Ganem, Pedro Alid. *Ob. Cit.* p. 59.
En mi opinión, el parágrafo segundo del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil no hace alusión a la norma del precepto 601 *eiusdem*, pues el parágrafo mencionado simplemente se refiere al procedimiento de oposición de la medida cautelar, y no al procedimiento de solicitud de la medida, al que hace referencia el 601. No pienso, por tanto, que hubo un olvido del legislador, pero sí admito que, en caso de que sea requerido, procede una aplicación analógica de esta última norma al procedimiento cautelar de las medidas atípicas.
[40] Argüello Landaeta, Israel. *Ob. Cit.* p. 47.
[41] Zoppi Ganem, Pedro Alid. *Ob. Cit.* pp. 57-58.
[42] La carga de la prueba en sede cautelar, conforme a lo establecido en la sentencia N° 686 de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, del 12 de agosto de 1998, se somete a la aplicación de los principios generales en la materia:
"*En consecuencia, respecto a la pretensión objeto de un proceso cautelar, conforme a lo dispuesto en el artículo 506 del vigente CPC, y como además lo previene el artículo 585 ejusdem, es el peticionario de tal pretensión –la cautelar–, quien resulta legalmente pasible de las cargas procesales de alegar y probar los supuestos fácticos condicionantes de la procedencia de la tutela jurisdiccional cautelar por él impetrada.*
"Lo expresado en último lugar, significa que de encontrarse el sentenciador de instancia en el momento de dictar la sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva resolutoria del mérito de la pretensión objeto del proceso cautelar, con la incertidumbre en que le coloca la falta de prueba sobre los presupuestos fácticos condicionantes de la procedencia de la tutela jurisdiccional correlativa, dicho juzgador, indefectiblemente, deberá dictar un pronunciamiento que, atendiendo a la doctrina del *onus probandi*, declare sin lugar el pedimento cautelar impetrado.

gar la medida pedida sin prueba y sin ofrecer caución, requerir *motu propio* la caución.[43]

Apreciaciones concienzudas aporta Duque Corredor[44] al tema de la prueba del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora* de las medidas cautelares atípicas, las cuales me permito citar en forma literal:

> (…) si la solicitud se refiere a una medida cautelar atípica, la exigencia probatoria es mayor (…) En efecto, ya la prueba ha de ser de tal entidad que el fundado temor de la lesión grave o de difícil reparación sea de toda evidencia. Por ello, en mi criterio en este supuesto no cabe hablar de prueba deficiente, porque si la evidencia presentada es defectuosa o imperfecta, entonces, no hay prueba de lo fundado de ese temor y por ende, no es cuestión de que se amplíe, sino de que se niegue por falta de prueba del temor fundado que requiere el Parágrafo Primero del artículo 588, *eiusdem*. De evidenciarse tanto la doble presunción de la procedencia del derecho reclamado y del riesgo manifiesto, o en su caso, del temor fundado de la lesión grave e irreparable, el Juez debe decretar la medida solicitada. En efecto, del texto del artículo 588, *eiusdem*, parece desprenderse que el decreto de las medidas cautelares es una facultad de los jueces. Por el contrario, en atención a la redacción del artículo 601, mencionado, no le es potestativo sino obligatorio decretarlo. Y de ser así, no existe apelación contra el decreto que acuerde la medida, conforme lo expresa la parte final del texto del artículo 601, ya citado.

Sobre el punto también se ha pronunciado la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 473 del 9 de

---

"O expresado en términos equivalentes, por aplicación de la regla legal de distribución de la carga de la prueba ex artículo 506 del CPC, será el peticionario de la tutela jurisdiccional cautelar impetrada quien, a la postre, correrá con las consecuencias jurídicas adversas que comporta la ausencia de prueba en torno a los extremos fácticos condicionantes de su procedencia" (*Apud*. Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Agosto 1998. p. 369)

[43] Zoppi Ganem, Pedro Alid. *Ob. Cit.* p. 57-58.

[44] Duque Corredor, Román José. *Ob. Cit.* pp. 223-224.

agosto del 2002,[45] exigiendo, a diferencia del criterio doctrinal precitado citado, la ampliación, en el supuesto de insuficiencia, de la prueba del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*:

> El artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, si bien, interpretado aisladamente pudiera considerarse como una "facultad del juez", debe ser concatenado con el artículo 601 *eiusdem,* e igualmente dentro del contexto de las garantías del proceso, (en este caso, garantía del demandante de poder recurrir a una tutela efectiva de su derecho a la justicia). (...) A tal efecto, se insiste, si la prueba es insuficiente debe el tribunal ordenar su ampliación y sólo podrá negar la medida cuando no hayan quedado establecidas las presunciones del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil.[46]

7. EL PROBLEMA DEL DECRETO DE LA MEDIDA CAUTELAR ATÍPICA POR VÍA DE CAUCIONAMIENTO

Pero es precisamente sobre la posibilidad de solicitar una medida cautelar atípica por vía de caucionamiento[47] que se ha generado una controversia a nivel doctrinal.

---

[45] Disponible en: www.tsj.gov.ve

[46] También la Sala de Casación Social en fallo N° 309 del 28 de mayo del 2002 ha dicho:
"Es potestad del Juez apreciar la existencia o no de la presunción del derecho reclamado y del riesgo manifiesto que quede ilusoria la ejecución del fallo, y este juicio preliminar objetivo, no ahonda ni juzga sobre el fondo del problema debatido. Por tal razón la decisión del Tribunal de instancia de negar la medida cautelar de embargo, fundamentándose en la falta de prueba de la presunción del buen derecho del demandante, sólo puede ser censurada si de la motivación del fallo se desprende la violación de máximas de experiencia por parte del sentenciador" (Disponible en: www.tsj.gov.ve)

[47] La sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de fecha 20 de enero de 1999 (caso Luis Felipe Maita contra Banco Internacional) es particularmente clara en cuanto a diferenciar la vía de causalidad de la vía de caucionamiento, así como las consecuencias que implica cada uno de los regímenes:
"...en nuestra ley procesal existen dos vías distintas y bien diferenciadas, tanto desde el punto de vista de la sistemática procesal, en cuanto a los extremos y requisitos de procedencia, para decretar medidas cautelares, como lo son la vía de causalidad, donde se analizan elementos particulares determinados por la Ley, y la vía de caucionamiento, donde pese a no ser necesaria la existencia de los extremos legales exigidos, puede decretarse la medida previa constitución de una garantía para responder de los daños y perjuicios que ésta pueda producir a la parte contra quien obre la medida.

Pesci-Feltri[48] expone que de una interpretación literal del Art. 590 del Código de Procedimiento Civil pareciera colegirse que por vía de caucionamiento sólo pueden ser decretados el embargo cautelar y la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles cuando no se den los supuestos de hecho establecidos en el Art. 585 *ejusdem*.

Ello contradice la intención del legislador, por lo que considera procedente la adopción de medidas atípicas mediante caución con base a dos argumentos: a) por analogía, pues si es el mismo supuesto de hecho que permite la concesión de las medidas típicas y atípicas (asegurar ejecución del fallo definitivo por equivalente), es razonable pensar que estos últimos pueden decretarse también por el caucionamiento del Art. 590; b) por interpretación lógica y sistemática del parágrafo tercero del Art. 588, ya que si éste permite suspender la medida atípica mediante caución de las previstas en el Art. 590, debe necesariamente admitirse que tales medidas también pueden concederse con la presentación de garantía suficiente.

"Como ha quedado expuesto, la posición del juez para decretar la cautela es distinta en uno u otro supuesto, y la tramitación procesal en cada uno de ellos varía considerablemente, ya que, en primer término, por vía de caucionamiento no es posible decretar medida de secuestro, por lo que existe una limitación no contemplada en la vía de causalidad. Y por otra parte el régimen impugnativo, difiere en cuanto a que para las cautelas decretada por vía de caucionamiento está vedada la posibilidad de proponer oposición, en atención a lo indicado en el artículo 602 del CPC. "Lo indicado anteriormente revierte en la imposibilidad legal que existe de modificar el decreto de la cautela, sin haber revocado el auto que lo contiene, ya que no es posible una revocatoria tácita sin previo razonamiento de las circunstancias que provocaron tal proceder, pues, como ha quedado establecido, el empleo por el juzgador de una u otra vía para decretar las medidas cautelares en referencia, conlleva el análisis de extremos considerablemente distintos, y la tramitación de la incidencia cautelar se verá afectada en su procedimiento por las características de una y otra vía.

"Por lo expuesto esta Sala Especial considera que está vedada la posibilidad de modificar el decreto de la medida cautelar sin afectar, en primer término, lo regulado en el artículo 252 del CPC, y en segundo lugar, sin violentar la sistemática procedimental, desde el momento en que, existiendo un decreto de cautela fundamentado en las razones expresadas en los artículos 585 y 588 del CPC, es decir, por la vía de causalidad, se pretenda cambiar el fundamento de la medida preventiva, para apoyarla en los supuestos del artículo 590 ejusdem, es decir, por la vía de caucionamiento, que como se dejara expuesto, son distintas"... (*Apud*. Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit*. Enero 1999. pp. 312-314)

[48] Pesci-Feltri Martínez. Mario. "Breves anotaciones acerca de las normas que regulan las medidas preventivas en el Código de Procedimiento Civil vigente". En: *Algunas consideraciones sobre el Código de Procedimiento Civil.* Caracas. Ed. Jurídica Venezolana. 1991. pp. 173-176.

Luego, al dejar constancia de la contradicción existente entre el parágrafo tercero del Art. 588 y el Art. 589 del Código de Procedimiento Civil, en el sentido de que si bien aquella norma expresamente permite levantar la medida atípica mediante caución, la que inmediatamente le sigue restringe tal posibilidad sólo al embargo y a la prohibición de enajenar y gravar, aclara que el Art. 589 debe interpretarse que se refiere tanto a las típicas como a las atípicas, con la sola exclusión del secuestro el cual permite lograr el aseguramiento por el demandante del bien que es el objeto mismo de la demanda.

Opinión en contrario sustenta Ortiz,[49] así como la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia mediante interpretación restrictiva derivada de las sentencias del 16 de junio de 1999 y, sobre todo, del 21 de julio de 1999, conforme a lo cual el juez no puede dictar una medida innominada sin estar llenos los requisitos de ley y aun cuando se ofrezca caución de las previstas en el Art. 590, pues: a) el Art. 590 del Código de rito civil excluye al secuestro de las medidas que se pueden adoptar mediante caución, y si el propio legislador ha sustraído tal posibilidad, la interpretación de tal norma debe ser restringida y no amplia, por lo que no puede extenderse a las medidas innominadas; b) el parágrafo primero del Art. 588 *ejusdem* utiliza la expresión "*estricta sujeción a los requisitos previstos en el artículo 585*", lo que hace pensar en una interpretación también estricta de dicha norma, por lo que obviándose esos requisitos, no parecería posible dictar alguna medida innominada. Posteriormente este autor[50] ha insistido en el planteamiento con la siguiente argumentación: si las medidas innominadas tienen existencia en razón de un peligro inminente, grave, fundado, de difícil o imposible reparación, y además se refieren en la generalidad de los casos sobre aspectos extrapatrimoniales ¿Cómo puede entonces permitirse la sustitución de esos requisitos con una fianza?, ¿Cómo medir en dinero el supuesto daño o lesión que pretende precaverse con las cauciones?

[49] Ortiz-Ortiz, Rafael. "Las medidas innominadas en el Procedimiento Civil venezolano". En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.* Caracas Grafisistem. 1995. Año XL Nº 94. pp. 54-55.

[50] Ortiz-Ortiz, Rafael *El poder cautelar general y las medidas innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano*. Caracas. Ed. Paredes. 1997. p. 562.

La respuesta –termina este autor– es que la inclusión de tal parágrafo constituyó una inadvertencia del legislador, pues no es más que una incongruencia exigir que las medidas innominadas se dicten con estricta sujeción a los requisitos previstos en el artículo 585 y por otro lado permitir que pueda ser sustituido con una simple cantidad de dinero.

La interpretación sistemática de Pesci-Feltri me resulta más coherente que la meramente gramatical de Ortiz. Por una parte, Ortiz omite mencionar que la excepción del secuestro en la vía de caucionamiento, vale decir, en el Art. 590, se debe a que la propia cosa secuestrada es el objeto del litigio por lo que, pasa asegurar la integridad del bien o el derecho a usarlo, la ley considera que la prueba de existencia del derecho reclamado es necesaria e insustituible por una garantía.[51]

Por la otra parte, además de los argumentos esgrimidos por Pesci-Feltri, podemos agregar que si el parágrafo tercero del Art. 588 del Código procesal civil admite la suspensión de la medida atípica por vía de caucionamiento, cambiando la seguridad jurídica que imprime una medida eficaz, adecuada a las sinuosidades del proceso en concreto, por una indemnización en equivalente, *a fortiori* debemos admitir también que se pueda dictar una providencia innominada mediante la prestación de una caución, la cual permitiría adecuar la tutela cautelar a las exigencias procesales y a su vez la constitución de una garantía pecuniaria para cualquier eventualidad respecto de la suerte de dicha medida.

No se puede obviar tampoco que quizás la razón de que las innominadas no aparezcan expresamente entre las medidas mencionadas en el Art. 590 *ejusdem*, a pesar de compartir el mismo supuesto de hecho para su adopción que las allí especificadas, se deba a un olvido del legislador similar al que aconteció con la ausente remisión al Art. 601 dentro del contexto del parágrafo segundo del Art. 588.

[51] Henríquez La Roche, Ricardo. *Medidas cautelares.* Maracaibo. Centro de estudios jurídicos del Zulia. 3ª ed. 1988. p. 204.

Incluso algunos autores[52] consideran la prestación de contracautela por el peticionante de la medida como el necesario contrapeso de que la medida se acuerde **inaudita parte**, verbigracia, la aprecian como un presupuesto de la medida.

En todo caso, dice Zoppi[53] que si expresamente el interesado ofrece la caución, el juez debe proceder a estudiarla y determinar si la acepta o no; y como no está obligado a ello – por el "podrá" del Art. 590–, considera que su negativa no tiene apelación.[54]

[52] Argüello Landaeta, Israel. *Ob. Cit.* pp. 49-50.
[53] Zoppi Ganem, Pedro Alid. *Ob. Cit.* p. 58.
[54] Sin embargo, la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, con un criterio limitativo sustentado en interpretaciones basadas en la rígida estructura que en materia de medidas preventivas poseía el derogado Código de Procedimiento Civil de 1916, ha llegado a sostener, en la sentencia N° 466, de fecha 21 de julio de 1999 (*Apud*. Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* N° 7: 1999. pp. 526-528; Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* N° 156. pp. 345-346):
"*En relación con la interpretación de las reglas relativas a las medidas preventivas, esta Sala, en sentencia de fecha 27 de junio de 1985, estableció lo siguiente:*
'Es cierto que las medidas preventivas constituyen una limitación del derecho de propiedad. Todo lo que tienda a eliminar o suprimir esta limitación es de interpretación amplia, así como de interpretación estricta lo que tienda a acentuar la restricción y menoscabar la garantía de la propiedad. Las medidas preventivas son de derecho singular y como tales de interpretación restringida y su aplicación no puede alcanzar, por analogía, a caso alguno que no se encuentre expresamente previsto por las disposiciones legales que las sanciona'
"De acuerdo con el criterio transcrito, que en esta oportunidad se reitera, no se trata de averiguar si está expresamente prohibido decretar medidas cautelares innominadas mediante garantía, como alega el recurrente, sino de determinar si ello está expresamente permitido, pues tal como se transcribió, estas disposiciones son de interpretación restringida.
"El parágrafo primero del artículo 588 del CPC (...) no prevé la posibilidad de que se dicten medidas innominadas con garantía, pues, al contrario, exige una estricta sujeción a los requisitos de procedencia, antes señalados. Si bien el parágrafo tercero del mismo artículo 588, permite al tribunal 'atendiendo a las circunstancias, suspender la providencia cautelar que hubiere decretado, si la parte contra quien obre diere caución de las establecidas en el artículo 590', ello es coherente con el principio de libertad, pues si la medida tiene un contenido económico, el tribunal, de acuerdo con las características del caso concreto podrá ordenar su suspensión mediante caución. *"Asimismo, el artículo 590 ejusdem, establece que 'podrá también el juez decretar el embargo de bienes muebles o la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, sin estar llenos los extremos de ley, cuando se ofrezca y constituya caución o garantías suficientes para responder a la parte contra quien se dirija la medida, de los daños y perjuicios que ésta pudiera ocasionarle', lo cual significa, por interpretación a contrario que para dictar otras medidas preventivas, diferentes al embargo de bienes muebles y la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, deben estar llenos los extremos de ley, sin que pueda sustituirse tal requisito con caución o garantía"...*

8. EL PROBLEMA DE LA SUSTITUCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR ATÍPICA POR UNA CAUCIÓN

También la posibilidad de sustituir por caución las medidas innominadas, a pesar de estar prevista expresamente en el parágrafo tercero del Art. 588, ha producido cierto escepticismo en parte de la doctrina.[55]

Así, Quintero parte de la premisa de que el objeto de estas medidas es prevenir o hacer cesar un inminente e irreparable perjuicio y si la caución funciona como un equivalente de la medida que originalmente se decretó, es dudoso que asegure al cautelante su posible derecho, por ejemplo, cuando se trata de inscribir provisionalmente a alguien en una escuela o en el caso de una medida sobre personas, como la guarda, que admite modificación, pero no levantamiento a través de una caución. Por ello, concluye, sería más saludable la posibilidad de sustituir la medida por otra menos gravosa para el afectado, siempre que el derecho del cautelante resulte bien tutelado.[56]

Henríquez La Roche nos habla en este aspecto de una limitación de la suspensión de efectos por virtud de la naturaleza de la medida cautelar, ya el Juez no siempre podrá, de acuerdo con las circunstancias, llevar a cabo la sustitución de la medida atípica en el caso de aquellas no patrimoniales y en las que se pretende el aseguramiento de un derecho real, ya que como lo ha establecido el Art. 589 CPC, es improcedente cambiar un derecho personalísimo o un derecho *in rem* por un derecho de crédito.[57]

---

[55] Remitiéndonos al derecho comparado, por ejemplo, en Brasil, Ada Pellegrini Grinover (*Ob. Cit.* p. 327) acota sobre el punto lo siguiente: "*la fungibilita dei provvedimenti cautelari e oggetto dell' Art. 805, CPC, che prevede la sostituzione della misura cautelare gia decretata con una cauzione, a carico del convenuto, sempre che la misura sia idonea ad evitare la lesione o sufficiente alla sua reparazione. Non si intende necessario alla sostituzione un procedimento separato, ma si retiene che, data la sua natura sub-rogatoria, essa non puo essere dosposta d'ufficio, considerandosi il convenuto come unico legittimato alla richiesta*"

[56] Quintero Tirado, Mariolga. "Las medidas cautelares en el nuevo Código de Procedimiento Civil". En: *Revista de Derecho Privado*. Dir: Leopoldo Borjas. Caracas. Servicio Gráfico Editorial. Enero - marzo 1986. Año 3 Nº 1. pp. 195-196.

[57] Henríquez La Roche, Ricardo. *Código de procedimiento civil*. Caracas. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. 1997. Tomo IV. p. 350.

Por su parte, Duque Corredor considera que, aun cuando el parágrafo tercero del Art. 588 no realiza salvedad alguna en cuanto a las medidas cautelares atípicas que habiendo sido decretadas pueden suspenderse mediante caución, deben excluirse de su aplicación tales providencias, en atención a dos argumentos: primero, su finalidad es la de evitar daños que una de las partes pueda causar al derecho de la otra y en algunos casos anticipar los efectos satisfactivos del derecho reclamado, mas no asegurar la ejecución de la sentencia, como en el caso del embargo o de la prohibición de enajenar y gravar; segundo, el parágrafo tercero del Art. 588 resulta contradictorio respecto de lo pautado por el Art. 585, pues los extremos de ley que pueden ser sustituidos mediante caución son los requisitos de procedencia aplicables a toda medida preventiva, vale decir, la presunción grave del derecho reclamado y el peligro en la demora (Art. 585), mas no el específico de las innominadas, esto es, el fundado temor de la lesión grave o irreparable que una parte puede causar al derecho de la otra, el cual por su naturaleza es inestimable económicamente, no admitiendo garantía equivalente o suma de dinero que pueda sustituirlo.[58]

No obstante, cuando el decreto cautelar es dictado sin que se verifiquen los extremos de los Arts. 585 y 588, parágrafo primero, Duque, es del criterio según el cual la parte afectada tiene derecho a solicitar la suspensión de la medida decretada ofreciendo una contracautela eficiente y suficiente, mas –acogiendo el criterio de Henríquez– observa que es necesario tener presente los tipos de derechos para cuya protección, contra lesiones graves o irreparables, precisamente se han acordado tales medidas.[59]

Tesis opuesta mantiene Rondón de Sansó para quien el Juez puede ordenar la suspensión de las medidas cautelares atípicas, previa presentación de una garantía suficiente de las previstas en el Art. 590 *eiusdem*, norma que simplemente limita el contendido de las contracautelas a los fines de la suspensión, ya que en su criterio el parágrafo tercero del

[58] Duque Corredor, Román José. *Ob. Cit.* pp. 172-173.
[59] *Ibídem*. pp. 179 y 230.

Art. 588 resulta omnicomprensivo de las cautelas que tal texto enuncia (nominadas, complementarias e innominadas).[60]

Sobre el punto, pienso que las providencias atípicas no sólo tienden a evitar o hacer cesar un daño grave o de difícil reparación sino que también procuran asegurar, aunque de manera mediata, las resultas del proceso principal, por lo que la posibilidad del decreto mediante caucionamiento se hace factible, siempre y cuando la naturaleza de los derechos bajo protección así lo permita.

Desde otro ángulo, interpreta Zoppi que, tal como se desprende del parágrafo tercero del Art. 588 del Código Procesal, la suspensión por caucionamiento de las medidas atípicas es discrecional, esto es, el juez puede negarla, aun cuando en apariencia la caución resulte suficiente.[61]

9. LA OPOSICIÓN COMO MEDIO DE IMPUGNACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL

Ahora bien, el parágrafo segundo de la citada disposición procedimental, autoriza a la parte contra quien obre la providencia decretada a oponerse a ella dentro del procedimiento de oposición de parte a que se refiere los Arts. 602, 603 y 604 del Código de Procedimiento Civil, esto es, bien dentro de los tres días siguientes a la citación de la parte contra quien obra la medida, si no ha sido citada, o bien dentro de los tres días siguientes luego de dictado el decreto, ya que se considera[62] que la ejecución de las medidas cautelares atípicas comienza desde que éstas se decreten.[63]

---

[60] Rondón de Sansó, Hildegard. *Ob. Cit.* pp. 374-375.
[61] Zoppi Ganem, Pedro Alid. *Ob. Cit.* p. 68.
[62] Duque Corredor, Román José. *Ob. Cit.* p. 233.
[63] Excepción a la regla general de la oposición como procedimiento de impugnación, lo constituyen las medidas cautelares atípicas dictadas en el curso de un proceso de amparo constitucional, tal y como lo ha expresado la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia en sendas sentencias de fecha 15 de enero de 1998, 10 de marzo de 1999 (*Apud*. Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* N° 152. 1999. pp. 339-340) y 8 de abril de 1999, caso E. Molina y otros en amparo (*Apud*. Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* N° 153. pp. 389-390). La penúltima decisión mencionada hace explícita la argumentación:

A mayor abundamiento, la doctrina[64] ha explicado el régimen de los lapsos para oposición de la manera siguiente: a) Si la parte no estuviere citada, la medida se entenderá "ejecutada" cuando se le notifica, pues sólo versan sobre las conductas de las partes,[65] de modo que a partir del día siguiente podrá ejercer su recurso de oposición; b) Si la parte estuviere citada implica que está a derecho, de tal manera que los tres días para ejercer la oposición se cuentan a partir del decreto que acuerda la medida; c) Si excepcionalmente la medida requiere de actuaciones materiales de ejecución entonces los tres días para ejercer la oposición se computan desde que se ejecutan los actos materiales.

No obstante, explica Henríquez La Roche, las medidas atípicas se encuentran sujetas a la necesaria reconsideración jurisdiccional sobre sus motivos, fundamentación y alcance, incluso en el supuesto de que no haya oposición de la parte contra quien obra o de algún tercero, tal y como lo prescribe el Parágrafo Segundo del mencionado precepto.[66]

"*... la forma de impugnación contenida en el parágrafo segundo del artículo 588 del CPC, en concordancia con los artículos 602 y siguientes ejusdem, no son aplicables a las medidas cautelares innominadas adoptadas por el Juez Constitucional, pues ello implicaría permitir, como lo señalo el auto indicado, la sustanciación y decisión de una incidencia cuya complejidad, formalidades y duración exceden las disposiciones establecidas por el legislador para la tramitación de todo el procedimiento de amparo (...)*

"En todo caso la persona que se considere afectada por la medida cautelar innominada decretada por el juez de amparo, dentro de la secuela del propio procedimiento, formular los alegatos y traer las pruebas que considere pertinentes, en la oportunidad correspondiente, para que en la sentencia definitiva se resuelva el asunto, pues, en la generalidad de los casos, esas medidas cautelares tienen por objeto hacer cesar el hecho, acto u omisión que viola o amenaza con violar la Constitución, que es precisamente el tema sobre el cual va a versar la decisión definitiva, por lo que el eventual agravio que la medida preventiva pueda causar quedaría reparado".

[64] Ortiz-Ortiz, Rafael. *Ob. Cit.* p. 550.

[65] No comparto al criterio de Ortiz conforme al cual las medidas cautelares atípicas sólo tienen por objeto las conductas de las partes, pues si bien el parágrafo segundo del artículo 588 del Código adjetivo expresa "*(...) En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos (...)*" , y conforme a una interpretación literal del precepto podría entenderse que se limitan a regular directamente conductas de las partes, la misma norma también expresa *"(...) y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión*", por lo que se traspasa con tal redacción el ámbito limitado de las conductas de las partes y se debe entender que el juez posee en este campo un poder discrecional al momento de adoptar un tipo de medida cautelar específico.

[66] Henríquez La Roche, Ricardo. *Ob. Cit.* p. 350.

Respecto de la oposición a las medidas cautelares, Ortiz sustenta que es un verdadero mecanismo técnico de impugnación, vale decir, un genuino recurso y como tal es la esencia del derecho de defensa consagrado en el texto del artículo 68 de la Constitución de 1961 (49, num. 1° y 3° de la Constitución de 1999);[67] sin embargo, lamento apartarme de dicha tesis en lo referente a la consideración técnica de la oposición a la medida como un recurso, pues como bien enseña Alcalá-Zamora,[68] la oposición constituye una institución intermedia entre la contestación y el recurso, en tanto implica la respuesta y a la vez la reclamación respecto a una pretensión adversa acogida en una resolución, sustituyéndose el desenvolvimiento normal de la discusión procesal, el cual sería demanda-contestación-resolución-recurso (eventual), por el de: demanda-resolución-oposición. Por otra parte y en orden a asuntos de competencia –expone a mayor abundamiento el Maestro español–, mientras los recursos implican, como regla, la intervención de un Juez de superior jerarquía a aquel que dictó la resolución recurrida, la oposición se ventila dentro de la propia instancia o grado en la cual recayó la decisión.

En orden a la oposición, las opciones que se le presentan a la parte afectada por la medida, van desde la alegación de ilegalidad del decreto cautelar, a fin de que éste sea anulado, hasta la posibilidad de que el mismo sea suspendido ofreciendo contracautela suficiente; e incluso, en la hipótesis de que el decreto haya sido dictado sin llenar los extremos de Ley, por vía de caucionamiento, la parte pueda objetar la eficacia o insuficiencia de la medida, a fin de que no sea dictada o a efectos de que se suspenda si ya fue dictada.[69]

En cuanto al régimen general de impugnación, Ortiz[70] puntualiza los eventuales supuestos de que puede ser objeto: 1.- Contra el auto que ordena la ampliación de la prueba conforme al artículo 601 del Código

[67] Ortiz-Ortiz, Rafael. *Ob. Cit.* p. 548.
[68] Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. *Cuestiones de terminología procesal*. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 1972. p. 108.
[69] Duque Corredor, Román José. *Ob. Cit.* p. 230.
[70] Ortiz-Ortiz, Rafael. *Ob. Cit.* p. 563.

adjetivo civil. Este autor[71] estima que el juez debe establecer un plazo para que el solicitante produzca la prueba necesaria, el cual no puede exceder de los ocho que se conceden para la articulación probatoria de la oposición, y si al cabo de ese tiempo la parte no realiza la actividad probatoria requerida, el juez debe negar la medida por auto razonado, supuesto en el que cabe apelación. 2.- Contra el auto que acuerda o niega la medida solicitada por una de las partes. Contra el auto que acuerda o niega la medida solicitada por una de las partes. En el supuesto de que el decreto acuerde la medida peticionada, la parte no puede apelar de esa decisión (Art. 601), pero puede, sin embargo, ejercer el recurso de oposición (Art. 588, Parágrafo Segundo). Si por el contrario, el decreto niega la medida, no cabe el recurso de oposición, pues no hay medida cautelar alguna que atacar; en cambio, es procedente el recurso de apelación, ya que se resuelve definitivamente la petición cautelar, causándose gravamen irreparable. 3.- Contra la sentencia que decide la oposición a la medida previamente decretada. Según Ortiz,[72] si se declara con lugar la oposición y por consiguiente se suspende la providencia cautelar, la apelación debe oírse al doble efecto; en cambio, si la apelación se declara sin lugar y se confirma la medida decretada, la apelación debe oírse al solo efecto devolutivo, pues en este caso la medida debe continuar vigente y debe garantizarse la finalidad cautelar.[73]

Hecha la oposición, ¿debe abrir o no el juez una articulación probatoria? En cuanto a la apertura de la articulación probatoria, se ha sostenido que no se abre de pleno derecho, pues es necesaria la oposición de la parte interesada. Es esta la opinión de Ortiz[74] para quien el régimen

[71] Ortiz-Ortiz, Rafael. *Ob. Cit.* p. 564.
[72] *Ibídem*. p. 567.
[73] Respecto de los efectos en la admisión de los recursos, es oportuno citar al maestro Alcalá Zamora (*Ob. Cit*. p. 90-92), quien observa que en orden a la jurisdicción del juzgador *a quo* se contraponen el efecto no devolutivo, conservativo o retentivo, conforme al cual el juez de la resolución recurrida conserva o retiene jurisdicción para pronunciarse sobre el recurso, y el efecto devolutivo, el cual deslinda entre tribunal *a quo* y *ad quem*; en orden a la ejecución del proveimiento, el efecto ejecutivo, vale decir, la ejecutoriedad provisional de la resolución impugnada mientras se sustancia el recurso interpuesto, y el efecto suspensivo, en el que la resolución no se ejecuta.
[74] Ortiz-Ortiz, Rafael. *Ob. Cit.* pp. 549-550.

común de los artículos 602, 603 y 604 es general respecto a todas las cautelas previstas en el Código adjetivo civil, pero al existir una norma especial exclusivamente para las innominadas, considera que constituye una norma de excepción o especial, de lo cual pueden extraerse, entre otras, las siguientes conclusiones: 1.- Si bien la impugnación de la parte a las medidas innominadas está regulada "especialmente" por el parágrafo segundo del artículo 588, para la "sustanciación" de esa oposición se sigue el trámite general, dentro del cual se encuentra el lapso de los tres días para hacer oposición; 2.- La articulación probatoria sólo deberá ser abierta cuando hubiere oposición, ya que la remisión del parágrafo segundo del artículo 588 a los artículos 602 y siguientes es sólo a los efectos de la sustanciación, en este caso se aplica con preferencia el régimen general.[75]

Sobre tales apreciaciones, Duque Corredor[76] ha disentido con base a los argumentos siguientes: 1.- Siendo que las medidas preventivas en general se dictan **inaudita parte** de manera sumaria, y se ejecutan de inmediato, sin oír apelación y sin previa citación de la parte afectada, se hace necesario, tal y como lo estableció la Casación Civil en sentencia de fecha 04 de abril de 1978, abrir una articulación para otorgar a la parte afectada la posibilidad de discutir si dicha medida estuvo bien o mal dictada; 2.- Hubo una mala redacción e impropiedad del Legislador, cuando incluyó en una disposición general –el Art. 588–, una disposición más propia del procedimiento de las medidas preventivas, como es el de la oposición del decreto que las acuerde; 3) La manera como el Parágrafo mencionado remite a los artículos 602, 603 y 604, sin hacer salvedad alguna, permite concluir que el legislador lo que quiso fue aclarar que igualmente la parte afectada por las medidas innominadas tiene derecho a hacer oposición y no autoriza a interpretar que se eliminó la apertura de pleno derecho de la articulación probatoria, por la mera circunstancia de que el Parágrafo mencionado habla de la sustancia-

[75] No obstante, en otra parte de su provechosa obra, Ortiz (*Ob. Cit.* p. 386) asevera que la articulación probatoria en el procedimiento de las medidas cautelares atípicas es de obligatoria apertura, haya habido o no oposición.
[76] Duque Corredor, Román José. *Ob. Cit.* pp. 235-236.

ción de la oposición, en tanto tal sustanciación también se produce aunque no haya habido oposición; 4) Tal interpretación se apega mejor a los principios de igualdad procesal y del debido proceso (Art. 15 del Código de Procedimiento Civil), y a una interpretación constitucional de las normas procesales anteriores, a la luz del Art. 68 de la Constitución de 1961 (49, num. 1° y 3° de la Constitución de 1999).

Entonces, ¿qué debe hacer el Juez si la parte contra la cual se decretó la medida cautelar atípica no se opone a la misma? Conforme a los artículos 602 y 603 del Código de rito, haya habido o no oposición, se entenderá abierta una articulación de ocho días, para que los interesados promuevan y hagan evacuar las pruebas que convenga a sus derechos, sentenciando el Tribunal la articulación dentro de los dos días siguientes a aquel en el que expiró el término probatorio y de cuya decisión se oirá apelación en un solo efecto.

Una sentencia de nuestra Sala de Casación Civil de fecha 29 de julio de 1999, caso M. Sánchez *vs* Agropecuaria El Castillo C.A. y otros, toca el punto:

> (...) contra las medidas cautelares decretadas en primera instancia hay oposición, apelación y recurso de casación, si hubiere lugar a ello, para la parte que se considere agraviada por la decisión, pero en el presente asunto, por el contrario, la decisión impugnada declara sin lugar la apelación, en lugar de decretar la nulidad y reposición de lo actuado al estado en que se abra la articulación probatoria establecida en la ley, con lo cual le ocasionó indefensión a la parte demandada, al privarla por un acto del juez de los medios y recursos que la ley pone a su alcance para hacer valer sus pruebas y de obtener una nueva decisión de la incidencia en primera instancia, con lo cual incurrió la recurrida en subversión del procedimiento cautelar e infringió los artículos 602, 603, 15 y 208 del CPC, que esta Sala considera de oficio infringidos, y así se declara.[77]

[77] *Apud*. Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* N° 156. p. 466.

Ahora bien, ¿y qué sucede si la parte agraviada en vez de ejercer la oposición (impugnación en la misma instancia), directamente ejerce, por ejemplo, un recurso de apelación (impugnación en instancia superior) u otro recurso diferente a la oposición, no estando involucrada para el caso una eventual violación de normas constitucionales? Nosotros consideramos, conforme al principio de legalidad o singularidad de los medios impugnativos, que si la parte interesada se equivoca en la forma de interposición del recurso, se le puede dar la debida tramitación al medio impugnativo que corresponda, verbigracia, si dentro del tercer día siguiente a la ejecución de la medida o a su citación, según el caso, la parte interpone el recurso de apelación, el juez debe asumir que la parte agraviada lo que ha querido ejercer es la oposición a la medida cautelar acordada, y seguirá la tramitación que al efecto corresponda.

Un caso diverso se presenta si la apelación es ejercida fuera del lapso de oposición, pues el Juez no puede asumir que con dicho ejercicio la parte ha pretendido hacer oposición a la medida, ya que la misma debería ser declarada extemporánea. En su lugar, declarara inadmisible el recurso y, como lo establece la ley, se entenderá abierta la articulación de ocho días, para que los interesados promuevan y hagan evacuar las pruebas que convengan a sus derechos. De esta manera, la parte agraviada no queda en estado de indefensión, y contra la decisión de la articulación, podrá ejercer los recursos pertinentes.

No obstante, si el Juez aún admite el recurso de apelación fuera del lapso para oponerse a la medida cautelar, tal decisión puede ser objeto de un recurso de nulidad que produzca la reposición del proceso cautelar al estado en que se tramite la incidencia cautelar prevista en los artículos 601 al 606 del Código adjetivo civil, tal y como lo decidió la Sala de Casación Civil en sentencia proferida en fecha 29 de julio de 1999, caso Banco Construcción *vs* Inversiones Tocorapa.[78]

¿Tiene derecho a oponerse el tercero no interviniente? Un problema de interpretación se presenta cuando, a pesar de que es evidente que las

[78] *Ibídem*. pp. 451-452.

providencias cautelares atípicas solamente obran contra las partes o terceros intervinientes, el juez pudiera alcanzar con sus efectos a un tercero no interviniente.[79]

Ortiz sostiene que, ante violaciones de derechos de rango legal, el tercero sólo tiene la opción de la demanda de tercería del Art. 371 y siguientes del Código de rito pero nunca la oposición al embargo previsto en el Art. 546 *ejusdem*, ya que el tercero no puede acudir al recurso de oposición en tanto es un mecanismo técnico de impugnación concedido de manera exclusiva a las partes, por ser el ámbito de las medidas innominadas **inter partes**, de modo que no tienen cabida los terceros ni como destinatarios de la medida ni como sujetos activos. Si en cambio, se trata de violaciones de carácter constitucional considera que la vía de la tercería no constituye un procedimiento breve, sumario y eficaz para evitar la lesión, sino justamente el amparo constitucional.[80]

Zoppi piensa por el contrario que el tercero puede solicitar la revocatoria, ya que no tiene estrictamente la tercería ni mucho menos la oposición.[81]

Nuestra jurisprudencia acertadamente se ha inclinado por la primera tesis en sentencias de la Sala de Casación Civil de la Suprema Corte de

---

[79] Problema diferente es la interrogante de si pueden hacerse extensivos los efectos de una sentencia incidental que acordó la medida cautelar, a aquellos que intervinieron en el proceso con posterioridad al fallo, *exempli gratia*, en el supuesto de que se produzca la acumulación de dos procesos y previamente se haya dictado una medida cautelar en uno de ellos, cuyos efectos pudieran beneficiar a las nuevas partes en el juicio.
Mediante sentencia dictada el 4 de agosto de 1999, ratificada en su contenido mediante decisión del 14 de diciembre de 1999, la Corte en Pleno consideró que *"... no basta el hecho de verificarse el fumus boni iuris y el periculum in mora para que le sea acordada la medida preventiva, sino que, tal como sucedió en el caso de autos, quien pretenda en su favor la extensión de los efectos de un fallo incidental que acuerda la cautelar, debe solicitarlo en forma expresa, traer a juicio elementos que comprueben la identidad de situación con respecto al beneficiario originario de la medida cautelar y por último, la extensión de la medida cautelar debe ser acordada mediante sentencia expresa por el tribunal de la causa*" (*Apud*. RAMÍREZ & GARAY. *Ob. Cit.* N° 160. pp. 613-614)

[80] Ortiz-Ortiz, Rafael. *Ob. Cit.* pp. 557-559; Ortiz-Ortiz, Rafael. "Las medidas innominadas en el Procedimiento Civil venezolano". En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.* Caracas Grafisistem. 1995. Año XL Nº 94. pp. 53-54.

[81] Zoppi Ganem, Pedro Alid. *Ob. Cit.* p. 85.

Justicia de fechas 20 de octubre de 1994, 30 de marzo de 1995, 14 de noviembre de 1996, 24 de abril de 1998[82] y también mediante sentencia de 23 de noviembre de 1999 (Caso: Agropecuaria La Guamita C.A. en amparo).[83] La base argumental de tal tesis se puede podemos tomar del texto de la primera de las sentencias mencionadas, en la cual se expuso:

> El artículo 597 del CPC dispone que ninguna medida preventiva podrá ejecutarse sino sobre bienes que sean propiedad de la parte contra la cual se decreten.
>
> Con ello se consagra el principio de que las decisiones dictadas en un proceso no pueden dañar ni beneficiar a los terceros ajenos al mismo y, en caso que ello suceda, el mismo CPC regula la forma en que los terceros afectados por una decisión dictada en una causa pendiente entre otras personas, puede intervenir en defensa de sus derechos.
>
> (...)
>
> Si la medida precautelativa que recae sobre los bienes de un tercero es... alguna de las medidas innominadas o atípicas a que se refiere el parágrafo primero del mismo artículo (588), ese tercero que se sienta afectado, de acuerdo con lo dispues-

---

[82] *Apud*. Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* 1994. N° 10. pp. 214-215; 1996. N° 11. pp. 365-368; y 1998. N° 4. pp. 313-315, respectivamente.

[83] Esta sentencia indica en la parte pertinente:

"...nuestro ordenamiento jurídico ha señalado que las medidas preventivas que se decreten sólo pueden afectar los derechos e intereses de las partes en litigio. Así, el Código de Procedimiento Civil establece en su artículo 587 que ninguna medida cautelar puede decretarse sino sobre bienes que sean propiedad de aquel contra quien se libren, salvo en los casos del artículo 599 *ejusdem* –del secuestro– que no contempla el caso de autos.

"En el caso bajo estudio, como antes se indicó, se decretó medida cautelar innominada contra un tercero, el cual no tiene posibilidad de intervenir de manera excluyente, por vía de oposición, contra dicha medida, es decir, no cuenta el tercero en dicho procedimiento con esa vía ordinaria para que se le restituya la situación jurídica infringida. Tampoco cuenta con la demanda de tercería para impugnar las medidas cautelares innominadas en su contra, por cuanto no es el medio idóneo, por no ser breve, sumario y eficaz para la protección de los derechos y garantías fundamentales de dichos terceros.

"Siendo así, actuó fuera de su competencia el Juzgado de la causa al decretar una medida cautelar innominada contra un tercero que no es parte en el juicio en el que se decretó, lo que acarrea la infracción de los derechos constitucionales aquí denunciados"... (*Apud*. Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* N° 159. pp. 432-433)

> to por los artículos 370, ordinal 10 y 371 *eiusdem* debe proponer demanda de tercería contra las partes contendientes ante el Juez de la causa en primera instancia...

La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia igualmente ha mantenido tal línea jurisprudencial en sentencia N° 72 del 24 de marzo del 2000:

> Se ratifica la sentencia de la Sala de fecha 20 de octubre de 1994, en la cual se dejó establecido, que el tercero que se sienta afectado contra una medida precautelativa, o alguna de las medidas complementarias señaladas en el artículo 588 del CPC, o de las innominadas o atípicas a que se refiere el párrafo primero del mismo artículo, ese tercero afectado, de conformidad con lo establecido en el artículo 370 ordinal 1º y 317 *eiusdem,* deberá proponer demanda de tercería contra las partes contendientes ante el Juez de la causa en primera instancia.[84]

No obstante, si los derechos infringidos de los terceros no intervinientes tienen naturaleza constitucional y se concluye que el medio procesal ordinario y preexistente para oponerse a la cautelar resulta ineficaz para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida, conforme lo estableció la propia Sala de Casación Civil, en sentencias de fechas 19 de julio de 1995, 12 de noviembre de 1998[85] y 23 de noviembre de 1999,[86] la acción procedente en derecho es el amparo constitucional.

---

[84] Disponible en: www.tsj.gov.ve

[85] *Ibídem*. 1995. N° 7. pp. 117-120; y 1998. N° 11. pp. 87-88, respectivamente. Estando del todo de acuerdo con el dispositivo del fallo del 19 de julio de 1995, sólo debemos observar que dicha sentencia, al mencionar el "*medio procesal ordinario y preexistente*", hace referencia a la oposición de los Arts. 602, 603 y 604 del Código procesal, interpretación incorrecta por cuanto si hablamos de terceros al proceso la vía estipulada debe ser, como la expuso la sentencia de la misma Sala proferida el 20 de octubre de 1994, la tercería más no la oposición de parte.

[86] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* N° 159. pp. 432-433. Esta última decisión (Caso Agropecuaria La Guamita C.A. en amparo) indica en la parte pertinente:

"*...nuestro ordenamiento jurídico ha señalado que las medidas preventivas que se decreten sólo pueden afectar los derechos e intereses de las partes en litigio. Así, el CPC establece en su artículo 587 que ninguna medida cautelar puede decretarse sino sobre bienes que sean propiedad de aquel contra quien se libren, salvo en los casos del artículo 599 ejusdem –del secuestro– que no contempla el caso de autos.*

10. LA OPOSICIÓN COMO MEDIO DE IMPUGNACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS EN EL PROCEDIMIENTO MERCANTIL

Y si la medida innominada se dictara en un juicio de naturaleza mercantil ¿procede la oposición?[87]

Alguna jurisprudencia de instancia[88] ha afirmado que de la interpretación de los Arts. 1.099 del Código de Comercio y el 602 del Código de Procedimiento Civil surge una radical diferencia en cuanto al procedimiento a aplicar, ya que según la primera norma, que es la que rige para el procedimiento de naturaleza mercantil, en materia de medidas, el juez procederá a su ejecución no obstante apelación, siendo éste el único recurso que se concede contra tales providencias; por el contrario, la norma del Código adjetivo otorga en materia civil la oposición. De modo tal que si se

---

"En el caso bajo estudio, como antes se indicó, se decretó medida cautelar innominada contra un tercero, el cual no tiene posibilidad de intervenir de manera excluyente, por vía de oposición, contra dicha medida, es decir, no cuenta el tercero en dicho procedimiento con esa vía ordinaria para que se le restituya la situación jurídica infringida. Tampoco cuenta con la demanda de tercería para impugnar las medidas cautelares innominadas en su contra, por cuanto no es el medio idóneo, por no ser breve, sumario y eficaz para la protección de los derechos y garantías fundamentales de dichos terceros.

"Siendo así, actuó fuera de su competencia el Juzgado de la causa al decretar una medida cautelar innominada contra un tercero que no es parte en el juicio en el que se decretó, lo que acarrea la infracción de los derechos constitucionales aquí denunciados, propiedad, petición y la inviolabilidad de la correspondencia y demás papeles privados, consagrados en los artículos 99, 67 y 63 de la Carta Fundamental, por cuanto en dicha medida se acordó la designación de un administrador ***ad hoc*** *que impide a la ahora accionante ejercer cualquier acto de administración y disposición, entre otras, sin la intervención de dicho administrador designado*".

[87] Una de las diferencias fundamentales existentes entre la regulación de las medidas cautelares en el CPC y las previstas en el Art. 1.099 del Código de Comercio, estriba en que, como lo expresa la sentencia N° 329 de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de fecha 22 de mayo de 1996 (caso Ingeniería Velásquez C.A.), (*Apud*. Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* 1996. N° 5. p. 253), "*... en materia mercantil, al contrario de la civil, y vista la urgencia, los jueces mercantiles suelen decretar las medidas con la sola justificación de la urgencia, la cual a veces surge del propio libelo de la demanda. Esta es la situación excepcional del proceso mercantil, en cualquier otro proceso se debe alegar y probar los hechos que permitan convencer al juez de la existencia del riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y que exista una presunción grave del derecho que se reclama, además de los hechos que exige cada medida preventiva. Cuando estos hechos no se alegan y prueban y quien pide la medida, podrá de acuerdo al artículo 590 del CPC, constituir las garantías que allí se exigen*".

[88] *Apud*. Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* 1990. CXIV. pp. 57-58.

formulara oposición contra una medida en juicio de naturaleza mercantil equivaldría a romper el principio de igualdad entre las partes.

Tal interpretación creo no resulta aplicable, por lo menos, cuando las providencias cautelares son de aquellas atípicas dictadas en un proceso mercantil, ya que tal instituto jurídico se encuentra regulado en el Código procesal y éste tiene el carácter de ley especial en materia procedimental. De modo tal que si en un juicio mercantil una parte apelara la adopción de una medida atípica, el juez *ad quem* debería declarar inadmisible la apelación por no haberse agotado la vía ordinaria que se encuentra prevista en el Código adjetivo civil, vale decir, la oposición de parte por ante el mismo juez que dictó la medida.

La Sala de Casación Civil ha ido más lejos, pues en decisión del 31 de julio de 1997,[89] modificada por sentencia del 23 de abril de 1998,[90] declaró

[89] Esta importante decisión estableció que:
"*... 2.- En un proceso cautelar en el cual se halle en juego la aplicación del especial régimen cautelar previsto en el artículo 1.099 del Código de Comercio, cualquier Tribunal que conozca del mismo – a fortiori este Supremo Tribunal– está en el ineludible deber jurisdiccional que le impone la Disposición Transitoria Vigésima Tercera de la Constitución de la República – 'Mientras no sea modificado o derogado por los órganos competentes del Poder Público, o no quede* ***derogado*** *expresa* ***o implícitamente*** *por la constitución, se mantiene en vigencia el ordenamiento jurídico existente'–, de declarar virtualmente derogado, con eficiencia limitada al caso particular sub iudice, la muy específica norma inserta en el último aparte del mencionado artículo 1.099 del Código de Comercio, consagratoria del recurso de apelación como única vía jurídico procesal de contradicción, en sede de instancia, de las providencias cautelares correlativas.*
"3.- Para integrar el vacío legal configurado por la derogatoria virtual, por inconstitucionalidad sobrevenida, de la disposición inserta en el último aparte del artículo 1.099 del Código de Comercio Venezolano, lo jurídicamente procedente es, atendiendo a la expresa remisión normativa efectuada por el artículo 1.119 eiusdem, utilizar el régimen de contradicción cautelar, constitucionalmente válido, previsto en el Título II del Libro III del vigente CPC, en cuanto que la vía procedimental de la oposición allí contemplada –artículo 602 ***ibídem****– es plenamente idónea para controvertir los presupuestos jurídicos de esa especial tutela jurisdiccional cautelar mercantil*".

[90] La modificación fundamental de la sentencia proferida el 23 de abril de 1998 respecto de la del 31 de julio de 1997 estriba en lo siguiente:
"*Considera esta Sala de Casación Civil que, conforme a lo sostenido en el voto salvado del magistrado Aníbal José Rueda, contenido en la mencionada sentencia del 31 de julio de 1997, lo jurídicamente procedente es que esta Sala, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil ("control difuso de la constitucionalidad de las leyes"), inaplique para el caso concreto la norma del último aparte del artículo 1.099 del Código de Comercio, en lugar de pronunciar la derogatoria virtual por inconstitucionalidad sobrevenida, de la norma legal contemplada en dicho último aparte del artículo 1.099 eiusdem*".

inconstitucional –derogando virtualmente el precepto en el primer pronunciamiento y desaplicándolo al caso concreto en el segundo– el último aparte del Art. 1.099 Código de Comercio (recurso de apelación como vía primaria de impugnación) por violación del derecho a la defensa del Art. 68 de la Constitución de 1961 (hoy 49.1 de la Constitución de 1999), ya que al justiciable se le excluye "*(...) consecuencialmente, las posibilidades procesales de formular alegatos y promover pruebas en el primer grado de jurisdicción –primera instancia– de dicho proceso cautelar*", considerando aplicable para integrar el vacío legal la vía procedimental de la oposición del Art. 602 del Código procesal. Tal criterio fue ratificado por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en sentencias del 26 de abril de 2000 (Caso Transconla, C.A. c/ Seguros Pan American, C.A. y Taller Tecno Servicios Mendoza, C.A.) y la N° 41 del 23 de febrero de 2001.[91]

No obstante, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha declarado (sentencia del 20 de febrero de 2002; Caso: Tulio Álvarez en nulidad) la constitucionalidad *ex nunc* del Art. 1.099 del Código de Comercio, bajo el argumento de que el recurso de apelación que brinda como medio de impugnación el mencionado precepto, cumple similar función a la oposición del código adjetivo y, por lo tanto, no se considera que se viola el derecho a la defensa.[92]

---

[91] Ambas disponibles en: www.tsj.gov.ve

[92] La Sala de mayor jerarquía dentro del Supremo Tribunal argumento al efecto:

"*Al respecto, considera la Sala que, no obstante el criterio sostenido por la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, en el fallo del 31 de julio de 1997, citado por el recurrente, no comparte esta Sala Constitucional la postura por ella sostenida, en el sentido que esa disposición del Código de Comercio vulnere el derecho a la defensa de la parte procesal que sufre la medida ordenada por el juez. No se viola, por cuanto, como lo dispone la misma norma, el afectado sí cuenta con un recurso para su defensa: la apelación ante el tribunal superior, ante el cual podrá exponer los motivos que posee para oponerse a la medida cautelar y lograr su revocatoria.*

"Ha sido jurisprudencia reiterada de este Tribunal, y lo había sido de la Corte Suprema de Justicia, que el derecho a la defensa se viola cuando se priva a una parte de los medios procesales para la tutela de sus intereses o se les restringe de manera tal que éstos quedan desmejorados. Es evidente que en el presente caso no existe tal violación, toda vez que el propio artículo cuya inconstitucionalidad se denuncia prevé un medio de defensa efectivo: el recurso de apelación.

"Tal como se ha declarado repetidamente por la jurisprudencia, el derecho a la defensa no tiene una manera única de ser garantizado, sino que se deja a la ley la determinación de los medios a través de los cuales se asegurará. En el supuesto de las medidas cautelares previstas en el Código

A pesar del pronunciamiento de la Sala Constitucional, la Sala de Casación Civil del máximo tribunal, en sentencia N° 343 del 30 de julio de 2002 ratificó la doctrina establecida en el fallo N° 205 de la misma Sala del 31 de julio de 1997 (Caso: Electrospace, C.A. contra Banco del Orinoco, SACA):

---

de Comercio, ha sido decisión del legislador que las mismas sean otorgadas a criterio del juzgador, luego de un análisis que efectúe con tal objeto según su prudencia, y que sean impugnadas únicamente a través de la apelación y no por un procedimiento de oposición ante el mismo juez que las acuerda.

"Esta opción es perfectamente cónsona con la naturaleza de las medidas cautelares. No debe olvidarse que ellas están justificadas por la urgencia de su concesión; de lo contrario, bien podría esperarse la solución del caso sin que se tenga que dictar, con carácter previo, medidas de protección. Tal urgencia incluso aconseja ordenarlas sin oír al afectado –y así ha sido aceptado en forma casi pacífica–, sin que ello le cause una lesión, ya que no son más que una medida provisional que no prejuzga el resultado del proceso y que tienen como única finalidad proteger al solicitante de la misma. Claro que, con posterioridad, la protección del afectado exige que se le permita exponer sus defensas, pero ello no tiene por qué ser a través de una incidencia de oposición ante el mismo juez, aunque de esa manera se hagan los procesos civiles ordinarios.

"En el caso del artículo 1099 del Código de Comercio, el legislador consideró apropiado garantizar la defensa del afectado a través de un recurso de apelación, el cual tiene la misma finalidad que la oposición ante el juez que dictó la medida, con la única diferencia de que será conocido por un juez superior a aquél. Incluso, podría pensarse que en un sistema con tales características puede garantizarse aún más el interés particular, pues las alegaciones se harán ante un juez distinto al que decidió en primer término su procedencia, permitiéndose una segunda instancia en el conocimiento del asunto.

"No debe sorprender, por tanto, que el Código de Comercio haya previsto que el cuestionamiento al otorgamiento de la medida se haga únicamente por apelación –a un solo efecto–, y no ante el mismo juez que se ha pronunciado acerca de su procedencia y en atención a ello la ha dictado. Pudo el legislador haber establecido que el juez dictara la medida sin participación del afectado, pero que la oposición posterior se formulase ante el mismo juez, pero no lo hizo así, sin que ello pueda considerarse como un perjuicio al particular y una desmejora de su derecho a defenderse.

"Esta Sala observa, además, que el régimen previsto en el artículo 1.099 del Código de Comercio es especial, por lo que no debe estimarse como el régimen ordinario respecto de las medidas preventivas en materia mercantil, como lo aseguró el demandante. Al contrario, la redacción del artículo demuestra que se trata de un supuesto especial, en el que la medida se concede en virtud de la urgencia necesaria para la defensa del derecho que se reclama; es más, en caso de ser necesario se le requiere al solicitante fianza o solvencia suficiente para responder de las resultas del juicio. Con ello, se satisface a la vez la pretensión cautelar del demandante y se protege el patrimonio del demandado, quien, bajo este supuesto, siempre dispondrá de una garantía que le permitirá restablecer su situación jurídica inicial en caso de que la demanda se declare improcedente.

"De tal manera que, cuando se prueba la urgencia, es aplicable el artículo 1.099 del Código de Comercio; en cambio, cuando la urgencia no es alegada, o no es probada, las medidas preventivas, así sea en materia mercantil, deben regirse por las normas generales previstas en el Código de Procedimiento Civil, por ser de aplicación supletoria. En esos casos, sí existiría oposición, aparte de la apertura de una articulación probatoria, salvo un supuesto excepcional que es, precisamente, el objeto de la segunda denuncia contenida en este recurso y sobre el cual esta Sala se pronunciará en su oportunidad.

"Por lo expuesto, esta Sala declara que el único aparte del artículo 1.099 del Código de Comercio no viola el derecho a la defensa y no es, por tanto, inconstitucional. Y así se decide" (Disponible en: www.tsj.gov.ve).

> De conformidad con la doctrina, antes trascrita en los procesos cautelares en los cuales se halle en juego la aplicación del especial régimen cautelar previsto en el artículo 1.099 del Código de Comercio, cualquier Tribunal que conozca del mismo, está en el ineludible deber de declarar su no aplicación, con eficacia jurídica limitada al caso particular, la norma inserta en el último aparte del artículo 1.099 del Código de Comercio, consagratoria del recurso de apelación como única vía jurídico-procesal de contradicción y, en consecuencia, para llenar el vacío legal se debe aplicar el régimen de contradicción cautelar, previsto en el Título II del Libro III del vigente Código de Procedimiento Civil, en cuanto que la vía procedimental de la oposición allí contemplada –artículo 602 *ibídem*– es plenamente idónea para controvertir los presupuestos jurídicos de esa especial tutela jurisdiccional cautelar mercantil.[93]

11. EL RECURSO DE CASACIÓN Y LAS MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS

En otro sentido, si el juez de primera instancia dictare sentencia en el procedimiento de oposición de parte, y ésta fuera recurrida ante el Superior, quien también pronunciará la suya, o si el propio Tribunal de Alzada decretara una medida cautelar atípica y decidiera la oposición interpuesta, tal decisión ¿sería accionable en Casación de inmediato, o dicho recurso estaría reservado para la misma oportunidad en que se anuncie contra la sentencia definitiva del proceso?

En principio, la Sala de Casación Civil, por ejemplo en sentencia del 25 de mayo de 1988, sostenía el criterio de la admisibilidad inmediata del recurso de casación, pues tales decisiones constituían incidencias autó-

---

Ahora bien, en mi opinión, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, si bien basa su tesis en la no violación del derecho a la defensa por parte del recurso de apelación del Art. 1099 del Código de Comercio, olvida que también como pacífica jurisprudencia de la misma Sala se ha establecido que en Venezuela se encuentra vigente el principio constitucional del doble grado de jurisdicción, de la doble instancia, el cual considero se deja sin efecto cuando se acepta en materia de procedimiento cautelar mercantil que el medio de impugnación de una medida cautelar sea la apelación ante al juez superior y no la oposición ante el propio juez que sustancia el procedimiento.

[93] Disponible en: www.tsj.gov.ve

nomas cuya sentencia interlocutoria podía causar gravamen irreparable por la definitiva.[94] A partir de la sentencia del 12 de mayo de 1999 y para satisfacer la garantía constitucional de defensa en los términos de la decisión del 31 de julio de 1997, en tales supuestos el Tribunal Superior, o en su caso la propia Sala de Casación Civil, según opinión de Ortiz,[95] deberá abrir, de inmediato, la incidencia cautelar establecida los Arts. 602 y siguientes del Código adjetivo civil, que constituye una fase de contradicción plena. Luego será contra la sentencia definitiva del Tribunal de Alzada que se dicte en ese proceso, contra la que se podrá ejercer el recurso de casación, medio de impugnación extraordinario, de argumentación muy restringida y técnica y sin posibilidad de promoción y evacuación de pruebas.

Ahora bien, tal sentencia no cambia el criterio según el cual si la decisión del Tribunal Superior niega, suspende o modifica (en sentido de negación) la medida, vale decir, *"(...) Si la decisión pone fin o resuelve en forma definitiva la incidencia de oposición a la cautelar, y además, se dan los presupuestos de admisibilidad, la sentencia del segundo grado tiene casación de inmediato por tratarse de una providencia autónoma, tramitada en cuaderno separado, y con carácter de sentencia definitiva*", tal y como se sostuvo en sentencia del 19 de julio de 1995,[96] la cual reiteró un criterio de la Sala de Casa-

---

[94] *Apud*. Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* 1988. N° 5. p. 202. El del 25 de mayo de 1988 en su parte dispositiva le otorgó "*...Recurso de casación en forma inmediata a todas aquellas decisiones que directa o indirectamente se relacionan con las incidencias sobre medidas cautelares innominadas, porque éstas, como las típicas o naturales consagradas en el artículo 588 del CPC, constituyen incidencias autónomas cuya sentencia interlocutoria puede causar gravamen irreparable por la definitiva*"...

[95] Ortiz-Ortiz, Rafael. *Ob. Cit*. pp. 569-570. Lo expuesto en este punto por este autor es que en la Sala de Casación Civil las medidas cautelares típicas en general, y las innominadas en particular, pueden asumir dos modalidades: 1) Cuando es la propia Sala la que acuerda una solicitud de medida cautelar, debe otorgarse la oportunidad a las partes de oponerse y la Sala tendrá que dictar sentencia según lo pautado en los artículos 602 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; 2) Cuando la Sala conoce de un recurso de casación contra la decisión del superior que revocó, suspendió, acordó, o simplemente negó, una medida cautelar, la decisión sobre la cautelar funge como definitiva, caso en el cual la posibilidad de admitir recurso de casación, depende la cuantía del juicio y no del importe de la medida, esto es, hay que atenerse a lo principal y no a la medida en cuanto a su monto ni menos en cuanto al valor de los bienes.

[96] *Apud*. Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* 1995. N° 7. p. 117.

ción civil emitido en junio de 1993. Sin embargo, la propia Sala de Casación Civil, en la sentencia N° 064 de 25 de junio de 2001, estimó que debía atemperarse:

> (...) la doctrina citada, considera inadmisible el recurso de casación cuando éste se interponga contra la decisión que niegue una solicitud de medida preventiva. En cuanto a las otras decisiones recaídas en materia de medidas preventivas, cuando sea acordándolas, suspendiéndolas, modificándolas, o revocándolas se mantiene el criterio de admisibilidad inmediata, por ser asimilables a una sentencia definitiva en cuanto a la materia autónoma que se debate en la incidencia.[97]

12. SOBRE LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS

En cuanto a la ejecución de las medidas atípicas, la doctrina comparada[98] explica que asegurar la efectividad permite adoptar medidas aseguratorias distintas a las previstas legalmente para garantizar la ejecución, cautelas que van más allá del simple aseguramiento en correlación con el posible contenido de la sentencia, pero, además, admitirá modos de actuación diversos de los previstos para el proceso del ejecución ordinario. En efecto, las modalidades de actuación a tener en cuenta no sólo serán las de la Ley adjetiva, sino también aquellas que, dispersas en diferentes cuerpos legales o leyes especiales, sean apropiadas para que la resolución cautelar cumpla su función.

En nuestro país, reconoce la doctrina nacional[99] que si bien las medidas cautelares típicas poseen un procedimiento específico para su ejecución, existe una laguna jurídica en cuanto a la forma de asegurar el cumplimiento de las innominadas, ambigüedad que se acrecienta por el hecho de que ellas esencialmente contienen una orden de actuar o de abstenerse; sin embargo, en principio, como cualquier resolución caute-

[97] Disponible en: www.tsj.gov.ve
[98] Calderón Cuadrado, María Pía. *Ob. Cit.* pp. 139 y 141.
[99] Rondón de Sansó, Hildegard. *Ob. Cit.* pp. 375-376.

lar es ejecutable, a las medidas atípicas deben aplicarse las prescripciones generales del Código adjetivo acerca de la ejecución forzosa, por lo que, al entender de esta autora, el Juez puede utilizar medidas coercitivas para obtener la ejecución de las medidas cautelares.

¿Debe entenderse, entonces, que el Juez puede conminar al cumplimiento de una sentencia, por vía del dictado, y eventual ejecución, de una condena condicional e instrumental o, más genéricamente, puede el juez acudir a medios de coacción o a medidas coercitivas para la consecución de tales fines?

Limitándose al ámbito del amparo constitucional, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha admitido la utilización del *astreinte* o medida conminatoria en una muy interesante decisión del 3 de octubre del 2002, expediente 02-0025 (Caso: Municipio Iribarren del Estado Lara), cuyo ponente fue el Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, la cual nos permitimos citar **in extenso**:

> ¿Qué puede hacer el órgano jurisdiccional, en condiciones normales, si por ejemplo el sujeto pasivo de la ejecución judicial se muestra reticente a cumplir el mandato?
>
> (...)
>
> Con el fin de garantizar la ejecución del fallo, en el Derecho comparado se ha expandido, la figura del **astreinte** o apremio del Derecho francés, entendido como '(...) una pena pecuniaria decretada por el juzgador para constreñir al deudor a que cumpla su obligación principal, y se fija, como regla, en una cantidad por día de retardo o por cualquier otra unidad de tiempo; pero puede consistir asimismo en una suma determinada a pagar por el deudor por cada violación en que incurra' (Alcalá Zamora, Niceto. *Cuestiones de Terminología Procesal*. México. UNAM. 1972. p. 54). Esta institución está regulada positivamente, además de Francia, en Argentina, Brasil, Uruguay, Luxemburgo, Holanda, Bélgica e Italia, y en versiones intermedias, en Alemania y Portugal, configurando el denominado

poder conminatorio conferido al juez, el cual constituye la 'conminación al cumplimiento de una sentencia, mediante dictado, y eventual ejecución, de una condena condicional e instrumenta'" (Barrios de Ángelis, Dante. *Introducción al Estudio del Proceso*. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1983. pp. 233-234) (...)

En cuanto a su naturaleza jurídica, la astricción, que puede ser provisional o definitiva, dependiendo de si su cuantía puede o no ser modificada libremente por el juez en el momento de su liquidación, es una forma de aseguramiento de la ejecución indirecta, que puede culminar en esta misma ejecución, si la idea primaria de coaccionar con la sola amenaza no tiene éxito. Por otra parte es no cautelar, condicional, instrumental y dada en estructuras sumarias (Barrios de Ángelis, Dante. *Introducción al Estudio del Proceso*. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1983. p. 256). También se ha dicho que se caracteriza por su discrecionalidad, en cuanto a su imposición o no y en cuanto a la fijación de la cuantía de la astricción; por su conminatoriedad, la cual resulta de la amenaza de ruina pecuniaria para el ejecutado recalcitrante, o por quien deba cumplir una obligación nacida del proceso, y no lo hace sin causa justificada; por su accesoriedad, ya que son impuestas para obtener el cumplimiento del mandato de una resolución principal, de la cual asegura su eficacia; por su modificabilidad, ya que el juez puede aumentar, disminuir o suprimir las astricciones o constreñimientos (Catalá Comas, Chantal. *Ejecución de Condenas de Hacer y no Hacer*. Barcelona. Ed. Bosch. 1998. pp. 122-123).

La idea fundamental de este instituto tiene por finalidad transformar una obligación incoercible (hacer o no hacer) por otra coercible, que es la de dar sumas de dinero, a objeto de lograr el acatamiento del mandato judicial (Alvarado Velloso, Adolfo. *El Juez sus Deberes y Facultades*. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1982. p. 288) y ejecutar la sentencia en sus propios términos para completar así el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva que se ha ido materializando a lo largo de todo el proceso, esto es, asegurando el interés del ejecutante en

que la sentencia se cumpla y obtenga lo que es debido, así como preservando el *imperium* del juez destinado a tutelar el interés público en que se cumplan sus resoluciones (Catalá Comas, Chantal. *Ejecución de Condenas de Hacer y no Hacer*. Barcelona. Ed. Bosch. 1998. pp. 218 y 121).

(...)

Actualmente, en las normas correspondientes del Código de Procedimiento Civil vigente, se establece para los contumaces una multa que no exceda de mil bolívares o –he aquí la novedad– arresto proporcional (Art. 494) y para los expertos una multa de quinientos a dos mil bolívares según la gravedad de la falta (Art. 469). En cuanto al apremio, se establece en quinientos bolívares diarios y ya no se duplica diariamente (Arts. 683 y 782).

De manera más contundente, la potestad conminatoria del juez en Venezuela deriva de la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 26 de la Constitución de 1999 y es congruente con las normas que otorgan a los órganos del Poder Judicial el deber de ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias (Art. 253 *eiusdem*), autos y decretos dictados en ejercicio de sus atribuciones legales (Art. 21 del Código de Procedimiento Civil), valiéndose de todos los medios legales coercitivos de que dispongan (Art. 11 de la Ley Orgánica de Poder Judicial).

Una de las manifestaciones legales de la potestad conminatoria del juez son los apremios, los cuales han sido previstos bajo la forma de norma genérica en el artículo 27 del Código de Procedimiento Civil, como medidas coercitivas para que peritos, testigos u otras personas cumplan con los deberes que les nacen por motivo del proceso. Tales apremios están destinados a que se cumpla con la orden judicial, y son independientes de la responsabilidad civil en la que puede incurrir el infractor, como bien lo señala la norma.

Las 'otras personas' a que se refiere el último aparte del artículo 27 citado, son aquellas que con motivo del proceso deben cumplir alguna orden diferente a la de testimoniar o presentar un peritaje. Dentro de este orden de ideas, el juez puede apremiar a quien incumple, sobre todo por las demoras injustificadas, sin que la última parte del artículo 27, al referirse a las personas, distinga si son partes, funcionarios, auxiliares de justicia, etc.

Los apremios son formas de coaccionar a quien debe una conducta, coacción que es típica del deber procesal (multas, arrestos, etc.), y no es posible utilizarlos si lo que se exige a la persona es una obligación. Sin embargo, cuando el obligado incumple el deber de lealtad y probidad (artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil) que le impone la ley –esto en cuanto al cumplimiento del deber– puede ser apremiado, a fin que actúe leal y probamente, y éste puede ser el caso, cuando el obligado, obrando fraudulentamente o con abuso de derecho no cumple sus obligaciones. El incumplimiento en estos casos involucra una deslealtad.

(...)

Pero las multas en los apremios pueden ser de dos naturalezas distintas, una netamente disciplinaria y otra cuyo fin es lograr coercitivamente el cumplimiento, más que penalizar.

En estos últimos supuestos, como no se está penalizando, sino impulsando el cumplimiento, el astreinte diario debe ser calculado por el juez, en base a los montos de los otros apremios que contempla la ley, a menos que esté señalado expresamente el monto.

Dentro de esos parámetros, el apremio no puede exceder de quinientos bolívares diarios (Bs. 500,00) que debe pagarlos al Fisco Nacional individualmente quien incumpla la orden.

Con base en lo anterior, esta Sala considera que, si del caso bajo análisis consta la resistencia abusiva de la persona priva-

> da o pública, en este caso el Municipio, en cumplir la decisión del juzgador, éste, basado en el principio de la tutela judicial efectiva, debe ejercer los poderes de constreñimiento, no sólo los conferidos por la ley sino también los derivados directamente del mencionado principio, en lo específico los poderes conminatorios o astricciones, como natural consecuencia del elemento *executio*, parte integrante de la actividad jurisdiccional, y en forma autónoma respecto de las consecuencias de orden delictual previstas por ejemplo en el artículo 485 del Código Penal, referido a la desobediencia a la autoridad como falta contra el orden público, y así se declara (...).

Considero que la respuesta a la interrogante conforme a la cual proceden los *astreintes* para garantizar la ejecución de una medida cautelar atípica, debe ser afirmativa por cuanto la eficacia ejecutiva de lo decidido en el proceso judicial se encuentra de por medio; y por otra parte, si bien no existe una norma que prohíba la constricción, también es cierto que no hay tampoco la que la establezca, mas no debe obviarse que el Juez dentro de su potestad jurisdiccional, en última instancia, debe ejecutar coactivamente lo decidido, y en tal sentido debe propender la solución que deba otorgarse a tal disyuntiva.

Breves Referencias al Nuevo Procedimiento Laboral previsto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo

Pedro URIOLA GONZÁLEZ*

SUMARIO:

Introducción

1. **Organización y competencia de los Tribunales Laborales.**
2. **Medios de pruebas: 2.1** *Promoción, admisión y evacuación de las pruebas.* **2.2** *Apreciación de las pruebas.*
3. **Procedimientos en Primera Instancia: 3.1** *Presentación de la demanda, admisión y notificación.* **3.2** A*udiencia preliminar.* **3.3** *Procedimiento de juicio.*
4. **Procedimiento de Segunda Instancia.**

* **Universidad Católica Andrés Bello,** Facultad de Derecho, Abogado 1985. Profesor de Teoría General del Proceso, **Universidad José María Vargas,** Profesor. Escritorio Jurídico Rodríguez & Mendoza, Abogado en ejercicio.

5. Recurso de casación laboral.
6. Control de legalidad.
7. Estabilidad.
8. Ejecución de la sentencia.
9. Régimen Procesal Transitorio.
Conclusión

INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT), publicada en la *Gaceta Oficial* en fecha 13 de agosto de 2002, Número 37.504, establece en su artículo 2 que el juez orientará su actuación en los principios de uniformidad, brevedad, oralidad, publicidad, gratuidad, celeridad, inmediatez, concentración, prioridad de la realidad de los hechos y equidad. De esta manera se da cumplimiento a la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que ordenó a la Asamblea Nacional la aprobación de *"Una Ley Orgánica Procesal del Trabajo que garantice el funcionamiento de una jurisdicción laboral autónoma y especializada, y la protección del trabajador o trabajadora en los términos previstos en esta Constitución y en las leyes. La Ley Orgánica Procesal del Trabajo estará orientada por los principios de gratuidad, celeridad, oralidad, inmediatez, prioridad de la realidad de los hechos, la equidad y rectoría del juez o jueza en el proceso"*.

En este sentido, la LOPT establece una participación activa del juez en todas y cada una de las etapas del proceso, tales como la audiencia preliminar, la audiencia de juicio y la evacuación de las pruebas; otorgándosele una tarea primordial en cuanto a la mediación y conciliación de las partes, para que sean éstas en definitiva las que resuelvan sus controversias a través de los medios de autocomposición procesal, y así evitar que la mayoría de las causas tengan que ser decididas por el Tribunal.

Asimismo, se modifica sustancialmente la organización judicial de los Tribunales del Trabajo, con el fin de obtener una más efectiva y rápida administración de justicia.

Por otra parte, la apreciación y valoración de las pruebas bajo el imperio de la LOPT, la realizará el juez aplicando el principio de la sana crítica o libertad de apreciación, todo ello orientado a la consecución de la verdad. En este sentido, la Ley otorga al juez facultades para ordenar la evacuación de pruebas, que aun cuando no hayan sido promovidas por las partes, lo ayuden a establecer la verdad de los hechos y así cumplir con el espíritu, propósito y razón de la legislación laboral.

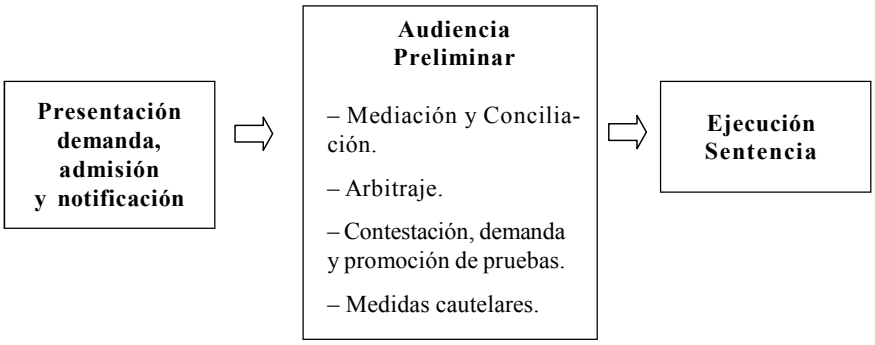
En este artículo sobre la LOPT hemos realizado un breve análisis de los aspectos que consideramos más relevantes de la misma, acompañándolos de comentarios doctrinales y jurisprudenciales para una mejor apreciación de la Ley.

1. ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DEL TRABAJO

La LOPT establece una nueva organización judicial. Los Tribunales de Primera Instancia estarán conformados por los Tribunales de Sustanciación, Mediación y Ejecución y los Tribunales de Juicio, los cuales serán unipersonales, estando constituidos por un juez y un secretario. Por otra parte, los Tribunales Superiores serán colegiados o unipersonales, los primeros estarán integrados por tres jueces y un secretario; y los segundos, por un juez y un secretario. Por último, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia (Arts. 14, 15, 16, 17, 18 y 19 de la LOPT).

A continuación se presenta de forma esquemática los aspectos más importantes a desarrollar en cada tribunal, de acuerdo con lo establecido en la Ley.

Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución



Tribunal de Juicio

Audiencia de Juicio

– Exposición, alegatos, demanda y contestación.

– Evalución de pruebas.

– Decisión

Tribunal Superior del Trabajo

Audiencia y decisión

Sala de Casación Social

Recurso de Casación

Recurso control de legalidad

Asimismo, la LOPT establece en el artículo 28 que los Tribunales del Trabajo son competentes para sustanciar y decidir:

> 1.- Los asuntos contenciosos del trabajo, que no correspondan a la conciliación ni al arbitraje;
>
> 2.- Las solicitudes de calificación de despido o de reenganche, formuladas con base en la estabilidad laboral consagrada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en la legislación laboral;
>
> 3.- Las solicitudes de amparo por violación o amenaza de violación de los derechos y garantías constitucionales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela;
>
> 4.- Los asuntos de carácter contencioso que se susciten con ocasión de las relaciones laborales como hecho social, de las estipulaciones del contrato de trabajo y de la seguridad social; y
>
> 5.- Los asuntos contenciosos del trabajo relacionados con los intereses colectivos o difusos.

En relación con la competencia, la LOPT difiere del proyecto inicial presentado a la Asamblea Nacional, en el sentido de que este último otorgaba a los Tribunales del Trabajo competencia para conocer de las controversias suscitadas con motivo de la inamovilidad, por lo que continuarán conociendo de las mismas las Inspectorías del Trabajo.

Por otra parte, según lo establecido en el artículo 193 de la Ley, son competentes para conocer de las acciones de amparo laboral, sobre derechos y garantías constitucionales, los Tribunales del Trabajo, aplicándose el procedimiento establecido al efecto.

2. MEDIOS DE PRUEBAS

La LOPT establece un sistema de libertad probatoria, el cual está contemplado en el Título VI. En el artículo 70 se establece:

> Son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina la presente Ley, el Código de Procedimiento Civil, el Código Civil y otras leyes de la República; quedan excluidas las pruebas de posiciones juradas y de juramento decisorio.
>
> Las partes pueden también valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán de la forma preceptuada en la presente Ley, en lo no previsto en ella se aplicarán, por analogía, las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código de Procedimiento Civil, Código Civil o en su defecto, en la forma que señale el Juez del Trabajo.

La LOPT contempla en los Capítulos II, III, VI, VII, IX, X, XI y XII, las pruebas de documentos, la exhibición de documentos, la experticia, los testigos, la declaración de parte, las reproducciones, copias y experimentos; la inspección judicial y los indicios y presunciones, respectivamente.

Es importante destacar que a pesar de que la Ley prohíbe la prueba de posiciones juradas, las partes, en la audiencia de juicio, se considerarán juramentadas para contestar al Juez todas las preguntas que éste formule y las respuestas se tendrán como una confesión sobre los asuntos que se les interrogue en relación con la prestación de servicios (Art. 103 de la LOPT). Asimismo, la Ley en el artículo 104 contempla una excepción, al excluir del interrogatorio aquellas preguntas que persigan una confesión para luego aplicar las sanciones previstas en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo.

Por otra parte, la LOPT establece que cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la evacuación de medios probatorios adicionales que considere convenientes. El auto que ordene estas diligencias fijará el término para cumplirlas y contra él no se oirá recurso alguno (Art. 71 de la LOPT). Esto es una consecuencia directa del principio inquisitorio aplicable al proceso labo-

ral, debido a que el juez no está atado para la búsqueda de la verdad a lo alegado y probado en autos por las partes y, asimismo, del principio constitucional de la realidad de los hechos sobre las formas o apariencias, que obliga al juez a buscar la verdad.

En este mismo sentido, el artículo 72 de la Ley contempla en materia de carga de la prueba que el empleador, cualquiera que fuere su presencia subjetiva en la relación procesal, tendrá siempre la carga de la prueba de las causas del despido y del pago liberatorio de las obligaciones inherentes a la relación de trabajo. Cuando corresponda al trabajador probar la relación de trabajo gozará de la presunción de su existencia, cualquiera que fuere su posición en la relación procesal. Este artículo muestra un cambio en el sistema procesal venezolano en general, ya que se distribuye la carga de la prueba en beneficio el débil jurídico. Jesús Eduardo Cabrera Romero[1] ha señalado con respecto a las tendencias modernas de la distribución de la carga de la prueba, lo siguiente: "Pero hay más, no sólo la condición económica sino la social, han creado grandes desigualdades que inciden sobre la actividad probatoria y que si no se corrigen, mal podemos hablar de avances (incluso a nivel procesal). La debilidad de una de las partes ante la otra, la cual puede ser circunstancial o eventual, ha llevado a Tribunales de otros países a distribuir la carga de la prueba en beneficio del débil. Esto –de total justicia a nuestro entender– aparentemente no puede suceder entre nosotros ante el imperio del Art. 506 CPC, que así nació ya atrasado... Pero la debilidad jurídica de al menos una de las partes, parece que se ha agravado en los actuales momentos a nivel mundial. Las complejas relaciones económicas y comerciales, las tecnologías dirigidas al ocultamiento de hechos, ponen en una situación desvalida a muchas personas con respecto de otros, sin que estos débiles ni siquiera sean económicamente pobres que puedan gozar del beneficio de la pobreza".

Ahora bien, es importante tener en cuenta que la presunción de carácter laboral de la relación alegada por el demandante, acepta prueba en contrario y en virtud de ello habrá que analizar cada caso en especial

[1] Cabrera Romero, Jesús Eduardo. *Presente y Futuro del Derecho Probatorio en Venezuela,* Revista de Derecho Probatorio 5, Editorial Jurídica Alva, S.R.L., Caracas, 1995.

para descartar o no dicha presunción. En apoyo de esta afirmación podemos citar el criterio sentado por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia,[2] al indicar: "Ahora bien, todas las conclusiones expuestas por esta Sala con relación a los hechos contrastados, resultaron encauzados acorde con un sistema que la doctrina ha denominado indistintamente "test de dependencias o examen de indicios". Como lo señala Arturo S. Bronstein, el test de dependencia es "una de las herramientas esenciales para determinar cuando una persona que ejecuta un trabajo o presta un servicio a favor de otra ha establecido o no una relación de trabajo con la misma. A través de los mismos se puede formular una sistematización, con el fin de distinguir lo fraudulento de lo que no lo es, clarificar las situaciones ambiguas, y por esta vía extender la protección de la legislación laboral a quienes *prima facie* estarían ejecutando trabajos o prestando servicios en virtud de una relación de naturaleza civil o comercial". (Arturo S. Bronstein, Ámbito de Aplicación del Derecho del Trabajo, Ponencia del Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Caracas - Venezuela 6-8 de mayo de 2002. p. 21). Acorde con la anterior referencia doctrinal, pareciera pertinente y así lo aspira esta Sala, construir, claro está de manera enunciativa y sin pretender que cada uno de los hechos en lo adelante fijados deban necesariamente ser corroborados; un inventario de indicios o criterios que permita determinar de manera general las situaciones en la que pudiera resultar enervada la presunción de laboralidad, de aquellas en las que por el contrario tienda a consolidarse.

2.1 *PROMOCIÓN, ADMISIÓN Y EVACUACIÓN DE LAS PRUEBAS*

La oportunidad de promover las pruebas para ambas partes será en la audiencia preliminar (Art. 73 de la LOPT). El Juez de Sustanciación, Mediación y Conciliación, una vez finalizada la audiencia preliminar, incorporará al expediente las pruebas promovidas por las partes a los

[2] Sentencia del 13 de agosto de 2002, con ponencia del Magistrado Doctor Omar Mora, en el juicio seguido por Mireya Beatriz Orta de Silva contra la Federación Nacional de Profesionales de la Docencia-Colegio de Profesores de Venezuela (FENAPRODO-CPV).

fines de su admisión y evacuación por el Juez de Juicio (Art. 74 de la LOPT), quien, dentro de los cinco días hábiles siguientes al recibo del expediente, se pronunciará sobre la admisión o no de las pruebas (Art. 75 de la LOPT). Sobre la negativa de la admisión de una prueba podrá apelarse dentro de los tres días hábiles siguientes y el recurso deberá oírse en un solo efecto. En este caso el Juez de Juicio remitirá las copias certificadas al Tribunal Superior competente, quien decidirá sobre la apelación oral e inmediatamente, en un lapso no mayor de cinco días hábiles a partir de la celebración de la audiencia de parte. La decisión se reducirá en forma escrita y contra la misma no se admitirá recurso de casación (Art. 75 de la LOPT).

En la audiencia de juicio, se evacuarán las pruebas promovidas por las partes, comenzando con las del demandante, en la forma y oportunidad que determine el Tribunal (Art. 152 de la LOPT). Evacuada la prueba de alguna de las partes, el Juez concederá a la parte contraria un tiempo breve, para que haga, oralmente, las observaciones que considere oportunas (Art. 185 de la LOPT). El Juez podrá ordenar, a petición de parte o de oficio, la evacuación de cualquier otra prueba que considere necesaria para el mejor esclarecimiento de la verdad; también podrá dar por terminados los actos de testigos, cuando lo considere inoficioso o impertinente (Art. 156 de la LOPT).

2.2 *APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS*

La LOPT en materia de apreciación y valoración de la prueba abandona definitivamente el sistema de la tarifa legal, propio de los inicios del proceso civil, para acoger el sistema de la sana crítica o libre apreciación de las pruebas. En efecto, el artículo 10 de la Ley establece:

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

Cabe destacar que el principio de apreciación de la prueba por la sana crítica no implica que el juez arbitrariamente va a apreciar y valorar las pruebas que las partes y que el mismo Juez, a través de la aplicación de

las facultades probatorias que la Ley le otorga para buscar la verdad, hayan sido evacuadas en el proceso. Al respecto, Hernando Devis Echandía[3] señala: "..., la libre apreciación no es la libertad para la arbitrariedad, ni para tener en cuenta conocimientos personales que no se deduzcan del material probatorio aportado al proceso, ni para eximirse de motivar las decisiones y someterlas a la revisión de jueces superiores. Esta es una equivocada concepción del sistema. Por el contrario, tiene bases reales y objetivas, como son los principios de la experiencia, la sicología, la lógica, que, sin vincularlos previamente, lo cual excluiría toda apreciación personal, sí los puede guiar en forma acertada, conforme lo observan Mittermaier y Kisch; la exigencia de las motivaciones y la revisión por el superior, otorgan suficientes garantías".

En consecuencia, el juez en la aplicación del principio de apreciación de la prueba por la sana crítica deberá realizar un análisis pormenorizado de todas las pruebas evacuadas en el juicio, a los efectos de tomar la decisión que refleje la verdad.

3. PROCEDIMIENTOS EN PRIMERA INSTANCIA

3.1 *PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA, ADMISIÓN Y NOTIFICACIÓN*

En primer lugar, debemos observar que ante el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución debe ser presentada la demanda, pudiendo hacerse en forma escrita u oral cumpliendo al efecto los requisitos exigidos en la Ley (Art. 123 LOPT). El juez revisará la demanda y en el caso que la misma no llenare los requisitos señalados en la Ley, deberá ordenar al demandante, con apercibimiento de perención, que corrija el libelo de la demanda dentro de los dos días hábiles siguientes a la notificación que a tal fin se practique. En todo caso la demanda deberá ser admitida o declarada inadmisible dentro de los cinco días hábiles siguientes al recibo del libelo por el Tribunal que conocerá de la misma (Art. 124 LOPT).

---

[3] Devis Echandía, Hernando. *Teoría General de la Prueba,* Tomo I, Biblioteca Jurídica Diké, 4ª Edición, Bogotá, 1993.

El Juez deberá ordenar la notificación del demandado, mediante un cartel que indicará el día y la hora acordada para la celebración de la audiencia preliminar, el cual será fijado por el Alguacil, a la puerta o sede de la empresa, entregándose una copia del mismo al empleador o consignándolo en su secretaría o en su oficina receptora de correspondencia si la hubiere. El Alguacil deberá dejar constancia en el expediente de haber cumplido con las actuaciones referentes a la práctica de la citación y de los datos de 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. Igualmente, se contempla la posibilidad de que el Tribunal practique la notificación por los medios electrónicos de los cuales disponga, siempre y cuando le pertenezcan. A los efectos de la certificación de la notificación, se procederá de conformidad con lo establecido en la Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. A todo evento, el Juez dejará constancia en el expediente de haberse materializado la notificación del demandado. Al día siguiente de esa certificación, comenzará a correr el lapso para la comparecencia de las partes a la audiencia preliminar. Asimismo, puede darse por notificado quien tuviere mandato expreso para ello directamente por ante el Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo respectivo. (Art. 126 LOPT).

También podrá el demandante solicitar la notificación por correo certificado con aviso de recibo y, una vez que dicho recibo sea agregado al expediente por el Secretario del Tribunal dejando constancia de las actuaciones realizadas, al día siguiente comenzará a computarse el lapso de comparecencia de las partes (Art. 127 LOPT).

El demandado deberá comparecer a la audiencia preliminar a la hora que fije el Tribunal , al décimo día hábil siguiente posterior a la constancia en autos de su notificación o la última de ellas, en caso de que fueren varios los demandados (Art. 128 LOPT).

3.2 *AUDIENCIA PRELIMINAR*

La Exposición de Motivos de la LOPT en referencia a la audiencia preliminar señala:

> La audiencia preliminar es uno de los momentos fundamentales y estelares del juicio de trabajo. Su realización y conducción se materializa en la fase de sustanciación del proceso, estando a cargo del Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución.
>
> …
>
> La obligatoriedad a la comparecencia de esta audiencia es con el objeto de garantizar y facilitar un primer encuentro ante el Juez de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución, el cual estimule los medios alternos de resolución de conflictos, tal como lo señala la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece la incorporación de medios alternos para la resolución de controversias, tales como el arbitraje, la mediación y conciliación; con el fin de evitar el litigio o limitar su objeto.
>
> …
>
> Según la experiencia del derecho comparado y estimaciones hechas al efecto, se considera que con una efectiva audiencia preliminar, donde el Juez del Trabajo tenga un papel activo, se deben evitar el setenta y cinco por ciento (75%) de los casos que ingresen a los Tribunales Laborales.

La audiencia preliminar será en forma oral, privada y presidida personalmente por el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, con la asistencia obligatoria de las partes o sus apoderados. En la misma no se permitirá la oposición de cuestiones previas. Cuando se esté en presencia de un litisconsorcio activo o pasivo, el Juez nombrará una representación no mayor de tres personas por cada parte, a los fines de mediar y conciliar las posiciones de las mismas (Art. 129 LOPT).

En caso de que el demandante no comparezca a la audiencia preliminar se considerará desistido el procedimiento y no podrá intentarse de nuevo la demanda antes de que transcurran noventa días continuos (Art. 130 de la LOPT).

En el supuesto de que el demandado no comparezca a la audiencia preliminar, se presumirá la admisión de los hechos alegados por el demandante y el tribunal sentenciará en forma oral conforme a dicha confesión, en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante. El demandado podrá apelar en ambos efectos dentro del lapso de cinco días hábiles contados a partir de la publicación del fallo (Art. 131 de la LOPT).

En la audiencia preliminar el Juez deberá mediar y conciliar las posiciones de las partes, tratando de que éstas pongan fin a la controversia a través de los medios de autocomposición procesal. Si esta mediación es positiva, el juez dará por concluido el proceso, mediante sentencia en forma oral que dictará de inmediato, homologando el acuerdo entre las partes, la cual reducirá en acta y tendrá efecto de cosa juzgada (Art. 133 de la LOPT).

Ahora bien, ¿qué debe entenderse por mediar y conciliar?

Una de las acepciones de mediar es *"Interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad"* y en relación con el vocablo conciliar *"componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí"*.[4]

Guillermo Cabanellas[5] define la mediación laboral en los siguientes términos *"En esta esfera jurídica, la mediación es el sistema intermedio entre la conciliación y el arbitraje (v.) en los conflictos colectivos de trabajo cuando fracasa la gestión directa entre los interesados. 1. Planteamiento. Cuando entre las partes, trátese de un empresario y su personal o, con mayor frecuencia, de todos los patronos de una actividad y de los sindicatos que agrupan a los trabajadores respectivos no se ha logrado un acuerdo y se mantienen posiciones antagónicas para solucionar el caso se recurre a veces a personas, que con el carácter de expertos o de influyentes examinan el*

[4] Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española,* Vigésima Primera Edición, Madrid, 1992.
[5] Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual,* Edit. Heliasta, Buenos Aires, 1989.

conflicto planteado o informan respecto de sus causas, efectos y soluciones. Los mediadores formulan un proyecto de recomendación para ser sometido a las partes en discordia; si éstas no impugnan tal propuesta, se estima aceptada". Por otra parte, define conciliar como *"Considerado el término como verbo, apaciguar y componer los ánimos de los opuestos o desavenidos. Conformar dos o más proposiciones, doctrinas o argumentos en apariencia contrarios; o manifestar la compatibilidad de los mismos"*.

En virtud de las definiciones anteriormente señaladas, una de las funciones principales del Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución en la audiencia preliminar es la de participar activamente en función de que las partes lleguen a un entendimiento y pongan fin a la controversia a través de los medios de autocomposición procesal, para así dar por concluido el proceso. Esto no implica que el Juez va a recomendar a alguna de las partes que acepte la proposición que la otra formule, sino que va a facilitar que tanto el trabajador como el empleador establezcan las condiciones de un acuerdo. Para lograr esa mediación, la audiencia preliminar podrá prolongarse en el mismo día hasta que se agote el debate, y si no fuere suficiente la audiencia fijada, deberá continuar los días hábiles siguientes hasta que el debate finalice (Art. 132 de la LOPT).

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que las exposiciones que las partes realicen en esta primera etapa de la audiencia preliminar no pueden ser consideradas como confesiones de las partes para luego ser invocadas en caso de no llegarse a un acuerdo, ya que de ser así, se estaría yendo contra la misma esencia de la mediación y las partes se abstendrían de exponer sus motivos y razones por el temor de realizar una confesión que luego pudiera ser utilizada en su contra, impidiendo de esta manera que fluya la audiencia preliminar hacia la consecución de un acuerdo.

El juez puede, a petición de las partes, ordenar la realización de un arbitraje que resuelva la controversia, a fin de estimular los medios alternos de resolución de conflictos (Art. 138 de la LOPT).

Por otra parte, el juez tiene el deber, a través del despacho saneador, en caso de no ser posible la conciliación, de resolver en forma oral todos

los vicios procesales que pudiera detectar, bien sea de oficio o a petición de parte, todo lo cual se reducirá en un acta (Art. 134 de la LOPT).

Asimismo, una vez concluida la audiencia preliminar sin que haya sido posible la conciliación ni el arbitraje, el demandado deberá, dentro de los cinco días hábiles siguientes, consignar por escrito la contestación de la demanda. Si no presentare la contestación dentro del lapso indicado se le tendrá por confeso, en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante y el Tribunal remitirá de inmediato el expediente al Tribunal de Juicio, quien procederá a dictar sentencia dentro de los tres días hábiles siguientes al recibo del expediente (Art. 135 de la LOPT).

El Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución al día siguiente de vencido el lapso para contestar la demanda, enviará el expediente al Tribunal de Juicio, a los fines de la decisión de la causa. La audiencia preliminar no podrá exceder de cuatro meses (Art. 136 de la LOPT).

Adicionalmente, el juez podrá acordar las medidas cautelares que considere pertinentes, a fin de evitar que se haga ilusoria la pretensión, siempre que a su juicio exista presunción grave del derecho que se reclama. Contra dicha decisión se admitirá recurso de apelación en un solo efecto dentro de los tres días hábiles siguientes y la misma será decidida en forma oral e inmediata previa audiencia de parte, dentro de los cinco días hábiles siguientes por el Tribunal Superior del Trabajo, sin admitirse recurso de casación contra dicho fallo. La incomparecencia del recurrente a la audiencia se entenderá como el desistimiento de la apelación (Art. 137 de la LOPT).

3.3 *PROCEDIMIENTO DE JUICIO*

Al quinto día hábil siguiente después de recibido, el Juez fijará por auto expreso el día y la hora para la celebración de la audiencia dentro de un plazo no mayor a treinta días hábiles (Art. 150 LOPT).

La audiencia será presidida personalmente por el juez. En la misma las partes expondrán oralmente los alegatos contenidos en la demanda y en la contestación, y no podrá admitirse la alegación de nuevos hechos. Si

no comparece la parte demandada, se entenderá que desiste de la acción, pudiendo el actor apelar en ambos efectos. Si fuere el demandado quien o compareciera a la audiencia, se tendrá por confeso con relación a los hechos planteados, en cuanto sea conforme a derecho la demanda, sentenciado el Tribunal en forma oral, sentencia ésta que será reducida en forma escrita en la misa audiencia de juicio. El demandado podrá apelar la decisión en ambos efectos. Se considerarán como causas justificativas de la incomparecencia de las partes, el caso fortuito o fuerza mayor, comprobables a criterio del Tribunal. Si ninguna de las partes compareciera a la audiencia, el proceso se extinguirá y así lo hará constar el juez en acta que inmediatamente levantará al efecto (Art. 151 de la LOPT).

La audiencia podrá prolongarse en el mismo día hasta que se agotare el debate y si no fuere suficiente, la misma continuará los días hábiles siguientes hasta que se agote el debate (Art. 157 de la LOPT). En la audiencia las partes evacuarán las pruebas, tal y como fuera ya expuesto precedentemente (Arts. 152, 153, 154, 155 y 156 de la LOPT).

Por otra parte, debemos observar que el juez, una vez concluido el debate oral, se retirará de la audiencia por un tiempo no mayor de sesenta minutos y pronunciará oralmente su sentencia, expresando el dispositivo del fallo y una síntesis precisa y lacónica de los motivos de hecho y de derecho, la cual se reducirá de inmediato, en cuanto a su dispositivo por escrito. En caso de que el Juez no decida inmediatamente después de concluido el debate oral, éste deberá repetirse de nuevo. En casos excepcionales, por la complejidad del asunto, por causas ajenas a su voluntad o por fuerza mayor, el juez de juicio podrá diferir por una sola vez la oportunidad para dictar sentencia por un lapso de cinco días hábiles después de evacuadas las pruebas. En todo caso deberá por auto expreso, determinar la fecha para la cual se difirió el acto para sentenciar, a los fines de la comparecencia de las partes al mismo. Constituye causa de destitución el hecho de que el juez de juicio no decida dentro de la oportunidad establecida en esta Ley". (Art. 158 de la LOPT).

Es importante acotar, que el Juez de Juicio podrá ordenar el pago de conceptos, como prestaciones e indemnizaciones, distintos de los re-

queridos, cuando éstos hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados o condenar al pago de sumas mayores a las demandadas, cuando aparezcan que éstas son inferiores a las que correspondan al trabajador de conformidad con la Ley y con lo alegado y probado en el proceso (Art. 6, Parágrafo Único de la LOPT).

4. PROCEDIMIENTO DE SEGUNDA INSTANCIA

Al quinto día hábil siguiente al recibo del expediente, el Tribunal Superior del Trabajo fijará el día y la hora para la celebración de la audiencia dentro de un plazo no mayor a quince días hábiles (Art. 163 de la LOPT).

En el caso de la no comparecencia a la audiencia de la parte apelante, se declarará desistida la apelación y el expediente será remitido al Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución (Art. 164 de la LOPT).

Concluido el debate oral, los jueces se retirarán de la audiencia por un tiempo que no será mayor de sesenta minutos, y al regreso deberán pronunciar su fallo en forma oral, debiendo reproducir en todo caso, de manera sucinta y breve, la sentencia dentro de los cinco días hábiles siguientes. En casos excepcionales, por la complejidad del asunto debatido o por caso fortuito o fuerza mayor, el Juez podrá diferir por una sola vez la oportunidad para dictar sentencia por un lapso no mayor a cinco días hábiles, después de concluido el debate oral, (Art. 165 de la LOPT).

5. RECURSO DE CASACIÓN LABORAL

El recurso de casación puede proponerse contra las sentencias definitivas que pongan fin al proceso y los laudos arbitrales, cuando el interés principal de la controversia exceda de tres mil unidades tributarias.[6] (Art. 167 de la LOPT).

[6] Siendo el valor de la unidad tributaria la cantidad de Bs. 19.400,00, el recurso de casación podrá proponerse, cuando la Ley entre en vigencia en fecha 13 de agosto de 2003, contra las sentencias definitivas y los laudos arbitrales cuyo interés principal exceda de Bs. 58.200.000,00.

El recurso de casación se anunciará en forma escrita ante el Tribunal Superior del Trabajo que dictó la sentencia contra la cual se recurre, dentro de los cinco días hábiles siguientes contados a partir del vencimiento del término que se da para la publicación de la sentencia y el Tribunal lo admitirá o rechazará, el día siguiente al vencimiento del referido lapso (Art. 169 de la LOPT). En caso de negativa a la admisión del recurso el Tribunal Superior del Trabajo mantendrá el expediente durante cinco días hábiles, a fin de que el interesado pueda recurrir de hecho por ante la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, proponiéndose el recurso de manera escrita en el mismo expediente, por ante el mismo Tribunal que negó la admisión, quien lo remitirá a la Sala de Casación Social, para que ésta lo decida sin audiencia previa dentro de los cinco días hábiles siguientes. En caso de interposición maliciosa del recurso de hecho, la Sala de Casación Social podrá imponer una multa de hasta ciento veinticinco unidades tributarias.[7] Si el recurrente no pagare la multa dentro del lapso de tres días hábiles, sufrirá un arresto en jefatura civil de quince días (Art. 170 de la LOPT).

Desde el día siguiente al vencimiento de los cinco días hábiles para anunciar el recurso, si el mismo fuera admitido, o el día hábil siguiente a la declaratoria con lugar del recurso de hecho, comenzará a transcurrir un lapso de veinte días consecutivos, dentro del cual los recurrentes deberán consignar escrito razonado, directamente por ante la Sala de Casación Social. El escrito de formalización no podrá exceder de tres folios útiles y sus vueltos, conteniendo los argumentos que justifiquen la nulidad del fallo recurrido. Será declarado perecido el recurso, cuando la formalización no se presente en el lapso mencionado o cuando el escrito no cumpla con los requisitos establecidos (Art. 171 de la LOPT).

Transcurrido el lapso de formalización del recurso de casación, la contraparte podrá, dentro de los veinte días consecutivos siguientes, consignar los argumentos que contradigan los del formalizante en un escrito que no podrá exceder de tres folios útiles y sus vueltos (Art. 172 de la

[7] El límite máximo de la multa será de Bs. 2.425.000,00, al momento de entrada en vigencia de la Ley.

LOPT). Una vez vencido el anterior lapso, la Sala de Casación Social dictará un auto, fijando el día y la hora para la realización de la audiencia, en donde las partes deberán exponer sus alegatos y defensas oralmente, de manera pública y contradictoria. Podrá promoverse prueba únicamente cuando el recurso se funde en un defecto de procedimiento sobre la forma como se realizó algún acto, en contraposición a lo señalado en el acta del debate o la sentencia; la promoción se hará en los escritos de interposición o de contestación del recurso, señalando lo que se pretende probar. La audiencia podrá prorrogarse hasta que se agotare el debate. Si el recurrente no compareciere a la audiencia, se declarará desistido el recurso de casación y el expediente será remitido al Tribunal correspondiente (Art. 173 de la LOPT).

Concluido el debate oral, la Sala de Casación Social dictará su sentencia en forma oral e inmediata, debiéndose reproducir y publicar dentro de los cinco días hábiles siguientes. En casos excepcionales, la Sala podrá diferir la oportunidad para dictar sentencia por un lapso no mayor de cinco días hábiles, después de concluido el debate oral, dictando por auto expreso la fecha para la cual ha sido diferida la sentencia, a los fines de la comparecencia de las partes (Art. 174 de la LOPT).

En su sentencia, la Sala de Casación Social se pronunciará sobre las infracciones denunciadas, extendiéndose al fondo de la controversia, al establecimiento y apreciación de los hechos que hayan efectuado los Tribunales de Instancia. Si se determina que en el proceso se han quebrantado u omitido formas sustanciales que menoscaben el derecho a la defensa, se decretará la nulidad del fallo y la reposición de la causa al estado que considere necesario para restablecer el orden jurídico. En caso de estar en presencia de los otros supuestos permitidos para formalizar el recurso de casación (previstos en el Art. 168 de la LOPT), la sentencia deberá decidir el fondo de la controversia, casando o anulando el fallo, sin posibilidad de reenvío. Asimismo, la Sala Social podrá de casar de oficio el fallo recurrido con base a infracciones de orden público y constitucionales (Art. 174 de la LOPT).

Por otro lado, la Ley en su artículo 177 establece que los jueces de instancia deberán acoger la doctrina de casación establecida en casos análo-

gos, para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia. Este artículo establece una excepción a la regla de que la jurisprudencia no es fuente vinculante en el Derecho Procesal patrio.[8]

6. CONTROL DE LEGALIDAD[9]

La Sala de Casación Social podrá, a petición de parte, conocer de aquellos fallos emanados de los Tribunales Superiores del Trabajo, que aún y cuando no fueran recurribles en casación, sin embargo, violenten o amenacen con violentar las normas de orden público o cuando la sentencia sea contraria a la reiterada doctrina de la Sala. En estos casos, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la publicación del fallo, el recurrente solicitará el control de la legalidad del asunto mediante escrito, el cual no podrá exceder de tres folios útiles y sus vueltos. El Tribunal Superior del Trabajo deberá remitir el expediente de inmediato a la Sala de Casación Social, y en caso de que ésta decida conocer del asunto fijará una audiencia, siguiendo el procedimiento establecido para el recurso de casación. La declaración de inadmisibilidad del recurso se hará constar por un auto, sin que la Sala tenga que motivar su decisión. La parte que interponga maliciosamente el recurso de control de la legalidad estará sujeta a una multa hasta un monto máximo equivalente a ciento veinticinco unidades tributarias (Art. 178 de la LOPT).

La Sala de Casación Social podrá decretar la nulidad del fallo recurrido, ordenando la reposición de la causa para restablecer el orden jurídico infringido o deberá decidir el fondo del asunto, anulando el fallo del Tribunal Superior, sin posibilidad de reenvío (Art. 179 de la LOPT).

---

[8] Otra excepción al principio fue establecida en el artículo 335 de la Constitución, cuando dispone que las interpretaciones que realice la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.

[9] Es de hacer notar que los artículos 178 y 179 de la LOPT referentes al control de la legalidad, así como también el artículo 49 relativo al litisconsorcio laboral, entraron en vigencia a la fecha de la publicación de la Ley, el 13 de agosto de 2002, según lo dispuesto en el artículo 194.

7. ESTABILIDAD

El artículo 188 establece que el procedimiento aplicable en materia de estabilidad laboral será el previsto en la LOPT, pero de la decisión emanada del Tribunal Superior del Trabajo no se conocerá el recurso de casación, de esta forma queda derogado el procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Trabajo.

El patrono, cuando despida a un trabajador por causa justificada, deberá realizar la notificación del despido por ante el Tribunal de Sustanciación Mediación y Ejecución, dentro de los cinco días hábiles siguientes de haberlo realizado. Asimismo, el trabajador podrá ocurrir ante el citado Tribunal dentro del lapso de cinco días hábiles siguientes a su despido (Art. 187 de la LOPT).

El patrono podrá persistir en su propósito de despedir al trabajador durante el transcurso del pocedimiento o en la oportunidad de la ejecución del fallo, para lo cual deberá pagar al trabajador, adicionalmente a los conceptos derivados de la relación de trabajo y los salarios que hubiere dejado de percibir durante el procedimiento, las indemnizaciones establecidas en la Ley Orgánica del Trabajo. Si el trabajador manifestare su inconformidad con el pago consignado antes de la ejecución del fallo, el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, convocará las partes a una audiencia para el segundo día hábil siguiente y mediará la ejecución del conflicto; de no lograrse deberá decidir sobre la procedencia o no de la impugnación realizada por el trabajador. Por otra parte, si el trabajador manifestare su inconformidad con el pago consignado por el patrono durante la ejecución del fallo, el juez instará a las partes a la conciliación y de no lograrse. Procederá a la ejecución definitiva del fallo (Art. 190 de la LOPT).

En relación con los conceptos que debe pagar el patrono que se hubieren causado durante el procedimiento de reenganche y pago de salarios caídos, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia[10] ha

[10] Sentencia del 20 de noviembre de 2001, con ponencia del Magistrado Dr. Juan Rafael Perdomo, en el juicio seguido por Ricardo Campos contra el Banco de Venezuela.

señalado al respecto lo siguiente: "Es por la razón antes expuesta que la jurisprudencia y la doctrina patria han sido pacíficas en asentar que en los juicios de estabilidad laboral, ordenado el reenganche de un trabajador despedido injustificadamente, si bien el patrono que insiste en el despido debe pagar los salarios dejados de percibir desde el momento del despido hasta el momento en que insiste en el mismo o "salarios caídos", y las indemnizaciones por despido injustificado y sustitutiva del preaviso, el pago de antigüedad, vacaciones fraccionadas y participación en los beneficios o utilidades fraccionadas, se calcula hasta el momento en que el trabajador efectivamente dejó de prestar servicios y no hasta el momento de la persistencia en el despido".

Por otra parte, en cuanto a la oportunidad en que el trabajador debe manifestar su inconformidad con la consignación efectuada por el patrono, la LOPT no indica lapso alguno, por lo que deberá la Sala Social del Tribunal, a través de un recurso de control de la legalidad, debido a que los juicios de estabilidad no tienen casación, solucionar este vacío legal con el fin de resguardar los derechos constitucionales al derecho a la defensa y a la igualdad de las partes en el proceso.

8. EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

La LOPT dispone en su artículo 180 que cuando la sentencia o un acto equivalente a ella, haya quedado definitivamente firme, el demandado tendrá tres días hábiles para cumplir voluntariamente con la misma, y en caso contrario, el cuarto día hábil siguiente se llevará a cabo la ejecución forzosa por el Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución.

En la ejecución de la sentencia se observará lo dispuesto en el Título IV, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil, en cuanto no se oponga a lo dispuesto en la Ley; pero se anunciará el remate con la publicación de un solo cartel y el justiprecio de los bienes a rematar se hará por un perito designado por el Tribunal (Art. 183 de la LOPT).

En caso de que el demandado no cumpliere voluntariamente con la sentencia, procederá el pago de intereses de mora sobre las cantidades condenadas, los cuales serán calculados a la tasa de mercado vigente,

establecida por el Banco Central de Venezuela para los intereses sobre prestaciones sociales y correrán desde la fecha del decreto de ejecución, hasta la materialización de ésta, entendiéndose por esto último, la oportunidad del pago efectivo. Igualmente, procederá la indexación o pago de la corrección monetaria sobre las cantidades condenadas, la cual debe ser calculada desde el decreto de ejecución hasta su materialización, entendiéndose por esto último la oportunidad del pago efectivo (Art. 185 de la LOPT).

9. RÉGIMEN PROCESAL TRANSITORIO

En relación con las causas en curso al momento de entrada en vigencia de la LOPT, ésta establece en el Título IX, Capítulo II, el Régimen Procesal Transitorio, señalando en el artículo 196, lo siguiente:

> Este régimen se aplicará a los procesos judiciales que estén en curso a la fecha de entrada en vigencia de esta Ley, los cuales seguirán siendo juzgados en su Tribunal de origen dentro de la organización que establezca el Tribunal Supremo de Justicia, hasta la terminación del juicio.

El artículo 197 de la LOPT dispone las reglas que se aplicarán a los juicios que se encuentren en primera instancia, estableciendo al efecto:

> 1.- Todas aquellas causas en donde no se hubiese dado contestación al fondo de la demanda serán remitidas al Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, las mismas se tramitarán de conformidad con las normas de esta Ley.
>
> 2.- Todas aquellas causas en donde se haya contestado al fondo la demanda y esté vencido o por vencerse, el término de promoción de pruebas, se procederá a evacuar las mismas, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo y el procedimiento continuará su curso, conforme lo estipula el numeral 3 de este artículo.
>
> 3.- Cuando se encuentre en el lapso de evacuación de pruebas, vencido éste según la Ley Orgánica de Tribunales y de

> Procedimiento del Trabajo, se procederá a fijar el acto de informes orales, para el décimo quinto (15) día hábil siguiente; las conclusiones de estos informes deberán ser consignadas en forma escrita, en la misma oportunidad de su presentación oral, con una extensión máxima de tres (3) folios. El Juez de Juicio dictará su sentencia dentro de los diez (10) días hábiles posteriores a la presentación de los informes.
>
> 4.- Cuando se encuentren en estado de sentencia, se pronunciará el fallo dentro de los treinta (30) días siguientes a la entrada en vigencia de esta Ley.

Es importante destacar en este régimen transitorio que la LOPT no contempla en qué etapa del juicio se encontrarán aquellas causas en las cuales se hubiesen alegado cuestiones previas de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo en concordancia con el Código de Procedimiento Civil. Parece lo más acertado indicar que, en los juicios que se encuentren en esa situación para la fecha de entrada en vigencia de la Ley, debería fijarse la oportunidad para que se verifique la audiencia preliminar, ya que es el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, a través del despacho saneador, el encargado de resolver todos los vicios procesales que pudiere tener la demanda en el supuesto de que no sea posible la conciliación, de conformidad con lo establecido en el artículo 134 de la Ley.

Por otra parte, las causas que se encuentren en segunda instancia y en casación, deberán ser resueltas por los Tribunales Superiores del Trabajo y por la Sala de Casación Social, respectivamente, dentro de los sesenta días siguientes a la entrada en vigencia de la Ley (Art. 199 de la LOPT).

Asimismo, contra las sentencias dictadas podrá ejercerse el recurso de apelación dentro de los cinco días siguientes a su publicación o notificación. De la aplicación conocerá el Tribunal Superior del Trabajo, aplicando el procedimiento previsto en la ley. Contra las sentencias dictadas en segunda instancia se admitirá el recurso de casación según el procedimiento previsto en la Ley (Art. 198 de la LOPT).

Por último, aquellos juicios que cursen en los Tribunales de Municipio continuarán siendo conocidos por esos Tribunales hasta su decisión definitiva (Art. 200 de la LOPT).

CONCLUSIÓN

Es importante destacar que la LOPT representa una propuesta importante para la modernización del sistema de justicia venezolano y por ello debe dársele la más alta prioridad para que al momento de su entrada en vigencia existan todas las condiciones físicas y humanas apropiadas para que la ley pueda ser aplicada de la manera más efectiva y de esa formaavanzar en el establecimiento de un Estado en donde los ciudadanos tengan plena confianza en su sistema judicial.

Para lograr este fin, tanto la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y los Tribunales de Instancia, deben hacer una evaluación constante y permanente de la aplicación de ley, haciendo hincapié en la formación y escogencia de los jueces que van a ejecutar la misma, y en la solución rápida y práctica de los problemas que surjan en la implementación de la Ley.

En nuestros días está vigente más que nunca lo señalado por Eduardo Couture[11] en el sentido de que: *"La democracia –decía Roosevelt– es una indagación: una indeterminada búsqueda de cosas mejores". Hoy y aquí, en el plano de nuestras actuales ideas, creemos que al país le conviene más intentar, de una vez por todas, una vasta experiencia de la justicia del trabajo, para toda clase de conflictos, paralela al sistema de la justicia de la propiedad y de la familia, dentro del régimen de la Constitución, que mantener los actuales programas de lucha. Esta organización tendría, tal y como queda expuesto, por finalidad esencial, sustraer la decisión del conflicto del trabajo, que en último término es un problema de justicia social, a la fuerza de la coacción y de la violencia, para dirimirlo en el ámbito del derecho".*

[11] Couture, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal Civil,* Tomo III, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979.

BIBLIOGRAFÍA

CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual,* Editorial Heliasta, Buenos Aires 1989.

CABRERA ROMERO, Jesús Eduardo. *Presente y Futuro del Derecho Probatorio en Venezuela,* Revista de Derecho Probatorio 5, Editorial Jurídica Alva, S.R.L., Caracas, 1995.

COUTURE, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal Civil,* Tomo III, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial,* Tomo I, Biblioteca Jurídica Diké, 4ª Edición, Bogotá, 1993.

Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española,* Vigésima Primera Edición, Madrid, 1992.

Sentencia del 20 de noviembre de 2001, con ponencia del Magistrado Doctor Juan Rafael Perdomo, en el juicio seguido por Ricardo Campos contra el Banco de Venezuela.

Sentencia del 13 de agosto de 2002, con ponencia del Magistrado Doctor Omar Mora, en el juicio seguido por Mireya Beatriz Orta de Silva contra la Federación Nacional de Profesionales de la Docencia-Colegio de Profesores de Venezuela (FENAPRODO-CPV).

Valoración del Testimonio por la Casación Venezolana

Edison VERDE OROÑO*

SUMARIO:

1. Reseña histórica del testimonio.
2. Naturaleza jurídica.
3. Definición.
4. El testimonio y la confesión: 4.1 *Semejanzas.* **4.2** *Diferencias.*
5. Restricciones a la prueba testimonial en Venezuela: 5.1 *Limitaciones en cuanto a su admisibilidad.* **5.2** *Limitaciones en cuanto a la persona del testigo.*

* **La Universidad del Zulia,** Abogado, *Magister Scientiarum* en Derecho Procesal Civil. **Universidad Rafael Urdaneta,** Profesor. Autor de varias monografías. Ejerce su profesión.

CN: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. CPC: Código de Procedimiento Civil. CPCD: Código de Procedimiento Civil Derogado (1916). CC: Código Civil. CCO: Código de Comercio. CP: Código Penal. TSJ: Tribunal Supremo de Justicia. SCC: Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia. SCS: Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. SE: Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia. SPA: Sala Politicoadministrativa del Tribunal Supremo de Justicia. LOPT: Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Art.: Artículo. Sent.: Sentencia.

6. Trilogía estructural del testimonio.
7. El deber jurídico de testimoniar: *7.1 Excepciones.*
8. Tramitación de la prueba testimonial en el nuevo Código de Procedimiento Civil venezolano.
9. Incidente de tacha.
10. Valoración del testimonio en el ordenamiento jurídico venezolano.
11. Análisis crítico de la valoración del testimonio por la casación venezolana.
Conclusiones

INTRODUCCIÓN

El testimonio es sin lugar a dudas, el medio probatorio más utilizado en la práctica forense venezolana, al punto que en materia laboral ocupa casi la exclusividad del acervo probatorio al que recurren los litigantes del área, lo cual constituye justificación suficiente para abordar la investigación documental emprendida por nosotros, cuyo objeto es el análisis de la doctrina jurisprudencial emanada de la casación venezolana, en relación con la valoración de la prueba de testigos.

Se pretendió incorporar a la misma la apreciación de la prueba en cuestión, realizada tanto por la extinta Corte Suprema de Justicia como por el actual Tribunal Supremo de Justicia, de reciente creación por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, promulgada luego de referéndum aprobatorio celebrado el 15 de diciembre de 1999, que como sabemos amplió sus salas tradicionales, mediante la instauración de las Salas Constitucional, Electoral y Social.

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 crítica.

Sin embargo, es conveniente realizar algunas precisiones. La primera, es que una vez acometida la investigación, nos percatamos que no podíamos referirnos a la valoración del testimonio, sin antes dejar establecidas nociones fundamentales para su comprensión, lo que motivó la inclusión de aspectos doctrinales y positivos sobre diversas facetas del mismo, no sin antes advertir que, en manera alguna, tiene la pretensión este trabajo de constituir un estudio monográfico sobre el tema. En segundo término, podemos afirmar que la presente investigación está referida exclusivamente al testimonio de terceros, evacuado en procesos de índole civil, mercantil y laboral.

Finalmente, aspiramos que su desarrollo sea útil, tanto a quienes desde la cátedra, la administración de justicia o el ejercicio profesional, contribuyen con su cotidiana labor al desarrollo dialéctico del derecho.

1. RESEÑA HISTÓRICA DEL TESTIMONIO

Existe uniformidad en la doctrina cuando fija el origen de la prueba testimonial en los albores de la humanidad. Dos causas parecen confirmar la anterior afirmación: a) El testimonio, concebido extrajurídicamente, va indisolublemente ligado al nacimiento de la comunicación hablada entre los humanos, puesto que lo realiza una persona cuando simplemente narra a otra algún hecho del que ha tenido noticia;[1] constituyendo la comunicación oral una cualidad ínsita del hombre; y b) Proviniendo del uso corriente del lenguaje, siempre fue posible su aplicación y entendimiento sin que fuera menester poseer mayor grado de cultura, lo cual es requerido por el documento, la experticia, la inspección judicial y los indicios, excepción hecha de la confesión.[2]

Contrariamente a lo expresado por algunos autores, quienes sostienen que fue en Roma donde esta prueba inicialmente se consagrara,[3] sus

[1] Reyes Alvarado, Yesid. *La Prueba Testimonial*. Bogotá. Ediciones Reyes Echandía Abogados Ltda. 1988. p. 1.
[2] Devis Echandía, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. 5ª ed. Buenos Aires. Edit. Zabalía. 1981. Tomo II. p. 23.
[3] De Pina Vara, Rafael. *Tratado de las Pruebas Civiles*. 2ª ed. México. Edit. Porrúa, S.A. 1975. p. 213.

primigenias referencias legislativas datan de doce siglos antes de Jesucristo, las cuales fueron incorporadas al Código de Manú en forma de reglas, posteriormente recogidas por los romanos.[4] Es interesante destacar que, en aserto de Gorphe, el Libro de la Ley de Manú, como le denomina, aún permanece vigente en ciertos lugares de la India, no admitiendo como testigos a los amigos, criados, condenados, locos, gentes de mala reputación, los dominados por el interés pecuniario, excedidos de fatiga o apasionados de amor.[5] Conocieron además el testimonio, los derechos griego, judío, babilónico y egipcio, donde en la Edad Media y en parte de la Edad Moderna era considerada al igual que la confesión, la prueba principal de la administración de justicia; motivado a la falta de divulgación del documento[6] y también a la presunción –en dicho tiempo explicable– de veracidad en el dicho del hombre.[7] Lo expuesto, no autoriza pensar que dichos ordenamientos lo acogieran sin reservas, puesto existieron limitaciones respecto a quienes podían deponer como testigos, siendo así como la ley romana no admitía el testimonio de los parientes en línea recta, *insanus, furiosus, mente captus,* pródigos y en materia criminal, la del impúber.[8] La Biblia establecía cuando menos el dicho de dos testigos, quienes no podían ser usureros, esclavos, infames, ciegos, impíos o parientes del acusado, entre otros.[9] Hasta en el más célebre de todos los procesos, el de Jesús ante el Tribunal del Gran Sanedrín de Jerusalén, el Profesor argentino Amado Adip encontró un reflejo fiel del "rigorismo bíblico en materia de testigos": al caer dos de éstos en contradicciones, no pudo acusarse el Redentor del delito de sedición.[10]

También es conveniente señalar las limitaciones a la persona del testigo existentes en el Código de Manú, a las cuales hicimos referencia y puntualizar que al derecho canónico, se debe, en opinión autorizada, "...la

[4] Reyes Alvarado, Yesid. *Ob. Cit.* p. 5.
[5] Gorphe, Francois. *La Crítica del Testimonio*. Tr. Mariano Ruiz. Funes. 4ª ed. Madrid. Instituto Editorial Reus. 1962. p. 24.
[6] Devis Echandía, Hernando. *Ob. Cit*. p. 23.
[7] Reyes Alvarado, Yesid. *Ob. Cit.* p. 24.
[8] Gorphe, Francoise. *Ob. Cit.* p. 24.
[9] Adip, Amado. *Prueba de Testigos y Falso Testimonio.* Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1983. p. 25.
[10] *Ibídem*. p. 26.

iniciativa de haber organizado un sistema de tachas o recusaciones muy amplio".[11] Entonces, podemos afirmar que es tan antigua la existencia de este medio probatorio como sus restricciones.

Durante la Edad Media, en la llamada "época de las pruebas bárbaras", la importancia del testimonio se vio afectada por el empleo de las decisiones a base del juicio de Dios, las ordalías, el duelo judicial y el juramento; pero la misma resurge cuando éstas caen en desuso.[12]

Al desarrollarse la escritura y, por ende, extenderse el uso del documento, nuevamente la importancia probatoria de la prueba testimonial cedió terreno en beneficio de éste, motivado fundamentalmente a dos circunstancias: a) La permanencia de las enunciaciones en él contenidas, las cuales no presentaban los peligros del testimonio; y b) La progresiva declinación del sentimiento religioso, que debilitó la fe en el dicho de los hombres;[13] por lo cual, parafraseando a Alsina diremos que el acuñado proverbio de origen francés "testigos vencen escritos" ha sido sustituido por el de "escritos vencen testigos", principio que hoy informa la mayoría de las legislaciones.[14]

Afirman algunos autores que las primeras restricciones para la admisión de esta prueba aparecieron en Italia, en los Estatutos de Bolonia (1854) y Milán (1498); ello en razón del valor de determinadas obligaciones, y más tarde, por idéntica razón, en Francia la Ordenanza de Moulins (1566) promulgada por Carlos IX, la cual fuera reproducida en la Ordenanza promulgada por Luis XIV (1.667), constituyeron los antecedentes del artículo 1.341 del Código Civil francés, fuente de análogos preceptos en diversas legislaciones.[15]

---

[11] Gorphe, Francoise. *Ob. Cit.* p. 24.
[12] Devis Echandía, Hernando. *Ob. Cit.* p. 24.
[13] Alsina, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial.* 2ª ed. Buenos Aires. Ediar Soc. Anon. Editores. 1961. Tomo III. p. 532.
[14] *Ibídem*. p. 533.
[15] En este sentido se pronuncian: Devis Echandía, Hernando. *Ob. Cit.* p. 24 y Alsina, Hugo. *Ob. Cit.* p. 533.

En nuestro país, desde remotos tiempos, fue acogida la orientación francoitaliana en materia de restricción de la prueba testimonial, como tendremos oportunidad de examinar.

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL TESTIMONIO

Existe convergencia entre los autores cuando al estudiar la naturaleza jurídica del testimonio, concluyen que **es una prueba**.[16] Por tanto, participa de las características generales de los medios probatorios y de algunas peculiaridades inherentes a su esencia. Prueba, en sentido lato, es "un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho".[17] Pero cuando avanzamos hacia el carácter de judicialidad, al cual está orientado nuestro estudio, con Devis Echandía, conocemos "por pruebas judiciales el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al Juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso.[18] Y el testimonio, a todas luces participa de los elementos que enmarca la anterior definición, siendo así como –entre nosotros– su admisibilidad está regulada en los Arts. 1.387, 1.388, 1.389, 1.390, 1.391, 1.392 y 1.393 CC; su producción y tramitación contemplada por los Arts. 471 al 501, ambos inclusive CPC y su valoración consagrada, entre otros, por los artículos 507 y 508 de dicho Código. O sea, que en el ordenamiento jurídico venezolano responde el testimonio a su naturaleza jurídica, esto es, **el ser una prueba judicial, radicando su finalidad última, en provocar la convicción del Juez acerca de la existencia o inexistencia de ciertos hechos**; por lo que pasamos entonces a precisar sus características; encontrando **que es una prueba personal, indirecta, representativa, histórica y procesal**.

---

[16] En este sentido, entre otros: Devis Echandía, Hernando. *Ob. Cit.* p. 35. Guasp, Jaime. *Ob. Cit.* p. 367. Cabrera Acosta, Benigno. *Teoría General del Proceso y de La Prueba.* 2ª ed. Bogotá. Librería Jurídica Wilches. 1988. p. 209. Montero Aroca, Juan, Ortells R., Manuel y Gómez C. Juan Luis. *Derecho Jurisdiccional.* 2ª ed. Barcelona. España. Librería Bosch. 1989. Tomo II. p. 270 .

[17] Bentham, Jeremías. *Tratado de Las Pruebas Judiciales.* Tr. Manuel Osorio Florit. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1971. p. 21.

[18] Devis Echandía, Hernando. *Ob. Cit.* Tomo I. p. 15.

En primer término es procesal, puesto "que la convicción que tiende a provocar es la de un órgano jurisdiccional"[19] y por ello adquiere la característica de judicial. Diríamos en segundo lugar que es personal, "dado que es una persona, llamada testigo, quien declara sobre aquellos hechos",[20] es decir, los hechos al que el interrogatorio se refiere. Asimismo, diremos que es indirecta por cuanto no se identifica en manera alguna con el hecho por probar, cual es su objeto,[21] precisando el mismo Devis Echandía su carácter de histórica, puesto que a través de la misma se reproducen hechos anteriores a la producción del testimonio[22] y estableciendo Carnelutti que es representativa por cuanto como sucedánea de la percepción humana de un hecho, existe total identidad entre el hecho mismo y el objeto de la representación, puesto "lo que no es un hecho, es decir, lo que no tiene existencia concreta, no se representa".[23]

3. DEFINICIÓN DEL TESTIMONIO

No encontramos en el CC ni en el CPC venezolanos disposición alguna que proporcione una definición del testimonio, por lo que acudiremos al auxilio de la doctrina, procurando analizar las diferentes posturas sobre la materia, ensayando una definición de este medio probatorio en el ordenamiento venezolano, sin duda, uno de los más socorridos en nuestra práctica forense. Ante todo, debemos precisar, siguiendo la orientación de Carnelutti,[24] que la prueba testimonial en sentido laxo comprende tanto al testimonio como a la confesión, emanando del tercero extraño a la *litis* y de la parte respectivamente; por lo que sin lugar a dudas, existe una relación de especie a género, entre éstas con relación a aquélla y en sentido estricto abarca sólo al testimonio del tercero, objeto de la presente investigación.

[19] Guasp, Jaime. *Ob. Cit.* p. 367.
[20] Montero Aroca, Juan; Ortells R. Manuel y Gómez C. Juan Luis. *Ob. Cit.* p. 270.
[21] Devis Echandía, Hernando. *Ob. Cit*. p. 32.
[22] *Ibídem* p. 33.
[23] Carnelutti, Francesco. *Ob. Cit.* p. 102.
[24] Carnelutti, Francesco. *La Prueba Civil*. Tr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2ª ed. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1982. p. 148.

Chiovenda, cuando nos habla del testimonio, refiriéndose al testigo, afirma que se le "llama a exponer al Juez las observaciones propias de hechos ocurridos de importancia para el proceso".[25]

Acogemos con reserva la mención que el autor realiza de las "observaciones propias"; por cuanto como sabemos, el testigo debe mantenerse dentro de los límites de conocimiento y experiencia comunes, es decir, vulgares, con lo cual el aspecto subjetivo de su declaración se mantiene en niveles normales, pues de lo contrario, invadiría apreciaciones, razonamientos y juicios **reservados** exclusivamente al Juez.[26] Ugo Rocco define el testimonio como "declaración que una persona extraña al proceso rinde ante los órganos jurisdiccionales sobre la verdad o existencia de un hecho jurídico"...[27] Nuestra crítica a la anterior definición es que los testigos no deponen sobre "hechos jurídicos" sino sobre hechos en general, de los cuales pueden derivarse consecuencias jurídicas que se reflejarán en la sentencia de mérito. También Santana Mujica se refiere al testimonio, y lo considera como ".... el relato que aporta en el proceso una persona, extraña a las partes, pero conocedora de lo acontecido, para verificar la afirmación de la parte que lo promueve, sobre un hecho, circunstancias o conductas".[28]

Objetamos de ésta que, en la moderna concepción publicística del proceso, no sólo corresponde a las partes promover testigos. Dicha facultad además está atribuida al Juez (Ord. 3° Artículo 401 CPC) y también la criticamos en cuanto se refiere a la verificación de afirmaciones; y cabría preguntarse: ¿Por qué el testigo está impedido de verificar negaciones?

El eminente pensador colombiano Devis Echandía, cuando se refirió al testimonio dijo: "Es un medio de prueba que consiste en la declaración

[25] Chiovenda, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil.* Tr. E. Gómez Urbaneja. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. 1954. Tomo III. p. 243.
[26] Redenti, Enrico. *Derecho Procesal Civil.* Trs. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra-Redín. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1957. Tomo I. pp. 293-294.
[27] Rocco, Ugo. *Teoría General del Proceso Civil.* Tr. Felipe de J. Tena. México. Editorial Porrúa, S.A. 1959. p. 441.
[28] Santana Mujica, Miguel. *Pruebas.* Caracas. Paredes. Editores. 1983. p. 59.

representativa que una persona, que no es parte en el proceso en que se aduce, hace a un Juez, con fines procesales, sobre lo que sabe respecto a hechos de cualquier naturaleza".[29] Pero, según observa Parra Quijano, posteriormente en 1970, al escribir su *Tratado de Derecho Procesal Civil*, incluyó en el texto de su definición el término "declaración de ciencia" y sustituyó la frase "lo que sabe respecto a hechos de cualquier naturaleza", por "lo que dice saber respecto a hechos de cualquier naturaleza", olvidando que pudiere suceder que el testigo afirme en su narración "que no tiene conocimiento de los hechos, y mal podríamos decir en este caso que la declaración fue de ciencia y representativa".[30]

Del mismo modo, Gómez Urbaneja considera al testimonio como "una declaración realizada por una persona en el proceso, ante el Juez, sobre su percepción, deducción y conocimiento de hechos y circunstancias pasadas".[31]

A nuestro entender el testimonio puede y de hecho abarca los hechos percibidos y conocidos por el testigo; pero en cuanto a los deducidos por él, entran en la órbita privada del Juez, sobre todo si requieren de conocimientos especiales.

Paralelamente, existe otra corriente doctrinal que, aceptando también la extrañeidad del sujeto que rinde el testimonio respecto de las partes involucradas en la controversia, cuando precisa los elementos de la definición, incurre en el error de incorporar a la misma, aspectos sobre la validez o convicción a la cual dicho medio probatorio está dirigido. Y es así como Redenti, al referirse al testimonio sostiene que se refiere a hechos o circunstancias, "...que puedan suministrar directamente o también indirectamente (en vía presuntiva) elementos de convicción respecto de lo que constituye tema de prueba".[32] Evidentemente que el

[29] Devis Echandía, Hernando. *Ob. Cit.* p. 33.
[30] Parra Quijano, Jairo. *Tratado de la Prueba Judicial El Testimonio.* 3ª ed. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. 1988. Tomo I. p. 2.
[31] Gómez Orbaneja, Emilio y Herce Quemada, Vicente. D*erecho Procesal Civil*. 8ª ed. Madrid. Artes Gráficas y Ediciones S.A. 1979. Tomo I. p. 347.
[32] Redenti, Enrico. *Ob. Cit.* p. 293.

citado autor incorpora aspectos propios de la valoración de esta prueba, al hacer referencia a la posibilidad de que la información suministrada sea capaz de proporcionar elementos de convicción sobre el tema de prueba. Del mismo tenor es la noción expresada por Michelli, quien si bien no precisa una definición del testimonio, la lectura de su obra nos autoriza a pensar que en su criterio, es "... el acto de un tercero el cual no es parte en la causa ni tiene interés en el objeto del juicio, cuando bajo juramento y mediante el cumplimiento de un deber de colaboración con la justicia que surge al ser invitado, cuenta al Juez lo que sabe de los hechos de la causa".[33] Es innegable que cuando en esta noción del testimonio incluye la juramentación del testigo y el desinterés que debe tener éste en el objeto del juicio, alude a requisitos de validez y eficacia del testimonio. En igual sentido parece pronunciarse Enrico Liebman, al establecer que el testigo es la persona "...llamada a exponer al Juez lo que sabe sobre la verdad de los hechos pasados relevantes para la decisión"...,[34] y también Guasp, cuando sostiene que, el testimonio está constituido por las declaraciones que una persona emite, sin ser parte, "...con la finalidad a toda común a toda la prueba, de provocar la convicción judicial en un determinado sentido";[35] añadiendo a la definición del testimonio aspectos de su valoración (hechos pasados y provocar la convicción judicial) de los cuales necesariamente debe estar desprovista. La misma orientación mantiene la definición del testimonio que proporciona el Maestro Rengel-Romberg cuando expresa que "es el juicio de una persona diversa de las partes y del juez, emitido en presencia de éste sobre la propia experiencia en torno a un hecho pasado que tiene trascendencia para el proceso".[36] Discrepamos de tan respetable opinión, por cuanto el testigo debe narrar los hechos tal como los ha percibido a través de sus sentidos, y el juicio sobre los mismos lo realiza el

[33] Michelli, Gian Antonio. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Tr. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1970. Tomo II. pp. 171-172.
[34] Liebman, Enrico. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Tr. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1980. p. 359.
[35] Guasp, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. 3ª ed. corregida. Madrid. Instituto de Estudios Políticos. 1968. Tomo I. p. 363.
[36] Rengel-Romberg, Arístides. *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Caracas. Editorial Arte. 1997. Vol. IV. p. 289.

juez al valorar la prueba en la sentencia de mérito, que efectivamente dictamina si tales hechos pasados tienen trascendencia en el proceso.

El reputado pensador argentino Lino Palacio, también se inscribe en esta corriente al sostener como prueba de testigos a "...aquella que es suministrada mediante las declaraciones emitidas por personas físicas, distintas de las partes y del órgano judicial, acerca de sus percepciones o realizaciones de hechos pasados o de lo que han oído sobre éstos".[37] Parra Quijano, cuando examina la definición anterior, sostiene que debe excluirse la parte referente a las percepciones o realizaciones de hechos pasados, "por cuanto éstos son requisitos para la validez o para la eficacia de testimonio",[38] definiéndolo a su vez como "un medio de prueba que consiste en el relato de un tercero al Juez sobre el conocimiento que tenga de hechos en general".[39]

Ensayaremos una definición del testimonio, bajo la óptica de derecho positivo venezolano, y así tenemos que: Es el medio de prueba a través del cual un tercero, ajeno a la causa, cuenta al juez hechos percibidos por sus sentidos, que constituyen el objeto del interrogatorio formulado por las partes o el propio juez.

En esta definición encontramos los siguientes elementos: a) El testimonio es un medio de prueba. Por tanto debe desarrollarse necesariamente dentro del proceso, y como tal tiende a provocar la convicción del juez acerca de la existencia o inexistencia de hechos controvertidos en el mismo; b) Realizado por un tercero ajeno a la causa. Con lo que se descarta automáticamente a las partes y a las personas morales, puesto que carecen de la capacidad necesaria para percibir hechos y relatarlos, a pesar que –en opinión de Parra Quijano, que compartimos– los representantes de dichas personas sí pueden rendir testimonio.[40] c) Hechos percibidos a

[37] Palacio, Lino. *Derecho Procesal Civil.* 3ª Reimpresión. Buenos Aires. Editorial Abeledo-Perrot. 1988. Tomo IV. p. 562.
[38] Parra Quijano, Jairo. *Ob. Cit.* p. 1.
[39] *Ibidem* p. 3.
[40] *Ídem.*

través de sus sentidos. El testigo da fe de la existencia de hechos percibidos por sus sentidos, no de lo que intuye o simplemente imagina o deduce, pues esto último sólo puede hacerlo el llamado "testigo técnico", a quien le está vedado dictaminar sobre las causas de lo deducido, por cuanto ello sería objeto de la prueba de experticia; d) Objeto del interrogatorio formulado por las partes o el propio juez. En efecto, dispone el Art. 485 CPC que el interrogatorio del testigo sea formulado de viva voz por la parte promovente del testigo o su apoderado y también que concluido el interrogatorio, la parte contraria, al ejecutar el control de la prueba, podrá repreguntar de palabra al testigo, sobre los hechos a los cuales se ha referido éste u otros hechos que tiendan a esclarecer, rectificar o invalidar el dicho del testigo; pudiendo también el juez hacer al testigo las preguntas que estime convenientes para ilustrar su propio juicio, obrando según su prudente arbitrio en obsequio de la justicia e imparcialidad, conforme a lo establecido por los Arts. 487 y 23 CPC.

4. EL TESTIMONIO Y LA CONFESIÓN

Como tuvimos ocasión de exponer (*Supra* N° 3), la prueba testimonial es el género, siendo sus especies la confesión y el testimonio, figuras probatorias que si bien poseen algunas semejanzas, sus diferencias son tan notorias, que motivaron su inclusión en el presente trabajo.

4.1 *SEMEJANZAS*

Entre ambos medios probatorios existen algunas semejanzas, las cuales son:

4.1.1 La confesión junto con el testimonio, constituyen las pruebas judiciales personales por antonomasia.[41]

4.1.2 El testimonio, lo mismo que la confesión, está constituido por declaraciones de ciencia o representativas de hechos.[42]

[41] Cabrera Acosta, Benigno. *Ob. Cit.* p. 204.
[42] Devis Echandía, Hernando. *Ob. Cit.* p. 141.

4.1.3 Igualmente poseen el carácter de "históricas", precisamente por constituir esas declaraciones un "acto humano dirigido a representar un hecho no presente".[43]

4.1.4 De ellas se derivan consecuencias que comprometen la responsabilidad penal del confesante o el testigo, según el caso, cuando se demuestre la falsedad de sus dichos.

4.2 *DIFERENCIAS*

Existen notorias diferencias entre ambos medios de prueba, las cuales podemos agrupar en: a) Cuanto al sujeto de la prueba; b) En cuanto al objeto de ésta; c) En cuanto a su trámite procedimental en el ordenamiento positivo venezolano. Por lo que pasaremos de seguidas a su señalamiento.

4.2.1 *En cuanto al sujeto de la prueba*

4.2.1.1 En sentido estricto, puede afirmarse que el testimonio proviene siempre de quien no es parte en el proceso donde la susodicha prueba se pretenda hacer valer, ni como demandante o demandado, ni interviniente principal o accesorio, o apoderado de éstos, y por ende, no tiene interés en las resultas del mismo (Arts. 478 CPC) a diferencia de la confesión, la cual es siempre un acto de "...quien es parte en el proceso en donde se hace valer o de su apoderado o representante"...[44] (Art. 403 CPC), haciendo plena prueba contra ésta, aun cuando fuere realizada ante un Juez incompetente (Art. 1.401 CC).

4.2.1.2 En estrecha relación con lo anteriormente expuesto, el deponente en el testimonio, al realizar la correspondiente declaración representativa, puede referirse indistintamente a hechos favorables o desfavorables a él; en cambio con la confesión, el absolvente confiesa sólo cuando "reconoce hechos que le son desfavorables" [45] o favorables a su adversario. Esto en función directa con la condición de extra-

[43] Carnelutti, Francesco. *Ob. Cit.* p. 121.
[44] Devis Echandía, Hernando. *Ob. Cit.* p. 142.
[45] Palacio, Lino. *Ob. Cit.* p. 490.

ñeidad al proceso que debe rodear al testigo, de cuya narración no pueden derivarse consecuencias desfavorables para él, al menos en el proceso donde interviene como deponente y con la condición de parte que rodea al absolvente, a la que hicimos referencia con anterioridad.

4.2.1.3 Derivada de las diferencias expuestas, explicase el requerimiento legal (Art. 1.405 CC) imprescindible para que la confesión produzca efecto, cual es la capacidad obligacional que debe ostentar el absolvente en el asunto sobre el cual recaiga ésta; a diferencia del testimonio en donde no se exige dicha capacidad, estableciendo sin embargo, nuestro CPC, en su articulado las diferentes inhabilidades para brindar testimonio (Arts. 477, 478, 479 y 480 CPC).

4.2.1.4 Asimismo, la declaración que emite el absolvente pudiera acarrearle sin más, consecuencias desfavorables que comprometen su responsabilidad civil en el proceso donde se produce la confesión, de allí la vieja máxima que reza: "A confesión de parte, relevo de pruebas". En cambio el deponente en el testimonio jamás verá afectada su responsabilidad civil –por lo menos en el proceso donde se rinde éste–, por su condición de extraño al proceso.

4.2.1.5 Finalmente, en cuanto a la responsabilidad penal del autor de la declaración, también se diferencian ambas figuras, siendo así como el absolvente eventualmente pudiera incurrir en el delito de "perjurio" (Art. 250 CP), y el deponente que testificare falsamente, incurrirá en el delito de falso testimonio previsto y sancionado por el Art. 243 CP.

4.2.2 *En cuanto al objeto de la prueba*

4.2.2.1 Está más limitado el objeto de la prueba de confesión que la de testimonio, puesto que ella debe versar sobre hechos pertinentes al mérito de la causa de los que tenga conocimiento personal el absolvente (Arts. 403 y 405 CPC); en cambio, el testimonio puede versar sobre hechos en general.

4.2.3 *En cuanto a su trámite procedimental*

4.2.3.1 La confesión puede ser extrajudicial (Art. 1.400 CC) siendo susceptible de ser probada en juicio a través de los medios permitidos por la Ley; a diferencia del testimonio, el cual no produce ningún efecto si es rendido extrajudicialmente y no es ratificado en juicio con las formalidades legales.

4.2.3.2 La confesión puede emanar del apoderado, dentro de los límites de mandato y por causa de hechos realizados en nombre de su mandante, a condición de que subsista el mandato al momento de la promoción de las posiciones (Arts. 1.401 CC y 407 CPC); mientras que el apoderado no puede testificar por la parte a quien represente (Art. 478 CPC).

4.2.3.3 La confesión puede ser solicitada por las partes desde el día de la contestación de la demanda después de realizada ésta, hasta el momento de comenzar los informes en primera instancia; y también puede ser promovida en segunda instancia (Arts. 405 y 419 CPC). El testimonio, en cambio, sólo puede ser promovido y evacuado en primera instancia (Art. 396 CPC); no estando comprendido entre las pruebas admisibles en segunda instancia, como dispone el artículo 520 CPC, que también confirma la admisibilidad de la confesión en dicho grado.

4.2.3.4 El solicitante de la prueba de confesión arrastra consigo la carga procesal de absolverlas recíprocamente a la parte contraria (Art. 406 CPC), reciprocidad ésta que no está consignada en modo alguno para el promovente de la prueba testimonial.

4.2.3.5 La ausencia del declarante también produce distintos efectos, puesto que cuando fuere del testigo, al tornarse éste en contumaz, será objeto de multa o arresto proporcional, según estatuye el artículo 495 del CPC. En cambio, si la ausencia es del confesante, se le tendrá por confeso en las posiciones que le estampe la contraparte (Arts. 412 CPC), derivándose así consecuencias jurídicas en la litis donde es parte.

5. RESTRICCIONES A LA PRUEBA TESTIMONIAL EN VENEZUELA

En nuestro país se ha rodeado al testimonio de múltiples restricciones establecidas tanto en el Código Civil como en el Código de Procedimiento Civil. En el primero están contenidas las atinentes a su admisibilidad; y en el segundo, las que se refieren no tanto al medio probatorio en sí, como al perfil subjetivo del testigo, consagrándose de esta dual manera toda una gama de limitaciones propias de la figura probatoria en cuestión.

5.1 *LIMITACIONES EN CUANTO A SU ADMISIBILIDAD*

El Código Civil Venezolano, en el Libro III, Título III, Capítulo V, Sección II, se refiere a la "Prueba de Testigos", en una normativa que se extiende de los Arts. 1.387 al 1.393, ambos inclusive, la cual como tuvimos oportunidad de exponer (*Supra* N° 1), fue incorporada a nuestra legislación por la orientación de corte francoitaliana que ésta recibiera, por lo que acudiremos a la doctrina extranjera, para comprender mejor su verdadero alcance y significado.

Ya para fines del siglo pasado, Ricci anunciaba la descendencia de la prueba testimonial en las preferencias del legislador, aseverando que en materia probatoria, ella no constituía la regla sino la excepción; advirtiendo a la vez que "Los testigos no son admitidos a probar las convenciones pactadas entre las partes, salvo en los casos señalados por la Ley".[46]

Las anteriores afirmaciones se produjeron en vista de la orientación seguida por el Código Civil italiano de 1865 en la materia, cuyos antecedentes más remotos provinieron al decir de Chiovenda, de la ley francesa, con el fin de poner término a las complicaciones que presentaba la prueba testimonial en los procesos del Parlamento de París y no por la poca fe del legislador respecto de los testigos; siendo así como surgió

[46] Ricci, Francisco. *Tratado de las Pruebas.* Trs. Adolfo Buylla y Adolfo Posada. s/l. s/e. s/f. Tomo I. p. 367.

una serie de disposiciones con esa finalidad, establecidas en las Ordenanzas de Carlos III, Luis XII y Francisco I, recurriéndose en la Ordenanza de Moulins (1566) al radical remedio de suprimirla para todos los contratos cuyo valor excediera de cien francos.[47] De allí pasó la precitada prohibición a la Ordenanza de Luis XIV promulgada en el año de 1677, repitiéndose en el Código de Napoleón[48] de donde pensamos, la tomó el Código Civil italiano de 1867, el cual establecía en su artículo 1.341 que la prueba de testigos no era admisible en los casos siguientes: a) En los que se quisiera probar un contrato sobre objeto cuyo valor excediera de dos mil liras; b) En los que se quisiera probar términos en contra o en adición del contenido de documentos escritos; y c) Ni sobre aquello que se alegue haber dicho antes, al mismo tiempo o posteriormente a documentos escritos, aun cuando se trate de sumas inferiores a dos mil liras.[49]

Resulta evidente que esta última norma fue incorporada a nuestro Código Civil, el cual en su Art. 1.387 establece que:

> No es admisible la prueba de testigos para probar la existencia de una convención celebrada con el fin de establecer una obligación o de extinguirla, cuando el valor del objeto exceda de dos mil bolívares (Bs. 2.000,00). Tampoco es admisible para probar lo contrario de una convención contenida en instrumentos públicos o privados o lo que la modifique, ni para justificar lo que se hubiese dicho antes, al tiempo o después de su otorgamiento, aunque se trate en ellos de un valor menor de dos mil bolívares (Bs. 2.000,00). Queda, sin embargo, en vigor lo que se establece en las leyes relativas al comercio.

Por lo que seguidamente procederemos a su análisis, mencionando que entre nosotros, como en Italia, básicamente los límites legales de la prueba

[47] Chiovenda, Giuseppe. *Ob. Cit.* p. 246.
[48] ARRAIZ, Rafael. *Doctrina y Praxis de la Prueba de Testigos.* Caracas. Ediciones Schnell C.A. 1980. p. 17.
[49] Chiovenda, Giuseppe. *Ob. Cit.* pp. 244-245.

testimonial, como sostiene Liebman, devienen de tres factores: a) De la naturaleza del hecho a probar; b) De las relaciones de tal prueba con la documental; y c) De las cualidades existentes en la persona de testigo.[50]

En primer término, calificadas opiniones doctrinarias coinciden en sostener que se excluye la prueba de testigos y además todo género de prueba, aparte de la escrita, para la demostración de actos en los cuales la forma escrita está prevista como un requisito de validez o *ad sustantian*.[51] Así parece entenderlo nuestro vigente Código Civil en el artículo 1.355, cuando dispone:

> No es admisible la prueba de testigos para probar la existencia de una convención celebrada. El instrumento redactado por las partes y contentivo de sus convenciones es sólo un medio probatorio; su validez o su nulidad no tiene ninguna influencia sobre la validez del hecho jurídico que está destinado a probar, **salvo los casos en que el instrumento se requiera como solemnidad del acto**. (Negrillas nuestras).

Encontramos entonces una limitación que atiende a las relaciones con la prueba documental.

En segundo término, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1.387 del Código Civil, la prueba de testigos tampoco se admite para probar la existencia o extinción de una obligación contenida en una convención cuyo objeto valga más de DOS MIL BOLÍVARES (Bs. 2.000,00); encontrándose aquí presente una restricción atinente a la naturaleza del hecho a probar, lo cual nos lleva a realizar algunas determinaciones; surgiendo la duda acerca de ¿qué debe entenderse como convención? En nuestra opinión, la ley usa dicho término como sinónimo de contrato y el mismo Código Civil se encarga de definirlo en el Art. 1.133 una "Convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo ju-

[50] Liebman, Enrico. *Ob. Cit.* p. 360.
[51] En este sentido ver: Chiovenda, Giuseppe. *Ob. Cit.* p. 244 y Liebman, Enrico. *Ob. Cit.* p. 360.

rídico". En dicha virtud quedan fuera de la prohibición los hechos jurídicos, aun cuando el valor de la causa supere el límite legal; igualmente, no alcanza el veto, cuando se trate de probar en este tipo de convenciones los hechos impeditivos (por ejemplo: simulación, o vicios del consentimiento) y los hechos extintivos (por ejemplo: el pago o la prescripción) puesto que en criterio de Chiovenda, el pago no debe considerarse una convención o un acuerdo autónomo para deshacer un vínculo jurídico, ya que tanto la voluntad de pagar como la de recibir el pago "aparecen sólo en relación de consecuencia con la precedente obligación, de la que nace el deber de pagar y el deber de recibir";[52] además hay que tener en cuenta, como lo dice el reputado autor que la "Ley limita la prueba testifical de los contratos y no la prueba testifical en materia de contratos".[53]

En tercer término, la prueba de testigos es inadmisible para probar lo contrario de una convención contenida en instrumentos públicos o privados, o lo que la modifique y tampoco para justificar lo que se hubiese dicho antes, al tiempo o después de su otorgamiento, aunque se trate en ellos de un valor menor de DOS MIL BOLÍVARES (Bs. 2.000,00). Aquí el precepto se torna todavía más claro e inteligible, aun cuando resulta conveniente acotar, que en opinión que consiente Liebman, la jurisprudencia italiana admite la prueba en comentario cuando se encuentra dirigida fundamentalmente a establecer sólo la interpretación del contrato estipulado sobrepasando el límite cuantitativo y así encontramos presente otra limitación derivada de las relaciones entre el testimonio y los documentos.[54]

En cuarto término, el Código Civil permite en su artículo 1.388, la prueba referida cuando la acción exceda de Dos Mil Bolívares (Bs. 2.000,00) por acumulación de los intereses y también cuando en juicio se demanden cantidades que reunidas excedan dicho límite cuantitativo, cuando los créditos procedan de diferentes causas o fuesen contraídos en épo-

[52] Chiovenda, Giuseppe. *Ob. Cit.* p. 246-247.
[53] *Ídem.*
[54] Liebman, Enrico, *Ob. Cit.* p. 361.

cas distintas, si ninguno de ellos, individualmente considerados, excedan de Dos Mil Bolívares (Art. 1.391 CC). Asimismo es admisible el testimonio, ante la existencia de un principio de prueba por escrito, el cual resulta de todo escrito emanado de aquél a quien se le opone, o de aquél a quien él representa, que haga verosímil el hecho alegado (Art. 1.392 CC). También cuando presunciones o indicios resultantes de hechos ciertos probados, no por testigos, sean bastantes para determinar la admisión de esa prueba y finalmente en las hipótesis prevista por el artículo 1.339 del Código Civil, a saber: a) En los casos que haya existido para el acreedor la imposibilidad material o moral de obtener una prueba escrita de obligación y aquí Chiovenda, como ejemplo de imposibilidad material, se refiere a los depósitos necesarios realizados en ocasión de incendio, ruina, naufragio, etc., y como de imposibilidad moral, lo cual ha sido aceptado incluso por la jurisprudencia italiana, la "...imposibilidad de exigir un documento de la obligación a persona ligada a nosotros por vínculos de parentesco, amistad, respeto, etc.";[55] b) También cuando el acreedor haya perdido el título que le servía de prueba, como consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, es decir, sin su culpa; y c) Cuando el acto fuere atacado por ilicitud de causa. Sancionando al actor que proponga una demanda que exceda de DOS MIL BOLÍVARES, aun cuando restrinja su primitiva pretensión, con inadmisibilidad de la prueba de testigos (Art. 1.389 CC) y también si se demandare una cantidad menor de DOS MIL BOLÍVARES, si resulta que ésta es residuo o parte de un crédito mayor que no está probado por escrito (Art. 1.390 CC).

Ante tantas restricciones del testimonio, no podemos menos que expresar que es tiempo de que el legislador venezolano proscriba esos resabios que constituyen reminiscencias de legislaciones antiguas, por cuanto nos parece inconcebible que habiéndose incorporado a nuestro Código de Procedimiento Civil en sus artículos 507 y 508, normas para la estimación del testimonio que dan mucha libertad al juez para la valoración de la prueba de testigos, nuestro Código Civil se empecine en mantener

[55] Chiovenda, Giuseppe. *Ob. Cit.* p. 249.

tan obsoletas normas. Ya en los albores del siglo XX, se alzó la voz de Chiovenda expresando no existir razón valedera para que el testimonio –vía más frecuente de propagación de conocimientos y noticias– dentro del proceso tenga una función más limitada que en su desempeño en la vida, y apuntaba desde entonces, que los estudios de lógica y psiquiatría forenses deberían necesariamente redundar en beneficio del análisis del testimonio y que sus defectos y peligros "...no deben conducir a excluir esta prueba de los juicios, sino a proveer al Juez de instrumentos más refinados de discriminación".[56]

Comentando el actual Código Civil italiano, el Profesor Ugo Rocco sostiene que a pesar de que el artículo 2.721 limita como principio general en la prueba de testigos, a los contratos que no excedan un valor de cinco mil liras, deja a la apreciación discrecional del Juez su admisión sobre el límite mencionado, cuando no se exija *ad sustantian* la prueba por escrito (Art. 2.725) y teniendo en cuenta la calidad de las partes, la naturaleza del contrato y toda otra circunstancia, estableciendo un principio "...admitido por el Código Civil en derogación a lo establecido por el Código de 1865".[57] Principio que a su manera de ver las cosas, es peligroso y causa intranquilidad;[58] pero siempre dependerá de la prudencia y el buen juicio de los jueces acordar la admisión de la prueba en cuestión, en los contratos que sobrepasan el límite fijado cuando la prueba escrita no se exija como formalidad *ad sustantian.*

En la doctrina española se distinguen entre los requisitos del testimonio, el objeto sobre el cual recae, llamado por Guasp específicamente "idoneidad", puesto que en su criterio "... no todas las materias procesales son especialmente adecuadas para recibir una prueba de esta clase";[59] y en este orden de ideas la legislación española, como regla general, se encuentra establecida la adecuación de testimonio por el artículo 1.244

[56] *Ibídem,* p. 246.
[57] Rocco, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil.* Trs. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra-Redín. Buenos Aires. Editorial Depalma. 1976. Tomo III. p. 134.
[58] *Ídem.*
[59] Guasp, Jaime. *Ob. Cit.* p. 370.

del Código Civil, el cual dispone que la prueba de testigos será admisible en todos los casos en que no se halle expresamente prohibida.[60] Entonces, expone Guasp, las excepciones a dicha prueba son numerosas y se agrupan en dos clasificaciones: a) jurídico-materiales; y b) jurídico-procesales. Las primeras teóricamente pertenecen el Derecho Civil y al Mercantil, encontrándose recogidas fundamentalmente en el artículo 1.248 del Código Civil que dispone:

> Los tribunales se cuidarán de evitar que por la simple coincidencia de algunos testimonios, a menos que su veracidad sea evidente, queden definitivamente resueltos los negocios en que de ordinario suelen intervenir, escrituras, documentos privados o algún principio de prueba por escrito.

Pero como advierte dicho autor, ello "no encierra un verdadero mandato, sino una simple admonición o consejo, y no prohíbe la prueba testimonial, sino que restringe discutiblemente el valor que ha de dársele",[61] y además, continúa, " los casos de fijación de una determinada forma a un negocio jurídico civil (...) por ser forma exigida a *solemnitanten* y no *ad pobationen,* no pueden tampoco encuadrarse en esta categoría"[62] y las excepciones de derecho procesal comprenden las casos en que para el ejercicio de determinada pretensión, como la acción ejecutiva o una cierta oposición, como la compensación, la ley exige que estén fundamentadas en un documento.[63]

También el derecho portugués establece el Código Proceso Civil de 1962, en su artículo 116, como principio general que: "la prueba de testigos es admitida en todos los casos en que no sea directa o indirectamente prohibida" y añade en el artículo 617 que:

> Es inadmisible la prueba de testigos en contra o además del contenido de documentos auténticos, en la parte que éstos tie-

[60] *Ídem.*
[61] *Ídem.*
[62] *Ídem.*
[63] *Ídem.*

> nen fuerza probatoria plena, y en contra o además del contenido de documentos particulares tenidos como verdaderos en los términos de los artículos 534 y 537, en la medida en que la ley les atribuye fuerza probatoria especial, excepto si unos u otros fueren argüidos de falsedad.[64]

5.2 *LIMITACIONES EN CUANTO A LA PERSONA DEL TESTIGO*

El nuevo Código de Procedimiento Civil Venezolano establece todo un sistema de inhabilidades respecto de la persona del testigo, repitiendo así la normativa existente en el derogado Código de 1916,[*] el cual incorporó al ámbito procesal por vez primera, un conjunto de disposiciones que antes se encontraban insertas en el Código Civil de 1904, conjuntamente con las que "consagraban la inadmisibilidad de la prueba de testigos".[65]

El referido sistema consagra dos tipos de incapacidades para testimoniar: Absolutas y Relativas. Las primeras atañen genéricamente al sujeto de la prueba e imposibilitan su testimonio, en cualquier proceso donde sea promovido o evacuado; las segundas en cambio, atienden a las cualidades personales de dicho sujeto, en función del particular juicio donde se producirá la testimonial.

En efecto, dispone el artículo 477 del CPC que: "No podrán ser testigos en juicio: el menor de doce años de edad, quienes se hallen en interdicción por causa de demencia, y quienes hagan profesión de testificar en juicio". De lo que se infiere **que los destinatarios de la norma transcrita son absolutamente incapaces de ofrecer testimonio**. En el caso de los menores de doce años, se justifica según Borjas, puesto que a dicha edad se "carece, por lo general, del discernimiento suficiente para desempeñar la delicada misión del testigo, y para darse cuenta perfecta de la importancia que ella tiene por las consecuencias que pue-

---

[64] Citado por De Paula Pérez, Alfonso. *La Prueba de Testigos en el Proceso Civil Español.* Madrid. Reus S.A. 1968. p. 87.

[*] Sólo redujo el límite mínimo de la edad apta para ser testigo.

[65] Borjas, Arminio. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*. Caracas. Ediciones Sales. 1964. T. III. p. 362.

de conducir".[66] Insistiendo el autor patrio en la búsqueda de la *ratio legis* de la disposición, sosteniendo que en el segundo supuesto (interdicción por causa de demencia), la sentencia que declare la interdicción "hace fe pública de que el entredicho se halla en estado habitual de defecto intelectual", poniendo –si el entredicho es admitido como testigo– "en tela de juicio lo que tiene fuerza de cosa juzgada";[67] y agregando de seguidas que el testigo de profesión es indigno de fe "por que su dicho es propiedad del mejor postor" y por ello, debe estar "absolutamente inhabilitado para ser oído en juicio".[68] Debemos reconocer el esfuerzo que hizo el Legislador del 16 por reducir del texto original del Código Civil de 1904, la lista de las incapacidades obsoletas, pero pensamos que el Legislador de la reforma sin duda se quedó corto al mantener dichas incapacidades. El Profesor español De Paula Pérez opina con acierto que las causas de incapacidad y su establecimiento son propias del sistema de la prueba legal, "pero el Derecho moderno rechaza el sistema de la prueba legal; adoptando el principio de la soberanía judicial en la apreciación de la prueba".[69]

Es deseable que en la futura reforma del CPC, proyectada por el Constituyente del 99 (Art. 257 CN), se acoja la total erradicación de las incapacidades para testimoniar, otorgando al Juez la apreciación soberana de la prueba.

Veremos de seguidas las incapacidades relativas establecidas por nuestro Código de Procedimiento Civil y su justificación, es decir, aquéllas que se refieren a las cualidades personales del testigo, en función del juicio particular donde se produce el testimonio; y ellas son según el artículo 478 del CPC: a) La del magistrado en la causa que está conociendo, al haber sido establecida como causal de recusación en el Ord. 16 del Art. 82 CPC; b) La de abogado o apoderado por la parte a quien represente, por aparecer evidente su interés en las resultas del juicio; c)

[66] *Ibídem,* pp. 365-366.
[67] *Ídem.*
[68] *Ídem.*
[69] De Paula Pérez, Alfonso. *Ob. Cit.* p. 43.

La de vendedor en causas de evicción sobre la cosa vendida; al estar fuera de duda el interés del vendedor en éstas; d) La del socio en asuntos que pertenezcan a la compañía por presumirse el interés del mismo en los asuntos judiciales que rodeen al ente social; e) La del heredero presunto, el donatario, el que tenga interés, aunque sea indirecto, en las resultas de un pleito, y el amigo íntimo, no pueden testificar a favor de aquellos con quienes les comprenda estas relaciones. El enemigo no puede testificar contra su enemigo (Art. 479 del CPC); f) La derivada de la condición de ascendiente, descendiente o cónyuge de las partes en conflicto; g) La de los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado y la de los afines hasta el segundo grado, exceptuándose el caso de que se trate de probar parentesco o edad; precisamente por el interés derivado de nexo familiar; h) La derivada de la condición de sirviente doméstico, respecto de la parte que lo tuviere a su servicio (Art. 480 CPC), por el interés confirmado por la relación de dependencia a la que está sujeto éste.

6. TRILOGÍA ESTRUCTURAL DEL TESTIMONIO

En el desarrollo de este punto, hemos de referirnos a los sujetos del testimonio, al destinatario del mismo; y en último término, a su objeto, los cuales conforman la denominada trilogía estructural de este medio probatorio.

6.1 *SUJETOS DE TESTIMONIO*

No parecen existir desavenencias en la doctrina, en cuanto a los sujetos de la prueba en estudio, y en opinión autorizada, el testimonio en sentido estricto presenta como sujeto al tercero declarante o narrador, esto es, al testigo como un "tercero que narra o comunica hechos al Juez o investigador en un proceso o en diligencias procesales previas, o que ha sido llamado por el Juez con tal finalidad".[70] Palacio, al analizar el asunto, engloba en su concepto no sólo a los testigos que son las "personas llamadas a prestar declaración", sino también a las partes a quienes consideran proponentes.[71] Pensamos que no debe incluirse entre los

[70] Devis Echandía, Hernando. *Ob. Cit.* p. 63.
[71] Palacio, Lino. *Ob. Cit.* p. 568.

sujetos al órgano judicial, puesto que como bien lo apunta Carnelutti si el "testimonio es una declaración representativa, tiene lugar necesariamente en consideración a una o más persona que lo deben recoger" por lo que "se representa o se narra para todos o para alguien" y así "frente al testigo se alza la figura del destinatario del testimonio", el Juez,[72] puesto que precisamente lo que convierte al testimonio en prueba judicial, es el de ser representado ante el Juez con las formalidades de ley. Pero si pensamos que debe incluirse a las partes (actor y demandado), puesto que la promoción (que es un acto privativo de éstas) es anterior a la evacuación del testimonio.[*]

6.2 *DESTINATARIO DEL TESTIMONIO*

En este orden de ideas, resulta conveniente acotar que cuando hablamos de la prueba del testimonio, aludimos al judicial, esto es, "la declaración hecha al juez por el testigo sobre los hechos objetos del debate".[73] Por tanto, "destinatario de la prueba es el Juez, o sea, el llamado a valorarla, a tener o no los hechos objeto de la representación como verdaderos" [74]. Es decir, que lo que caracteriza al testimonio judicial, es el de ser rendido ante el Juez, en el proceso, concluyendo Herce Quemada en negar el carácter de prueba de testigos en el sentido de la ley procesal, al llamado "testimonio documental" o al testimonio evacuado por ejemplo, ante un Notario, "recogiéndose su declaración (de saber y no de voluntad) en un documento público (Acta Notarial)".[75]

En Venezuela el testimonio documental, esto es, la declaración de ciencia que emana de una persona para hacer conocer al juez un determinado hecho, no puede asimilarse a la prueba testimonial, pues hemos visto que el testimonio extrajudicial no es válido, y si bien el documento públi-

---

[72] Carnelutti, Francesco. *Ob. Cit.* p. 151.

[*] A pesar de que el Juez está facultado de oficio para ordenar la comparecencia de algún testigo que haya sido promovido por las partes o que aparezca mencionado en alguna prueba o en algún acto procesal de ellas, a tenor de lo dispuesto por el Ord. 3° del Art. 401 CPC.

[73] Gómez Orbaneja, Emilio y Herce Quemada, Vicente. *Ob. Cit.* p. 348.

[74] *Ídem.*

[75] *Ídem.*

co merece fe en cuanto a la identidad del declarante, la declaración del mismo debe estar sujeta a las formalidades del contradictorio, a fin de mantener la vigencia del "debido proceso" y el principio de "igualdad de las partes", consagrados por los Arts. 49 CN y 15 CPC. Y si la declaración está instrumentada en documento privado, emanado de un tercero que no es parte en el juicio ni causante de alguna de ellas, debe ser ratificado por éste mediante la prueba testimonial (Art. 431 CPC).

Al respecto, advierte el Maestro Rengel-Romberg que si bien la precitada norma se refiere a los documentos privados, puede extenderse a la hipótesis que el testimonio conste en documento público o auténtico, porque el hecho que el "testimonio haya sido instrumentado en esta forma, y esté revestido de autenticidad, no desnaturaliza el carácter testimonial de la prueba y sólo da fe de que la declaración emana ciertamente de declarante (testigo), pero no de la verdad de los hechos declarados, cuyo control debe por tanto someterse a las reglas del contradictorio propias de la prueba testimonial".[76]

6.3 *OBJETO DEL TESTIMONIO*

El objeto del testimonio puede ser, como sostiene Carnelutti, "los hechos no presentes, es decir, acaecidos antes del acto mismo" (...) pudiendo el testigo narrar al Juez hechos por él realizados y también deducidos".[77] En la doctrina argentina, Palacio opina en igual sentido, acotando que son objeto del testimonio los hechos en general, con "la exigencia de que esos hechos hayan ocurrido con anterioridad a la declaración".[78] En la doctrina italiana, Michelli afirma que objeto de testimonio son los hechos relevantes de la causa percibidos directamente por el testigo o por haber oído referirlos a otros.[79] Redenti, por su parte, lo reduce a los "hechos o circunstancias que declare conocer haber aprehendido de *visu et auditu* (de vista y de oído)".[80] En la doctrina

[76] Rengel-Romberg, Arístides. *Ob. Cit.* Vol. IV. p. 353.
[77] Carnelutti, Francesco. *Ob. Cit.* p. 121.
[78] Palacio, Lino. *Ob. Cit.* p. 568.
[79] Michelli, Gian Antonio. *Ob. Cit.* p. 171.
[80] Redenti, Enrico. *Ob. Cit.* p. 293.

española, Herce Quemada sostiene que "objeto de la declaración son hechos –no necesariamente percibidos sino también deducidos–, en la misma dirección que Carnelutti, "mas no opiniones sobre el alcance de los hechos o juicios de valor sobre los mismos",[81] con lo cual coincide con Michelli cuando éste afirma que esas materias están reservadas al Juez y no al testigo.[82]

En la doctrina colombiana, Devis Echandía acoge la tesis de Carnelutti sin reservas, en cuanto a considerar como testimonio tanto los hechos percibidos como los hechos deducidos por el testigo; pero en un afán de aclarar lo expresado por aquél en cuanto a los "hechos no presentes", dejó expuesto lo siguiente:

> Nos parece que objeto del testimonio deben ser los hechos acaecidos antes de su recepción, pero aclarando que pueden subsistir en ese momento y, por tanto, no es necesario que sean hechos pasados; en consecuencia, el testimonio puede versar sobre hechos presentes, en cuanto todavía existen (como la mejora, el mojón, la cosa, el animal, la persona reconocida), pero es indispensable que existan desde antes.[83]

7. EL DEBER JURÍDICO DE TESTIMONIAR

Resulta evidente que si el ordenamiento jurídico dejara al arbitrio de los ciudadanos acudir a la sede del órgano jurisdiccional cuando sean llamados a rendir testimonio, tal circunstancia afectaría los fines de la jurisdicción, entendida ésta como una actividad que persigue una dualidad de fines, los cuales en orden a su importancia son: El resolver definitivamente los conflictos intersubjetivos de intereses y la satisfacción del interés privado presente en ellos. De manera que, en la actual versión publicística del proceso, los ciudadanos tienen el deber jurídico de ofrecer su testimonio para de esta manera auxiliar la jurisdicción. Por

[81] Gómez Orbaneja, Emilio y Herce Quemada, Vicente. *Ob. Cit.* p. 347.
[82] Michelli, Gian Antonio. *Ob. Cit.* p. 172.
[83] Devis Echandía, Hernando. *Ob. Cit.* pp. 65-66.

consiguiente, y en ello parece haber coincidencia en la doctrina, se afirma que tal deber es de naturaleza pública, y es así como "la ley impone a aquéllas pensamos que, por haber tenido conocimiento de los hechos de la causa, pueden y por eso deben prestar su colaboración a la administración de justicia".[84] Otros en una posición más vanguardista como Guasp, sostienen que justamente el susodicho deber está establecido en atención a la finalidad pública perseguida por el proceso, afirmando:

Existe, en términos generales y sin perjuicio de las correspondientes excepciones, un deber general de testimoniar una imposición de una conducta jurídicamente exigible, incluso de modo continuo, en el grado en que esto resulte posible, por la que se debe rigurosamente la prestación del testimonio.[85]

Algunos como Parra Quijano, lo ven como un "derecho del Estado exigir a las personas que se encuentran en su territorio, que rindan testimonio",[86] admitiendo que dicha facultad tiene naturaleza de derecho público. Otros estiman que es un deber –incluso sancionado penalmente– el que tiene el tercero para bajo juramento, contar al Juez lo que sabe de los hechos de la causa, colaborando así con la justicia; deber "que ha sido reconducido a un principio de solidaridad social pero que surge sólo si el tercero es invitado a rendir testimonio.[87] Es decir, en opinión de Michelli este deber sólo surge cuando el tercero es debidamente invitado a que rinda el testimonio y no antes. Palacio, en relación al punto concluye afirmando que:

> Esta obligación se proyecta sobre cualquier persona propuesta en calidad de testigo por las partes o el propio Juez, trayendo aparejado su incumplimiento voluntario, sanciones de índole procesal y penal, inclusive el uso de la fuerza pública para obtener la comparecencia del testigo.[88]

[84] Liebman, Enrico. *Ob. Cit.* p. 364.
[85] Guasp, Jaime. *Ob. Cit.* p. 365.
[86] Parra Quijano, Jairo. *Ob. Cit.* p. 17.
[87] Michelli, Gian Antonio. *Ob. Cit.* p. 172.
[88] Palacio, Lino. *Ob. Cit.* p. 584-585.

Devis Echandía por su parte, al comentar la legislación colombiana corrobora que "el deber de testimoniar está garantizado, precisamente, por sanciones que el Estado consagra en la Ley Procesal" y pueden ser desde multas sucesivas hasta penas privativas de la libertad por desacato al Juez o bien una continuación de ambas.[89] En nuestra Legislación, el mencionado deber aparece consagrado por el Art. 481 del CPC cuando establece que: "toda persona hábil para ser testigo debe dar declaración". Deber que aparece debidamente complementado por el Art. 494 *ejusdem*, al disponer la obligación general que rodea a todas las personas de comparecer a rendir testimonio, resaltando que no podrán excusarse por razón de privilegio ni por ninguna otra causa e instituyendo multa o arresto proporcional a los contumaces. Exceptuándose a los Jefes de Misiones Diplomáticas y aquellos de sus empleados que gocen de extraterritorialidad, quienes no están obligados a testificar (parte *in fine* Art. 495 CPC). Algunos tratadistas han pretendido desmembrar el deber de testimoniar en subdeberes, tales como el deber de comparecer, el deber de prestar juramento, el deber de decir la verdad sobre los hechos objetos del interrogatorio, el deber del testigo de acompañar los documentos que posea y que tengan relación con su declaración, el deber del testigo de someterse a inspección o examen persona, etc., pero nosotros opinamos que esas son directrices dadas por la ley no tanto al testigo, sino al órgano jurisdiccional llamado por ella a presenciar su declaración; constituyendo formalidades de trámite procedimental accesorias del deber de testimoniar, como por ejemplo: el deber de comparecer (Art. 483 CPC); el deber de prestar juramento y el de decir la verdad (Art. 486 CPC); la facultad oficiosa del Juez para realizar preguntas al testigo (Art. 487 CPC), excepción al deber de comparecer ante la sede del tribunal por el que puede el órgano judicial trasladarse hasta la morada del testigo (Art. 490 CPC), entre otras. También existe una excepción al deber de comparecer a la sede del tribunal a rendir testimonio, establecida por el Art. 495 del CPC, que incluye al Presidente de la República o quien hiciere sus veces, los ministros, diputados a la Asamblea Nacional durante el período de inmunidad, los magistra-

[89] Devis Echandía, Hernando. *Ob. Cit.* p. 52.

dos del Tribunal Supremo de Justicia, los gobernadores de estado, los arzobispos y obispos titulares de Arquidiócesis y Diócesis, y los integrantes del Alto Mando Militar de la Fuerza Armada Nacional, pudiendo las partes solicitar que las mencionadas personas contesten por escrito u oficio dirigido al tribunal, las preguntas escritas que presentare la parte promovente, lo cual impide el control de la testimonial evacuada de esta forma, atentando contra el derecho de defensa soporte fundamental del "debido proceso" (Art. 49 CN) o solicitar que rindan declaración en su morada, caso éste en el cual pueden ser objeto de repreguntas, como garantiza un adecuado control de la prueba.

7.1 *EXCEPCIONES*

Del igual manera, conjuntamente con la consagración del deber de testimoniar, el propio Art. 481 CPC trae aparejada dos excepciones al mismo, cuando en su parte *in fine* dispone que "...podrán excusarse:

1°.- Los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado y los afines hasta el segundo.

2°.- Quienes por su estado o profesión deben guardar secreto respecto del hecho de que se trate".

Entendemos la primera excepción, en virtud de que conforme al Art. 480 CPC, los señalados parientes no pueden ser testigos a favor de las partes que los presenten; pero caso de ser presentados por la contraria, ellos pueden ofrecer su declaración; mas la Ley, sabiamente, les otorga la posibilidad de que se abstengan –eximiéndolos del deber de testimoniar– en aras de la unión y cordialidad que debe existir entre los miembros de una familia.

La segunda, establece una protección para las personas que en razón de su estado o profesión acceden a información confidencial, quienes de esta manera y en virtud del denominado "Secreto Profesional" pueden excepcionarse del deber testimoniar, manteniendo así la reserva natural y confidencialidad que deben rodear las relaciones entre dichas personas y los particulares.

8. TRAMITACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Como quiera que en esta materia el nuevo Código se apartó sustancialmente del CPCD, hemos considerado conveniente realizar, aun cuando sea en forma esquemática, una breve exégesis de las actuales disposiciones que regulan dicho trámite. En tal sentido, encontramos que al promover la prueba de testigos la parte tiene la obligación de presentar al tribunal la lista de las personas que deben declarar junto con sus respectivos domicilios (Art. 482 CPC). Una vez admitida la prueba, el Juez fijará una hora del tercer día siguiente para el examen de los testigos, sin necesidad de citación, a menos que la parte lo solicite expresamente. Para el caso de comisión dada a otro Tribunal de la misma localidad para el respectivo examen, la fijación la hará el Juez comisionado, facultándose a la parte para la presentación ante el Juez de la causa o el comisionado, del testigo que estuviere domiciliado fuera del lugar del juicio (Art. 483 CPC). Si fueren varios los testigos y diferentes sus domicilios, se emitirán despachos separados a los distintos jueces comisionados, computándose el lapso para la evacuación según la regla establecida por el numeral 2 del Art. 400 CPC, debiendo los testigos, previamente a su examen, prestar juramento de decir la verdad, manifestar su nombre, apellido, edad, estado civil, profesión, domicilio y si existe algún impedimento para declarar, a su cuyo efecto se les leerán por el juez los artículos respectivos del Código (Art. 484 y 486 CPC). Asimismo dispone el texto adjetivo, que el examen de los testigos se hará en público, reservada y separadamente unos de otros, debiendo el interrogatorio ser formulado por la parte promovente o su apoderado, de viva voz. Concluido el interrogatorio, la parte contraria o su apoderado podrán efectuar repreguntas de palabra al testigo, sobre los hechos a que se ha referido el interrogatorio u otros que tiendan a esclarecer, rectificar o invalidar el dicho del testigo, con la limitación de que cada pregunta o repregunta deberá versar sobre un solo hecho y pudiendo el Juez declarar terminado el interrogatorio cuando a su juicio considere suficientemente examinado al testigo, estando facultado para hacerle cualquier pregunta que crea conveniente, a fin de ilustrar su propio juicio (Arts. 485 y 487 CPC). Asimismo, establece como obligación del

Juez el proteger a los testigos contra todo insulto, hacer efectiva la libertad que deben tener para decir la verdad y la facultad, que exclusivamente tiene, de interrumpir el acto de declaración de un testigo para corregir algún exceso (Art. 488 CPC). Igualmente, como tuvimos oportunidad de exponer, aparejado al deber de testimoniar, se encuentra el deber de comparecer, castigando la contundencia con multa o arresto proporcional; pero si el testigo justificare su ausencia, el tribunal podrá eximirlo de pena, después que haya declarado en la causa. Estableciéndose excepciones al deber de comparecer, en razón a las delicadas funciones que ejercen personeros de la vida pública nacional, tales como el Presidente de la República, los ministros, diputados, gobernadores de estado y otros dignatarios, quienes podrán contestar por escrito u oficio al tribunal o rendir testimonio en su morada (Arts. 494, 495 y 496 CPC). También está facultado el Juez para ordenar que el examen del testigo se verifique en el lugar a que se han de referir sus deposiciones y en caso de tener éste impedimento justificado, trasladarse hasta su morada a los fines de su examen, lo cual ha de hacer previo auto dictado al efecto (Arts. 489 y 490 CPC). Para el caso de que no pudieren ser interrogados los testigos presentados en el mismo día, puede el Juez señalar durante el acto otro día y hora para continuar el examen, no pudiendo leer el testigo durante su examen ningún papel o escrito, debiendo contestar verbalmente las preguntas que se le formularen, con la excepción que, oídas las partes y cuando en su declaración se trate de cantidades o casos difíciles y complicados en que la prudencia del tribunal lo estime necesario, poder consultar sus notas (Arts. 493 y 498 CPC). Contempla también la Ley el derecho a justa indemnización por causa de testimonio, la cual deberá estimar y manifestar el testigo antes de declarar, pudiendo el tribunal reducirla para el caso de que la considere excesiva, y quedando en todo caso, obligado a comparecer y dar declaración (Art. 497 CPC). Después de examinado el testigo y terminadas como sean las repreguntas que le formule la parte contraria al promovente o su apoderado, o luego de declarado finalizado el interrogatorio por el tribunal, se redactará un acta, la cual se leerá al testigo para que éste manifieste su conformidad o haga las observaciones que se le ocurran, firmándola junto con el Tribunal y las partes que hubieren concu-

rrido al acto; debiendo dicha acta, necesariamente contener: a) La indicación del día, hora, mes y año en que se verificó el examen del testigo y la del diferimiento, en el caso de haber sido diferida; b) La mención de haberse llenado los requisitos del Art. 486 del CPC, es decir, el juramento y la manifestación del nombre, apellido, edad, estado, profesión y domicilio del testigo; aparte de los artículos incluidos en el Código de Procedimiento Civil que se refieren a las inhabilidades; c) Las contestaciones que haya dado el interrogatorio y las razones en que haya fundado su dicho; d) Las preguntas que le haya dirigido la parte contraria, su representante o el Juez y las respectivas contestaciones; e) Si el testigo ha pedido indemnización, y cual haya sido la cantidad otorgada; f) La constancia de haberse dado lectura a la deposición, la conformidad que haya prestado el testigo, o las observaciones que haya hecho; g) La firma del Juez y su Secretario; h) La firma del testigo, si supiere y pudiere firmar, o la constancia de que no sabe o no puede hacerlo; e i) las firmas de los intérpretes, si los hubiere, y las de las partes y apoderados que hayan asistido al acto (Arts. 491 y 492 CPC). El acta que habrá de levantarse es fundamental para la valoración del testimonio, estableciéndose unos requisitos cuya omisión, en algunos casos, lo invalida y también permiten al juzgador sentenciar en base al análisis completo de la testimonial evacuada. Estos son, a grandes rasgos, los requisitos legales en la tramitación de la prueba testimonial.

9. INCIDENTE DE TACHA

Nuestro nuevo Código Civil, siguiendo una tradición inveterada de nuestra legislación procesal, ha consagrado en el Art. 499 del CPC, la denominada “Tacha de Testigos”, instaurando que:

> La persona del testigo sólo podrá tacharse dentro de los cinco días siguientes a la admisión de la prueba. Aunque el testigo sea tachado antes de la declaración, no por eso dejará de tomársele ésta, si la parte insistiera en ello. La sola presencia de la parte promovente en el acto de la declaración del testigo, se tendrá como insistencia.

Arminio Borjas sostiene en sus *Comentarios* que "la tacha de testigos es la imputación a éstos de un hecho determinado que hace sospechosa su declaración de inverosimilitud o de parcialidad".[90] En nuestro país, a diferencia de algunas legislaciones en la que no puede la parte tachar al testigo presentado por ella, ésta puede ser propuesta contra la persona de los testigos "no sólo cuando, siendo capaces para declarar, son sospechables de faltar a la verdad, sino cuando presentados como capaces, adolecen de incapacidad jurídica para testificar en juicio",[91] estando impedida de tachar la parte al testigo promovido por ella, a menos que se le hubiere sobornado, caso en el cual no valdrá su testimonio a favor de la parte sobornante (Art. 500 CPC).

Es manifiesta la justificación de la disposición, pues mediando un soborno no puede el testigo ser veraz, como en última instancia requiere la ley.

La tacha es, entonces, una garantía que concede la ley para la depuración del testimonio, como dice De Pina "no es una supervivencia inútil de procedimientos actualmente superados (...) y le permite al Juez, consecuencialmente una más exacta apreciación de las declaraciones.[92] Contrariamente, se manifiesta Devis Echandía, para quien el incidente de tacha no se justifica, puesto que "si se declara no probada la tacha y el testimonio es recibido, el Juez conserva su libertad para apreciar su mérito en la sentencia y puede negárselo si lo considera sospechoso, según el examen de su contenido y la personalidad del testigo".[93]

Somos de la opinión que, en un sistema como el venezolano, el cual todavía mantiene el régimen de incapacidades o inhabilidades absolutas o relativas para los sujetos del testimonio, se justifica el incidente contradictorio de tacha; pero el CPC sabiamente faculta al Juez para desechar el testigo, aun cuando no hubiere sido tachado, expresando siempre el fundamento de tal decisión (Art. 508 CPC), con lo cual se armonizan

[90] Borjas, Armiño. *Ob. Cit.* p. 393.
[91] *Ibídem,* p. 394.
[92] De Pina Vara, Rafael. *Ob. Cit.* p. 223.
[93] Devis Echandía, Hernando. *Ob. Cit.* p. 228.

tendencias contradictorias de nuestro sistema procesal. Debiendo afirmar, para finalizar este punto, que la Ley ordena la comprobación de la tacha propuesta, lo cual deberá hacerse durante el resto del término de pruebas, estadio procesal del que puede usar la parte contraria para contradecirla (Artículo 501 CPC).

10. VALORACIÓN DEL TESTIMONIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO

En la moderna doctrina procesal, el tema de la valoración de la prueba ocupa un lugar preponderante por la estrecha relación que guarda con los lineamientos constitucionales de los Estados, distinguiéndose tres sistemas para su apreciación, que la SCC del TSJ en sentencia dictada en mayo de 1990, interesante por la pedagogía que refleja, clasificó así:

> 1°.- El sistema de la libre convicción, en el cual el juez, para determinar el valor de la prueba, no se encuentra sometido a límites legales ni a norma jurídica alguna, sino que procede de acuerdo con su prudente arbitrio y su conciencia. En este sistema, como apunta Couture, el legislador da un permiso en blanco al juez y le dice: "Tú fallas como tu conciencia te lo diga: ya no tengo reglas. Si diez testigos te dicen que un libro es negro y tú lo vez rojo, tú puedes decir que el libro es rojo. La sentencia sale como tu conciencia te lo indica". 2°.- El sistema de la legalidad, conforme al cual el margen de apreciación del juez es muy estrecho y queda sometido al imperio de la ley de todo poder de arbitrio, estableciendo tarifas probatorias en relación con cada medio de prueba. Siguiendo al eminente Couture, en este sistema el legislador le dice al juez: "Tú fallas como yo te lo digo". Como ejemplo de este sistema, dicho autor cita la partida tercera, dominada completamente por un criterio aritmético, desde luego que determina el número de testigos que en cada caso es necesario para producir plena prueba de la existencia de un hecho o de un acto jurídico. 3°) El sistema de la sana crítica, que puede considerarse como una categoría inmediata, y en el cual el juzgador no goza de

> absoluta libertad de apreciación, ni tampoco está sujeto inexorablemente a la tarifa legal predeterminada por la norma, sino que el juez guiado por la función inductiva-deductiva de su intelecto, y por su conocimiento de la experiencia, llega a persuadirse racionalmente de la certeza del hecho controvertido en el proceso. En este sistema intermedio, según el citado autor, el legislador le dice al juez: "Tú fallas de acuerdo con principios lógicos y de experiencia, ordenados de acuerdo con las reglas que hoy se admiten para juzgar las cosas, es decir, de acuerdo con los principios admitidos por la lógica y de acuerdo con las máximas de experiencia que nos da la observación diaria de la vida (...). En nuestro ordenamiento procesal civil se ha acogido un sistema mixto para la apreciación de la prueba, como se desprende sin duda alguna del texto del Art. 507 del Código de Procedimiento Civil, según el cual: "A menos que exista una regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba, el juez deberá apreciarla según las reglas de la sana crítica". Lo cual significa que algunas pruebas, como la de instrumentos públicos y privados y las de confesión espontánea, por ejemplo, tienen fijado previamente su valor por la norma legal; mientras que otras, también a modo de ejemplo, pueden ser apreciadas mediante criterios de racionalidad y experiencia: inspección judicial, experticia, presunciones *hominis*".[94]

Sin embargo, en lo atinente a la valoración de la prueba de testigos, el CPC incorporó la norma contenida por el Art. 508, el cual es básicamente, una repetición del Art. 367 CPCD,[*] que establece: "Para la apreciación de la prueba de testigos, el juez examinará si las deposiciones de éstos concuerdan entre sí y con las demás pruebas, y estimará cuidadosamente los motivos de las declaraciones y la confianza que merezcan los

[94] Pierre Tapia, Oscar. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.* Caracas. Editorial Jurídica Pierre Tapia. 1990. Año: 90. T. 5. pp. 261-262.

[*] Sólo adiciona el factor "edad" para apreciar la confianza que le merezca al juez la declaración dada por el testigo.

testigos por su edad, vida y costumbres, por la profesión que ejerzan y demás circunstancias, desechando en la sentencia la declaración del testigo inhábil, o del que apareciere no haber dicho la verdad, ya por las contradicciones en que hubiere incurrido, o ya por otro motivo, aunque no hubiese sido tachado, expresándose el fundamento de tal determinación".

Normas éstas que se ven completadas con la obligación a cargo de los jueces de analizar y juzgar todas cuantas pruebas se hayan evacuado, inclusive, aquellas que a su juicio no fueren idóneas para ofrecer algún elemento de convicción con la consignación en la sentencia de su criterio, en cuanto a éstas (Art. 509 CPC), dando lugar la omisión de análisis probatorio a lo que se conoce como el vicio de "silencio de prueba".

Pero no sólo en el texto adjetivo encontramos normas referentes a la valoración del testimonio. También en el CC hallamos disposiciones relacionadas con este aspecto, como lo son los Arts. 1.387, 1.388, 1.389, 1.390, 1.391, 1.392 y 1.393 CC, como tendremos oportunidad de analizar al abordar el examen de la doctrina jurisprudencial emanada del TSJ.

Igualmente, la LOPT vigente a partir de agosto de 2003 incorpora en su Art. 121 para la apreciación de las prueba en general, y por ende del testimonio, reglas de la sana crítica, al instituir: "El razonamiento lógico del juez, basado en las reglas de la experiencia o en sus conocimientos y a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso, contribuye a formar convicción respecto al hecho o hechos controvertidos".

11. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA VALORACIÓN DEL TESTIMONIO POR LA CASACIÓN VENEZOLANA

En este punto de nuestra investigación, nos proponemos recopilar las más relevantes doctrinas jurisprudenciales expresadas en decisiones de las distintas Salas de Casación del TSJ, limitando nuestro estudio al ámbito temporal comprendido entre 1981 y 2002, habida cuenta que para la precitada fecha, el nuevo Código de Procedimiento Civil, cuya aplicación data de 1987, cumplió quince años de vigencia, lo cual permitirá al lector, dimensionar la forma en que las distintas Salas aprecian la prueba en comentario.

11.1 *LO ESTABLECIDO POR LA CASACIÓN EN CUANTO A LA NATURALEZA JURÍDICA AL ARTÍCULO 508 CPC*

Comenzaremos por analizar el artículo 508 del CPC y cuál ha sido la interpretación dada por las distintas Salas del TSJ, en lo concerniente a su naturaleza. Así, encontramos que en principio, por sentencia dictada en febrero de 1988 la SCC, estableció:

> Ahora bien, las reglas de la sana crítica, a las cuales alude en su denuncia el recurrente, sólo se aplicarán supletoriamente, para el caso de que no exista regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba (...) y el artículo 508 *ejusdem*, **es precisamente la norma que consagra la regla legal expresa para valorar la prueba testimonial**, según la cual el Juez examinará si las deposiciones concuerdan entre sí y con las demás pruebas, y estimará cuidadosamente los motivos de las declaraciones y la confianza que merezcan los testigos por su edad, vida y costumbres, y por la profesión que ejerzan".[95] (Negrillas nuestras).

En síntesis, consideró que el artículo 508 *ibídem* constituía regla legal expresa para valorar la prueba testimonial. Posteriormente, la misma SCC en sentencia de septiembre de 1989 se contradijo, cuando afirmó:

> Ha sido doctrina reiterada de esta Sala que, el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil **no contiene regla legal expresa para valorar la prueba de testigos, pues únicamente impone al Juez el deber de apreciar las declaraciones de éstos, atendiendo a las reglas de la sana crítica**, en el sentido que, para su apreciación, el Juez examinará si las deposiciones de los testigos concuerdan entre sí y con las demás pruebas, estimando cuidadosamente los motivos de las declaraciones y la confianza que merezcan los testigos por su edad,

[95] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 88.T. 2. pp. 95-96.

> vida y costumbres, por la profesión que ejerzan y demás circunstancias.[96] (Negrillas nuestras).

Sin embargo, un año más tarde la SCC modificó su doctrina, mediante sentencia publicada el 23 de mayo de 1990, en la que expresó:

> Sin embargo, un atento examen del citado artículo del Código de Procedimiento Civil **permite afirmar que en él están contenidas reglas de sana critica y reglas legales de valoración de la prueba. A juicio de la Sala, son reglas de valoración**: 1.- La de examinar si las disposiciones de los testigos concuerdan entre sí y con las demás pruebas; 2.- La de desechar la declaración del testigo inhábil o del que apareciere no haber dicho la verdad; y 3.- La de expresar el fundamento de la determinación por la cual el Juez deseche al testigo (...). **Asimismo en criterio de la Sala, es regla de sana crítica** la de estimar cuidadosamente los motivos de las declaraciones y la confianza que merezcan los testigos por su edad, vida y costumbres, por la profesión que ejerzan y demás circunstancias.[97] (Negrillas nuestras).

Es decir, la SCC advirtió que el artículo comentado contenía no sólo reglas de la sana crítica sino también reglas legales de valoración de la prueba de testigos, ratificando este criterio mediante sentencias de diciembre de 1990,[98] **enero de 1991**[99] **y junio de 1991,**[100] **cuando aplicó la doctrina expuesta en la citada decisión del 23 de mayo de 1990**, tal como se desprende de la precitada decisión de fecha enero de 1991, confirmó el señalado criterio al establecer: "… si bien, en un principio, **la Sala consideró que el artículo 508 de la Ley Adjetiva sólo contenía reglas de sana crítica,** hoy por hoy

---

[96] Pierre Tapia. Oscar. *Ob. Cit.* Año: 89. T. 9. p. 266.
[97] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 90. T. 5. pp. 260-261.
[98] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 90. T. 12. p. 95.
[99] Ramírez & Garay. *Jurisprudencia Venezolana.* Caracas. Ediciones Ramírez y Garay. 1985. T. CXIX. Sent. 1.120-91. pp. 423-425.
[100] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit*. Año: 91. T. 6. p. 348.

amplió su criterio y extendió el alcance de dicho precepto hasta el punto de **considerarlo también como contentivo de norma legal de valoración de la prueba testifical**".[101] (Negrillas nuestras).

La mencionada percepción se mantuvo invariable durante el transcurso del año 1992, como se desprende de fallo publicado en diciembre de ese año, cuando abundando, estableció:

> la norma del artículo 508 del Código de Procedimiento Civil, consagratoria de la prueba de la prueba testimonial, **contiene reglas de sana crítica y reglas de valoración de la prueba.**
>
> A juicio de la Sala, son reglas de valoración: 1.- la de examinar si las deposiciones de los testigos concuerdan entre sí y con las demás pruebas; 2.- la de desechar la declaración del testigo inhábil o del que apareciere no haber dicho la verdad; y 3.- la de expresar el fundamento de la determinación por la cual el juez deseche al testigo. En relación con la regla del numeral 1º, cabe precisar que lo **obligatorio para el Juez es hacer la concordancia de la prueba testimonial entre sí y con las demás pruebas, cuando esa concordancia sea posible**; pero el resultado de esa labor corresponde a la soberanía del Juez, quien no podrá ser censurado en casación sino en suposición falsa, o haya violado una máxima de experiencia. Igualmente debe apreciarse en relación con el citado numeral 2º, que si bien el **Juez está en el deber legal de desechar el testigo mendaz, el punto de si el deponente incurrió o no en contradicciones, la gravedad de las mismas y cualquier otro motivo idóneo para desestimarlo, corresponde a su libertad de apreciación de la prueba,** por lo que ésta sólo podría ser censurada cuando ha incurrido en suposición falsa o haya violado una máxima de experiencia. Asimismo, en criterio de la Sala, **es regla de sana crítica la de estimar cuidadosamente los motivos de las declaracio-**

[101] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. CXIX . Sent. 1.120-91. pp. 423-425.

> **nes y la confianza que merezcan los testigos por su edad, vida y costumbres, por la profesión que ejerzan y demás circunstancias**. La Exposición de Motivos del vigente Código de Procedimiento Civil respalda el aserto formulado por la Sala, de que nuestro sistema de valoración del mérito de la prueba es mixto o ecléctico, puesto que el mismo adopta principios de la prueba legal, en relación con ciertas probanzas, y acoge las reglas de la sana crítica para la valoración de otras pruebas.[102] (Negrillas nuestras).

Durante el año siguiente, la SCC, sostuvo el referido criterio, en sentencia emanada en agosto de 1993, la que añadió: "el artículo (...) denunciado como infringido, aun cuando constituye norma de valoración de la prueba testifical, desde una sentencia del 23 de mayo de 1990; sin embargo, para que su denuncia de infracción pueda ser examinada por la Sala, **se requiere el expreso señalamiento del caso de falsa suposición en que haya incurrido el juzgador**…".[103] (Negrillas nuestras).

Mantuvo la SCC invariable su posición hasta la decisión dictada el 30 de noviembre de 1995;[104] pero en fecha 13 de diciembre de 1995, **cambió de criterio al aseverar que el artículo en bajo análisis contenía tan sólo reglas de sana crítica**, expresando:

> En la reforma del Código de Procedimiento Civil, el Legislador incorporó el artículo 507, en cuyo texto impuso al Juez el mandato de apreciar la prueba según las reglas de la sana crítica. (…) En este orden de ideas, la Sala aprecia que la frase "regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba", tiene relación con el tradicional sistema de tarifa legal, que ha venido siendo desplazado con la incorporación a los textos legales de las reglas de la sana crítica y de la libre convicción. Por tanto,

[102] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 92. T. 12. pp. 230-231.
[103] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 93. T. 8. pp. 412-415.
[104] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 95. T. 11. pp. 418-423.

> **la inclusión en las normas jurídicas de las reglas de la sana crítica transforma a éstas en un método de valoración impuesto al Juez por disposición de la Ley, en el que el mérito de la prueba lo obtiene el juzgador después de utilizar en su análisis las reglas del correcto entendimiento humano…",** (…) estableciendo que a partir del presente fallo el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil debe ser considerado como regla de valoración de la prueba testimonial. (…) En consecuencia, de lo precedentemente establecido, la denuncia del artículo 508 del Código de Procedimiento Civil deberá encuadrarse **con fundamento en el artículo 313 Ordinal 2º, en concordancia con el 320 *ejusdem*, determinando claramente en cuál de los tres supuestos del mencionado artículo 320 encuadra su denuncia. Asimismo, debe especificar la influencia en el dispositivo del fallo, como consecuencia de una suposición falsa del Juez**, lo que permitirá a la Sala descender a examinar las actas y censurar la apreciación y valoración que de la prueba de testigos realice el Juez.[105] (Negrillas nuestras).

En el transcurso de los tres próximos años, la SCC continuó con la orientación establecida en la doctrina jurisprudencial anterior, esta es, la de considerar que el artículo 508 CPC contenía reglas de sana crítica, confirmando en sentencia del 30 de septiembre de 1998, que: "En el **proceso mental que siga el Juez al analizar y apreciar una prueba de testigos deberá aplicar las reglas de la sana crítica (Artículo 507),** debiendo estimar cuidadosamente los motivos de las declaraciones y la confianza que merezcan los testigos por su edad, vida y costumbres, por la profesión que ejerzan y demás circunstancias". [106] (Negrillas nuestras).

En fecha 24 de mayo de 2000, la SCS de reciente creación, ratificó la doctrina jurisprudencial que desde el 13 de diciembre de 1995 había

[105] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. CXXXVI. Sent. 1311-95. pp. 527-529.
[106] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 98. T. 9. pp. 211-213.

establecido la SCC, en cuanto a que el artículo 508 CPC solamente contenía reglas de sana crítica, por lo que su denuncia debería encuadrarse con fundamento en el artículo 313 CPC ordinal 2º, en concordancia con el artículo 320 *ejusdem*, determinándose claramente en cuál de los tres supuestos del mencionado artículo se encuadraba ésta.[107] Pero, en sentencia del 18 de diciembre de 2000, sin votos salvados y volviendo sobre sus pasos, nuevamente acogió el criterio expresado por la SCC en la decisión dictada el 23 de mayo de 1990, cuando expresó que el artículo 508 CPC estaba conformado por reglas legales de valoración y reglas de la sana crítica, consignando:

> La Sala de Casación Civil (…) ha sostenido que **el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil contiene reglas de sana crítica y reglas de valoración de la prueba de testigos.** (…) Asimismo, en criterio de la Sala, es regla de sana crítica la de estimar cuidadosamente los motivos de las declaraciones y la confianza que merezcan los testigos por su edad, vida y costumbres, por la profesión que ejerzan y demás circunstancias (…) y la apreciación del juez, en el sentido **de no apreciar al testigo, porque sus dichos no lo ilustraban a profundidad sobre los hechos debatidos, está fundada en la sana crítica** y tal determinación sólo puede ser combatida, de acuerdo con la doctrina transcrita, que esta Sala acoge, por suposición falsa, o por haber violado máximas de experiencia.[108] (Negrillas nuestras).

No hubo de transcurrir mucho tiempo para que la SCS retornara a la doctrina jurisprudencial que le sirvió como punto de partida, pues en sentencia de mayo de 2001 hizo suyo el criterio expuesto el 13 de diciembre de 1995 por la SCC en el sentido que el artículo 508 CPC debía ser considerado como regla de valoración de la prueba testimonial fundada en la sana crítica y estableció:

---

[107] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 00. T. 5. pp. 692-694.
[108] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 00. T. 12. pp. 469-472.

> De conformidad con la doctrina antes expuesta y de una revisión detallada de la sentencia, se observa que en la valoración de las pruebas testimoniales, el juez de la recurrida no hizo el análisis de las mismas al que estaba obligado, **a los fines de verificar la concordancia entre ellas y con otras pruebas, para así desechar las que considere contradictorias o que no hubieran dicho la verdad, ni tampoco aplicó las reglas de la sana crítica, ni máximas de experiencia,** por lo que es evidente en consecuencia declarar que la recurrida sí incurrió en falta de aplicación de los artículos 12, 507 y 508 del Código de Procedimiento Civil, y así se resuelve. [109] (Negrillas nuestras).

La SCC del TSJ ha mantenido invariable desde 1995 su postura, en el sentido de considerar que el artículo 508 CPC contiene reglas de valoración de la prueba testimonial fundadas en la sana crítica, expresando en sentencia fechada el 20 de diciembre de 2002 que:

> No ya en cuanto al valor probatorio del testimonio, sino en cuanto al modo (*quoad modum*) como los jueces deben proceder para la valoración de la prueba testimonial. (…) En todo caso, **se infringe el artículo denunciado cuando el juez no aplica las reglas de la experiencia y de la sana crítica, que le impone la norma como modo de proceder** para el juicio crítico que le lleve a la convicción del valor demostrativo de las declaraciones examinadas. [110] (Negrillas nuestras).

11.2 *CÓMO DEBE PROCEDER EL JUEZ EN MATERIA DE LAS CONCORDANCIAS ORDENADAS POR EL ARTÍCULO 508 CPC*

También en materia de concordancias ha tenido oportunidad de pronunciarse la SCC del TSJ, destacando su carácter insoslayable, al sostener en sentencia de julio de 1982, cuando denunciada como fue la

[109] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 01. T. 5. pp. 844-846.
[110] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 02. T. 12. pp. 352-354.

infracción del Art. 367 del Código de Procedimiento Civil derogado (hoy Art. 508 CPC) por existir duda en cuanto a la apreciación de unos testigos y la concordancia ordenada por dicho artículo, expresó:

> Esta imputación carece de fundamento. **El Juzgador en su fallo hace un resumen de dicha prueba testimonial, con indicación de los hechos por los cuales declararon en forma conteste los testigos, y luego se basa en esos hechos para dar por demostrada en el proceso la incapacidad o la impotencia económica del codemandado (...).** Cabe señalar que cuando el Juez acoge las declaraciones de los testigos para dar por demostrado un hecho, es porque las ha apreciado en sentido favorable al promovente (...) **lo mismo puede decirse de la labor de concordación que el Juez debe hacer de las declaraciones entre sí y con las demás pruebas. Ese requisito debe presumirse cumplido en la sentencia cuando el Juez, como en el caso de Autos, estima el dicho de los testigos en conjunto para dar por probado un hecho que a su juicio resulta además robustecido con indicios que dedujo de posiciones juradas absueltas por uno de los demandados y de una inspección ocular practicada en la Administración Regional de Hacienda.**[111] (Negrillas nuestras).

Para el caso de que no fueren evacuadas otras probanzas, siempre debe el Juez concordar las declaraciones que fueren suministradas por los testigos, como tuvo oportunidad de afirmar la SCC en sentencia de abril del 1983 cuando aseguró:

> La Juez de la recurrida resolvió acoger la declaración del testigo mencionado en la denuncia, porque no había sido repreguntado, no se había demostrado ninguna causal de inhabilidad contra él, además de que su testimonio era concordante con la

[111] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. LXXIX. Sent. 517-82. pp. 355-358.

> declaración del otro testigo... **Es evidente para esta Sala que la sentenciadora acató las reglas de apreciación de la prueba testimonial contenidas en el citado artículo 367, ya que, además de que hizo la concordación de los dos testimonios evacuados, adujo otras razones que perfectamente caben en la expresión genérica "…y demás circunstancias" a que se refiere la mencionada disposición procesal.** [112] (Negrillas nuestras).

Además, proclamó la SCC para el caso de que junto a la prueba de testigos fueren evacuados otros medios probatorios, la concordancia no sólo debe ser realizada entre los distintos testimonios rendidos, sino también con éstos, expresando en sentencia de mayo de 1989:

> Del texto de la sentencia recurrida aparece para esta Sala que el Juez, luego de analizar y de pronunciarse sobre la credibilidad de los testigos... (...) así como sobre otros testigos de los cuales no se hace mención en la formalización, **analizó otras pruebas de autos, y que fue luego de ese análisis sobre la credibilidad de los diferentes testigos, algunos de los cuales desechó, y de las demás pruebas de autos, cuando el Juez emplea el proceso de adminiculación al que alude en los párrafos de la sentencia que se insertan en la formalización para llegar a su conclusión de estar comprobado que**[113] (Negrillas nuestras)**.**

Poniendo de manifiesto en decisión dictada durante agosto de 1982, que el incumplimiento de la obligación que apareja el Art. 367 del Código de Procedimiento Civil derogado (hoy 508 CPC) para el Juez, de examinar si las disposiciones de los testigos concuerdan entre sí y con las demás pruebas, debe demostrarse en el escrito de formalización, al sostener.

> **su incumplimiento no puede demostrarse sino poniendo de manifiesto el formalizante la discrepancia entre lo que**

[112] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. LXXXII. Sent. 351-82. pp. 491-492.
[113] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 89. T. 5. pp. 128-129.

> **dice la prueba estimada y lo que se lee en las desestimadas, y siempre que el Juez no haya visto y considerado esas discrepancias, pues si las consideró, aunque no las acogiera en sus apreciaciones, no podría decirse que no examinó si concordaban.**[114] (Negrillas nuestras).

Apreciación posteriormente ratificada, por sentencias de la misma Sala, de septiembre de 1988[115] y junio de 1991.[116]

Igualmente, en fallo dictado por la SCC en diciembre de 1992, bajo vigencia del nuevo Código, en relación con las reglas contenidas por el artículo 508 CPC, estableció:

> **En relación con la primera de la reglas citadas, lo obligatorio para el Juez es hacer la concordancia de la prueba testimonial entre sí y con las demás probanzas,** pero el resultado de esa labor corresponde a la soberanía del Juez, sin que pueda ser censurada en Casación, salvo que se alegue la comisión de una falsa suposición o que se haya violado una máxima de experiencia. En el caso de especie, **la concordancia de la prueba testifical con las otras cursantes en los autos permitió al Juez concluir en la existencia de la amistad íntima de los codemandados…, así como la propiedad que sobre el inmueble aportado a la empresa codemandada ostentaba el primero de los nombrados.** Tal apreciación escapa a la censura de la Casación, conforme a la doctrina reseñada, por lo que la presente denuncia resulta improcedente y así se decide.[117] (Negrillas nuestras).

Doctrina que fuera reiterada mediante sentencia de noviembre de 1997.[118]

---

[114] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. LXXIV. Sent. 521-82. pp. 364-368.
[115] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 88. T. 9. p. 210.
[116] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 91. T. 6. p. 348.
[117] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. CXXIII. Sent. 1274-92. pp. 677-679.
[118] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 97. T. 11. pp. 308-309.

11.3 *CONDUCTA QUE DEBE OBSERVAR EL JUEZ CUANDO ACOGE LA DECLARACIÓN DEL TESTIGO*

Ha sido pacífica y reiterada la doctrina sustentada por la SCC, según la cual "...el Juez **no está obligado a exponer las razones por las cuales aprecia la declaración del testigo**, pues es únicamente cuando lo desecha p**or inhábil el declarante o porque pareciere no haber dicho la verdad**, cuando debe expresar el fundamento de su determinación".[119] (Negrillas nuestras). Como afirmara en sentencia de enero de 1984, en la cual ratificó doctrina anterior de fecha 20 de noviembre de 1956.

En lo concerniente a la apreciación de la prueba testimonial, precisó la SCC en fallo dictado el 24 de abril de 1984, que los jueces debían expresar:

> Los elementos intelectuales mínimos que les han servido para valorar esta prueba y, en este sentido, **es imprescindible que se indique, así sea en forma resumida, los particulares acerca de los cuales fueron repreguntados los testigos, las respuestas que dieron, así como también los hechos pertinentes que el sentenciador da por demostrados con la evacuación de dicha prueba**, todo ello a los fines de declarar si la acción o la excepción han sido bien fundamentadas en los hechos.[120] (Negrillas nuestras).

Al profundizar el anterior criterio jurisprudencial en sentencia de noviembre de 1986, la SCC dejó sentado que a los jueces, en la apreciación de la declaración del testigo les "...funciona su soberanía de apreciación (...) no estando obligados a transcribir textualmente las declaraciones de testigos (...) ni tampoco a emplear las mismas frases o conceptos emitidos por los declarantes... (...) **Basta que sinteticen el contenido esencial de las declaraciones"**.[121] (Negrillas nuestras).

---

[119] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. LXXXV. Sent. 157-84. pp. 422-423.
[120] Gaceta Forense Nº 141. T. VII. 3ª Etapa. p. 682.
[121] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 86. T. 11. pp. 162-163.

Es decir, no es ilimitada la facultad que los jueces tienen para valorar la prueba testimonial evacuada, puesto que en ningún caso la aplicación del derecho mediante la función jurisdiccional puede ser arbitraria, consagrando mediante decisión proferida en diciembre de 1986 la libertad que posee el juez para estimar la prueba testimonial y dijo:

> La Ley no señala en modo alguno a los jueces ningún sistema material para llevar a cabo la apreciación testimonial, basta, en consecuencia**, que de la sentencia surja la idea de que las declaraciones fueron efectivamente examinadas por el Juzgador para que se considere que su estimación fue realmente hecha"**. [122] (Negrillas nuestras).

Las máximas anteriormente referidas fueron apuntaladas con la afirmación expresada en sentencia de noviembre de 1987, cuando mantuvo que "**Sólo debe constar expresamente el razonamiento en virtud del cual admite el testimonio, y para el caso de desecharlo, expresar el fundamento de tal determinación,** tal como lo señala el denunciado artículo 508 del Código de Procedimiento Civil".[123] (Negrillas nuestras).

Resaltando una limitación que posee el Juez para la valoración del testimonio, la cual, en criterio de la SCC establecido en resolución de noviembre de 1988, es el siguiente:

> Ahora bien, esta amplitud con que cuenta el Juez para la apreciación de la prueba testimonial no es ilimitada, sino que debe ajustarse a las reglas que establece el indicado precepto. **De lo que resulta que si el Juez no hace las debidas concordancias de las declaraciones entre sí y con las otras pruebas, es obvio que la parte puede pedir la revisión de su apreciación y la Sala entrar en su examen con la sola denuncia de infracción del artículo 508 del Código de**

[122] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit*. Año: 86. T. 12. p. 95.
[123] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 87. T. 11. p. 105.

> **Procedimiento Civil**, siempre que se demuestre que la omisión influyó en el dispositivo del fallo. [124] (Negrillas nuestras).

Durante los tres años siguientes la SCC afianzó su precitado criterio, como aseveró mediante sentencia de agosto de 1991, cuando dejó establecido:

> En efecto, **al examinar el dicho de los testigos, no puede el juez limitarse a señalar el valor que da a la prueba y los hechos que de ella establece, sino que deberá referirse al contenido de las preguntas o repreguntas formuladas,** para que sus aseveraciones al respecto se consideren fundamento de lo apreciado, y no meras peticiones de principio, que dan por demostrado lo que se debe demostrar.[125] (Negrillas nuestras).

Al complementar la anterior aseveración, mediante fallo fechado en junio de 1993, ante la diferente mecánica procesal para la evacuación de la prueba incorporada en el nuevo CPC, en que el interrogatorio al testigo se formula de viva voz por la parte promovente, y la consideración de dos de los requisitos esenciales que debe contener el acta de examen del testigo, cuales son: las contestaciones que éste hubiere dado al interrogatorio y las preguntas que le haya dirigido la parte contraria o el juez, con sus respectivas contestaciones, expresó:

> En consecuencia, cuando el juez efectúa **la síntesis de las declaraciones del testigo, debe ser sumamente cuidadoso en trasladar a la sentencia la parte más importante de la misma, bien sea porque el testigo sólo respondió al interrogatorio formulado de viva voz por el promovente o su apoderado, o porque asimismo le fueron formuladas preguntas por la parte contraria, su representante o el propio juez.** Si no diere cumplimiento a estos requisitos, resultaría sumamente difícil para el juzgador analizar la prueba y estimarla.[126] (Negrillas nuestras).

---

[124] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 88. T. 11. p. 163.
[125] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 91. T. 8 y 9. pp. 351-352.
[126] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit*. Año: 93. T. 6. pp. 247-248.

Igualmente la SCC, a través de fallo emanado en octubre de 1993, sostuvo la posibilidad en que se encuentra el juez cuando al valorar un testigo que declare sobre varios hechos, pudiese acoger una o varias de las aseveraciones formuladas por el deponente, desechando otras "... el testigo, quien declara sobre varios hechos, **el Juez valore sus dichos en torno a uno de ellos y rechace su declaración en cuanto a otros, y eso es precisamente lo que ocurre en el caso de especie, cuando la recurrida estimó la declaración de los testigos en relación al hecho de la posesión y al despojo, pero no respecto a la autoría de este último evento**".[127] (Negrillas nuestras).

Nuevamente la SCC, mediante decisión proferida en julio de 1994, apoyó la tesis que "…los jueces deben en su decisión expresar los elementos que les sirven para valorar la prueba de testigos, indicando, **así sea en forma resumida, las respuestas que el testigo dio en particular al interrogatorio a que fue sometido, tanto de las preguntas que el promovente de la prueba formula, como de las repreguntas y los hechos que el sentenciador da por demostrado con el testimonio".**[128] (Negrillas nuestras); doctrina que mantuvo inalterable durante el transcurso de ese año, como se desprende de sentencia proferida en noviembre de 1994, en las que asumió sus pronunciamientos anteriores, remontándose hasta los postulados de la decisión del 26 de abril de 1984.[129]

La SPA del TSJ, en fallo emanado en febrero de 1995, al analizar un caso donde una parte pretendió hacer valer un testimonio rendido en un proceso penal distinto del juicio donde intervenía, mediante la promoción de una copia certificada del mismo, aseveró la improcedencia de **apreciar en un juicio los testimonios evacuados en otro, sin que la parte contra quien se le quiera hacer valer hubiere dispuesto de oportunidad de repreguntar a los testigos**, por considerar dicha conducta como violatoria del derecho a la defensa.[130] (Negrillas nues-

[127] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 93. T. 10. p. 244.
[128] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 94. T. 7. pp. 281-282.
[129] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 94. T. 11. pp. 255-288.
[130] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 95. T. 2. p. 291.

tras). Resultando conveniente acotar, que la precitada postura es conforme con el actual ordenamiento constitucional, en que el **derecho a la defensa** aparece como uno de los soportes fundamentales del **debido proceso**, el cual es de obligatorio acatamiento en todos los procedimientos judiciales y administrativos conforme dispone el Art. 49 de la CN.

La SCC por su parte, en sentencia de junio de 1996, al ampliar pacífica doctrina contenida en decisiones anteriores, sostuvo:

> Bajo la vigencia de la actual Ley Procesal Civil, el interrogatorio que se le formula a los testigos se hace de viva voz, a diferencia del derogado Código de Procedimiento Civil. De allí la necesidad de que los jueces transcriban en sus decisiones las preguntas y repreguntas y sus respectivas respuestas, **para que sus fallos reflejen la apreciación y valoración probatoria, que deviene en una motivación capaz de cumplir las exigencias del ordinal 4º del artículo 243 del Código Procesal Civil** (…) por ello, para que quede expresada en la sentencia la operación lógica jurídica que lo condujo al establecimiento y apreciación de las cuestiones fácticas, **no bastaría que se transcribiesen las preguntas formuladas, sino que, debe expresarse, aun globalmente, el contenido de las repreguntas hechas y las respuestas dadas a ambas, para así cumplir con el requisito de la motivación en el aspecto señalado.**[131] (Negrillas nuestras).

Asimismo, en decisión de febrero de 1996, la misma Sala, una vez más, confirmó: el criterio sostenido en la resolución del 24 de abril de 1984, agregando que:

> En acatamiento a lo **previsto en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, la Sala ha censurado las formas vagas en las cuales se aprecian o se desechan las pruebas que las partes han promovido, sin que haya precedi-**

[131] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit*. Año: 96. T. 6. pp. 268-269.

> **do la exposición de los hechos y un análisis razonado de las pruebas constantes de autos**. Tales antecedentes son indispensables para que se ponga de manifiesto como es que, aplicando el juzgador las reglas legales del caso, ha llegado a la apreciación que establece en el fallo como fundamento de éste…".[132] (Negrillas nuestras)

Lo cual también apuntaló mediante fallos publicados durante los meses de abril[133] y junio[134] de 1996; siendo éste el criterio de la SCC que prevaleció durante el año 1997, como se observa de la lectura de decisiones emanadas durante los meses de octubre[135] y noviembre[136] de dicho año, en las que confirmara la máxima establecida en la decisión del 24 de abril de 1984, tantas veces referida.

La SCC, en sentencia de abril de 1998 asimiló la tesis sostenida por la SPA del TSJ, en el sentido de que una prueba testimonial promovida y evacuada en un proceso, no se puede proponer como prueba en otro proceso diferente, puesto que "… tiene que ser promovida en el proceso en el cual va a surtir efectos procesales, **a fin de que la contraparte del promovente pueda ejercer su legítimo derecho a las preguntas".**[137] (Negrillas nuestras). Y ese año, en lo concerniente a la apreciación de la prueba testimonial, mediante fallo dictado en diciembre, reiteró pacíficamente la doctrina expresada en decisión del 24 de abril de 1984, en cuanto al modo cómo los jueces deben apreciar la prueba testimonial.[138]

Continuó la SCC reiterando su precitada tesis en cuanto a la apreciación por el Juez de la prueba de testigos, y en sentencia de enero de 1999, haciendo referencia al precedente dictado el 14 de agosto de 1991, con ocasión del examen de testigos, advirtió: "no puede el juez limitarse

---

[132] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 96. T. 2. pp. 203-204.
[133] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 96. T. 4. pp. 237-238.
[134] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 96. T. 6. pp. 258-260.
[135] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 97. T. 10. pp. 457-458.
[136] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 97. T. 11. pp. 306-308.
[137] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 98. T. 4. pp. 393-394.
[138] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 98. T. 12. pp. 395-396.

a señalar el valor que da a la prueba y los hechos que de ella se establecen, **sino que deberá referirse al contenido de las preguntas o repreguntas formuladas, para que sus aseveraciones al respecto se consideren fundamento de lo apreciado, y no meras peticiones de principio, que dan por demostrado lo que se quiere demostrar"**.[139] (Negrillas nuestras).

Del mismo tenor es la doctrina contenida en sentencia de abril de 2000, en la que sostuvo:

> En los casos de prueba testimonial, se exige a los jueces que expresen los elementos intelectuales mínimos que le han servido para valorar. Y en este sentido, **es imprescindible que se indique, así sea en forma resumida, los particulares acerca de los cuales fueron repreguntados los testigos, las respuestas que dieron, así como también los hechos pertinentes que el sentenciador da por demostrados con la evacuación de dicha prueba,** todo ello a los fines de declarar si la acción o la excepción ha sido bien fundada en los hechos.[140] (Negrillas nuestras).

La SCS del TSJ, en fallo dictado en marzo de 2000, se apartó del criterio que en forma pacífica y reiterada había venido preconizando la SCC, al considerar:

> Que al pronunciarse con respecto a la declaración de un testigo, **el juez no está obligado a transcribir íntegra ni resumidamente el contenido de las preguntas y repreguntas con sus respuestas, pues su deber es indicar las razones por las cuales estima o desestima, según el caso, lo dicho por el testigo,** es decir, debe señalar expresamente lo que lo lleva a la convicción de que éste le merece fe o, por el contrario, considera que incurrió en reticencia o falsedad.[141] (Negrillas nuestras).

---

[139] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 99. T. 1. p 358.
[140] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 00. T. 4. pp. 473-474.
[141] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 00. T. 3. p. 565.

Criterio ratificado por dicha Sala, en decisión proferida en mayo de 2000, en la que aplicando la doctrina transcrita a la conducta del Juez la deposición de un testigo, señaló:

> No aportó en su declaración elemento alguno que permita conocer a este juzgador, cómo exactamente le constan los hechos por él declarados, así como también, cómo, cuándo y dónde adquirió tales conocimientos, (…) ello porque dicho testigo se limitó a contestar "sí, es cierto", a la inmensa mayoría de las preguntas, formuladas por su promovente, en torno a las cuales rindió su declaración. (…) De igual forma observa este sentenciador, que no obstante haber sido repreguntado este testigo, el mismo y en función a la imprecisión y extensión de sus dichos, los mismos no aportan a los autos, elementos de juicio suficientes que conlleven a esta Alzada a determinar la veracidad de los hechos por él declarados, trayendo tal situación como consecuencia que sus deposiciones no le merezcan fe a esta Alzada. (…) **Tal análisis pone de manifiesto que el juez de la recurrida, sí se pronunció con relación a toda la declaración del testigo, dando las razones por las cuales desestimaba la misma, sin incurrir en el silencio parcial de prueba denunciado**.[142] (Negrillas nuestras).

Apreciación que luego confirmara en sentencia de noviembre de 2000, en la que al eximir a los jueces de la obligación de transcribir las preguntas y repreguntas formuladas al testigo, sostuvo que a los fines del control de la legalidad de sus decisiones, "… **sólo basta que exprese las razones que lo llevan a concluir sobre la procedencia o no del testimonio rendido**".[143] (Negrillas nuestras).

Este criterio jurisprudencial se mantuvo invariable durante el año siguiente por la SCC, quien en decisión de mayo de 2001[144] la confirmara en su totalidad.

---

[142] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 00. T. 5. pp. 694-696
[143] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 00. T. 11. p. 709.
[144] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 01. T. 5. pp. 836-838.

Mediante sentencia publicada en agosto de 2002, la SCS pareció mitigar la laxitud de su doctrina en cuanto a la apreciación de la prueba testimonial, al asentar que si bien:

> No es imprescindible que **se transcriba íntegramente las preguntas, repreguntas y respuestas dadas por los testigos, sí lo es que se exponga, así sea en forma resumida, el contenido de las mismas,** de manera que pueda controlarse la prueba mediante el análisis de los elementos o bases en que se apoyó el juez para apreciar los testimonios en uno u otro sentido, o para desecharlos por algún motivo legal (…) La doctrina señalada en el anterior fallo de casación, que debió acatar el juez de reenvío, respecto al examen del testigo, no se fundamentó en la necesidad de transcribir textualmente las preguntas y respuestas, sino en **que las conclusiones a que se llegue respecto al testimonio deben estar respaldadas por el análisis, así hubiera sido breve, de los hechos a que se contraen las preguntas y repreguntas hechas a los testigos y las contestaciones dadas.**[145] (Negrillas nuestras).

Pero nuevamente pareció devolverse a los postulados de la doctrina sentada en marzo de 2000, como se desprende de la lectura del fallo proferido en octubre de 2001.[146]

La SCS experimentó un retroceso acerca de la comentada doctrina jurisprudencial, como se observa en fallo publicado en noviembre de 2001, en que al establecer que los jueces están sujetos a responsabilidad civil, penal o administrativa en virtud de lo dispuesto por el artículo 26 CN, sostuvo:

> Ha sido constante y pacífica la jurisprudencia de este Supremo Tribunal **al asentar que toda sentencia debe contener la prueba de su propia legalidad, y por ello al analizar los testigos promovidos en un juicio, el juez debe hacer un**

[145] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 01. T. 8. pp. 440-441.
[146] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 01. t. 10. pp. 707-708.

> **resumen de las preguntas y repreguntas formuladas por las partes y de las respuestas dadas por el declarante.** Si el juez no hace el resumen apuntado está incurriendo en el error de razonamiento denominado petición de principio, que consiste en dar por probado lo que hay que probar, y no se sabe con certeza cuáles fueron sus criterios para apreciar o desechar al testigo, inmotivando el fallo.[147] (Negrillas nuestras).

Pero nuevamente volvió por sus fueros la SCS, cuando en resolución dictada en noviembre de 2001 retomó totalmente los postulados doctrinales contenidos en la sentencia de marzo de 2000, mediante la cual marcara distancia respecto al criterio que mantiene la SCC, agregando: "...debe señalársele al formalizante que **no es obligación del sentenciador transcribir todas las preguntas, repreguntas y sus respectivas respuestas que se le formulen a los testigos, porque sino se estaría contrariando el deber de síntesis que debe contener el fallo, dispuesto en el ordinal 3º del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil".**[148] (Negrillas nuestras). Nos parece que el aludido deber de síntesis que establece el Ord. 3° del Art. 243 CPC, es de aplicación exclusiva a **la parte narrativa de la sentencia,** la cual bajo la vigencia del CPCD solía constituir una copia textual de la demanda, su contestación y demás actos del proceso; pero en manera alguna alcanza a la parte motiva o dispositiva de la misma, máxime cuando el juez procede a la valoración probatoria, uno de los aspectos más importantes de la definitiva.

Pero la SCC reiteró lo que parece ser su postura definitiva sobre la materia, cuando en sentencia dictada en mayo de 2001, ratificando el aserto formulado en el fallo del 26 de abril de 1984, aseveró:

> En aplicación de la doctrina antes expuesta, puede evidenciar esta Sala de Casación Civil que la recurrida no indica, ni siquiera en forma resumida, las preguntas formuladas y respues-

[147] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 01. T. 11. pp. 708-709.
[148] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 01. T. 11. pp. 613-614.

> tas dadas por los testigos Dilcia de Camejo y Rómulo Isaías Caruci en la evacuación de la prueba testimonial, así como tampoco indica si fueron o no repreguntados. **Se limita a indicar los hechos que quedaron demostrados a través de la referida prueba, obviando las preguntas y respuestas de donde se derivan tales conclusiones, lo que hace prácticamente imposible el control de la prueba testimonial al no trasladar a la sentencia la motivación suficiente por falta de indicación del interrogatorio, así como de sus respuestas**.[149] (Negrillas nuestras)

11.4 *CONDUCTA QUE DEBE OBSERVAR EL JUEZ CUANDO DESECHA LA DECLARACIÓN DEL TESTIGO*

La SCC del TSJ se ha pronunciado reiteradamente sobre la facultad de los jueces para desechar el dicho del testigo; así, en sentencia de diciembre de 1981 estableció que dicha facultad podía ser ejercida aun cuando la parte no hubiera objetado la declaración del testigo, en el texto de ésta, afirmó:

> La sentencia recurrida ha sido objetada **en razón de que el motivo que se dio para negar la validez de la declaración del testigo (...) la suplió de oficio el sentenciador, pues nadie le hizo reclamo alguno al respecto**. Esta objeción que el recurrente le hace al fallo es absolutamente inadmisible, porque **nadie ignora que los jueces, no sólo tienen la facultad, sino el deber de decidir conforme a las pruebas aportadas en autos**, lo que les permite dentro de los principios de la apreciación de la prueba, examinarlas y valorarlas, sin que sea necesario que las partes le pidan que lo hagan en un determinado sentido.[150] (Negrillas nuestras).

[149] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 01. T. 5. pp. 838-842.
[150] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. LXXV. Sent. 804-81. pp. 486-489.

También dejó establecido la SCC, en fallo dictado en noviembre de 1985, que el ejercicio de la facultad de desechar al testigo por el juez; insuficientemente respaldada por un razonamiento, constituía incumplimiento del requisito de motivación que debe estar presente en todo fallo judicial, exponiendo: **"el Juez, al referirse a esta testigo, rechazó sus dichos por considerar que era 'un testigo interesado en declarar a favor de la empresa', pero no expresa ninguna razón para llegar a tal conclusión, lo que conlleva necesariamente la infracción del artículo 162[*] del Código de Procedimiento Civil, al dejar su decisión en cuanto al análisis de tal prueba testimonial, sin fundamentación alguna"**.[151] (Negrillas nuestras).

Igualmente se ha pronunciado la doctrina judicial de nuestra SCC acerca de los casos en que el artículo 367 (hoy 508 CPC), autoriza al Juez para desechar las declaraciones de los testigos, y fue así como en sentencia de junio de 1986 dejó plasmado los dos supuestos en que la misma procede:

> 1.- Si el testigo estuviera comprendido en alguna de las causas de inhabilidad contempladas taxativamente por la Ley. 2.- Si el testigo pareciere no haber dicho la verdad, por las contradicciones en que hubiere incurrido, o ya por otro motivo, aunque no hubiere sido tachado. En todo caso, el juez estará en el deber de expresar en su sentencia el fundamento de su determinación. Este segundo caso (...) es de gran amplitud, pues el Juez tiene la facultad para desecharla, no sólo por las contradicciones que advierta, sino por cualquier otro motivo, bajo la condición de que exprese en el fallo el fundamento de su determinación.[152] (Negrillas nuestras).

Acotando mediante fallo dictado en mayo de 1986, que: en ejercicio de la facultad desestimatoria, los sentenciadores deben indicar pruebas y

---

[*] Hoy Arts. 243 y 244 CPC.
[151] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.*T. XCIII. Sent. 1076-85. pp. 503-504.
[152] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 86. T. 6. p. 111.

razones que emerjan de los autos, por lo que mal podrían por tanto**, "...desechar la declaración de un testigo por un motivo cuya constancia no existe en Autos o por un hecho que falsamente hayan imaginado, pues en esta última hipótesis se haría procedente la censura de la Corte"**[153] (Negrillas nuestras); criterio ratificado mediante resolución de junio de 1986, al afirmar que: "...en esta última hipótesis incurrirán en una falsa suposición que haría procedente la censura de la Corte".[154]

También nuestra SCC en Sentencia de mayo de 1987 expresa que cuando el Juez analiza en cada caso el porqué se desechan las declaraciones, escapa dicha apreciación a su control e indicó:

> En consecuencia, el Juez de la recurrida dio cabal cumplimiento al contenido del Art. 367* del Código de Procedimiento Civil, al expresar en su fallo las razones por las cuales rechazaba las declaraciones de los testigos promovidos por la parte querellada. **Ahora bien, si fue acertada o no dicha apreciación, no puede controlarla y fiscalizarla la Sala dentro de los límites de la denuncia analizada precedentemente.**[155] (Negrillas nuestras).

Igualmente, ha establecido la SCC, en Sentencia de junio de 1988, que al autorizar el artículo 508 del CPC al Juez para desechar la declaración de algún testigo,

> no lo limita a una circunstancia precisa dentro de los ciertos límites, sino se atiende a la prudencia, a la razón y el buen juicio. (...) En el caso de Autos, esta soberanía del Juez en la materia le permite que al estar el testigo "estrechamente relacionado con el señor Alberto Hernán Galski (representante legal de la sociedad mercantil demandada) pues ambos son

[153] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 86. T. 5. pp. 98-99.
[154] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 86. T. 6. p. 112.
* Hoy Art 508 CPC.
[155] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 87. T. 5. pp. 87-88.

> accionistas en otra empresa ("INTERAMERICANA PARTS, C.A".), en la cual estuvo el testigo de administrador hasta el mes de abril de 1986, ha podido crear entre ellos un grado de amistad que le resta la imparcialidad suficiente que debe exhibir como testigo". Por consiguiente, esta sola sospecha acerca de la imparcialidad del testigo, al punto de no merecerle fe al Juzgador basta para considerar ajustada a derecho la desestimación de su testimonio y en consecuencia, la inutilidad de examinar in extenso su declaración.[156]

Estos parámetros que debe seguir el Juez para desechar la declaración del testigo, fundamentando el criterio desestimatorio en la prudencia, razón y buen juicio, también han sido proclamados en decisiones de marzo de 1988,[157] julio de 1988[158] y de agosto de 1989;[159] siendo importante destacar que cuando se valoran dos o más testigos y en el análisis se acoge el dicho de uno de ellos solamente, es menester que el Juez fundamente la desestimación que hace del dicho de los demás; doctrina que estableció en sentencia de octubre de 1989 al expresar:

> La sala encuentra que la recurrida en forma alguna fundamentó, tal como estaba obligada a tenor de lo previsto en el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil, las razones que tuvo para desestimar en su totalidad al dicho testigo JESÚS CORDERO GUITIÁN, cuyo testimonio difiere sustancialmente de las respuestas que dio el otro testigo, LUIS RAFAEL DOUDIER, respecto a la fecha en que comenzaron los daños en el inmueble, hecho éste fundamental para determinar la procedencia de la excepción de caducidad opuesta en el juicio. **En efecto, el Sentenciador se limita a destacar la contradicción existente (...) para luego acoger el dicho del testigo LUIS RAFAEL DOUDIER (...) y con ese fundamento**

[156] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 88. T. 6. pp. 161-162.
[157] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 88. T. 3. pp. 98-100.
[158] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 88. T. 7. pp. 79-81.
[159] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit*. Año: 89. T. 8. p. 279.

> **declara procedente la excepción de caducidad opuesta.** Pero como antes se indicó, **no expresó y menos aún fundamentó las razones que en su criterio había para desechar el testimonio del testigo JESÚS CORDERO GUITIÁN, violando por tanto la recurrida los artículos 508 y 12 del Código de Procedimiento Civil. (...)**. De la misma manera resultó viciado el artículo 15 *ejusdem*, pues con su conducta el Sentenciador alteró el principio de igualdad de las partes en el proceso.[160] (Negrillas nuestras).

Asimismo, ha disertado la SCC sobre el proceso que debe seguir el Juez para desechar o admitir un testigo, y refiriéndose a la parte final del Art. 508 CPC, en Sentencia de diciembre de 1990, sostuvo:

> o del que pareciera no haber dicho la verdad, ya por las contradicciones en que hubiere incurrido o ya por otro motivo... **frase esta última muy amplia, donde pueden caber diversos grados de sospecha para el Sentenciador, quien es así soberano en su apreciación (...) no hay derecho –y ninguna norma así lo consagra– exigir al Juez que valiéndose de un procedimiento semejante, pueda admitir o desechar a un testigo, describiendo paso a paso las operaciones de su intelecto; una labor semejante, además de tediosa, restaría dignidad y elevación al criterio jurídico y extralimitaría las exigencias del denunciado artículo 508 del Código de Procedimiento Civil.** Pero tampoco puede ser la labor del Juez tan incompleta y vaga que no convenza racionalmente de su exactitud y obligue sólo a creerle bajo palabra de honor, porque toda sentencia debe bastarse a sí misma para su defensa**.**[161] (Negrillas nuestras).

La SCC ha reafirmado la tesis mediante decisión dictada en julio de 1991, en la cual sostuvo que cuando el sentenciador deseche la declaración de

[160] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 89. T. 10. pp. 247-248.
[161] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 90. T. 12. p. 280.

un testigo deberá expresar en el fallo el fundamento de su determinación, **so pena de incurrir en el vicio de inmotivación**, al expresar:

> Así ha dicho la Sala que las contradicciones que aprecie el Juez en la declaración del testigo, como acontece en el caso de autos, **bien sea que surjan del análisis que se haga de lo declarado por otros testigos, de otras pruebas cursantes en los autos o de las propias menciones contenidas en el acta de su declaración, constituye motivo suficiente para desechar su testimonio, bastando que el juez así lo haga constar en su sentencia.**[162] (Negrillas nuestras).

Doctrina que tuvo oportunidad de confirmar, cuando en fallo emitido en abril de 1993, denunciándose infracción por la recurrida del ratículo 243 ordinal 4º CPC, en concordancia con el artículo 12 *ejusdem*, al desechar los dichos de un testigo por presentarse imprecisos al ignorar o afirmar cómo le constaban los hechos, y ser vagos y referenciales, señaló:

> La Sala considera que la recurrida, cuando desecha la declaración del testigo…, no expresa los fundamentos de tal determinación. En efecto, no explica, en forma alguna, por qué "los dichos del testigo… se presentan imprecisos, ni menciona tampoco cuáles hechos son los que el indicado testigo ignora o no le constan. **Tales conclusiones, vagas e imprecisas de la recurrida, dejan sin cabal fundamentación el fallo, en cuanto a la estimación de esta prueba, por lo que se incumple el requisito de expresar "los motivos de hecho y de derecho de la decisión, a que se contrae el ordinal 4º del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil.**[163] (Negrillas nuestras).

Asimismo, al analizar una denuncia de inmotivación fundada en la violación del ordinal 4º del artículo 243 CPC, la SCC en fallo publicado en

---

[162] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 91. T. 7. p. 251.
[163] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. CXXV. Sent. 504-93. p. 386.

julio de 1994 determinó que no incurría en el vicio de inmotivación la sentencia que no transcribiera las preguntas y repreguntas formuladas al testigo desechado, acotando: "...cuando el Juez deseche la declaración de un testigo, deberá expresar en el fallo el fundamento de tal determinación. **No siendo necesario en tal caso que el juez proceda a transcribir las preguntas y respuestas dadas por el testigo al interrogatorio y a las repreguntas, sino que exprese claramente la razón que tenga para desechar el testigo".**[164] (Negrillas nuestras); doctrina que mantuvo durante los dos años siguientes, como se desprende de sentencias dictadas en diciembre de 1994,[165] marzo de 1996[166], junio de 1996[167] y diciembre de 1996.[168]

Igualmente, la mencionada Sala en sentencia de junio de 1997, al conocer una denuncia de inmotivación por haberse realizado una apreciación parcial de la prueba de testigos, ya que el Juez de la recurrida, en forma genérica procedió a desechar los testigos de manera vaga e imprecisa, sin ni siquiera cotejar las declaraciones con las demás pruebas de autos, le recordó a los operadores de justicia la vigencia de la doctrina anterior por la que estableció:

> La Corte ha señalado que el juez no está obligado a exponer sus razones por las cuales aprecia y valora la declaración del testigo, pues, como antes se indicó, **sólo cuando desecha al testigo debe expresar el fundamento de su determinación.** Sin embargo, en acatamiento a lo previsto **en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, la Sala ha censurado las formas vagas en las que se aprecian o se desechan las pruebas que las partes han promovido sin que se haya precedido la exposición de los hechos y un análisis razonado de las pruebas constantes de autos,** tales

[164] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 94. T. 7. pp. 282-286.
[165] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 94. T. 12. pp. 458-460.
[166] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 96. T. 3. pp. 318-319.
[167] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 96. T. 6. pp. 290-291.
[168] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 96. T. 12. pp. 377-379.

> antecedentes son indispensables para que se ponga de manifiesto cómo es que, aplicando el juzgador las reglas legales del caso, ha llegado a las apreciaciones que establece el fallo como fundamento de éste (…). Acogiendo la doctrina anterior, que una vez más se reitera, se observa que en el presente caso el sentenciador **no trasladó a la recurrida una parte importante de las declaraciones de los mencionados testigos, ni tampoco las analizó exhaustivamente, sino que se limitó a desecharlos en forma vaga e imprecisa, lo cual hace inmotivado el fallo,** conduciendo a la Sala a declarar procedente la denuncia examinada. Así se decide.[169] (Negrillas nuestras).

Tuvo oportunidad la SCC de reiterar la precitada doctrina, en decisiones de enero de 1999[170] y octubre de 1999.[171]

También la SCC tuvo ocasión, en decisión emitida en marzo de 1993, de examinar una sentencia por la que se desechó a un testigo que declaró en un procedimiento regular acerca de unos hechos, y luego, días después, declaró ante órganos del Ministerio Público lo contrario, estableciendo al respecto: "…**sus dichos lo inhabilitan de hecho y su deposición no puede ser considerada"...**[172]

Mediante decisión dictada en noviembre de 2000, la SCC en labor pedagógica advirtió que el vicio de inmotivación por silencio de prueba se configura en tres hipótesis, esto es, cuando el sentenciador omite en forma absoluta toda consideración sobre un elemento probatorio, silenciando totalmente la prueba, o si no obstante señalar la prueba, no la analiza, vulnerando la norma contenida por el artículo 509 CPC, que impone el examen de todas las pruebas, así sean inocuas, ilegales e impertinentes, por cuanto si no se analizan no puede lógicamente llegarse a tal calificación, o cuando el sentenciador realiza un examen parcial de la prueba; resaltando: "La sala ha señalado que el juez no está obli-

[169] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 97. T. 6. pp. 309-311.
[170] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 99. T. 1. pp. 355-357.
[171] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 99. T. 10. pp. 656-658.
[172] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 93. T. 3. p. 423.

gado a exponer las razones por las que valora y aprecia la declaración del testigo, **pero cuando desecha al testigo debe expresar el fundamento de su determinación".**[173] (Negrillas nuestras).

La SCS del TSJ, en mayo de 2001, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el vicio de inmotivación en el que supuestamente había incurrido una sentencia que desechó a dos testigos por considerar sus dichos contradictorios en un caso y con manifiesto interés en el otro, sin que el sentenciador explicara los fundamentos que utilizó para sostener dicha afirmación, aseverando:

> Por lo tanto, **si no se expresa la razón por la cual considera contradictoria la declaración o interesado el testimonio, la sentencia incurre en el vicio delatado, siempre que ello no impida al fallo alcanzar su finalidad, es decir, que el testimonio debe ser pertinente para la resolución de la controversia.** (…) De las transcripciones anteriores, se evidencia que el *ad quem* no indicó las razones por las cuales consideró contradictoria y con manifiesto (sic) interés las declaraciones de los testigos arriba referidos. Sin embargo, y en virtud de que este Alto Tribunal ha señalado en diferentes oportunidades la necesidad de que las reposiciones deben perseguir una finalidad útil para corregir así los vicios ocurridos en el trámite del proceso, de conformidad con los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que disponen, uno, que el Estado garantizará, entre otros, una justicia sin dilaciones indebidas ni reposiciones inútiles; y el otro, que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales, observa esta Sala, que en el caso bajo estudio, las declaraciones rendidas por los testigos antes referidos **que el sentenciador desechó por ser una, contradictoria, y la otra, por tener interés, no son determinantes para la resolución de la controversia.** Así se decide.[174]

[173] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit*. Año: 00. T. 11. pp. 710-711.
[174] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit*. Año: 01. T. 5. pp. 842-844.

> (Negrillas nuestras) La tesis plasmada en el supracitado criterio, fue ratificada por la SCS, en decisión de mayo de 2001, en la que observó: De lo precedentemente transcrito se evidencia que la recurrida al referirse a las declaraciones de los ciudadanos Nelson Carrero y Alejandro Infante, se limitó a expresar que los mencionados testigos son "confidenciales" y que los hechos que dicen que les constan son simples deducciones, pero no fundamenta tal pronunciamiento en análisis alguno de la referida probanza ni mucho menos cuáles fueron las supuestas deducciones expresadas por los deponentes. (…) **Si el Juzgado Superior consideró que las referidas testimoniales debían ser desechadas, no era indispensable que transcribiera la totalidad de las respuestas dadas por el testigo a las preguntas y repreguntas formuladas, pero si (sic) resultaba esencial que indicara en qué (sic) consistieron las deducciones advertidas por él y la razón que lo condujo a considerar que los testigos resultaban confidenciales.**[175] (Negrillas nuestras).

11.5 *CUÁNDO INCURRE EL JUEZ EN EL VICIO DE INMOTIVACIÓN DEL FALLO AL VALORAR LA PRUEBA TESTIMONIAL*

Durante la vigencia del CPCD, cuando junto con la promoción del testimonio se consignaba además un interrogatorio contentivo de los particulares sobre los cuales éstos serían preguntados, la SCC estableció la tesis que la prueba de testigos debía ser valorada en forma total, nunca parcialmente, indicando en sentencia proferida en julio de 1981, al examinar una decisión en cuyo texto se hacía referencia a que "el deponente contestó afirmativamente a los particulares del interrogatorio, sin transcribirse en dicho fallo el contenido de los particulares por los cuales fue interpelado", aseveró:

---

[175] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 01. T. 5. pp. 846-849.

> Es manifiesto, por tanto, que en este caso hubo un examen parcial de la declaración del prenombrado testigo, por lo cual cabe aplicar la doctrina que la Sala ha sentado, en situaciones similares, **en el sentido de que no es admisible la valoración parcial de una prueba, pues así como el Juez no puede escoger una prueba y prescindir de otras para formarse su convicción, sin saber si las omitidas enervan a las analizadas, del mismo modo al juzgador no le está permitido escoger determinados elementos de una prueba y prescindir de otros que pudieran tener significación probatoria en la decisión del asunto que se debate en el proceso.**[176] (Negrillas nuestras).

Durante los cuatro años siguientes, se mantuvo firme la tesis esgrimida por la SCC, como puede observarse en decisión dictada durante octubre de 1983, cuando al analizar el aserto sostenido por la recurrida al afirmar que la declaración del testigo nada aportaba al problema debatido, sostuvo:

> Considera por lo consiguiente la Sala, que en la situación de especie **hubo una apreciación incompleta, parcial e imprecisa de la mencionada prueba de testigos que deja sin cabal fundamentación el fallo en uno de sus aspectos esenciales, como es la muy importante labor crítica de valoración de los elementos de convicción que obran en los autos.**[177] (Negrillas nuestras).

La misma tendencia se observa en aserto de la SCC formulado en sentencia de marzo de 1985, cuando analizó fallo que de manera genérica afirmaba: "...Las repreguntas formuladas a estos cuatro testigos, lejos de hacerlos incurrir en contradicción entre sí o respecto a lo declarado por ellos mismos, contribuyen a demostrar que se trata de testigos presenciales de los hechos establecidos", dejó expuesto:

---

[176] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. LXXIV. Sent. 568-81. pp. 379-382.
[177] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. LXXXIV. Sent. 735-83. pp. 330-331.

> el Sentenciador ha utilizado fórmulas vagas y argumentos imprecisos al referirse a que las repreguntas formuladas a los cuatro testigos contribuyen a demostrar que se trata de testigos presenciales de los hechos (...) **sin concretar de manera alguna cuáles han sido esas repreguntas (...) ya que sólo menciona expresamente las repreguntas hechas en relación al último particular de interrogatorio y sin precisar cuáles fueron, como ya se dijo, las otras preguntas y las contestaciones respectivas de los diferentes testigos.**[178] (Negrillas nuestras).

De igual tenor es la resolución emitida en agosto de 1985, cuando en caso similar mantuvo:

> Aun admitiendo por inferencia que el Sentenciador leyó las preguntas formuladas a los aludidos testigos, **la mencionada conclusión que sentó, que no quedaron invalidados los testigos por las repreguntas, no aparece respaldada por el análisis, así hubiere sido breve, de los hechos a que se refirieron las repreguntas y de las contestaciones dadas**".[179] (Negrillas nuestras).

Imperturbable se mantuvo la orientación jurisprudencial de la SCC durante el siguiente año, como se desprende de fallo publicado en octubre de 1986, al analizar decisión donde el sentenciador dijo apreciar el dicho del testigo "porque no encontró motivo alguno que invalide su declaración" y que "contestó en forma afirmativa los particulares del interrogatorio", sin que ello estuviera procedido de ningún análisis, proclamó:

> De lo antes analizado, se deduce que el Juez no indica los particulares acerca de los cuales declararon los referidos testigos; ni los hechos que declararon conocer, ni los hechos que el Juez dio por demostrados con esas declaraciones (...) **No**

[178] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* XC. Sent. 262-85. pp. 643-644.
[179] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. XCII. Sent. 821-85. pp. 549-552.

> **es admisible, por tanto, la sola palabra del Juez expresada, sino que es necesario que se den específicamente las razones de hecho y de derecho que sustenten el dispositivo dictado por el Tribunal.**[180] (Negrillas nuestras).

La SCC mantuvo invariable la anterior doctrina, mediante sentencia de mayo de 1989, en la que estableció la obligación del Juez de:

> **expresar el razonamiento que lo llevó a considerar establecidos los hechos para luego proceder a la aplicación del derecho y (...) está obligado a fundamentar, aun de manera exigua, las afirmaciones que haga, ya que sin ésta motivación tales afirmaciones resultarían ser meras peticiones de principio, vicio del razonamiento que consiste, precisamente, en dar por demostrado lo que se quiere demostrar**. (...) En el caso concreto, la recurrida simplemente afirma, sin señalar el contenido de las repreguntas, **que dichos testigos no fueron desvirtuados por las repreguntas, sino que fueron afirmativos en haber presenciado tales hechos, no estando respaldada esta conclusión por el análisis, aun breve, de los hechos a que se refirieron las repreguntas y de las contestaciones dadas**, que evidenciara los elementos o bases en que se apoyó el Juez para considerar que los testigos no quedaron invalidados por las repreguntas a que fueron sometidos.[181] (Negrillas nuestras).

Durante el año 1989, tuvo oportunidad la SCC de analizar por vez primera la prueba testimonial rendida bajo el imperio del nuevo CPC y en unas consideraciones explanadas en decisión emanada en septiembre de 1989, expuso:

> El acta de examen del testigo, entre otros requisitos, debe contener: a) Las contestaciones que el testigo haya dado al interrogatorio; b) Las preguntas que le haya dirigido la parte

[180] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año 86. T. 10. p. 165.
[181] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 89. T. 5. p. 131.

> contraria, su representante, o el Juez y las respectivas contestaciones. En consecuencia, cuando el Juez efectúa la síntesis de las declaraciones del testigo, debe ser sumamente cuidadoso en trasladar a la sentencia la parte más importante de la misma, bien sea porque el testigo sólo respondió el interrogatorio formulado de viva voz por el promovente o su apoderado, o porque asimismo le fueron formuladas preguntas por la parte contraria, su representante o el propio Juez. Si no diere cumplimiento a estos requisitos, resultará sumamente difícil para el Juzgador analizar la prueba y estimarla. **En el caso de autos, si bien la Alzada efectúa el resumen del interrogatorio formulado de viva voz por el apoderado de la parte promovente (...) sin embargo, silencia totalmente las preguntas que le dirigió la parte contraria (...) dejando en consecuencia, sin fundamentación el fallo, por ser la apreciación de la prueba testimonial incompleta y parcial**.[182] (Negrillas nuestras).

La doctrina anterior fue ratificada mediante fallo emitido por la SCC en julio de 1990,[183] **con lo cual se demuestra que para dicha fecha, esa era orientación jurisprudencial sobre la materia, la cual se ha mantenido presente en la doctrina de la SCC del TSJ hasta la fecha, como tendremos oportunidad de analizar en las páginas siguientes.**

La manera de valorar la prueba de testigos por los jueces, también puede dar lugar a la **nulidad de la sentencia por incurrir en el vicio de inmotivación**. Reiterando doctrina jurisprudencial anterior, la SCC en sentencia de noviembre de 1981 indicó:

> Como es fácil observar **el Sentenciador no indica ni dice nada en la parte motiva ni en ninguna otra parte, acerca de los hechos por los que fue interrogado el testigo, así como tampoco expresa las respuestas que se habría dado**

[182] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 89. T. 9. pp. 277-278.
[183] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 90. T. 7. pp. 251-252.

> **a las correspondientes particulares, por lo que sería imposible, sin revisar las correspondientes actas de expediente, saber cuál fue el resultado de la prueba y si, en consecuencia, es cierta la conclusión del Juzgador de que el deponente contestó afirmativamente a los particulares del interrogatorio. Ello entraña en concepto de la Sala un vicio en la motivación de la Sentencia,** puesto que ésta como reiteradamente se ha establecido **debe bastarse a sí misma y llevar en su propio contexto la prueba de su legalidad, sin que sea lícito acudir a otros elementos del expediente para sustentar las afirmaciones del Sentenciador.**[184] (Negrillas nuestras).

Participa del mismo razonamiento en sentencia dictada por la SCC en junio de 1983, cuando analizando un fallo dictado por un juzgador de instancia, quien se limitó a afirmar: "que a juicio del Tribunal esas repreguntas no habían sido suficientes para invalidar los dichos de los testigos", aseveró: "Cabría preguntar ¿**Esta conclusión de dónde la extrajo el juzgador? ¿Del examen de los particulares que son los que reseñan su fallo, o de las respuestas que los testigos dieron a las preguntas**? (...) Concluyendo que hubo una apreciación incompleta, parcial e imprecisa de la prueba de testigos que dejó sin cabal fundamentación el fallo".[185] (Negrillas nuestras).

Tuvieron la misma orientación sentencias dictadas por la SCC el 31 de enero de 1984, el 31 de octubre de 1985 y en marzo de 1987, cuando en ésta, además dejó plasmado que:

> **La apreciación por el juzgador dando por demostrada la posesión de estado sin indicar cuáles fueron los hechos –entre los varios declarados por la testigo – que evidencien dicho extremo legal, la hizo incurrir "...en el vicio de inmotivación con violación del Art. 162 del Código de**

[184] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. LXXXV. Sent. 787-81. pp. 440-442.
[185] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. LXXXII. Sent. 396-83. pp. 618-619.

> **Procedimiento Civil",[*] ya que la motivación del fallo es requisito de orden público que debe cumplirse en la confección de toda sentencia judicial (...) como una garantía contra las decisiones arbitrarias de los jueces y asimismo del derecho de defensa (...) pues la parte podrá tener conocimiento de los motivos que determinaron su vencimiento en la lid judicial, a fin de ejercer subsecuentemente los recursos ordinarios o extraordinarios que se utilizan en el proceso.**[186] (Negrillas nuestras).

Igualmente, alertó la SCC en cuanto a la prolijidad y extensión de la motivación en el análisis de la prueba de testigos, señalando en sentencia dictada en febrero de 1989 lo siguiente:

> **no es necesario transcribir todas y cada una de las respuestas dadas por el testigo a las preguntas y repreguntas formuladas sino que basta un análisis conjunto de ellas, siempre que éste las comprenda a todas.** En cuanto a la extensión y prolijidad de la motivación, ha señalado que el vicio radical de una sentencia, **por falta de motivos, sólo existe cuando carece en absoluto de fundamentos, pues no debe confundirse la escasez o exigüidad de la motivación con la falta de motivos, que es lo que da lugar al Recurso de Casación.**[187] (Negrillas nuestras).

Mediante sentencia dictada en diciembre de 1990, la SCC confirmó la doctrina antes transcrita, cuando al conocer de una denuncia por inmotivación fundada en que la recurrida, en opinión del formalizante, no examinó todas las preguntas del justificativo de testigos, limitándose a entresacar "tan sólo dos de ellas", sostuvo:

> el Sentenciador, al examinar las testificales y considerar que sólo dos de los nueve particulares del justificativo están desti-

[*] Hoy Arts. 243 y 244 CPC.
[186] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 87. T. 3. p. 185.
[187] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 89. T. 2. p. 100.

> nados a probar la posesión legítima del querellante, procedió a valorar la fuerza probatoria de las mismas, sin que ello haga concluir que la recurrida no examinó todas las preguntas y por ello incurrió en el vicio denunciado (…) **pues no se hacía necesario que el sentenciador transcribiera todas las preguntas del interrogatorio y las respuestas dadas a las mismas, sino, tan sólo aquellas que ayudaran a clarificar la posesión legítima alegada por el querellante, y esto fue lo que hizo el Sentenciador, considerando que tan sólo dos de la nueve particulares del justificativo se referían a ella.** No resulta por tanto inmotivado el fallo y así se decide.[188] (Negrillas nuestras).

Criterio jurisprudencial que se mantuvo durante el siguiente año, como se desprende del fallo dictado por dicha Sala en noviembre de 1991, en el que señaló:

> De acuerdo al ordinal 4º del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, el Juez en su sentencia debe expresar los motivos de hecho y de derecho en que fundamenta su decisión. **En cuanto al análisis de la prueba de testigos, no se requiere que el Juez, al sustentar su juzgamiento al respecto, haga la transcripción de las preguntas y las repreguntas que le fueron formuladas a los testigos, pero sí es imprescindible que haga una síntesis, aun somera de las preguntas hechas, tanto por el promovente, como por la contraparte –repreguntas– y sus respuestas, pues esta síntesis sustentará la decisión del juez en uno u otro sentido,** (…) si bien, y en contrario de lo que afirma el formalizante, el Sentenciador hace una síntesis de lo contestado por los testigos en relación a las preguntas formuladas, omite toda referencia al contenido de las repreguntas hechas y las respuestas dadas por el testigo, (…) **por lo cual la afirmación del Sentenciador de que, siendo repreguntado no incu-**

[188] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. CXIV. Sent. 979-90. pp. 509-510.

> **rrió en contradicciones, no es más que una petición de principio.**[189] (Negrillas nuestras).

Durante el año 1992, la SCC mantuvo inquebrantable la doctrina señalada *supra,* como se aprecia en sentencia dictada en mayo de 1992, en la que ratificó que bajo el imperio del nuevo CPC, el acta de examen del testigo entre otras menciones, debía contener las contestaciones que aquél hubiere dado al interrogatorio y las preguntas que le haya dirigido la parte contraria o el juez, con sus respectivas contestaciones, por manera que se exige al juez que sea

> sumamente cuidadoso en trasladar a la sentencia la parte más importante de la misma, bien sea porque el testigo sólo respondió al interrogatorio formulado de viva voz por el promovente o su apoderado, o porque asimismo le fueron formuladas preguntas por la parte contraria, su representante o el propio Juez. (…) Aplicando la precedente doctrina al caso *sub-iudice*, aprecia la Sala que el juzgador incurrió en el vicio denunciado, por cuanto se limitó a decir que los testigos Manuel Cruz e Igor Cabrices rindieron declaración ante el Tribunal de la causa y el testigo Hernán Isai Bardillo lo hizo ante el Tribunal Primero de los Municipios Urbanos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, **y que este último fue repreguntado por la parte demandada. Agregó el sentenciador que los referidos testigos no se contradijeron, (…) por lo cual valora tales testimonios y sin que refiera nada sobre las repreguntas formuladas al testigo Hernán Isai Bardillo**. La conducta asumida por el sentenciador de la Alzada en la apreciación y valoración de esta probanza no resulta cónsona con los postulados de la doctrina del Alto Tribunal, referida a la forma cómo debe apreciarse esta prueba.[190] (Negrillas nuestras);

[189] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. CXIX. Sent. 1078-91. p. 349.
[190] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 92. T. 5. pp. 302-304.

Doctrina que fuera ratificada mediante decisiones dictadas en junio de 1992,[191] agosto de 1992,[192] diciembre de 1992[193] y diciembre de 1993,[194] en las cuales proclamó que el no reflejar en la sentencia, aun someramente, las preguntas realizadas al testigo por la parte promovente, ni las repreguntas que le hubiese dirigido la parte contraria o el juez, **constituye una análisis parcial e incompleto de la prueba testifical por el juzgador, que deja sin cabal fundamentación el fallo en uno de sus aspectos esenciales, como es la valoración de los elementos de convicción que obran en los autos**.

Durante el año posterior, la SCC continuó con su inveterada orientación jurisprudencial, y en fallo emanado en octubre de 1994, con ocasión al examen de una denuncia de inmotivación basada en que la sentencia recurrida había analizado parcialmente la prueba de testigos, sostuvo:

> Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, es indudable que **el sentenciador de la recurrida infringió la prescripción normativa inserta en el ordinal 4º del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 12 *eiusdem*, en cuanto a que en dicho fallo no consta debidamente la motivación sobre la cuestión de hecho implicada en la controversia,** que como enseña la más calificada doctrina en la materia "comprende e impone el examen integral de los medios probatorios presentados por las partes, (…) todo lo cual hace que respecto a la recurrida resulte plenamente **aplicable la sanción de nulidad que se contempla en el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil,** y así se declara.[195] (Negrillas nuestras).

Durante el transcurso del siguiente año, la SCC, en sentencia de marzo de 1995 tuvo oportunidad de analizar una decisión de instancia que al

[191] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 92. T. 6. p. 152.
[192] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 92. T. 8. pp. 340-342.
[193] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 92. T. 12. pp. 231-232.
[194] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 93. T. 12. pp. 208-211.
[195] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 94. T. 10. pp. 217-219.

referirse a la prueba testimonial que la parte querellante promovió durante el proceso, expresó:

> El testigo José Antonio Zerpa Quintana, "ratificó el justificativo de testigos en todas sus partes. No fue repreguntado, el Tribunal de la Primera Instancia lo valoró de conformidad con lo dispuesto en el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil, de igual forma lo hace esta Alzada; entonces, ante este aserto decisorio tan general, hizo suyo un criterio expuesto en sentencia anterior que estableció. Sin embargo, **en acatamiento a lo previsto en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, la Sala ha censurado las formas vagas en las cuales se aprecian o se desechan las pruebas que las partes han promovido, sin que haya precedido la exposición de los hechos y un análisis razonado de las pruebas constantes en los autos.**[196] (Negrillas nuestras).

Posteriormente, en fallo dictado durante el mes de noviembre de 1995, reproduciendo la doctrina anterior, en materia de preguntas y repreguntas a los testigos, señaló:

> es esencial **que los jueces analicen cabalmente las repreguntas que le son formuladas a los testigos y no limitarse a señalar, como una petición de principio, que simplemente el testigo no incurrió en contradicciones al ser repreguntado.** Pues se reitera que, en la forma antes descrita, **el Juez realiza una apreciación parcial de la prueba,** al no analizar las respuestas que el mismo da a las repreguntas, que no sólo podrían invalidar su dicho, como sugiere la recurrida, sino a esclarecer o rectificar su declaración.[197] (Negrillas nuestras).

A lo largo del siguiente año, la SCC mantuvo firme la tendencia jurisprudencial antes citada, como se evidencia de resolución dictada en

[196] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 95. T. 3. pp. 388-390.
[197] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 95. T. 11. pp. 423-424.

marzo de 1996, la cual ante la falta de indicación por la recurrida, ni siquiera en forma resumida, de las preguntas formuladas y respuestas dadas por los testigos en la evacuación de la prueba testimonial, así como tampoco la indicación de si fueron o no repreguntados, afirmó: "Se limita a indicar los hechos que quedaron demostrados a través de la referida prueba, **obviando las preguntas y respuestas de donde derivan tales conclusiones, lo que hace prácticamente imposible el control de la prueba testimonial al no trasladar a la sentencia la motivación suficiente por falta de indicación del interrogatorio, así como de sus respuestas".**[198] (Negrillas nuestras); la que fuera ratificada en decisiones de mayo[199] y agosto[200] de 1996.

Durante el devenir del próximo año, la SCC inscrita en la tendencia doctrinal referida *supra,* sostuvo en fallo dictado en marzo de 1997 que:

> La jurisprudencia de la Sala, en relación con la prueba testimonial, ha venido elaborando el denominado **vicio de silencio parcial de la prueba, el cual ocurre cuando el sentenciador no analiza la totalidad de las preguntas formuladas al testigo, o cuando de sus declaraciones no se infiere cuáles fueron las preguntas realizadas de manera que es imposible verificar cómo ha obtenido sus conclusiones,** pues de lo expresado por el sentenciador, para que se encuentre cumplido el requisito intrínseco de la motivación, debe ser posible deducir la relación que existe entre las declaraciones del testigo y el criterio del juez respecto a ellas.[201] (Negrillas nuestras);

Agregando mediante decisión emitida en mayo de 1997, que en silencio parcial de prueba también incurre el fallo que omite el testimonio rendido por algunos testigos, precisando:

> El artículo 509 del Código de Procedimiento Civil constriñe al juez a hacer un análisis de todo el material probatorio cursante

[198] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit*. Año: 96. T. 3. pp. 315-318.
[199] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit*. Año: 96. T. 5. pp. 287-290.
[200] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit*. Año: 96. T. 8. pp. 294-296.
[201] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit*. Año: 97. T. 3. pp. 225-226.

> en autos, aunque éstas sean inocuas, improcedentes o impertinentes. **Fundamentar una sentencia en un análisis parcial del material probatorio, es dictar una sentencia carente de motivos, contrariando el mandato del artículo 243, ordinal 4º del Código de Procedimiento Civil, que dice que el juez debe expresar los motivos de hecho y de derecho de la decisión. Igualmente, incurre el juez en la infracción del artículo 12 *eiusdem,* al no decidir conforme lo alegado y probado en autos. La sentencia igualmente incurre en infracción del artículo 244 del Código de Procedimiento Civil, pues la sentencia no cumple con los requisitos del artículo 243 *eiusdem*.**[202] (Negrillas nuestras)

Máxima que ratificara en sentencia dictada durante el mes de diciembre de 1997,[203] en la cual tuvo ocasión de analizar una apreciación de testigos en la que se hacía referencia a las preguntas y respuestas formuladas de manera genérica, impidiéndose poner de manifiesto los elementos o bases en que se apoyó el juez para considerar que los testigos no quedaron invalidados por las repreguntas, y acotó que tal proceder por los jueces, constituía una falta al deber de motivación impuesto a ellos.

Durante el año siguiente, la SCC se mantuvo ajustada a los parámetros de la precitada doctrina jurisprudencial, siendo así, como en sentencia de marzo de 1998, en cuanto a la motivación sostuvo lo siguiente:

> Lo expuesto permite determinar que la valoración de la prueba testimonial debe comprender la mención del interrogatorio formulado a los deponentes, porque ello constituye la base que permitirá al juez concluir cuáles son los hechos demostrados por la prueba analizada. No es necesario transcribir las preguntas, repreguntas y respuestas. Basta con una síntesis de todas ellas. **Si el juez incumple con este deber, habrá silenciado las razones por las que aprecia la prueba testi-**

[202] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 97. T. 5. pp. 431-432.
[203] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 97. T. 12. pp. 296-300.

> **monial y dictará entonces un fallo sin acoger el principio de autosuficiencia, esto es, que no se basta a sí mismo y requiere de elementos extraños para complementarlo o perfeccionarlo, pues para conocer el dicho de los testigos será necesario acudir al acta del expediente que contiene la prueba.**[204] (Negrillas nuestras).

También la SCC, en decisión dictada en abril de 1998, destacó el carácter de **orden público** de los requisitos establecidos por el artículo 243 CPC, cuando sostuvo:

> Por ello, nuestro sistema procesal… **consagra como motivo de casación por quebrantamiento de forma, la circunstancia de que la sentencia no llene los requisitos de dicho artículo**… A través de estos medios se impide que se convierta en sentencia el fallo insuficiente desde el punto de vista de sus requisitos intrínsecos, **y muy especialmente cuando falta el requisito de la motivación, cuyo incumplimiento infringe un principio de orden público procesal,** pues bajo la doctrina de nuestra Corte Suprema, **la motivación es una garantía contra la arbitrariedad judicial y presupuesto indispensable de una sana administración de justicia**.[205] (Negrillas nuestras).

Se mantuvo invariable la tesis acogida por la doctrina de la SCC del TSJ, resultando apuntalada por sentencias emanadas durante los meses de enero[206] y abril de 1999;[207] y también mediante fallo dictado en noviembre de 1999, en el cual sostuvo:

> En numerosos fallos, la Sala ha dejado establecido que la apreciación y examen de la prueba de testigos constituye una for-

[204] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 98. T. 3. pp. 385-387.
[205] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 98. T. 4. pp. 390-393.
[206] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 99. T. 1. pp. 357-358.
[207] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 99. T. 4. pp. 497-499.

> malidad para que la sentencia contenga motivación, (…) pues los jueces deben en su decisión expresar los elementos que le sirven para valorar la prueba de testigos, indicando, **así sea en forma resumida, las respuestas que el testigo dio en particular al interrogatorio a que fue sometido, tanto de las preguntas que el promovente de la prueba formula, como de las repreguntas y los hechos que el sentenciador da por demostrados con el testimonio.**[208] (Negrillas nuestras).

A finales del siglo XX, la SCC en sentencia publicada en febrero de 2000, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre un fallo de instancia, en el que se había omitido el análisis del testimonio rendido por uno de los testigos promovido, limitándose a afirmar que las respuestas de todos los testigos a las preguntas formuladas por los promoventes fueron afirmativas, desechando otros testigos por contradicción y ser referenciales, ocasión en la cual sostuvo:

> Pero, ocurre que el testigo Efraín Arévalo Aguilar Bayote no fue repreguntado, en virtud de lo cual **el fallo no contiene ninguna otra referencia al testimonio rendido por este ciudadano, no expresa si acoge su declaración o si por el contrario la desecha; en otras palabras, en el fallo no aparece el criterio o conclusión a que arribó el sentenciador en relación con la declaración rendida oportunamente en el proceso por este ciudadano** (…) en otras palabras, el sentenciador de la recurrida, **si bien mencionó esta prueba, se limitó a hacer un análisis muy parcial de su contenido,** pero no expresó en modo alguno una conclusión en relación con el análisis del testimonio respectivo, (…) en este sentido, **la recurrida es inmotivada en cuanto respecta al examen o apreciación de este testimonio en concreto.**[209] (Negrillas nuestras)

Esta tesis resultaría afianzada mediante decisión dictada en junio de 2000.[210]

---

[208] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 99. T. 11. pp. 795-797.
[209] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 00. T. 2. pp. 254-256.
[210] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit*. Año: 00. T. 6. 9. 488.

Asimismo, la SCC tuvo oportunidad de confirmar la doctrina anterior mediante sentencia dictada en julio de 2000, en la cual tuvo oportunidad de examinar un fallo de instancia que había desechado unos testimonios por considerar que las respuestas de los testigos había sido contradictoria, luego de escoger del acta testifical una o dos preguntas de las realizadas durante la evacuación del testigo, señalando:

> Ciertamente, la sentencia incurre en una petición de principio, **pues da por sentado que las respuestas de los testigos son contradictorias, pero no indica por qué, en dónde se produjo la contradicción de los testigos. No pueden desecharse tres testimoniales, simplemente señalándose que las declaraciones son contradictorias o incongruentes. Tampoco puede suprimirse casi todo el testimonio, y escogerse una o dos preguntas para considerar analizada la prueba,** pues el acta testifical comporta una serie de elementos, posiblemente **vinculados al *thema decidendum*, que implica un análisis completo de ella, y no parcial, como hizo la recurrida.**[211] (Negrillas nuestras).

11.6 *CÓMO INCURRE EL JUEZ EN SUPOSICIÓN FALSA AL VALORAR EL TESTIMONIO*

El falso supuesto o suposición falsa, también ha sido objeto de pronunciamientos jurisdiccionales por el TSJ desde épocas remotas; destacándose la sentencia pronunciada por la SCC en agosto de 1981, que sentó las bases de la técnica correcta de la formalización en dicho caso, apuntalando:

> **no es suficiente la denuncia única del Art. 367[*] del Código de Procedimiento Civil, pues se requeriría además, como lo ha señalado la Sala en numerosos fallos "la denuncia del correspondiente caso de falso supuesto", en el cual habría incurrido la recurrida al aceptar dichos tes-**

[211] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 00. T. 7. pp. 623-630.
[*] Hoy Art. 508 CPC.

> **tigos como válidos, no obstante estar viciados tan gravemente sus dichos,** incurriéndose en falso supuesto como se desprende del texto de la sentencia en cuestión **cuando la sentencia recurrida hace una suposición contraria a la verdad, la cual consistiría en atribuir a los testigos examinados, en sus declaraciones, afirmaciones que éstos no hicieron y que por tanto no constan en las respectivas actas de declaración.**[212] (Negrillas nuestras)

Exigencia que confirmó la SCC seis años más tarde, cuando mediante doctrina contenida en sentencia fechada en noviembre de 1987, dejó precisado lo siguiente:

> **En materia de prueba testimonial –ha expresado la Corte en numerosas decisiones– que el falso supuesto consistiría en atribuir a un testigo algo que no ha dicho**, pero lo que se quiere presentar en la denuncia no es precisamente eso, sino la apreciación que la recurrida hizo de las declaraciones de los testigos mencionados en la presente denuncia, lo cual es manifiestamente improcedente.[213] (Negrillas nuestras).

Asimismo, la SCC en cumplimiento de su labor didáctica, al comentar en mayo de 1993 la primera hipótesis de suposición falsa, que consiste en atribuir al instrumento o acta del expediente menciones que no contiene, haciendo suya opinión del Maestro Duque Sánchez, expresó: "…**ocurre cuando el Juez hace decir a un documento lo que éste no dice; o cuando pone en boca de testigos, cosas que éstos no han afirmado en el acta de su declaración, decidiendo en uno u otro caso, con base a esa mención atribuida o inventada por el juzgador".**[214] (Negrillas nuestras).

La SCC reforzó la tesis que hasta los momentos había mantenido, y nueve años después, en fallo fechado en diciembre de 1996, en el que

---

[212] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. LXXIV. Sent. 6066-81. pp. 4756-481.
[213] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 87. T. 11. p. 107.
[214] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 93. T. 5. p. 251.

sostuvo que el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil debía ser considerado como regla de valoración del testimonio y, en consecuencia, era obligatorio para el Juez:

> a) Hacer la concordancia de la prueba testimonial entre sí y con las demás pruebas, cuando esa labor fuere posible; b) Desechar la declaración del testigo inhábil o del que apareciere no haber dicho la verdad; y c) En el proceso mental que siga el juez al analizar y apreciar una prueba de testigos, deberá aplicar las reglas de la sana crítica (artículo 507), debiendo estimar cuidadosamente los motivos de las declaraciones y la confianza que merezcan los testigos por su edad, vida y costumbres, por la profesión que ejerzan y demás circunstancias; pero el resultado de esa labor corresponde a la soberanía de apreciación del juez, quien sólo podría ser censurado en Casación cuando incurra en suposición falsa o haya violado una máxima de experiencia; entonces "… **la denuncia del Art. 508 del Código Procesal deberá encuadrarse con fundamento en el artículo 313 ordinal 2º, en concordancia con el artículo 320 *eiusdem,* determinando claramente, en cuál de los tres supue stos del mencionado artículo 320, encuadra su denuncia. Asimismo (…) se debe especificar la influencia en el dispositivo del fallo, como consecuencia de una suposición falsa del Juez, lo que permitirá a la Sala descender a examinar las actas y censurar la apreciación y valoración que de la prueba de testigos realice el Juez.** (Negrillas nuestras).[215]

Doctrima que resultara confirmada mediante sentencia dictada en junio de 1998.[216] Es conveniente advertir que la SCS del TSJ, acogió totalmente la doctrina jurisprudencial asentada por la SCC, mediante sentencia dictada en febrero de 2002.[217]

---

[215] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 96. T. 12. pp. 374-376.
[216] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 98. T. 6. pp. 272-274.
[217] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 02. T. 2. pp. 519-520.

11.7 *APRECIACIÓN POR EL JUEZ DE LA INHABILIDAD DEL TESTIGO*

Igualmente se ha referido la doctrina jurisprudencial del TSJ a las causales de inhabilidad de los testigos, y mediante sentencia dictada en diciembre de 1983, la SCC sostuvo su carácter taxativo y también que la apreciación de éstas debería ser de oficio, es decir, sin que medie denuncia de parte al sostener:

> El artículo 343 del Código de Procedimiento Civil establece tres causales absolutas de inhabilidad para testimoniar en todo juicio civil, de forma que cualquier persona que incurra en una de esas causales, no puede testificar y si lo hace su testimonio debe ser desechado. Los artículos 344, 345 y 346 *ejusdem*[*] consagran causales relativas de inhabilidad, esto es, aplicables en algunos juicios y en relación a ciertas personas, y si éstas prestan declaración en el juicio o juicios para los cuales están inhabilitadas, sus testimonios son inútiles. Ahora bien, esas causales de inhabilidad, sean absolutas o relativas, deben ser tomadas en consideración por el Juzgador en la oportunidad de la apreciación de la prueba, y está obligado a hacerlo de oficio, sin necesidad de alegato de parte, en razón de que ellas constituyen en mandato de ley y cuya aplicación es ineludible para el sentenciador (...) N**o obstante (...) es de advertir que la enumeración que hace la Ley de las causales de inhabilidad del testigo es taxativa, con lo cual se está afirmando que no pueden ser creadas y mucho menos aplicadas otras distintas (...) y además, las normas jurídicas que las establecen son de interpretación restrictiva, esto es, que no puede contemplarse como causal de inhabilidad mediante una interpretación extensiva de la Ley, un hecho que específicamente no está contemplado en ella como tal.**[218] (Negrillas nuestras).

[*] Hoy Arts. 478, 479 y 480 CPC.
[218] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. LXXXIV. Sent. 789-83. pp. 472-475.

En la precitada decisión judicial, dejó la SCC meridianamente establecido que: a) Las causales de inhabilidad absoluta para testificar son las establecidas por el artículo 343 del CPC derogado (hoy Art. 477 CPC); b) Las causales de inhabilidad relativa están contempladas en los artículos 344, 345 y 346 del Código de Procedimiento Civil derogado (hoy artículos 478, 479 y 480 CPC); c) Que las mencionadas causales deben ser tomadas en consideración por el Juez en el momento de la apreciación de la prueba, lo cual puede ser realizado de oficio según dispone el artículo 367 del Código de Procedimiento Civil derogado (hoy Art. 508 CPC); y d) Que dichas causales son taxativas, no admitiendo en consecuencia, creación ni aplicación por vía de interpretación extensiva o analógica de la Ley. Criterios éstos que aparecen ratificados por la SCC en sentencia publicada en agosto de 1985, cuando afirmó:

> Las diversas causales de inhabilidad están expresamente señaladas por la Ley. **Como normas excepcionales a la regla general son de estricta interpretación. Es de doctrina el principio conforme al cual no puede emplearse la analogía con respecto a cualquier disposición de la Ley, sino sólo en relación con las del derecho común. Las normas excepcionales no pueden extenderse por analogía de un caso a otro.**[219] (Negrillas nuestras).

Mas, cuando tuvo la oportunidad de examinar el caso de algunos testigos no incursos en causales de inhabilidad absoluta o relativa, **pero íntimamente vinculados a las partes**, dejó establecido en sentencia proferida en diciembre de 1983, lo siguiente:

> La Corte al respecto considera que la circunstancia de que un testigo esté ligado a una de las partes litigantes por una relación de trabajo, por mucha significación que ésta tenga, no está contemplada entre las causales absolutas ni relativas de inhabilidad para testimoniar en juicio, ya que la única consagrada como tal es la de sirviente doméstico que no puede ha-

[219] Ramírez & Garay. *Ob. Cit*. T. XCII. Sent. 828-85. pp. 582-588.

> cerlo, ni a favor ni en contra de quien lo tenga a su servicio; **en consecuencia, no puede rechazarse *ab initio* la declaración de un testigo por la sola circunstancia de ser empleado de una de las partes en conflicto; es siempre necesario analizar la deposición y desestimar ésta si de la misma apareciere una verdadera causal de inhabilidad o si apareciere que el testigo no ha dicho la verdad como lo dispone el artículo 367 del Código de Procedimiento Civil.**[*] [220] (Negrillas nuestras).

Es decir, que en criterio de la SCC, **al existir circunstancias que hagan sospechoso de parcialidad al dicho del testigo, no procediendo la aplicación de las causales de inhabilidad, es menester analizar la deposición para descubrir si de ella se desprende alguna causa de inhabilidad, como por ejemplo, el interés manifiesto en las resultas del pleito o se desprende que el testigo no ha dicho la verdad, para entonces desestimar su declaración de conformidad con lo dispuesto por el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil**.

El criterio doctrinal anterior, también aparece confirmado por el fallo dictado en agosto de 1985, el cual apuntalando aún más lo expresado, aseveró:

> El principio de aplicación general en doctrina y jurisprudencia de que los jueces de fondo son soberanos en la apreciación de los hechos tiene su mejor expresión, **en cuanto a la prueba de testigos, en el hecho de que el legislador deja dicha prueba a la libre, íntima e incondicionada estimación del Juez.**[221]

También la SPA del TSJ, adhirió a la precitada tesis, y en sentencia fechada en junio de 1986,[222] la acogió sin reservas. Debemos destacar que ha considerado la SCC que la falta de la mención de las causales de

---

[*] Hoy Art. 508 CPC.
[220] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. LXXXIV. Sent. 789-83. pp. 472-475.
[221] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. XCII. Sent. 828-85. pp. 582-585.
[222] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 86. T. 6. p. 91.

inhabilidad en el acta de examen del testigo no acarrea la invalidación de su dicho y en sentencia de octubre de 1985, afirmó:

> Los datos de identificación del testigo, como los de información al mismo de las causales de inhabilidad, son de menor importancia, pues tienden a suministrar elementos que permiten apreciar la sinceridad del testigo, por su estado civil, profesión, edad, o por carecer de causales de inhabilidad. Siendo tal la situación, y existiendo doctrina concreta de que la falta de lectura de las causales de inhabilidad no invalidan el dicho del testigo; y sí además se toma en cuenta que la **omisión en el acta de la constancia de que se ha hecho tal lectura, no implica necesariamente que dicha formalidad no se haya cubierto, y que el acto (...) no es exclusivo del deponente y del tribunal, sino que en él intervienen las partes, quienes dan su conformidad al Acta, previa lectura**.[223] (Negrillas nuestras).

En este orden de ideas, al considerar la SCC que la contraparte había hecho incluso, uso del derecho de repreguntas, no consideró infringido el artículo 350 del CPC (hoy Art. 492 CPC). Profundizando sobre el examen del **interés** que mediatiza la declaración del testigo, cuando correspondió a la SCC del TSJ interpretar el Art. 344 CPCD, hoy Art. 478 CPC, en decisión publicada en agosto de 1985, expresó:

> El artículo 344 del Código de Procedimiento Civil,[*] prohíbe testificar a la **persona que tenga interés en el pleito a favor de la parte con quien por este concepto se encuentra vinculada.** Esta incapacidad está fincada en la presunción de parcialidad del testigo. Es presumible que el que tiene interés en las resultas del pleito se parcialice a favor de la parte con cuyo interés coincida. Una declaración semejante, lejos de favorecer la inquisición de la verdad, la entraba (...) **pero (...) sí puede hacerlo en contra de ésta, puesto que entonces surge con mayor fuerza el concepto de mayor fe en sus**

[223] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. XCIII. Sent. 1.037-85. pp. 419-422.
[*] Hoy Art. 478 CPC.

> **declaraciones** (...). Igualmente esta Corte ha precisado también **que el interés al cual es refiere el artículo 344 denunciado como infringido, es el interés económico y no el moral, (...) puesto éste lo estima el Legislador señaladamente en parientes determinados y en el amigo íntimo**.[224] (Negrillas nuestras).

En los aspectos atinentes al interés económico y moral que atañen al testigo, la SCC ratificó el criterio sustentado por la sentencia anteriormente citada, mediante decisión dictada el 26 de marzo de 1987.[225]

La SCC del TSJ tuvo ocasión de pronunciarse sobre el alcance temporal de la inhabilidad relativa que para ofrecer testimonio válido rodea al sirviente doméstico, consagrada por el Art. 479 CPC, **limitándola hasta el momento en que deje por cualquier causa de prestar dichos servicios**, observando:

> de acuerdo al propio relato de la recurrida, la ciudadana… **prestó servicio para ambos litigantes durante el lapso de tres años, con lo cual, al no ser simultánea la prestación de aquéllos con la fecha en que rindió declaración, no podía el Juez, sin incurrir en la infracción denunciada, desechar, por inhábil, tal testifical,** razón por la cual la denuncia examinada resulta procedente, siendo determinante la influencia de este pronunciamiento en el dispositivo de la sentencia. Así se decide.[226] (Negrillas nuestras).

También la SCC al interpretar en fallo dictado en noviembre de 1992, el artículo 478 CPC, que reza: "No puede tampoco testificar el magistrado en la causa que esté conociendo; el abogado o apoderado por la parte a quien represente; el vendedor en las causas de evicción sobre la cosa vendida; los socios en asuntos que pertenezcan a la compañía. El here-

---

[224] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. XCII. Sent. 826-85. pp. 562-578.
[225] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 87. T. 3. p. 181.
[226] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. CXIX. Sent. 1120-91. pp. 423-425.

dero presunto, el donatario, el que tenga interés aunque sea indirecto, en las resultas de un pleito, y el amigo íntimo, no pueden testificar a favor de aquellos con quienes les comprenda estas relaciones. El enemigo no puede testificar contra su enemigo", concluyó que éste contenía inhabilidades de carácter relativo, y que el sentenciador no sólo podía permitir la admisión de dichas pruebas, sino que incluso podía apreciarlas según su prudente arbitrio, el cual, dijo, estaba limitado. Sosteniendo en la ocasión:

> El establecimiento que **un testigo pueda tener interés en las resultas del juicio, es una cuestión de hecho que tiene que ser probada y establecida en la instancia, no siendo revisable por la Casación.** Es el Juez de instancia, el que en razón de lo alegado y probado va a considerar el dicho de un testigo como inapreciable porque éste está inhabilitado por tener interés en las resultas del juicio; **esta declaración puede ser hecha de oficio o a solicitud de parte.** (…) El grado de interés personal en el litigio, por ser cuestión de hecho, corresponde medirlo a los jueces de fondo y no es denunciable en casación. **Así mismo, la enemistad y demás causas que inhabilitan al testigo deben constar probadas en autos, y la apreciación de esa prueba incumbe a los sentenciadores de instancia.**[227] (Negrillas nuestras).

De la misma forma la SCC tuvo oportunidad de expresar en sentencia de mayo de 1993, que la ley censura con inhabilidad para ofrecer testimonio al amigo íntimo, no al que tenga una simple amistad con la parte que lo promueve, estableciendo al respecto:

> Indudablemente que el sentenciador de la recurrida **incurre en suposición falsa, cuando al desestimar al testigo, le atribuye amistad con el querellado Roseliano Estaba, por el hecho de que, al nombrarlo, usó la expresión "compa-**

[227] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit*. Año: 92. T. 11. pp. 229-230.

> **ñero Roseliano".** La ley censura con la inhabilidad al amigo íntimo, no al que tenga una simple amistad. **Se puede ser "compañero", sin necesidad de ser amigo íntimo.**[228] (negrillas nuestras).

Igualmente la SCC en sentencia de enero de 1993, confirmó que no podía atribuirse al testigo interés en las resultas del pleito cuando éste tuviere litigio pendiente en contra de la parte al momento de rendir la declaración, afirmando:

> En el caso bajo análisis, **las repreguntas se refieren a la prestación de servicios del testigo y a la existencia de un litigio laboral entre éste y la empresa.** Al respecto, resuelve la Alzada que el testigo "es descalificado por el apoderado de la empresa demandada, por tener pleito pendiente con ella, para la fecha de su declaración, por reclamación de prestaciones sociales", y a continuación, establece que **no puede afirmarse que el testigo tenga interés en las resultas del pleito, pues no hay constancia de que exista conexión intelectual entre el *thema decidendum* de uno y otro juicio,** con lo cual sustenta suficientemente su decisión de apreciar al testigo.[229] (Negrillas nuestras).

Asimismo la SCC en sentencia dictada durante octubre de 1993, confirmó que las causales de inhabilidad del testigo contenidas en el artículo 478 CPC, son de carácter taxativo, y por ende, de interpretación restrictiva, al sostener:

> Ahora bien, la circunstancia invocada por los recurrentes como fundamento de su denuncia, en el sentido de que los dos testigos que depusieron en el presente juicio por recurso de invalidación, fungieron de partidor y práctico designado, en el anterior juicio de partición en que se dictó la sentencia definitivamente firme objeto del presente proceso de invalidación, **en modo**

[228] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 93. T. 5. p. 251.
[229] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. CXXIV. Sent. 187-93. pp. 412-414.

> **alguno determina que respecto a dichos deponentes, se configure, se insiste, por el solo hecho de ocupar los referidos cargos en el juicio de partición objeto de invalidación, alguna de las taxativas causales de inhabilidad del testigo que se consagran en el denunciado artículo 478 del Código de Procedimiento Civil.**[230] (Negrillas nuestras).

El aserto anterior llevó a la SCC a dictaminar en decisión de abril de 1994 que los pisatarios podían ser testigos, conforme al siguiente razonamiento:

> De la transcripción efectuada *supra,* puede constatarse, que ciertamente los testigos dijeron tener negocios de siembras con el propietario del terreno, vale decir, que son pisatarios en el objeto de la presente acción. **El hecho de ser pisatarios en sí, no es suficiente para declarar la inhabilidad del testigo por tener interés en las resultas del pleito, ya que distinto sería si esos testigos fueran sirvientes domésticos, lo que sí constituiría evidentemente una causal de inhabilidad, ya que dependería de las resultas del juicio que continúen o no teniendo la relación de dependencia con el propietario.**[231] (Negrillas nuestras).

En este orden de ideas, la SCC del TSJ negó que creara la recurrida una causal de inhabilidad no prevista en el código adjetivo, al sentenciador desechar el dicho de un testigo por aparecer "exageradamente acucioso y exacto", y así fue como en fallo dictado en abril de 1994 sostuvo:

> A juicio de la recurrida, el hecho de aparecer el testigo exageradamente "acucioso y exacto", hasta el extremo que se menciona en el párrafo arriba transcrito, es motivo para considerar que no merece confianza y que no ha declarado la verdad. Y en ello realiza una típica labor de apreciación de la prueba, (…) **pues no está estableciendo alguna nueva regla de**

[230] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. CXXIV. Sent. 1115-93. pp. 396-398.
[231] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. CXXX. Sent. 419-94. pp. 362-363.

> **apreciación distinta de las contempladas en el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil, sino acogiéndose a la facultad que le otorga esa misma norma cuando dispone que podrá el juez desechar la declaración del testigo "ya por las contradicciones en que hubiere incurrido o ya por cualquier otro motivo.**[232] (Negrillas nuestras).

En este orden de ideas, la SCC ante una denuncia similar, pero esta vez alegándose infracción de los artículos 478 y 507 CPC, fundamentada en el Ord. 2° del Art. 313 en cuanto al error de interpretación en concordancia con el Art. 320 CPC, por no haber la sentencia recurrida desechado el testimonio rendido por algunos ciudadanos que eran socios de la compañía querellante; al ratificar su apreciación en el sentido que el artículo 478 CPC contiene inhabilidades de carácter relativo, pudiendo el sentenciador permitir la admisión de dicha prueba, e incluso apreciarla según su prudente arbitrio, que no es libre, sino por el contrario se encuentra limitado, en razón del interés que pueda tener el testigo en las resultas del juicio, en decisión de mayo de 1994, sostuvo:

> Analizando el texto de las disposiciones legales denunciadas por el formalizante, constata la Sala que, ciertamente la recurrida reconoce que **los testigos… son socios de la compañía querellante y aun así considera que tal condición no los inhabilita para testificar a su favor, contraviniendo con tal proceder el dispositivo consagrado en el artículo 478 del Código de Procedimiento Civil, que expresamente establece que no pueden testificar los socios en asuntos que pertenezcan a la compañía,** circunstancia que no tomó en consideración el Sentenciador de la recurrida al darle valor probatorio a esta testifical.[233] (Negrillas nuestras); doctrina que ratificó mediante sentencia proferida en julio de 1995.[234]

[232] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. CXXX. Sent. 417-94. p. 360.
[233] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. CXXX. Sent. 449-94. pp. 415-416.
[234] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 95. T. 11. pp. 347-349.

Asimismo, la SCC en fallo dictado en noviembre de 1995, en cuanto al interés del testigo en las resultas del juicio, acotó: "…**la apreciación del interés que pudiese tener un testigo en las resultas del proceso, o la fe que pudiese merecer su testimonio, es de la soberanía de los jueces de instancia, y tal determinación sólo podrá ser controlada por la Sala cuando se alegue suposición falsa o violación de una máxima de experiencia".**[235] (Negrillas nuestras).

De la misma manera, la SCC negó que el mantener relaciones de carácter comercial con la parte promovente, inhabilitara el dicho del testigo por ella promovido, al afirmar en resolución dictada en diciembre de 1995, que:

> De la lectura de la recurrida puede constatarse, efectivamente, que desechó a los testigos… promovidos por la parte demandada reconviniente, con el argumento de que los mismos tenían relaciones comerciales con el promovente. **Este motivo, como acertadamente lo aprecia la formalizante, no aparece como las causales de inhabilidad de testigos previstos en los artículos 477 a 480 del Código de Procedimiento Civil, los cuales se enumeran taxativamente las razones por las cuales un sentenciador debe desechar un testigo al momento de valorarlo, de conformidad con el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil.** Esta circunstancia, de bulto en el presente caso, permite declarar procedente esta denuncia, vista la violación de los artículos 477, 478, 479 y 480, todos del Código de Procedimiento Civil. Así se decide.[236] (Negrillas nuestras).

También la SCC, al interpretar el hecho de no poder testificar el que tenga interés, aunque sea indirecto, en las resultas del juicio (Art. 478 CPC), confirmó que el impedimento en cuestión, es una cuestión subjetiva que queda a la libre apreciación del juez, expresando en sentencia

[235] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. CXXXVI. Sent. 1238-95. p. 386.
[236] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. CXXXVI. Sent. 1308-95. p. 522.

dictada en octubre de 1996, que el hecho de prestar servicios laborales para la parte demandada, no hacía presumir el interés del testigo en las resultas del juicio incoado en contra de la empresa por el trabajador, al sostener: "Considera la Sala que en el presente caso, al trabajador le es difícil hacer ese tipo de prueba **y que las únicas personas que pueden declarar en relación con una situación laboral, son los propios funcionarios o compañeros de labores, que son los únicos que tienen conocimiento de la situación por la que atravesó el trabajador reclamante".**[237] (Negrillas nuestras).

Finalmente, en relación con la incapacidad relativa para testimoniar establecida por el artículo 479 CPC del sirviente doméstico, al reiterar doctrina jurisprudencial de vieja data, en sentencia de noviembre de 1998, señaló:

> la referida norma hace alusión a la prestación actual o presente del servicio doméstico y sobre el particular la recurrida expresó: "si bien actualmente no presta servicios para los esposos Fonseca, no es menos cierto que los hechos que él conoce y sobre los cuales declara, fue (sic) para la época o momento en el cual se desempeñaba como chofer de la señora Fonseca," con lo cual se demuestra que el Juzgador incurrió en error de interpretación del contenido y alcance del artículo 479 del Código, de Procedimiento Civil, debido a que no tomó en cuenta el hecho de que para desechar tal prueba, el supuesto de hecho requerido es que la prestación del servicio fuere actual, es decir, para el momento de la declaración y no antes de esa oportunidad, como lo reseñó el *ad-quem*, **motivo por el cual al no ser simultánea la prestación de los servicios de chofer con la fecha en que rindió su declaración testifical, no podía el juez desecharla, por considerar inhábil al testigo,** por lo cual la denuncia examinada resulta procedente, y así se decide.[238] (Negrillas nuestras).

---

[237] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 98. T. 11. pp. 379-382.
[238] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 90. T. 3. p. 180.

11.8 *EL ARTÍCULO 1.387 DEL CÓDIGO CIVIL COMO REGLA DE VALORACIÓN DEL TESTIMONIO*

Vamos a examinar ahora cómo se ha manifestado la doctrina jurisprudencial de TSJ en relación al Art. 1387 CC como regla de valoración de la prueba de testigos. Dicho artículo, textualmente reza: "No es admisible la prueba de testigos para probar la existencia de una convención celebrada con el fin de establecer una obligación o de extinguirla, cuando el valor del objeto exceda de dos mil bolívares.

Tampoco es admisible para probar lo contrario de una convención contenida en instrumentos públicos o privados o lo que la modifique, ni para justificar lo que se hubiese dicho antes, al tiempo o después de su otorgamiento, aunque se trate en ellos de un valor menor de dos mil bolívares.

Queda, sin embargo, en vigor lo que se establece en las leyes relativas al comercio".

Su naturaleza de norma valorativa de la prueba en cuestión, fue precisada por la SCC del TSJ en sentencia de marzo de 1990, cuando sostuvo:

> el artículo 1.387 del Código Civil **sí contiene una regla de valoración probatoria, pues el mismo establece normas relativas a la admisibilidad de la prueba de testigos, y ordena al Juez no darle valor a esa prueba, toda norma que de alguna manera limite la admisibilidad de un medio probatorio, es regla de valoración de esa prueba**.[239] (Negrillas nuestras).

Sin embargo, conforme a criterio expresado el mismo año por la SCC, cuando las declaraciones de los testigos **contribuyen a demostrar un alegato de las partes contenido en el libelo de la demanda o en su contestación, es decir, debatido en el proceso**, no resulta inad-

[239] *Ibídem*. p. 179.

misible la prueba de testigos a la luz de la prohibición contenida en el artículo 1.387 del Código Civil:

> la cual radica en la superioridad que se le atribuye a la prueba documental en presencia de la de testigos. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en admitirla *non contra, sed justa scriptun*, esto es, **cuando quien promueve la prueba tiende sólo al fin de interpretar el contenido de un documento, es decir, aclarar por medio de testigos las dudas o vaguedades a que éstos den lugar**. Así pues, no procede cuando se quiera modificar o destruir su contenido, pero sí aclararlo.[240] (Negrillas nuestras).

También la SCC ha sostenido que la limitación contenida en el artículo comentado, no es posible oponerla a terceros no intervinientes en la convención o contrato, afirmándolo en sentencia de septiembre de 1989, de la siguiente manera:

> **La prohibición del artículo 1.387 del Código Civil (...) opera únicamente entre las partes contratantes, las cuales pueden o deben procurarse una prueba escrita de los contratos verificados entre ellos,** debiendo hacerse su prueba en juicio mediante la presentación del instrumento donde conste la convención (...). **Esta limitación (...) no puede alcanzar a los terceros extraños al contrato, frente a quienes éste, más que un acto, representa un hecho jurídico susceptible de probar con cualquier género de pruebas.**[241] (Negrillas nuestras).

Asimismo, ha dejado meridianamente establecido la doctrina jurisprudencial de nuestra SCC, que la prohibición contenida en el artículo 1.387 del Código Civil, **no rige para la demostración de hechos y obligaciones relacionadas directamente con hechos ilícitos,** exponién-

[240] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 89. T. 8 y 9. pp. 271-272.
[241] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. LXIV. Sent. 607-81. pp. 481-485.

dolo en fallo dictado en agosto de 1981 en los términos siguientes: "...en el caso de especie, **la testimonial fue admitida por la recurrida, para la demostración de hechos, circunstancias y obligaciones relacionadas directamente con hechos ilícitos, para lo cual, según la doctrina, no funciona dicha limitación"**.[242] (Negrillas nuestras).

Doctrina que fuera reiterada a través de sentencia fechada en Junio de 1988, que en síntesis afirmó:

> En el presente juicio la obligación de resarcir el daño material, **no tiene fundamento en una convención, sino en la responsabilidad extracontractual por hecho ilícito originada en un accidente de tránsito. Por lo tanto, la referida limitación de la prueba testimonial no rige en cuanto al establecimiento del hecho ilícito y de sus efectos civiles.**[243] (Negrillas nuestras).

De igual forma, la SCC ha manifestado que es menester una aclaratoria al término "convención" utilizado por el precitado Art. 1.387 CC, determinándolo en sentencia de marzo de 1982 cuando afirmó: "...la inadmisibilidad a que se refiere el artículo (en su primer párrafo) guarda una estrecha relación lógica con el problema de la disponibilidad de la prueba que el legislador tiene presente, a fin de que exista una prueba para todos los negocios jurídicos"..., **con lo cual se está dando el verdadero significado de la palabra "convención" como "negocio jurídico".**[244] (Negrillas nuestras).

Al examinar un caso en donde se demandó la resolución de un contrato instrumentado en documento público contentivo de una garantía hipotecaria, pretendiendo la parte ejecutada reconviniente que se le apreciara una prueba testimonial promovida con el ánimo de demostrar hechos materiales, no hechos jurídicos, la SCC en sentencia emitida en noviembre de 1985, expuso:

---

[242] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 88. T. 6. p. 164.
[243] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. LXVII. Sent. 174-82. pp. 488-496.
[244] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. XCIII. Sent. 1.095-85. pp. 543-546.

> En efecto, el Sentenciador de la recurrida en la parte pertinente del fallo, sostuvo lo siguiente: "La parte ejecutante presentó el documento hipotecario debidamente registrado, en el cual consta la hipoteca y sus modalidades, el cual a juicio de este Juzgador, prueba la existencia de la obligación demandada, puesto que dicho documento no fue (sic) tachado ni impugnado en forma alguna, por lo que hace plena fe de conformidad con el artículo 1.360 del Código Civil (...) En el caso de especie, el formalizante con la prueba testimonial **pretendió enervar o desvirtuar el valor probatorio del documento público y al no admitir la prueba testimonial, el Sentenciador de Alzada aplicó correctamente las normas denunciadas y por lo tanto, la recurrida no quebrantó los artículos 1.378 del Código Civil y 367 del Código de Procedimiento Civil.**[*] [245] (Negrillas nuestras).

Asimismo, la SCC aclaró que en materia mercantil se permite la prueba de testigos sin limitación alguna, salvo que con su promoción se pretenda probar lo contrario de una convención contenida en documento público o privado, como se desprende de fallo dictado en marzo de 1990, en que aseguró:

> En consecuencia, como quiera que el referido artículo 128 constituye una excepción a la regla general prevista en el artículo 1.387 del Código Civil, ya que en materia mercantil se permite la prueba testimonial sin limitación alguna, salvo para probar lo contrario de una convención contenida en documento público o privado. La recurrida, al tratarse como antes se indicó, **de una controversia entre comerciantes, debió considerar admisible la prueba testimonial evacuada y proceder a su análisis y no declararla inadmisible, en base a lo dispuesto en el encabezamiento del Art. 1.387 del Código**

[*] Hoy Art. 508 CPC.
[245] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. CXL. Sent. 169-90. pp. 411-413.

> **Civil, razón por la cual infringió por falta de aplicación el artículo 128 del Código de Comercio, y dejó de aplicar el segundo aparte del artículo 1.387 del Código Civil, el cual remite a las normas del Código de Comercio en lo atinente a la admisibilidad de la prueba de testigos en juicio en materia mercantil.**[246] (Negrillas nuestras).

Aseverando la SCC en sentencia proferida en agosto de 1991, que no es de naturaleza absoluta la prohibición contenida por el Art. 1.387 CC, porque debe admitirse la prueba testimonial:

> cuando quien **promueve la prueba tiende sólo a interpretar el contenido del instrumento, es decir, a aclarar por medio de testigos las dudas o vaguedades a que éstos den lugar,** como ha acontecido en el caso de autos, en que la prueba testimonial ha sido empleada para aclarar el texto de un documento –telex– que, como se expresó en el Capítulo anterior, no contiene una convención emanada del actor, sino una manifestación unilateral de la gerente del Banco Consolidado en Porlamar.[247] (Negrillas nuestras).

Igualmente, la SCC en decisión dictada durante el mes de noviembre de 1995, en la cual sostuvo que a pesar de que las actuaciones administrativas de las Inspectorías de Tránsito tienen valor probatorio en juicio, haciendo fe en todo cuanto se refiere a lo que el funcionario declara haber efectuado, o percibido por sus sentidos, **su valor no es absoluto, pues el interesado puede impugnarlas y, en consecuencia, desvirtuar en el proceso, mediante la utilización de las pruebas legales que estime pertinentes, la verdad de los hechos o circunstancias que el funcionario de tránsito hubiere hecho constar en el acta**, confirmando que la prohibición de admitir la prueba de testigos consagrada por el artículo 1.387 del Código Civil, **se refiere a la**

[246] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 91. T. 8 y 9. p. 351.
[247] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. CXXXVI. Sent. 1239-95. pp. 387-389.

prueba de negocios jurídicos y no a la prueba de hechos que puedan tener relevancia jurídica, cuando apuntó:

> Por otra parte, la prohibición del artículo 1.387 del Código Civil, de admitir la prueba de testigos, "para probar lo contrario de una convención contenida en instrumentos públicos o privados o lo que la modifique", **se refiere a la prueba de los negocios jurídicos, y no a la prueba de hechos que puedan tener relevancia jurídica.** La prueba de testigos es apta para la prueba de hechos, sin que esté sometida a las restricciones del artículo 1.387 referido, y salvo la prohibición de probar en contrario el contenido de un documento público, no aplicable al caso, de acuerdo con la doctrina antes transcrita, la cual en esta oportunidad se ratifica. (…) Por tanto, el Juez **al desechar la prueba de testigos, porque las declaraciones estaban dirigidas a desvirtuar el contenido del informe de las autoridades del tránsito, aplicó falsamente el artículo 1.387 del Código Civil,** y dejó de aplicar el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil, regla de valoración de la prueba de testigos.[248] (Negrillas nuestras).

Al insistir en la circunstancia de que la limitación de la prueba de testigos contenida en el artículo 1.387 del Código Civil, no puede alcanzar a los terceros extraños al contrato, el cual más que un acto representa un hecho jurídico susceptible de probar con cualquier género de pruebas, dejando a salvo la prueba de aquellos contratos en los cuales el documento es requerido como solemnidad del acto, la SCC en resolución emitida en julio de 1998, proclamó:

> De allí que sea perfectamente lícito probar con testigos la existencia de un contrato o convención, y de cualquier hecho relacionado con su cumplimiento o ejecución, sin que su monto constituya impedimento alguno para la admisión de este medio probatorio, **cuando ese contrato sea visto en el proceso**

[248] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 98. T. 7. pp. 457-459.

> **no como acto de voluntad proveniente de las partes litigantes, sino como un hecho jurídico traído por una de ellas al juicio**.[249] (Negrillas nuestras).

También tuvo oportunidad la SCC del TSJ de pronunciarse sobre la improcedencia de la prueba de testigos estatuida por el Art. 1.387 CC, habida consideración de la gratuidad de un contrato de comodato, cuyo objeto era el uso de un bien inmueble, sosteniendo en decisión dictada en marzo de 2000 que:

> siendo el comodato o préstamo de uso, el contrato real por el cual una de las partes entrega a la otra gratuitamente una cosa, para que ésta se sirva de ella, por tiempo y para uso determinado, con cargo de restituirla (artículo 1.724 del Código Civil), resulta fácil determinar el valor objeto del contrato en razón, como previamente se indicó, de los estrechos nexos que median entre la prestación del comodante de entregar una cosa al comodatario, y la contraprestación de este último, de restituirla al primero, una vez vencido el término del contrato. **Aquí las prestaciones están indisolublemente ligadas a la cosa y es esta última la que determina el valor objeto del contrato y no el hecho de que el mismo sea gratuito, como afirmaron los formalizantes**. Ahora bien, visto que de conformidad con lo establecido en el artículo 1.387 del Código Civil, no es admisible la prueba de testigos para probar la existencia de una convención celebrada con el fin de establecer una obligación o de extinguirla, cuando el valor del objeto del contrato o convención exceda de dos mil bolívares, considera esta Sala que en el caso bajo decisión **no era admisible la prueba de testigos para probar la existencia del contrato de comodato, como lo pretendió la parte actora, en razón de que el bien sobre el cual recae lo acordado por las partes al celebrar el contrato es un inmueble, cuyo**

[249] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit*. Año: 00. T. 3. pp. 567-574.

> **valor excede y sobrepasa los dos mil bolívares y, así se declara**.[250] (Negrillas nuestras).

Del mismo tenor es la decisión dictada por la SCC en noviembre de 2001, cuando al analizar sentencia de instancia que señaló, ante la existencia de una compraventa instrumentada en documento público, que resultaba improcedente la prueba de testigos promovida por la parte demandada-reconviniente, quien pretendía probar que lo instrumentado en dicho contrato era un comodato y no una compraventa, expuso:

> En cuanto a la prueba testifical promovida por la parte demandada-reconviniente, depusieron los testigos (…) cuyos testimonios en lo concerniente a desvirtuar por prueba en contrario lo pactado por las partes en el negocio jurídico de venta con retropacto contenido en el documento otorgado ante el Registrador (…) invocado por el actor como el fundamento instrumental de la **tutela jurisdiccional de su derecho de propiedad, son inadmisibles para este Sentenciador, en razón de que, conforme a la doctrina ya analizada de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la prueba testifical para probar la simulación de un negocio jurídico sólo le es permitida a los terceros que no hubieran intervenido en el negocio jurídico cuya simulación se denuncia, a contrario *sensu*, le está vedado a quien sí haya intervenido, salvo los casos previstos en los artículos 1.392 y 1.393 del Código Civil,** en los cuales no encaja el supuesto planteado para el caso concreto. (…) Por lo tanto, para los fines de desvirtuar el contenido negocial de la venta con retropacto recogida en el documento público antes mencionado en este mismo párrafo, los testimonios que se dieron con ese propósito son inadmisibles e inapreciables.[251] (Negrillas nuestras).

[250] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 01. T. 11. pp. 615-619.
[251] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 89. T. 3. pp. 111-112.

11.9 *EL ARTÍCULO 1.392 DEL CÓDIGO CIVIL COMO REGLA DE VALORACIÓN PROBATORIA*

Nos corresponde en el desarrollo de este punto, relacionar la doctrina emanada por el TSJ en relación con el Art. 1.392 CC como regla de valoración **del principio de prueba**. Establece la mencionada norma:

> También es admisible la prueba de testigos cuando hay un principio de prueba por escrito. Este principio de prueba resulta de todo escrito emanado de aquél a quien se le opone, o de aquél a quien él representa, que haga verosímil el hecho alegado. Es, asimismo, admisible dicha prueba, cuando las presunciones e indicios resultantes de hechos ciertos probados, no por testigos, sean bastantes para determinar la admisión de esa prueba.

La SCC, con ocasión de interpretar la disposición transcrita, mediante decisión emitida en marzo de 1989, sostuvo:

> Esta disposición legal exige dos condiciones: a) Que la prueba emane de la persona a quien se le opone o su representante; y b) Que haga verosímil el hecho alegado. En relación con la primera condición, ésta envuelve una cuestión de derecho y siempre puede denunciarse en Casación, sin que sea necesario apreciar el contenido del mismo escrito. En cuanto al segundo requisito, es una cuestión de mero hecho, subjetiva de apreciación muy personal de los jueces, por lo que la doctrina y jurisprudencia de otros países, sostiene que tal requisito no puede ser sometido a la censura de Casación (...) El artículo 1.392 del Código Civil, denunciado por el formalizante, **contiene una regla expresa de valoración del principio de prueba, cuando exige, que las menciones del escrito hagan verosímil el hecho alegado**.[252] (Negrillas nuestras).

[252] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 88. T. 11. p. 165.

Con ello se infiere que, denunciada su infracción como regla legal expresa que regula la valoración del principio de prueba por escrito para la admisibilidad de la prueba de testigos, puede la SCC entrar en el análisis del asunto y examinar el establecimiento de los hechos. Indicando que es menester para que proceda la denuncia del artículo citado, que se haga en conexión con una prueba de testigos a la cual sirva de soporte, como tuvo ocasión de afirmar fallo publicado en noviembre de 1988, cuando estableció:

> **la apreciación de la prueba del documento que constituye principio de prueba por escrito, a tenor de lo dispuesto por el denunciado artículo 1.392 del Código Civil, no puede hacerse aisladamente, sino en conexión con una prueba de testigos a la cual sirva aquélla de apoyo o soporte.**[253] (Negrillas nuestras).

11.9 *CUANDO EL ARTÍCULO 1.393 DEL CÓDIGO CIVIL PERMITE LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA DE TESTIGOS*

Continuando el análisis de la doctrina jurisprudencial asentada por el TSJ, respecto de las disposiciones procesales consagradas dentro del Código Civil, nos referiremos al artículo 1.393 de éste, en cuyo texto se lee:

> Es igualmente admisible la prueba de testigos en los casos siguientes:
>
> 1.- En todos los casos en que haya existido para el acreedor la imposibilidad material o moral de obtener una prueba escrita de la obligación;
>
> 2.- Cuando el acreedor haya perdido el título que le servía de prueba, como consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor; y
>
> 3.- Cuando el acto es atacado por ilicitud de la causa.

[253] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. LXIV. Sent. 611-81. pp. 492-493.

En decisión pronunciada en agosto de 1981, la SCC en relación con el Ordinal 1° del Art. 1.393 CC, expresó su celo por la comprobación previa de la imposibilidad material o moral de obtener una prueba por escrito, al sostener lo siguiente:

La recurrida al examinar las declaraciones contestes de los testigos, concluye en que entre las partes existió un contrato, lo cual ha quedado demostrado conforme a lo establecido en el Ord. 1° del artículo 1.393 del Código Civil que dice (...) y lo cual es sin duda una petición de principio que en el caso *sub-judice* esa prueba escrita no podía ser presentada por cuanto el contenido entre las partes fue verbal**. En tal virtud pretende el Sentenciador que la situación es la prevista en el Ord. 1° del Art. 1.393, cuando no examina, ni decide, la circunstancia imprescindible, para que pueda aceptarse la prueba de testigos, de la imposibilidad material o moral de una prueba por escrito** (...) y hubo, por consiguiente violación del artículo 1.393, del Código Civil.[254] (Negrillas nuestras).

Sin embargo, en lo referente a la materia laboral, advertimos en la doctrina jurisprudencial de la SCC, una tendencia a ser más tolerante con la exigencia del Ord. 1° del Art. 1.393 CC dada la naturaleza social del "trabajo", siendo así como en decisión dictada en agosto de 1990 aseveró:

> Esta Sala señala que la amplitud probatoria existente en materia laboral en lo que respecta a la prueba testimonial, por la connotación que dicha relación exhibe (...) tiene en buena parte, su origen en la posibilidad que consagra el Ord. 1° del artículo 1.393 del Código Civil**, pues al no estar en pie de igualdad las partes al contratar, predominando el aspecto económico sobre la supervivencia del trabajador, éste ciertamente tiene una imposibilidad, en algunos casos material, en otros, de carácter moral, de obtener una prueba escrita de ciertos aspectos del contrato de traba-**

[254] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 90. T. 8 y 9. pp. 390-391.

> **jo, pues al exigirle, la negativa patronal pudiera imponerse y presionar con el despido o el desmejoramiento del trabajador**.[255] (Negrillas nuestras).

Dicho fallo, sentó los fundamentos de la tesis jurisprudencial emanada posteriormente por la SCC, (noviembre de 1985), que prácticamente exceptúa del ámbito de aplicación de la limitación contenida en el artículo 1.387 CC, la materia laboral, al asegurar: "La correcta interpretación y aplicación del artículo 1.387 del Código Civil a los asuntos laborales está contenida en Sentencia del 23 de abril de 1980, así: En la relación de trabajo, el prestador de servicio es la parte social y económicamente débil como en forma pacífica lo reconoce la doctrina, por lo que es procedente aplicar entonces lo dispuesto en el Ord. 1° del artículo 1.393 del Código Civil".[256] (Negrillas nuestras).

Por manera que, en materia laboral, el trabajador promovente de la prueba de testigos puede ampararse en lo establecido por el Ord. 1° del Art. 1.393 CC, para solicitar la admisibilidad de dicha prueba como excepción a lo dispuesto por el artículo 1.387 del Código Civil.

> Tuvo oportunidad la SCC de pronunciarse en relación con lo dispuesto por el Ordinal 3º del artículo 1.393, en fallo dictado en noviembre de 2001, cuando al examinar un caso donde en la contestación de la demanda se alegó ilicitud de la causa del contrato, afirmó: De todo lo antes transcrito, se puede evidenciar que la parte demandada-reconviniente en la oportunidad de brindar contestación a la demanda, someramente efectuó un planteamiento de ilicitud, específicamente de usura, referido a la causa del contrato que sirvió de fundamento para que el actor solicitara la reivindicación del inmueble en cuestión; sin embargo, esta Sala considera insatisfecho con tal planteamiento, la excepción contemplada en el ordinal 3º del artículo

[255] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. XCIII. Sent. 1.088-85. p. 531.
[256] Pierre Tapia,Oscar. *Ob. Cit.* Año: 01. T. 11. pp. 615-619.

> 1.393 del Código Civil delatado, **pues en todo caso, el promovente debió indicar su intención de probar con las testimoniales promovidas y evacuadas, la ilicitud del contrato; no siendo así, dichas testimoniales deben considerarse como indebidamente promovidas al no constar en autos el objeto de dicha prueba, pues el artículo 1.393 del Código Civil, respecto del cual el formalizante denuncia su falta de aplicación, constituye una norma de excepción, sólo (sic) aplicable para la regulación del asunto controvertido en lugar de la norma general**.[257] (Negrillas nuestras).

11.11 *OBJETO DEL TESTIMONIO EN LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TSJ*

También nuestra Casación, ha puntualizado al realizar la valoración del testimonio, sobre qué puede recaer su objeto, siendo así como la SCC en fallo emitido en julio de 1981, proclamó:

> En efecto, el testigo mediante su declaración reproduce o revive en el proceso los hechos pasados, más o menos remotos, siendo el Juez de la causa el destinatario de esa declaración, **con el efecto inmediato que sobre sus sentidos produjeron al ocurrir en su presencia. Si el testigo aduce, además algunas consecuencias lógicas que ha podido derivar de sus impresiones personales, servirán para ponderar la mayor o menor eficacia y veracidad de su exposición, permaneciendo así en el campo subjetivo de su personalidad, pero ineptas para suministrar ningún dato objetivo y concluyente, utilizable por el Juzgador.**[258] (Negrillas nuestras).

Es decir, que en principio, el testigo declara sobre hechos, con el efecto inmediato que produjeron éstos sobre sus sentidos; y las consecuencias lógicas narradas por el testigo, sirven para ponderar la eficacia de su

[257] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. LXIV. Sent. 564-81. pp. 367-369.
[258] *Ídem.*

exposición. Pero la declaración del testigo no puede abarcar conocimientos especiales, sobre los cuales sólo es posible opinar a los expertos. De manera que en la sentencia parcialmente transcrita, mantuvo:

> **El punto principal sobre el cual versa la promoción de los testigos aludidos se contrae a poner constancia de que los litigantes son socios en el negocio mencionado. El estimar esa relación, no es labor realizable con la simple utilización de los sentidos y para ello se requiere poner en juego el conocimiento especial que puedan tener los testigos sobre el hecho jurídico que conforma una sociedad mercantil.**[259] (Negrillas nuestras).

Criterio doctrinal que se mantuvo inalterable durante los siete años próximos, como se observa en decisión dictada por la SCC en julio de 1988, ocasión en que afianzándolo, afirmó:

> resulta manifiestamente impertinente acudir a la prueba testifical con el propósito de demostrar que determinado inmueble pertenece a uno y no a otro de los litigantes, **pues la afirmación que en tal sentido puede prestar un testigo al decir que una cosa es propiedad de una de las partes, se resuelve en una apreciación de orden jurídico que no cae bajo el efecto de los sentidos de una persona ni puede, en consecuencia, ser dejada a la conciencia de los testigos**. El papel de éstos está propiamente limitado a afirmar o negar los hechos de los cuales tengan conocimiento y en modo alguno a decidir sobre las condiciones jurídicas de una casa.[260] (Negrillas nuestras).

Igual cuidado ha tenido la SCC en precisar la anterior conclusión, cuando al referirse a un caso de testigos cuya deposición había versado sobre la

[259] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit*. Año: 88. T. 7. p. 78.
[260] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 89. T. 9. pp. 275-276.

circunstancia de si se operó un cambio o no en la cerradura de un apartamento, en sentencia proferida en septiembre de 1989, aseveró:

> No comparte la Corte el alegato del formalizante respecto a que se requieran conocimientos periciales para afirmar lo que sostuvieron los testigos. En todo caso se trata de una conclusión a que arribaron los testigos, que puede ser o no válida, mas por sí sola es insuficiente para invalidar el testimonio en su totalidad (...) **se trata de una deducción que hacen los testigos de un hecho cierto, que la llave de la puerta de acceso no entraba en el cilindro de la cerradura, lo que les hizo con fundada razón suponer que la cerradura había sido cambiada. Para llegar a tan simple conclusión, no se requieren conocimientos especiales, ni se puede considerar que ésta parte del testimonio contenga afirmaciones de una experticia judicial, y así se declara**.[261] (Negrillas nuestras).

La SCC en fallo emitido en enero de 1990, al resolver una denuncia fundamentada en la objeción que una parte hacía a una prueba de testigos evacuada por la otra, donde depusieron médicos, considerando que lo procedente en tal caso hubiere sido la evacuación de una prueba de experticia, sostuvo:

> A este respecto se advierte que conforme al criterio de la Casación y del tratadista colombiano Hernando Devis Echandía, la prueba testimonial puede suplirle dictamen de los expertos en aquellos casos en los cuales el experto que percibió los hechos que exijan conocimientos especiales para su verificación, pueda emitir juicios técnicos para la descripción e identificación del hecho percibido por ellos, (…) y el testigo técnico **narra lo que percibió gracias a sus conocimientos técnicos, dándoles las calificaciones técnicas o científicas que**

[261] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. CXI. Sent. 14-90. pp. 40-41.

> **corresponde, pero no puede emitir dictámenes sobre las causas y los efectos de lo que observó, basado en deducciones técnicas, porque entonces invade el terreno exclusivo de los peritos.**[262] (Negrillas nuestras).

Criterio que resultara confirmado mediante decisión de agosto de 1991, cuando para la apreciación del testigo técnico, expresó:

> el testigo Pérez Velásquez es de profesión médico, y en consecuencia, está en capacidad no sólo de "percibir hechos que exijan conocimientos especiales para su verificación", sino de emitir un juicio técnico acerca de si una persona sufre o no de una "profunda depresión nerviosa con graves síntomas de deterioro general (…) **el testigo técnico narra lo que percibió gracias a sus conocimientos especiales, dándoles las calificaciones técnicas o científicas que corresponde, pero no puede emitir dictámenes sobre las causas y los efectos de lo que observó, basado en deducciones técnicas, porque invade el terreno reservado a los peritos (…) siempre y cuando el testimonio se relacione con otras pruebas aportadas al proceso.**[263] (Negrillas nuestras).

11.12 *TRAMITACIÓN DE LA PRUEBA DE TESTIGOS EN EL CPC*

Nos detendremos ahora en algunos aspectos del trámite procesal de la prueba de testigos, especialmente los que han sido objeto de valoración por la doctrina jurisprudencial del TSJ.

11.12.1 Respecto al juramento que debe prestar al testigo, el cual debe constar en el acta respectiva (Arts. 486 y 492 CPC), la SCC mediante sentencia dictada en julio de 1983, haciendo suyos razonamientos anteriores, sostuvo:

---

[262] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 91. T. 8 y 9. p. 353.
[263] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. LXXXIII. Sent. 557-83. pp. 391-393.

> con que las actas de examen de testigos mencionen **habérseles tomado juramento en forma legal, basta para que sean apreciados sus testimonios**, pues no es menester que se especifiquen las palabras mismas con que se jure (...) se concluye entonces que **si el Acta no deja constancia de que el testigo prestó juramento, su testimonio no puede ser apreciado**.[264] (Negrillas nuestras)

11.12.2 También la SCC ha analizado el caso de la declaración realizada en hora que no fue la fijada por el Tribunal para examinar al testigo. Afirmando en sentencia dictada en junio de 1982 que:

> el artículo 356 *ejusdem*[*] denunciado como infringido ordena que el acta de un examen de un testigo contenga "... la indicación del día, hora, mes y año en que se haya verificado el examen de testigo" (...) por lo que debe este Alto Tribunal (...) **declarar que no deben apreciarse declaraciones rendidas (...) sin que se hubiere señalado la hora en que deben tener lugar dichas declaraciones, pero ello, siempre que esa informalidad no haya sido subsanada con la presencia de la contraparte**.[265] (Negrillas nuestras).

Por manera que en criterio de dicha Sala, la omisión en el acta de examen de la hora en que es examinado el testigo, ocasiona que no pueda ser apreciado su testimonio, pues daría lugar a que la parte contraria al promovente no pudiese ejercer el derecho a repreguntarlo, y por ende, se menoscaba, en consecuencia el derecho a la defensa, como lo anticipara la SCC, en decisión emitida en octubre de 1981, cuando estableció: "... **y esa es la oportunidad donde la querellada puede hacer uso del derecho de repreguntarlos, con lo cual queda garantizado en forma absoluta su derecho de defensa".**[266] **(**Negrillas nuestras**).**

---

[264] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. LXXVIII. Sent. 362-82. pp. 499-501.
[*] Hoy Art. 492 CPC.
[265] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. LXXV. Sent. 753-81. p. 362.
[266] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. LXXXII. Sent. 371-83. pp. 554-555.

11.12.3 Del mismo modo, tuvo oportunidad la SCC de analizar testimonios rendidos en un mismo acto, de los cuales se levantó acta única, considerándolos inapreciables a tenor de fallo dictado en mayo de 1983, que sostuvo:

> **Que esas declaraciones fueron irregularmente rendidas se desprende del hecho de que si lo hicieron –como lo establece la recurrida– en "un solo acto y levantándose una sola y única acta", ello quebranta en forma abierta lo dispuesto en el artículo 349[*] del Código de Procedimiento Civil,** pues lo expresa Borjas, "son dos los requisitos según dicho artículo, que la declaración se tome en público y que los diversos testigos deban ser examinados separada y reservadamente unos de otros. Así, cuando está declarando un testigo, la audiencia deja de ser pública para los otros que deben ser examinados por los mismos particulares, y el Juez de oficio, o a petición de parte, deberá hacerlos retirar de la Sala", sin que esto pueda ser convalidado por las partes que son dueñas de proceso... (...) como lo alega el recurrente, ya que a tenor de reiterada jurisprudencia de este Alto Tribunal, "no es potestativo de los Tribunales subvertir las reglas con que el Legislador ha revestido la tramitación de los juicios, pues su estricta observancia es de orden público" (...) **y no hay duda que esa norma es de marcado interés público por las finalidades que con ella se persigue.**[267] (Negrillas nuestras).

A pesar de que hoy por hoy el interrogatorio de los testigos no es consignado previamente por la parte promovente del testigo, sino realizado de viva voz por ésta o su apoderado (Art. 485 CPC), consideramos sano mantener este criterio; sin embargo habría que examinar tal circunstancia a la luz de lo dispuesto por el Art. 257 CN, que erige al proceso como un instrumento fundamental para la realización de la justi-

[*] Hoy Art. 485 CPC.
[267] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 89. T. 8 y 9. pp. 269-270.

cia, la que no se sacrificará en ningún caso por la omisión de formalidades no esenciales; y en tal sentido, somos de la opinión que la norma en comentario aparte de ser una regla de procedimiento, la cual no puede ser subvertida por los jueces ni por las partes, se orienta a la consecución de la verdad de los hechos acerca de los cuales deponen los testigos, y su mantenimiento coadyuvaría a lograr el fin de la prueba testimonial, cual es, el establecimiento de los hechos verdaderos por el Juez.

11.12.4 Igualmente se ha pronunciado la SCC acerca de que un simple error material cometido en el acta de examen de un testigo, no es motivo suficiente para desechar la declaración del testigo, y en sentencia dictada en septiembre de 1989, aseguró:

> Considera la Sala que en este punto le asiste la razón a la formalizante, porque el sentenciador al desechar al prenombrado testigo incurrió realmente en una sutileza. **En efecto, si como el propio Juez lo afirma, la persona que declaró en el justificativo ante el Notario con el nombre de ÁNGEL CUSTODIO GONZÁLEZ, y la persona que declaró en el tribunal comisionado como ÁNGEL CUSTODIO ROSALES tienen la misma cédula de identidad Nº 2.136.608, resulta evidente que se trata de la misma persona, ya que a cada persona corresponde legalmente un determinado e invariable número de cédula, por lo que no habría duda alguna en cuanto a la identidad del declarante.**[268] (Negrillas nuestras).

Por manera que en este caso, consideró la Sala que un simple error material cometido al cambiar uno de los apellidos del testigo, a pesar de haber sido identificado con su número de cédula en las oportunidades en que éste declaró, **no constituía un elemento que obstaculizara la identidad del testigo, y que por esa circunstancia no podía desecharse su testimonio.**

[268] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 89. T. 8 y 9. pp. 264-275.

11.12.5 Asimismo, al examinar un caso concreto en el que un testigo contestó afirmativamente al interrogatorio sin dar mayores explicaciones acerca de las circunstancias por las cuales tuvo conocimiento de los hechos, no haciendo uso la contraparte del derecho de repreguntas, en decisión emitida en septiembre de 1989 confirmó:

> podrá el Juez que presencie el interrogatorio hacer al testigo las preguntas que crea conveniente para ilustrar su propio juicio, pudiendo a su vez la contraparte interrogar al testigo para aclarar, ampliar o invalidar su dicho (...) haciendo uso de la facultad prevista en el Ord. 4° del artículo 492 *ejusdem*. De lo que se sigue que si la contraparte se abstuvo de repreguntar (...) y el Juez que presenció el acto no consideró necesario hacer preguntas al testigo (...) es porque consideró que el testimonio en sí era completo y no existe razón válida para que el Juez en la valoración de la prueba pueda a priori desechar el testimonio por no haber señalado el testigo las circunstancias por las cuales tuvo conocimiento de los hechos (...) **No puede entonces, la parte que no asistió al acto de testigos y no hizo uso de derecho de repreguntarlos, pretender invalidar el resultado de la prueba alegando que el testimonio es incompleto o insuficiente, pues en tales circunstancias debe presumirse su conformidad con las declaraciones.**[269] (Negrillas nuestras).

En relación con la hipótesis señalada *supra,* ya la SCC del TSJ había expresado en sentencia proferida en mayo de 1984, el siguiente aserto:

> El artículo 356[*] **no impone a los Jueces el deber de desechar al testigo que no dé razón fundada de su dicho**, sino simplemente hacer constar en el Acta respectiva tales razones, cuando las diere. De manera que él está en libertad de apreciar o no la declaración no razonada de acuerdo con la fe que le merezca el deponente.[270] (Negrillas nuestras).

---

[269] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. LXXXVI. Sent. 372-84. pp. 351-352.
[*] Hoy Art. 492 Ord. 3° CPC.
[270] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. LXXIX. Sent. 500-82. p. 316.

En este orden de ideas, somos de opinión que el testigo sí está obligado a expresar las razones en la que fundamente su declaración, porque aparte de constituir una exigencia legal (Ord. 3°, Art. 492 CPC), también es un requerimiento lógico, ya que al ser interrogado sobre hechos percibidos por sus sentidos, lo que menos puede hacer constar el testigo, es el fundamento de sus dichos, no bastando con las fórmulas sacramentales usadas en la práctica forense: si es cierto, si me consta y otras generales que en nada contribuyen a esclarecer la verdad de sus dichos, por lo que el juez que presencie la evacuación del testimonio y conforme a lo dispuesto por los Arts. 487 y 23 CPC, debe realizar al testigo las preguntas que crea convenientes para ilustrar su propio criterio, si éste no es repreguntado por la parte contraria al promovente; todo en función de obtener la verificación fidedigna de los hechos acerca de los cuales los testigos son interrogados.

También en lo concerniente a la facultad de la contraparte de ejercer el derecho de repreguntar al testigo, (Art. 485 CPC), se ha mantenido invariable el criterio de la SCC, de desechar el testimonio del testigo que no comparece al acto de repreguntas, como lacónicamente lo expresara en fallo dictado en julio de 1982, cuando afirmó:

> En cuanto a lo que se refiere el testimonio de D..., no era necesario que expresase el fundamento de su no apreciación, **pues se trata de un testigo que legalmente tenía que ser desestimado por cuanto no compareció al acto de las repreguntas, como lo dice la recurrida, quedando de esa manera afectada su declaración.**[271] (Negrillas nuestras).

11.12.6 También nos parece oportuno examinar la doctrina jurisprudencial del TSJ, en materia del testigo único y el referencial. En referencia al valor probatorio del testigo singular, éste es admitido en nuestro derecho, y constituye plena prueba cuando es idóneo y merece fe su declaración, habiéndolo establecido la SCC en sentencia dictada en noviembre de 1988, al aseverar: "**El testigo único no es motivo de**

[271] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 88. T. 11. p. 160.

desechamiento, sino más bien de apreciación…". [272] (Negrillas nuestras). Con lo cual reitera doctrina expuesta en fallo emitido en junio de 1966.[273]

De manera que el testigo singular, no por su peculiar característica individual puede ser desestimado, ya que al contrario, si es hábil, idóneo y merece fe, debe ser apreciado, haciendo plena prueba, excepción hecha de lo dispuesto por alguna regla de valoración del tenor de la contenida en el Ord. 9° del artículo 442 del CPC, el cual exige la deposición en absoluta conformidad del dicho de cinco testigos; lo que constituye una regla legal de valoración del testimonio, no susceptible de ser apreciada conforme a las reglas de la sana crítica previstas por los Arts. 507 y 508 CPC. Del mismo modo, ha sostenido la SCC en decisión publicada en febrero de 1988, que el testigo referencial **"...es aquél que conoce de los hechos porque le han sido referidos por terceras personas, no el que ha visto u oído personalmente aquello a que se refiere su testimonio"**.[274] (Negrillas nuestras); por lo que evidentemente, a nuestro modo de ver está imposibilitado para declarar cómo acontecieron los hechos, por cuanto no ha percibido su realización a través sus sentidos, sino que ha escuchado el dicho de otras personas acerca de la existencia o inexistencia de los mismos.

11.12.7 La SPA del TSJ, en sentencia promulgada en abril de 1991, con ocasión de examinar la ratificación genérica que realizara un testigo de las preguntas del interrogatorio, **consideró que las testimoniales de tal manera instrumentadas, no podían tener más valor que un indicio, porque no habían sido rendidas legalmente**, esto, es, conforme a lo dispuesto por el artículo 485 CPC, sosteniendo que dicho artículo "… exige entre otras cosas que los testigos sean "examinados en público, reservada y separadamente unos de otros" y expresó "...La ratificación genérica, en bloque, que se haga ante el Juez no es –ni puede ser– un procedimiento idóneo, pues por ese medio **podrían burlarse los dispositivos procesales que tienden a asegurar a las**

[272] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 66. T. 6. p. 110.
[273] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 88. T. 2. p. 93.
[274] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 91. T. 4. p. 266.

partes el control de la evacuación de la prueba testimonial, y una cierta inmediación entre la prueba evacuada y el tribunal".[275] (Negrillas nuestras).

11.12.8 Igualmente, la SCC en materia de tacha del testigo, a tenor del fallo publicado en agosto de 1991, consideró que la presencia del apoderado judicial a los actos de declaraciones de los testigos equivale a insistir en que se le oigan sus declaraciones y que la presencia del tachante en dicho acto, sin haber hecho oposición ni advertencia alguna al respecto, cubre cualquier irregularidad, siempre que no se trate de una falta que afecte el orden público, expresando:

> En el caso de especie, examinados los actos de ratificación de los testigos del justificativo, se puede apreciar que **la parte actora (…) estuvo presente en el acto de ratificación de las declaraciones, lo que demuestra su insistencia a que los testigos declaren,** pero es preciso dejar sentado que la parte querellada igualmente estuvo presente representada por el abogado (…) **quien repreguntó a todos los testigos y no hizo referencia alguna a la tacha efectuada.**[276] (Negrillas nuestras).

11.12.9 También la SCC consideró en sentencia de noviembre de 1993, que la concesión del término ultramarino consagrado en el artículo 393 del CPC resulta de obligatorio acatamiento por el juez, siempre y cuando la parte promovente demuestre que el testigo se halla domiciliado fuera del Territorio Nacional, para lo cual pensamos basta con anexar a las actas el movimiento migratorio expedido por la Dirección de Extranjería dependiente del Ministerio del Interior y Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, al confirmar:

> Por lo tanto, la Alzada resolvió (...) que no era procedente conceder el término ultramarino solicitado para la evacuación de la prueba, **por cuanto la parte intimada, promovente de**

[275] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 91. T. 8 y 9. p. 353.
[276] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. CXXVII. Sent. 1.146-93. pp. 462-465.

> **la misma, no llegó a demostrar que el testigo estuviese domiciliado en el exterior,** con lo cual aplicó el supuesto de hecho contenido en el ordinal 2º del artículo 393 del Código de Procedimiento Civil, que es realmente la norma aplicable al caso concreto, y que dispone que se concederá un término extraordinario de hasta seis (6) meses para pruebas que hayan de evacuarse fuera de la República, siempre y cuando hubiese constancia de que los testigos que deban declarar residen en el lugar donde se evacuará la prueba testimonial, **lo que el Juez en la libre y soberana apreciación de las pruebas, estimó que no estaba demostrado.**[277] (Negrillas Nuestras).

11.12.10 A través de decisión fechada en marzo de 1995, la SCC confirmó sentencia de instancia que desechó a un testigo, motivado a que no existía correspondencia entre la persona promovida y quien compareció al acto de declaración; por cuanto:

> **en la promoción se le identificó con un número de cédula de identidad, pero al declarar no presentó cédula, sino un pasaporte extranjero.** Y siendo ese el motivo para desecharlo, no se violaron los artículos 12 y 486 del Código de Procedimiento Civil, como tampoco los artículos 12 y 26 de la Ley de Identificación, porque la recurrida no dijo que para la validez de un testimonio es necesario que el testigo se identifique con su cédula de identidad, **sino que desechó su testimonio, por cuanto identificado de una manera en la promoción y no haber presentado la cédula que se le atribuyó, no existía "correspondencia" entre las personas del sujeto promovido y la del compareciente a declarar** (…) y en cuanto al artículo 508 del Código de Procedimiento Civil, si bien no se establece la falta de la cédula de identidad como motivo expreso para desechar y desestimar un testigo, **autoriza al sentenciador para desecharlo "por otro motivo expresándose el**

[277] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 95. T. 3. pp. 386-387.

> **fundamento de tal determinación", requisito que fue cumplido en el caso**.[278] (Negrillas nuestras).

11.12.11 La SPA del TSJ, en decisión promulgada en marzo de 1997, en la cual tuvo ocasión de interpretar lo dispuesto por los artículos 482 y 483 del Código de Procedimiento Civil, apuntalando que no se vulneraba el derecho de defensa o la igualdad de las partes, en los casos de comisión dada a otro Tribunal para oír al testigo domiciliado fuera de la jurisdicción del tribunal de la causa, expuso:

> el único requisito exigible para promover un testigo **es el de expresar su domicilio, sin necesidad de probarlo. (...)** De tal forma que la propia ley adjetiva permite que se puedan promover varios testigos con domicilios distintos y la posibilidad de que éstos sean examinados por el tribunal comisionado a tal efecto. En consecuencia, las comisiones ordenadas por el Juzgado de Sustanciación a distintos juzgados de la República para la evacuación de los testigos promovidos por la parte demandante se encuentra encuadrada dentro de las disposiciones legales correspondientes, **no siendo por tanto vulnerada la igualdad de las partes, ni el derecho a la defensa de los apoderados de Meneven, quienes tienen el derecho de repreguntar a los testigos** y lo oneroso o no del traslado de los mismos, sólo incumbe al compromiso que se establece entre abogado y cliente.[279] (Negrillas nuestras).

11.12.12 A la misma SPA, le correspondió analizar la ilegalidad de una prueba testimonial, fundada en que el promovente omitió en su escrito la expresión del domicilio de los testigos, y en fallo promulgado en octubre de 1997, formuló el presente aserto:

> En efecto, el juez está facultado para inadmitir una prueba promovida sólo en aquellos casos en que la prueba sea ilegal o

[278] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 97. T. 3. pp. 223-225.
[279] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 97. T. 10. pp. 453-457.

> impertinente, **y con respecto a la ilegalidad, es claro para esta Sala que la misma debe ser expresa.** En el caso en concreto, si bien la norma establece que al momento de promover la prueba de testigos, la parte debe señalar el domicilio del testigo, no es menos cierto que **la omisión de este requisito no es sancionada en forma expresa por la ley adjetiva con su consecuente ilegalidad.** (…) su omisión sólo resulta esencial cuando la persona llamada a declarar no es conocida ni se identifica con su cédula personal o con algunos otros elementos que sirvan a ese mismo propósito. (…) Por otra parte, establece ese mismo Código en su artículo 483 la carga que tienen las partes de presentar al tribunal los testigos que no necesiten citación en la oportunidad señalada, es decir, que **al tener las partes la imposición de traer los testigos promovidos al tribunal a los efectos de que presten la declaración correspondiente, el mencionado requisito de señalamiento del domicilio pierde relevancia,** ya que entonces, **a falta de mención del domicilio del testigo, la consecuencia lógica sería la obligación por parte de la parte promovente de traer a dichas personas al tribunal** y la imposibilidad en que se encontrarían de solicitar al tribunal que se cite y traiga por sus propios medios a la persona en cuestión.[280] (Negrillas nuestras).

La SCC durante el mes de julio de 1997 dictó fallo en relación con la hipótesis anterior, haciendo suyo criterio expresado por Henríquez La Roche, aseveró: "**Si la parte ofrece la presentación del testigo al Juez de la causa y el testigo no comparece en la oportunidad que le haya sido fijada, deberá librarse comisión para que declare en el lugar de su domicilio.** Por ello, la última parte del artículo 483 dice que "en caso contrario, el testigo rendirá su declaración ante el juez de su domicilio o residencia, comisionado al efecto".[281] (Negrillas nuestras).

[280] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 97. T. 7. pp. 459-460.
[281] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 00. T. 4. pp. 471-473.

11.12.13 Asimismo la SCC del TSJ, tuvo ocasión de pronunciarse sobre las consecuencias que acarrea la falta de juramentación del testigo, en sentencia de abril de 2000, en la que haciéndose eco de doctrina asentada por Devis Echandía, quien sostiene que ni el juez ni las partes pueden excusar la formalidad del juramento, pues se considera que éste es una garantía del deber de veracidad, basando su efectividad en la sanción penal por perjurio, proclamó:

> Ahora bien, dentro del régimen de nulidades de arrollado en el Código de Procedimiento Civil, el artículo 208 señala que la nulidad de los actos procesales no se declarará sino en los casos determinados por la ley, o cuando haya dejado de cumplirse en el acto alguna formalidad esencial a su validez. (…) En este sentido, **desde el momento que el artículo 486 *ejusdem* establece como requisito que el testigo antes de contestar debe estar juramentado, sin duda estamos en presencia de una formalidad exigida por la ley para la validez del acto, por lo que su omisión acarreará la nulidad del mismo.** (…) La Sala no considera que la falta de juramentación de un testigo pueda ser subsanada o convalidada por las partes, pues si tal fuere el caso, la consecuencia de la subsanación sería precisamente **la de borrar el vicio cometido y, en consecuencia, que el testimonio desde el punto de vista formal sea válido.(…) En base a lo anterior, y siendo el juramento del testigo una formalidad esencial en el proceso, la recurrida lo desecha por la falta de cumplimiento de dicha formalidad y en consecuencia, carecería de todo fin útil la renovación del acto, por lo que la denuncia que se examina no puede prosperar**.[282] (Negrillas nuestras).

11.12.14 La SPA del TSJ, durante el transcurso del mes de octubre de 2000, dictó decisión en la que realizó un interesante pronunciamiento sobre la **prueba** y el **debido proceso** de reciente creación constitucio-

[282] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit*. Año: 00. T. 10. pp. 339-348.

nal, al decidir un recurso de hecho fundado en la negativa de oír apelación del auto por el cual se acordó nueva oportunidad para la declaración del testigo, vencido el lapso de evacuación, por haber sido declarado desierto el acto fijado para escuchar su declaración al no comparecer el testigo ni el apoderado promovente. En tal ocasión, haciendo gala de su misión pedagógica, la Sala señaló:

> El proceso como instrumento fundamental de realización de la justicia, (CRBV: 257) se basa en el modelo adversarial, en virtud del cual, la garantía de igualdad "de armas" las partes se convierte en elemento fundamental de su configuración. Ello impone necesariamente, que las diversas etapas o fases del mismo, hayan de guardarse con estricta rigurosidad, de forma tal que **cada una de ellas tenga iguales oportunidades para formular alegatos y defensas, y dar cumplimiento a las cargas legales, de forma tal que concluida una fase o vencida una oportunidad, no sea posible formular *ex provo* aquéllas o dar cumplimiento a éstas. De lo contrario se evidenciaría una alteración de la igualdad de las partes, que violentaría la esencia misma del proceso.** El **derecho a la prueba** obliga a mantener un concepto lo más restrictivo posible de la llamada **prueba inconstitucional,** a fin de permitir la mayor virtualidad y eficacia del derecho a la prueba. Se ha señalado que una prueba debe considerarse "lícita" cuando no existe violación de derechos y garantías fundamentales ni en la obtención preprocesal del elemento probatorio, ni durante la práctica del concreto medio de prueba pues, **lo definitorio de la prueba ilícita es la vulneración del contenido de derechos fundamentales.** La debida protección de estos derechos, pilares esenciales de nuestro ordenamiento jurídico, conduce a sostener que de su infracción tan sólo puede derivarse el rechazo más absoluto. Por otra parte, en nuestro ordenamiento jurídico se consagra un sistema rígido de preclusiones, y tal régimen no sólo alcanza al período de promoción sino también al período de la práctica de la prueba, **impidiéndose la improrrogabilidad (sic) de los plazos legales y sancionándose su incumplimiento con la inefica-**

cia de la prueba extemporáneamente realizada, por lo que la sentencia que valore y tenga en cuenta los resultados alcanzados con tales medios probatorios podrá ser anulada, vista la nulidad que como tipo constitucional, es consagrada rotundamente en el ordinal primero del artículo 49 de la Constitución de 1999. Por otra parte, consagrada la doble instancia, es decir, el acceso a los órganos de administración de justicia con jurisdicción apelada, **la negativa a tal acceso, establecida por el ordenamiento jurídico adjetivo subconstitucional debe necesariamente ceder cuando tal revisión se funda en el alegato de violación del contenido esencial de derechos y garantías constitucionales y, en especial, cuando se trata de la igualdad procesal de las partes por ser éste un Derecho Fundamental.** En el presente caso, nos encontramos con el alegato de una violación a derechos fundamentales, presentado por la recurrente en relación al menoscabo de la igualdad procesal, la comunidad de la prueba, la falta de interés en la evacuación de la prueba, la fijación de una nueva oportunidad para evacuar una prueba, cuya oportunidad había precluido, argumentos todos éstos del recurrente de hecho, que pudieran encajar, de ser ciertos, en el supuesto constitucional consagrado en el precitado artículo 49, *ejusdem*, el cual se refiere en términos generales, a lo que la doctrina y el derecho comparado conocen como **prueba ilícita y sus conceptos afines de prohibiciones probatorias, pruebas ilegítimas, pruebas viciadas o pruebas clandestinas. (…) El ordinal 1º del artículo 49 consagra un tipo de nulidad constitucional en forma expresa, al decir "serán nulas las pruebas obtenidas** mediante violación del debido proceso". **De tal literalidad se evidencia una ineficacia que se manifiesta en tres momentos procesales distintos: uno, inicial, en la admisión del elemento probatorio; otro intermedio, durante su evacuación; y uno último, durante la valoración judicial de la prueba desarrollada en el proceso, esto es, en la emisión del juicio jurisdiccional.** Admitir que la norma constitucional citada se refiere solamente al momento de valorar,

momento en el que el referido precepto impediría al órgano jurisdiccional extraer consecuencia alguna de la prueba ilícita, sería consagrar el absurdo de admitir una prueba para seguidamente impedirle que despliegue sus efectos, lo cual afectaría inclusive a la parte que ha propuesto y practicado la prueba, la cual sin posibilidad de discusión sobre su licitud, se encuentra con una declaración judicial, en la sentencia, en la que se rechaza su fuente de prueba. **De allí que la primera manifestación de la imposibilidad de que surtan efectos las pruebas ilícitas se concreta en la prohibición de admitirlas, so pena de incurrir la resolución en un supuesto de nulidad absoluta, radical o de pleno derecho y por ende, ser ineficaz e insubsanable.** Es por ello que sea necesario en forma previa la decisión sobre la validez de las pruebas y de su evacuación, con el objeto de delimitar el ámbito del debate probatorio e impedir la interferencia de pruebas ilícitas o nulas en el curso de la práctica de las mismas. De allí que resulte necesario que el legislador prevea los oportunos instrumentos procesales para hacer valer la nulidad de la resolución judicial que admite una prueba ilícita, **lo cual nos conduce al problema que nos ocupa, esto es, la impugnabilidad de la decisión jurisdiccional que admite una prueba ilícita o, evacúa ilícitamente una admitida.** Advertidos estos dos momentos procesales en relación a las pruebas, el de admisión y el de práctica, se observa que el asunto planteado afecta indistintamente a ambos momentos. Nuestro ordenamiento al prever los recursos contra las resoluciones que deciden sobre la admisión de pruebas, responde a criterios de "impertinencia o inutilidad", por lo que podría pensarse que cumpliéndose tales requisitos, no cabría recurso contra una prueba ilegal, cuando se cumplen dichos criterios. Ello es aparentemente lógico, si tenemos en cuenta que la finalidad de toda prueba no es otra que permitir al juzgador alcanzar su convicción acerca de los hechos debatidos en el proceso y que la admisión de tales medios probatorios no produce indefensión o perjuicio alguno. Sin embargo, el problema aquí planteado hace referencia a otro supuesto, el de la "ilicitud" del medio probatorio. Ante

esta laguna legal, cabe preguntarse si puede recurrirse la decisión judicial que ordena evacuar una prueba ilícita o evacúa una forma ilícita con violación de derechos constitucionales. **La respuesta no puede ser sino afirmativa. La referida admisión infringe directamente el artículo 49 de la Constitución, en el que de forma expresa se prohíbe la eficacia de toda aquella prueba obtenida de modo ilícito, en violación del debido proceso o del contenido esencial de Derechos Constitucionales y, en consecuencia, necesariamente ha de admitirse el recurso contra la resolución que admite, y evacúa tal prueba ilícita que vulnera dicho precepto, más que a la impertinencia o inutilidad de la misma.** Igualmente, la negativa de admisión de recurso contra el auto que ordena una prueba en forma inconstitucional no puede entenderse necesariamente limitada a su impertinencia o inutilidad, sino que también ha de incluirse por mandato constitucional en el supuesto de violentarse directa o indirectamente los derechos o libertades fundamentales, y muy especialmente los del debido proceso. Por las razones expuestas, **forzosamente ha de concluirse que planteada la violación del contenido esencial de derechos constitucionales y del debido proceso, es procedente la apelación contra el auto que ordena la evacuación de una prueba, porque toda actividad probatoria ilícita redunda en el debido proceso y como tal, viola la igualdad entre las partes, lo cual tiene por objeto cortar una situación de privilegio o supremacía de una de ellas, así como impedir privar de trámites determinados, contenidos en las normas adjetivas.**[283] (Negrillas nuestras).

11.15 *EL TESTIMONIO DOCUMENTADO*

Ha tenido la posibilidad el TSJ de pronunciarse acerca de la valoración de este tipo de testimonio, advirtiendo la SCC mediante decisión proferida en mayo de 1991, que si bien las actas del proceso en lo referente

[283] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 00. T. 10. pp. 339-348.

a la materia de testigos, merecían fe pública, no constituyen los documentos públicos a que se refieren los artículos 1.357, 1.359 y 1.360 del CC, los cuales redactan las partes, a fin de preconstituir una prueba de sus convenciones, y por consiguiente, la fe que le imprime el juez al acta donde consta la declaración del testigo, es la de que el testigo, efectivamente declaró en los términos por ella indicados y sostuvo: "… **la veracidad o no de la declaración corresponde declararla a los jueces de mérito al dictar su sentencia. En consecuencia, como el acta contiene el resultado de una prueba intrínsecamente testimonial, su estimación no se rige expresamente por los artículos 1.359 y 1.360 del Código Civil, sino por el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil…**"[284] (Negrillas nuestras).

Doctrina jurisprudencial que reiterada pacíficamente la SCS, mediante sentencia proferida en mayo de 2001.[285]

En materia de estos testimonios documentados, la SCC en fallo publicado en julio de 1993, expresó que no podía ser considerada como "prueba irregular" la testimonial del tercero que tenga por objeto aclarar un documento privado emanado de él, ya que no es parte en el referido juicio, ni causante de alguna de las partes que contienden en él; ocasión en la cual refiriéndose a dichos documentos afirmó:

> no le son aplicables a tales documentos las reglas contenidas en los artículos 1.363 y 1.364 del Código Civil, sino que para ser **admitidos y valorados como un medio de prueba idóneo en un juicio en el cual no son partes los otorgantes de tales documentos privados, ellos deben ser traídos a juicio como una mera prueba testimonial, no siéndoles atribuibles más valor que el que pueda resultar de su ratificación por el tercero al cual se le presenten como un simple auxilio de precisión,** para que entienda mejor lo que se le pregunta. (Negrillas nuestras).[286]

[284] Ramírez & Garay. *Ob. Cit.* T. CXVII. Sent. 428-91. pp. 366-367.
[285] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 01. T. 5. p. 838.
[286] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit.* Año: 93. T. 7. pp. 335-336.

También la SE del TSJ se pronunció sobre la materia en decisión dictada durante diciembre de 2001, y comentando la disposición contenida por el artículo 431 CPC, acogió criterio expuesto por el Maestro Rengel-Romberg, sosteniendo:

> Como se ve, no se aplican aquí las reglas relativas al reconocimiento de instrumentos privados producidos por una parte en juicio, (…) porque **el documento no emana de la otra parte, sino de un tercero (testigo), razón por la cual el tratamiento procesal establecido en la ley es el de la prueba de testigos,** dada la naturaleza de la declaración contenida en el documento: asegurándose así el contradictorio en esta etapa de la instrucción del proceso, **mediante las repreguntas que puede formular la parte contraria al testigo, quedando así la valoración de la prueba sometida a la regla general de apreciación de la prueba de testigos** que veremos seguidamente. (…) Si bien la norma del Art. 431 se refiere a los documentos privados emanados de terceros, ella puede extenderse al caso en que **el testimonio conste en documento público o auténtico, porque el hecho de que el testimonio haya sido documentado en esta forma, y esté revestido de autenticidad, no desnaturaliza el carácter testimonial de la prueba** y sólo da fe de que la declaración emana ciertamente del declarante (testigo), pero no de la verdad de los hechos declarados, cuyo control debe por tanto someterse a las reglas del contradictorio propias de la prueba testimonial. (…) Bajo las anteriores premisas resulta claro entonces que al tratarse de declaraciones de testigos **contenidas en documentos autenticados que no fueron aportados atendiendo a las exigencias de la regulación adjetiva referida, al no ser ratificadas dentro del proceso, lo que enerva la necesaria posibilidad de control y contradicción, las mismas deben ser desechadas**. (Negrillas nuestras).[287]

[287] Pierre Tapia, Oscar. *Ob. Cit*. Año: 01. T. 12. pp. 354-356.

CONCLUSIONES

1.- El último criterio expresado por las SCC y SCS del TSJ, acerca de la naturaleza jurídica del artículo 508 del Código de Procedimiento Civil, es que contiene reglas de la sana crítica, debiendo ser considerado como norma de valoración de la prueba testimonial, en la que el mérito de la prueba lo obtiene el Juzgador después de utilizar en su análisis las reglas el correcto entendimiento humano.

2.- Corolario de dicha postura, es que la denuncia del artículo 508 CPC al haber incurrido el Juez en suposición falsa, debe encuadrarse con fundamento en el ordinal 2º del artículo 313 CPC, en concordancia con el artículo 320 *ejusdem,* determinando claramente el recurrente, en cuál de los tres supuestos de la norma citada en último término encuadra su denuncia e indicar su influencia en el dispositivo del fallo.

3.- En materia de las concordancias ordenadas al Juez por el artículo 508 del CPC, éste deberá en criterio de la SCC:

3.1 Impretermitiblemente, examinar si las declaraciones de los testigos concuerdan entre sí.

3.2 Una vez que haya realizado esta labor, establecer insoslayablemente la concordancia entre las declaraciones analizadas y el resto de las pruebas evacuadas, si fuere el caso.

3.3 El denunciante de esta obligación judicial, debe realizar la demostración pertinente, poniendo de manifiesto la discrepancia entre lo que dice la prueba estimada y lo que se lee en las desestimadas; siempre que el Juez no haya realizado consideración alguna sobre las mismas.

4.- Los criterios sostenidos por la SCC, acerca de lo que debe realizar el Juez cuando acoge el testimonio, han referido lo siguiente:

4.1 La valoración del testigo pertenece en principio a la soberana apreciación de los jueces.

4.2 Para ser apreciado por el Juez, no basta con que éste señale el valor que da a la prueba y los hechos que de ella se establecen; sino que deberá referirse al contenido de las preguntas o repreguntas formuladas por la parte promovente, su adversario o el mismo Juez, aun cuando sea en forma resumida, para que sus aseveraciones al respecto se consideren fundamento de lo apreciado y no meras peticiones de principio, que dan por demostrado lo que se quiere demostrar.

5.- La SCS del TSJ sostiene que al acoger la deposición del testigo, el Juez no está obligado a transcribir íntegra ni resumidamente el contenido de las preguntas y repreguntas con sus respuestas, pues su único deber consiste en indicar las razones por las cuales estima la declaración examinada, ya que dicha transcripción vulneraría el deber de síntesis que debe contener el fallo establecido por el ordinal 3º del artículo 243 CPC.

6.- En cuanto a la facultad de los jueces para desechar el testimonio, la SCC ha sentado las premisas siguientes:

6.1 El Juez puede desechar el testigo de oficio, sin que medie petición de parte, pues él tiene no sólo la facultad sino el deber de decidir conforme a las pruebas aportadas en autos.

6.2 Cuando el Juez –en criterio de la SCC– rechaza el dicho de un testigo sin expresar razón alguna que fundamente su apreciación, vicia el fallo dictado de inmotivación.

6.3 En criterio de la SCC, el Juez debe imperativamente desechar la declaración del testigo en estas dos hipótesis:

6.3.1 Si estuviere comprendido en algunas de las causales de inhabilidad, contempladas por la Ley.

6.3.2 Si apareciere no haber dicho la verdad, por las contradicciones en que hubiere incurrido o por cualquier otro motivo, aun cuando no haya sido tachado; debiendo en todo caso el Juez fundamentar su decisión.

6.3.3 Ha censurado las formas vagas en que se desechan o aprecian las pruebas promovidas por las partes, sin que se hubiere precedido de la exposición de los hechos y un análisis razonado de las mismas, en acatamiento a lo dispuesto por el artículo 254 CPC.

6.3.4 Igualmente en doctrina de la SCC, los jueces, en el ejercicio de la facultad desestimatoria deben indicar pruebas y razones que emerjan exclusivamente de los autos.

6.3.5 La supracitada facultad, en afirmación de la SCC, es materia que compete a su soberanía de apreciación, no objetable por ella, cuando el Juzgador cumple el requisito de motivar su decisión en tal sentido.

6.3.6 Cuando al valorar dos o más testimonios, el Juez aprecia alguno a algunos y desestima otro u otros, está obligado por imperio del artículo 508 CPC y la doctrina establecida por la SCC, a fundamentar expresamente la decisión desestimatoria.

7.- La SCS del TSJ ha ratificado la doctrina jurisprudencial emanada de la SCC, en cuanto a la conducta que debe observar el Juez cuando desecha el testimonio.

8.- Respecto al vicio de inmotivación de la sentencia, del análisis de la tesis jurisprudencial de la SCC sobre la materia, se muestra contraria a la tendencia de algunos jueces de realizar una apreciación fragmentaria y parcial de la prueba de testigos, por cuanto:

8.1 Así como el Juez no puede escoger unas pruebas y prescindir de otras para formarse su convicción, sin saber si las omitidas enervan a las analizadas, del mismo modo no puede escoger determinados elementos de una prueba y prescindir de otros que pudieran tener significación probatoria en el asunto debatido; por lo que debe en la sentencia, a objeto de no incurrir en petición de principio, al apreciar un testigo, transcribir cuáles fueron las preguntas realizadas a éste y también las contestaciones dadas por aquél, respaldando su conclusión con un razonamiento, así sea breve de tales hechos.

8.2 Igualmente manifestó como de estricta observancia por los jueces, el ser muy cuidadosos al redactar el acta de examen del testigo, destacando que deben resaltar en la sentencia, la parte más importante de la misma, bien porque el testigo sólo respondió a las preguntas que la parte promovente le hizo de viva voz, o bien porque le fueron formuladas preguntas por la parte contraria o por el Juez, puesto que de no hacerlo así resultará siempre difícil para el juzgador analizar y estimar la prueba, infringiéndose con ello las prescripciones normativas previstas en el ordinal 4º del artículo 243 y 12 CPC, al no constar debidamente la motivación sobre la cuestión de hecho implicada en la controversia.

8.3 Cuando el Sentenciador omite en el fallo los hechos acerca de los que fue interrogado el testigo y también las repreguntas formuladas a éste, de manera tal, que resultare imposible saber cuál fue el resultado de la prueba sin acudir a las actas del expediente, la sentencia incurre también en el vicio de inmotivación sancionado por el artículo 244 CPC, puesto que ella debe bastarse a sí misma, llevando en el texto la prueba de su legalidad.

8.4 La SCC considera los requisitos establecidos por el artículo 243 CPC como investidos de la noción de "orden público", y en consecuencia, al faltar el requisito de la motivación (Ord. 4º Art. 243 CPC), su incumplimiento acarrea infracción de un principio de orden público procesal.

8.5 Incurre en el vicio conocido como silencio parcial de prueba el sentenciador que no analiza la totalidad de las preguntas formuladas al testigo, o cuando de sus declaraciones no se infiere cuáles fueron las preguntas realizadas, de manera que es imposible saber cómo obtuvo sus conclusiones.

9.- En cuanto a la llamada suposición falsa o falso supuesto en materia de testimonio, ya dejamos expuesta la técnica correcta de su formalización (*Supra* Nº 2), destacando que la SCC ha mantenido inalterable doctrina, en el sentido de considerar la existencia del vicio, al atribuir el Juez a un testigo algo que no ha dicho, y que por ende no consta en actas. Este ha sido el criterio acogido por la SCS del TSJ.

10.- En lo referente a la inhabilidad del testigo, la SCC ha reiterado las siguientes circunstancias:

10.1 Las causales de inhabilidad absoluta para testificar se encuentran consagradas por el artículo 477 CPC.

10.2 Las causales de inhabilidad relativa están consagradas por los artículos 478, 479 y 480 CPC.

10.3 Que dichas causales son taxativas, no admitiendo en consecuencia creación ni aplicación por vía de interpretación extensiva o analógica de la Ley.

10.4 Las mencionadas causales deben ser tomadas en consideración por el Juez en el momento de apreciar la prueba.

10.5 El interés a que se refiere el artículo 478 del CPC, es el "económico", puesto que el "moral" lo estima el legislador señaladamente en parientes determinados y en el amigo íntimo.

10.6 Ha admitido la SCC el testimonio de un accionista en el litigio donde sea parte la sociedad de la cual es miembro, cuando declara en su contra.

10.7 No constituye causal de inhabilidad, el prestar servicios laborales para una de las partes (excepción hecha del sirviente doméstico), debiendo ser apreciada la declaración ofrecida, cuidadosamente para averiguar sino incurre en alguna causal de inhabilidad o en contradicción.

10.8 La omisión en el acta de examen del testigo de la constancia de lectura de las causales de inhabilidad, no invalida el dicho de éste, máxime si la parte contraria al promovente asiste y hace uso del derecho de repreguntas.

10.9 La omisión en el acta de examen del juramento del testigo, impide que sea valorado por el Juez en la definitiva.

10.10 La inhabilidad sólo alcanza al amigo íntimo, no a la persona que tenga una simple relación de amistad con la parte que lo promueve.

11. En lo concerniente a la tramitación de la prueba, la SCC tiene establecido:

11.1 Al omitirse la fijación de la hora en que será interrogado el testigo por el Tribunal, se le impide a la parte contraria al promovente el ejercicio de la facultad de repreguntarlo, en desmedro del derecho de defensa, y por ende, del debido proceso (Art. 49 CN); pero si ésta asiste, su presencia convalida el vicio.

11.2 Constituye una alteración grave de las normas procedimentales, que a los testigos no se les interrogue de la manera ordenada por el artículo 485 CPC; por lo que al declarar dos o más testigos en un mismo acto, levantándose incluso una sola acta, estos testimonios no podrán ser apreciados en forma válida por el Juzgador.

11.3 El simple error material cometido al transcribir el nombre o apellido del testigo, siempre y cuando el número de la cédula de identidad sea el mismo, y aun cuando aparezca mencionado en forma distinta en las actas, es un simple error material que no invalida el dicho del testigo.

11.4 Cuando el testigo no comparece al acto de repreguntas, necesariamente debe ser desestimado por el Juzgador.

11.5 El testigo único es admitido en nuestro ordenamiento procesal y cuando es idóneo y merece fe debe ser apreciado por el Juzgador.

11.6 El testigo referencial, esto es, el que conoce los hechos porque le han sido referidos por otras personas, no debe merecer fe para el Juzgador.

11.7 La parte que no asista al acto de interrogatorio del testigo y por ende no haga uso de la facultad de repreguntarlo, está impedida de alegar que el testimonio es incompleto o insuficiente al ser valorado por el Juez, pues tal circunstancia hace presumir su conformidad con la declaración.

12.- La SCC ha sostenido respecto del artículo 1.387 CC, lo siguiente:

12.1 Constituye regla de valoración probatoria, como toda norma que de manera alguna limite la admisibilidad de un medio probatorio.

12.2 Es admisible la prueba de testigos cuando se pretenda aclarar o interpretar el sentido de un contrato que sobrepase el límite cuantitativo del artículo 1.387 del CC.

12.3 Ha dejado meridianamente expresada la SCC que la prohibición establecida por el artículo 1.387 de CC no alcanza a los terceros, sino únicamente a las partes, puesto que para aquéllos representa un hecho susceptible de ser probado con cualquier género de pruebas.

12.4 Asimismo, la prohibición antes referida no rige para la demostración de hechos y obligaciones relacionados directamente con hechos ilícitos.

12.5 El término convención en el texto del artículo 1.387 del CC ha de entenderse como sinónimo de "Contrato" o "Negocio Jurídico".

12.6 El artículo 128 CCO constituye una excepción a la regla general contenida por el artículo 1.387 CC, ya que en materia mercantil se permite la prueba testimonial sin limitación alguna, salvo para probar lo contrario de una convención contenida en documento público o privado.

13.- Igualmente, el artículo 1.392 del CC, ha sido objeto de interpretación por la SCC, estableciendo los criterios que se enumeran a continuación:

13.1 El mencionado artículo contiene una regla expresa de valoración del principio de prueba, al exigir que, las menciones de escrito hagan verosímil el hecho alegado.

13.2 La denuncia de violación del artículo 1.392 del CC no puede hacerse aisladamente, sino en conexión con una prueba de testigos a la que la valoración de principio de prueba por escrito, sirva de soporte.

14.- En relación con la interpretación del artículo 1.393 CC, confirma la SCC que:

14.1 Es menester que el Tribunal examine y decida, en forma previa, como circunstancia excepcional que hace admisible la prueba de testigos, la imposibilidad material o moral del solicitante de la misma, en obtener una prueba por escrito.

14.2 En materia laboral, en virtud de la peculiar relación de desigualdad a que está sujeto el trabajador, siempre le será posible alegar la imposibilidad material o moral de obtener la prueba escrita.

15.- El testigo técnico, si bien puede referirse en su deposición a deducciones que realice en virtud de los conocimientos especiales de que está dotado, no puede pronunciarse sobre la causa de éstas, puesto que es materia propia de la prueba de experticia.

16.- El testimonio documentado, sea a través de un instrumento público o de un instrumento privado, no puede ser valorado por el Juzgador conforme a los artículos 1.359 y 1.360 CC, porque el hecho de constar en documento, no desnaturaliza el carácter testimonial de la prueba, que deberá ser apreciada conforme las reglas del artículo 508 CPC.

17.- El testimonio documentado deberá siempre ser ratificado por el autor de la declaración en juicio, para mantener incólume el derecho a la defensa, pilar fundamental del debido proceso (Art. 49 CN), de imperativa aplicación en todos los procedimientos judiciales y administrativos.

18.- El artículo 49 CN consagra la nulidad de las pruebas obtenidas con violación del "debido proceso" o violatorias de Derechos Constitucionales, por lo que necesariamente el Juzgador habrá de admitir la impugnación que proponga la parte afectada contra su promoción o evacuación, aunque no responda a criterios de impertinencia e inutilidad establecidos en el ordenamiento adjetivo.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ADIP, Amado. *Prueba de Testigos y Falso Testimonio.* Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1983. 237 p. ISBN. 950-14-1208-0.

ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial.* 2ª Ed. Buenos Aires. Ediar Soc. Anón. Editora. 1957. VII Vols.Tot. S/ISBN.

ARRAIZ, Rafael C. *Doctrina y Praxis de la Prueba de Testigos.* Caracas. Ediciones Schell C.A. 1980. 116 p. S/ ISBN.

BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Traité Des Preuve Judiciaires. Editeurs, Rue de Seine. Tr. Manuel Osorio Florit. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1971. 404 p. S/ISBN.

BORJAS, Arminio. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*. 3ª Ed. Caracas. Ediciones Sales. 1.3964. VI Vols. Tot. S/ISBS.

CABRERA ACOSTA, Benigno. *Teoría General de Proceso y de la Prueba.* 2ª Ed. Bogotá. Librería Jurídica Wílchez. 1988. 288 p. S/ ISBN.

CALVO BACA, Emilio. *Código de Procedimiento Civil de Venezuela.* Caracas. Ediciones Libra C.A. 1988. II Tomos.

CARNELUTTI, Francesco. *La Prueba Civil. La Prova Civile.* So.Gra. Tr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2ª Ed. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1982. 269 p. ISBN. 950-14-0020-4.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil.* Tr. E. Gómez Urbaneja. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. 1954. III Vols. Tot. S/ISBN.

DE PAULA PÉREZ, Alfonso. *La Prueba de Testigos en el Proceso Civil Español.* Madrid. Reus. S.A. 1968. 208 p. S/ISBN.

DE PINA VARA, Rafael. *Tratado de las Pruebas Civiles.* 2ª ed. México. Editorial Porrúa, S.A. 1975. 274 p. S/ISBN.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial.* 5ª ed. Buenos Aires. Edit. Zavalía. 1981. II Vols. Tot. S/ISBN.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal Civil*. 8ª ed. Madrid. Artes Gráficas y Ediciones S.A. 1979. II Vols. Tot. S/ISBN.

GORPHE, Francoise. *La Crítica del Testimonio.* Tr. Mariano Ruiz Funes. 4ª ed. Madrid. Instituto Editorial Reus. 1962. 397 p. S/ISBN.

GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil.* 3ª ed. corregida. Madrid. Instituto de Estudios Políticos. 1968. II Vols. Tot. S/ISBN.

HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Civil. Concordado y anotado.* Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. Macbo. Editorial Maracaibo S.R.L. 1986. 586 p.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de Derecho Procesal Civil. Manuale di Diritto Procesuale Civile.* A. Giuffre Editore. Milano. 1973. Tr. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1980. 725 p. S/ISBN.

MICHELLI, Gian Antonio. *Curso de Derecho Procesal Civil. Corso di Diritto Prosessuale Civile.* Dott. A. Giuffre Editore. Milano. 1954. Tr. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1970. IV Vols. Tot. S/ISNB.

MONTERO A., Juan; ORTELLS R. Manuel y GÓMEZ C., Juan Luis. *Derecho Jurisdiccional.* 2ª ed. Barcelona. España. Librería Bosch. 1989. II Vols. Tot. ISBN. 84-7698-078-7

PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil.* 3ª reimpresión. Buenos Aires. Editorial Abeledo-Perrot. 1988. X Vols. Tot. ISBN. 950-20-0075-7.

PARRA QUIJANO, Jairo. *Tratado de la Prueba Judicial El Testimonio.* 3ª ed. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. 1988. VI Vols. Tot. ISBN. 958-635-091-6.

REDENTI, Enrico. *Derecho Procesal Civil. Diritto. Processuale Civile.* A. Giuffre Editore. Milano. 1954. Trs. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra-Redín. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1957. III Vols. Tot. S/ISBN.

RENGEL-ROMBERG, Arístides. *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano.* Caracas. Editorial Arte. 1997. V Vols.

RICCI, Francisco. *Tratado de las Pruebas.* Trs. Adolfo Buylla y Adolfo Posada. s/lugar. s/editorial. s/fecha. II Vols. Tt.

ROCCO, Ugo. *Teoría General del Proceso Civil. Corso di Teoría e Práctica del Processo Civile.* Tr. Felipe de J. Tena. México. Editorial Porrúa S.A. 1959. 591 p. S/ISBN.

_____: *Tratado de Derecho Procesal Civil. Tratatto di Diritto Processuale Civile.* Trs. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra-Redín. Buenos Aires. Editorial Depalma. 1976. VI Vols. S/ISBN.

REYES ALVARADO, Yesid. *La Prueba Testimonial.* Bogotá. Ediciones Reyes Echendía Ltda.. 1988. 277 p. S/ISBN.

SANTANA MUJICA, Miguel. *Pruebas.* Caracas. Paredes Editores. 1983. 352 p. S/ISBN.

PUBLICACIONES PERIÓDICAS

PIERRE TAPIA, Oscar. *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*. Caracas. Editorial Pierre Tapia. 1980-2002. 264 Vols. Tot.

RAMÍREZ & GARAY. *Jurisprudencia Venezolana*. Caracas. Taller de la Gaceta Legal. 1980-1995. 60 Vols. Tot.

Algunas Consideraciones Acerca de ¿Cómo se forma la Sentencia en la Mente del Juez?

Andreína ZAMBRANO DE HERNÁNDEZ*

SUMARIO:

Introducción

1. **El método silogístico**: **1.1** *La génesis lógica de la sentencia.* **1.2** *La rectificación de Calamandrei.*
2. **Críticas a la tesis silogística y algunas consideraciones acerca del proceso mental del juez para la elaboración de la sentencia o método judicial: 2.1** *La posición de Abreu y Mejías.* **2.2** *La posición de Recaséns Siches.* **2.3** *Crítica y Renovación del Método Tradicional por Alejandro Nieto:* **2.3.1** *Jurisprudencia Principalista.* **2.3.2** *Jurisprudencia de Valores.* **2.4** *Experiencia Práctica de Holmes*. **2.5** *La Libre Investigación*

* **Universidad Católica Andrés Bello,** Abogado. **Universidad Central de Venezuela,** Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Centro de Estudios de Posgrado, Especialización en Derecho Procesal, cursante. **Universidad de Warwick,** Reino Unido, Introducción al Derecho Común Inglés. **Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA),** Programa de Formación Gerencial, **Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil,** Abogada II.

Científica de Gény. **2.6** *La ofensiva sociológica de Ehrlich.* **2.7** *El buen Juez Magnaud.* **2.8** *El Movimiento en Pro del Derecho Libre o el Movimiento en Pro de una libre Jurisprudencia en Alemania.* **2.9** *La Jurisprudencia de Intereses.* **2.10** *La Jurisprudencia Sociológica en los Estados Unidos, (Cardozo y Pound).* **2.11** *La Lógica Experimental de John Dewey.* **2.12** *El Movimiento del Realismo Jurídico Norteamericano.* ***2.13*** *Críticas contra el silogismo por Joachim Hruscha (Alemania 1964).* **2.14** *Jersy Wróblewski.*

Conclusión

INTRODUCCIÓN

Entre las ideas más enraizadas en el pensamiento jurídico está la de que las resoluciones judiciales se obtienen a través de una operación lógica –el silogismo de subsunción–, cuya premisa mayor es la norma abstracta aplicable la premisa menor, el supuesto de hecho analizado, deduciéndose la conclusión o fallo mediante la subsunción del hecho en la norma.

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.

El silogismo fue visto como la otra cara de la moneda del movimiento codificador, puesto que las operaciones lógicas necesitaban imprescindiblemente de un texto para construir la premisa mayor. Así, sin texto legal, resulta imposible armar un silogismo. Esto pone de manifiesto que la teoría de la subsunción sólo puede mantenerse mientras los textos legales reúnan las siguientes características: generalidad, abstracción, determinación y carencia de lagunas. Por ello, cuando dichas características se disiparon a finales de siglo, fue inevitable el derrumbamiento de la creencia del silogismo.

La demolición de la teoría del silogismo se ha realizado utilizando de ordinario argumentos de tipo político (como el "decisionismo" de Carl Schmitt) o, más modernamente de tipo lógico como el caso de Viehweg,

Larenz, Kaufmann, Esser y Perelman, también se han utilizado argumento deducidos de la experiencia, en donde los norteamericanos han jugado un papel trascendental.

En nuestro trabajo queremos presentar 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.

Estamos conscientes de que el Estado ha entregado a los jueces la potestad pública de resolver conflictos jurídicos, mas condicionando su ejercicio a unas normas generales que les indican cómo tienen que proceder, qué criterios de fondo han de utilizar a la hora de adoptar una decisión y de qué forma han de redactar la sentencia.

Nos hemos encontrado también con que en nuestro proceso existe multiplicidad de leyes procesales que determinan con pormenor el procedimiento que han de seguir tanto los jueces como las partes, pero en ninguna parte se establecen las reglas materiales de la toma de decisión, esto puede ser que obedezca a que es imposible para el Legislador idear un mecanismo para encuadrar, en normas, todos los factores que influyen, condicionan o toma en cuenta al juez al momento de sentenciar; en otras palabras, es difícil que una norma tome en cuenta al mismo tiempo, factores lógicos, intelectuales, volitivos, históricos, psicológicos, sociológicos, económicos, etc.

En nuestro trabajo queremos 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 queremos presentar otros puntos de vista basados en la experiencia judicial venezolana, norteamericana y de algunos países de Europa.

1. EL MÉTODO SILOGÍSTICO

1.1 *GÉNESIS LÓGICA DE LA SENTENCIA*

La Génesis lógica de la sentencia fue un estudio realizado por Piero Calamandrei publicado en la *Rivista critica di scienze sociale* (Firenze), Nº 5 del 1914. Reproducido en *Studi sul processo civile*, vol. I, Cedem, Padova, 1930, pp. 1 a 51.

En este trabajo Calamandrei quiso estudiar el procedimiento mental a través del cual el juez llega a pronunciar la sentencia, prescindiendo de toda consideración formal de derecho positivo en lo que respecta a la sentencia propiamente dicha, su trabajo se orienta más a indagar ¿Cómo la sentencia se forma en la mente del juez?

Tomando en consideración a Rocco y a Stein, Calamandrei opina que de cualquier modo que se defina la sentencia y que se resuelva la cuestión relativa a si la misma es un acto de inteligencia o de voluntad, no se podrá nunca negar que ella contiene un juicio lógico, el cual como todo juicio, debe ser el resultado de un silogismo, explícito o inconsciente. Pero la sentencia se distingue de todos los otros juicios, en que su juicio es de contenido jurídico, pues afirma la existencia o inexistencia de una voluntad de ley a favor del individuo; ahora bien, si un juicio semejante se considera como la consecuencia de un silogismo, es necesario, admitir que uno de los términos de este silogismo debe consistir en los casos contemplados por la voluntad de la ley afirmada o negada en la conclusión y el otro en la noción de la verificación o de la no verificación, de un caso que se halle comprendido entre los previstos por la ley,[1] De aquí el especial carácter que distingue el silogismo judicial de todos los otros silogismos.

Así, en la mente del juez, con la afirmación de la existencia de una norma de ley general, con la afirmación de que el caso concreto esta o

[1] Calamandrei, Piero, *La Génesis Lógica de la Sentencia Civil*. Publicado en la Revista *Critica di Scienze Sociale,* Padova, 1930, pp. 1 a 51.

no comprendido entre los contemplados por la norma y con la deducción de la verificación en concreto del efecto jurídico establecido por la norma, conclusión, esto es el llamado silogismo judicial, el cual se reduce a la actividad mental del juez.

Finalmente, el silogismo, cuya conclusión sea una afirmación de un derecho subjetivo, puede producirse también fuera de la mente del juez ejemplo:

Toda demanda hecha valer en el juicio por las partes contiene el germen de una sentencia: El acto de la citación mediante el cual el actor previo algunas circunstancias de hecho afirma contra el demandado una pretensión jurídica, el escrito de demanda, donde se expone los hechos, deduce el derecho y concluye afirmando el derecho de su patrocinado, se buscan en un razonamiento idéntico a aquel a través del cual el Juez llega a pronunciar su sentencia.[2]

El Juez antes de llegar al pronunciamiento de una sentencia debe hacer una serie de decisiones concatenadas entre sí, ya que cuando se configura la sentencia como único silogismo se contempla solamente el momento final de la actividad mental del juez".[3]

Del análisis de la operación lógica que el juez realiza desde que las partes le someten el problema jurídico hasta el momento en que él les responde, cabe deducir que tal actividad puede teóricamente escindirse en las fases siguientes, indicadas por orden cronológico:[4]

Examen preliminar sobre la trascendencia de los hechos; interpretación de las resultancias de la prueba; valoración de estas resultancias; construcción del hecho específico concreto a base de los juicios singulares de hecho, y calificación jurídica de aquél; comparación del hecho específico cuya certeza se ha establecido con el hecho específico legal; determinación del efecto jurídico. Aparte, y como actividad reservada a

[2] *Ibídem* 1.
[3] Calamandrei, Piero: *La Génesis Lógica de la Sentencia*. En Estudios sobre El Proceso Civil, Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina. Santiago Sentís Melendo, 1945, pp. 369-417.
[4] *Ibídem* 3.

los solos casos en que el hecho específico concreto está constituido por una declaración de voluntad jurídica, debe considerarse la interpretación de los negocios jurídicos, a la cual el juez procede durante la fase de construcción del hecho específico y principalmente durante la fase última de determinación.[5]

Calamandrei, reconoce que la operación lógica del juez en la forma que de ordinario tiene lugar es mucho más compleja de lo que la ha dibujado, ya que en todo proceso son múltiples los puntos de derecho y de hecho a resolver, y, antes de llegar a la decisión definitiva, el juez debe a menudo pronunciar una cantidad de decisiones prejudiciales e interlocutorias, en las cuales con las cuestiones de mérito se alteran las cuestiones procesales. El segundo lugar, reconoce también que la operación lógica tal como se desarrolla en la realidad en la mente de cada juez, no se produce nunca a través de una sucesión de fases netas y separadas, similares a las que ha clasificado, ya que en el pensamiento vivo, que se revela a toda anatomía, aquéllas se alteran y se compenetra de un modo inconsciente e irregular.[6]

Pero esto no quiere decir que desde el punto de vista teórico la operación lógica del juez no pueda reducirse, con finalidades de estudio, al esquema silogístico, ya que toda investigación científica trata de simplificar lo que en la vida es complejo y múltiple, extrayendo de ellos unos pocos caracteres esenciales.

1.2 *LA RECTIFICACIÓN DE CALAMANDREI*

Posteriormente, Calamandre, reflexionó sobre su estudio "La Génesis Lógica de la Sentencia" y en el libro "Proceso y Democracia" lo calificó como "ensayo juvenil"[7] y afirmó que " *el método del silogismo es incompleto y unilateral, porque aquel que imagina la sentencia*

[5] *Ibídem* 3.
[6] *Ibídem* 3.
[7] Calamandrei, Piero: *Proceso y Democracia*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América. Fix Zamudio, 1960, Capítulo II, Núm. 8, p. 75. Citado por Escovar León en su Libro. *Motivación de la Sentencia y su Relación con la Argumentación.*

como un silogismo no ve la sentencia viva, sino su cadáver, su esqueleto, su momia".[8]

En palabras del Dr. Ramón Escovar León, Calamandrei en su nueva posición considera que el silogismo es útil pero no suficiente.[9]

2. CRÍTICAS AL SILOGISMO JURÍDICO Y ALGUNAS CONCEPCIONES ACERCA DEL PROCESO MENTAL PARA LA ELABORACIÓN DE LA SENTENCIA O MÉTODO JUDICIAL

La tesis explicada precedentemente y que mantiene que la sentencia, en su formación, es un silogismo basada en un respeto rígido a la ley sin admitir interpretaciones, tuvo su mayor auge en la época de la Revolución Francesa, con la codificación. En el siglo XIX, la convicción predominante se centraba en considerar que el derecho positivo se hallaba contenido por completo en la ley, idea ésta aceptada tanto en el continente europeo, Hispanoamérica y el mundo anglosajón. La Asamblea Constituyente francesa, instituyó el Tribunal de Casación a fin de que éste vigilara el cumplimiento de la ley, no permitiendo así, hacer de ella interpretaciones.

No obstante en ese período hubo opiniones de coautores de aquel Código Civil como Cambaceres, Portalis, de este último podemos decir que afirmó***: "que la jurisprudencia puede dar luz al legislador y que en todo caso la función adaptadora de la jurisprudencia es necesaria".*** Estos juristas entendían que la ley no podía dar solución a todos los problemas que se presentaren en la cotidianidad, considerando que debía dejarse al jurisconsulto hacer interpretación de la ley. La teoría que sostiene que la sentencia es un silogismo, la cual establece que en la sentencia, la premisa mayor es la norma, la premisa menor el hecho (s) y de allí debe surgir la conclusión, negando de esta manera, la posibilidad de apreciar ningún otro elemento fuera de la ley, ni su interpreta-

[8] *Ibídem* 8.
[9] Escovar León, Ramón. *La Motivación de la Sentencia y su relación con la Argumentación Jurídica.*

ción en la resolución de los conflictos; así como ha tenido defensas rotundas, también ha enfrentado severas críticas que han resaltado lo inconveniente e imposible de concebir que la premisa mayor, léase la preceptiva legal contenida en la norma aplicada en forma rígida e inflexible, sin que haya lugar a interpretación, pueda dar solución a los innumerables conflictos individuales y particulares (hechos, premisa menor) que debe enfrentar el juez al desarrollar su ardua labor sentenciadora.

La doctrina metodológica establece críticas a la idea de subsunción o silogismo jurídica, como las siguientes:

a) La necesidad de obtención previa de las premisas;

b) La vaguedad o imprecisión del lenguaje legal, con la necesidad de su interpretación antes de que una norma se pueda establecer como premisa mayor del silogismo;

c) La imposibilidad de medir los sucesos reales con esquemas conceptuales rígidos;

d) El carácter incompleto de toda regulación legal, como consecuencia del dinamismo de la vida social;

e) La existencia posible de contradicciones normativas;

f) La inevitabilidad de introducir consideraciones valorativas;

g) La interrelación hermenéutica entre norma y hecho, la interpretación de sus sentidos;

h) La posibilidad, en ciertos casos, de decisiones *contra legem*;

i) La posibilidad de que la premisa mayor se forme a partir de varias normas jurídicas y no de una sola.

2.1 *LA POSICIÓN DE ABREU Y MEJÍAS*

Los Doctores Alirio Abreu Burelli y Luis Aquiles Mejías Arnal, partiendo de las opiniones de Cuenca y Calamandrei, afirmaron:

> ...la concepción de la sentencia como un razonamiento deductivo, con la forma de un silogismo, hizo que en una época existiera una engañosa generalización que coloca el poder de juzgar al alcance de cualquier inteligencia. La interpretación del derecho como un método de aplicación mecánica de la lógica deductiva convirtió a los jueces en idólatras y fetichistas de los términos de la ley, a los códigos en "oráculos vivientes", sin tener en cuenta que aun cuando el derecho es impotente para prever toda la problemática social y económica, la función judicial no se puede reducir a un proceso de lógica deductiva, debido a que tiene una función creadora eminentemente que escapa al contenido estrecho de fórmulas vetustas.[10]

Paradójicamente, afirman, que a pesar de las críticas que se puedan hacer, hoy en día se puede utilizar el método silogístico para analizar la sentencia, pues la evolución de la ciencia procesal así lo permite; y en la casación venezolana, por su regulación actual es necesario aplicar dicho método para entender la diferencia entre los distintos motivos de infracción de ley.

Explican los precitados autores que el método silogístico como tal no está ligado a una determinada concepción de la labor judicial. Igual sirve si se considera al juez como simple y necesario aplicador del derecho, como si se concluye en que éste construye la premisa mayor judicial, que parte de la ley, pero no se agota en ésta. En efecto, en esta segunda concepción, la labor judicial es creadora de la norma de derecho que sirve de premisa mayor en el razonamiento, permitiendo la adaptación de la ley al contexto social en la cual se aplica, y al ordenamiento jurídico general orientado y regido por las normas constitucionales.[11]

Consideran, que en la tarea judicial de aplicar el derecho, es necesario distinguir la integración de la norma general que irá a constituir la pre-

[10] Abreu Burelli, Alirio y Mejía Arnal, Luis Aquiles: *La Casación Civil.* Editorial Jurídica Alva, S.R.L. pp 340 a 350
[11] *Ibídem* 11.

misa mayor, de la obtención de conclusiones de derecho, tarea que se puede controlar aplicando las reglas de la lógica, concretamente a través de la construcción de silogismos para verificar la conexión de las operaciones y sistematizar la tarea de aislar el error de derecho cometido por el juez.[12]

La tarea judicial de aplicar el derecho e integrar la norma no es de carácter lógico sino tópico, para la cual el juez parte de la ley y consulta las opiniones de autores, la jurisprudencia, las máximas de experiencia y así construirá el derecho.

Acertadamente, afirman que aplicar el método silogístico a la otra operación de constatación y control de la labor lógica de aplicación del derecho, no implica entender la labor judicial como de mera y automática aplicación del derecho, sino separa la labor de creación de la premisa mayor, de la subsunción del hecho en los supuestos de la norma para determinar la consecuencia jurídica.

Según Abreu y Mejías, las críticas al método deductivo, lo son más bien a la idea de que la ley, tal como fue promulgada, constituye la premisa mayor del silogismo o silogismos de la sentencia, que concibe al juez como un estricto guardián de la norma legal.

Señalan que para Cuenca y otros críticos, el problema no está en usar el método deductivo, sino en la idea del juez autómata, simple aplicador de normas, pues la premisa mayor no se agota en el texto de la ley.

Describen tal calificados autores que, la escogencia de la norma que se aplicará implica una calificación preliminar de la situación o relación jurídica cuya existencia se pretende, calificación que realiza el juez ateniéndose a los hechos alegados en el libelo de la demanda o, en el caso, en la excepción opuesta, a los cuales aplica el derecho, aun de oficio, en virtud del principio *iura novit curia* el juez conoce el derecho, el juez aplica el derecho.[13]

---

[12] *Ibídem* 11.
[13] *Ibídem* 11.

2.2 *LA POSICIÓN DE RECASÉNS SICHES*

Apunta Recaséns Siches, (1973) que resulta muy difícil, pudiera ser imposible, separar el tema de la función judicial del de la interpretación jurídica.

Explica que la clave para tratar debidamente el problema de la interpretación, es el logo de lo humano, de lo razonable; éste rebasa las fronteras de la interpretación. Dentro del campo del derecho, el logo de lo razonable debe regir la elaboración de todos los contenidos jurídicos: Generales (leyes, reglamentos), particulares y normas individuales (fallos jurídicos), de ellas las únicas normas jurídicas perfectas, es decir, las únicas susceptibles de ser impuestas inexorablemente, son las normas individualizadas, por cuanto ellas son las que complementan el sentido abstracto y amplio de las normas generales y particulares, esto en razón de que como consecuencia de la interpretación de aquéllas (normas generales y particulares) y de su aplicación al caso concreto, se producen normas jurídicas, que podríamos calificar de perfectas, vale decir, que para aplicar la ley, hace falta transformar su sentido general en individual.

Dice el autor: *"El legislador puede incluir en sus mandatos legales todo cuanto estime oportuno, pero la función jurisdiccional es una cosa diferente, y sólo puede ser de la competencia del órgano que la ejerza autorizadamente"*.

No puede existir ningún orden jurídico sin función interpretativa, porque las normas están destinadas a ser cumplidas y, en su caso aplicadas. Ahora bien, las normas generales –constitución, leyes, reglamentos– hablan del único modo que pueden hablar: en términos relativamente generales y abstractos. En cambio, la vida humana, las realidades sociales en las cuales se debe cumplir y, en su caso, aplicar las leyes son siempre particulares y concretas. Por consiguiente, para cumplir o aplicar una ley o un reglamento es indudablemente necesario convertir la regla general en una norma individualizada, transformar los términos abstractos en preceptos concretos. Y esto es precisamente lo que se llama interpretación".[14]

[14] Recaséns Siches, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. 1956. pp. 627 a 665.

De allí que debe cumplirse en el desenvolvimiento de la labor juzgadora, una función creadora por parte del hombre (juez) que administra la justicia, pero siempre bajo los lineamientos que le impone la ley, obedeciendo su mandato.

Su crítica contra el uso del método silogístico en la elaboración de la sentencia, considera que la ley, aun cuando esboza el marco del deber ser, no puede por ello pretenderse que en ella se encuentren comprendidas las soluciones a todos los problemas que surjan en el diario devenir de las relaciones humanas. En consecuencia, la función que desarrolla el juez para emitir su sentencia deberá siempre contar con un ingrediente creador, en mayor o menor grado, siguiendo los lineamientos de la norma aplicable, pero adecuando su letra, mediante la interpretación, al caso concreto, pues no es posible concebir al juzgador como un ser incapaz de utilizar su raciocinio a la hora de resolver un litigio y dictar sobre este, su fallo.

> ...Las reglas y principios jurídicos generales deben ser considerados solamente como hipótesis de trabajo; y estas hipótesis, en tanto que tales, necesitan ser constantemente verificadas desde el punto de vista de los efectos que producen al ser aplicadas a las situaciones concretas...[15]

De manera que no es posible sostener que el texto legal, por perfecta que sea su elaboración por el legislador, contenga *per se*, la solución a todos los conflictos que se presenten, lo que por vía de consecuencia conlleva a establecer que la creación legislativa contiene el aspecto general, la jurisdiccional, aplicando y respetando la ley, resuelve el individual.

Citando a Recaséns Siches, Ramón Escovar León apunta, que la sentencia judicial no es un silogismo, es más bien, "'una estructura unitaria de sentido' en la cual, una vez que ha sido concebida puede adoptar 'la ficticia apariencia de un silogismo'".[16]

---

[15] *Ibídem* 15.

[16] Recaséns Siches, Luis: *Introducción al estudio del derecho*. 1974. pp. 203. Citado por Escovar León, Ramón. *La Motivación de la sentencia y su relación con la argumentación jurídica.* 2001. pp. 22 a 24.

2.3 *CRÍTICA Y RENOVACIÓN DEL MÉTODO TRADICIONAL POR ALEJANDRO NIETO*

Los pasos que sigue el juez para resolver una controversia, según lo que las tesis positivistas se han inclinado, es el de que el juez –primero– debe buscar la norma, fijar los hechos, para luego decidir, a través de una simple subsunción; a esto se le ha criticado que la mayoría de los jueces muchas veces ni son conscientes del método que usan para decidir y además cabe recordar que no todos los casos encuentran una solución expresa en la ley.[17]

Por esto no se puede generalizar de que todos los casos que resuelve el juez son casos simples, donde lo que hay que hacer es una subsunción automática, sino que también existen casos complejos donde la simple subsunción es ineficaz y aunque a veces el juez por su experiencia ya lo tiene resuelto en un caso anterior y lo copia, esta situación no se repite en todos los litigios.

Por lo tanto, el método tradicional en los casos complejos se abandona y se pasa a vías alternas como el arbitrio del juez, el método inverso y hasta las denominadas sentencias intimistas y las filosóficas, derivado todo esto del cambio de paradigma al considerar que la sentencia es el producto de un proceso de creación y no de subsunción.

La decisión judicial no necesariamente debe emplear un mecanismo lógico de subsunción, sino de concreción de las normas abstractas o singularización de las generales, superando obviamente la tesis de que el juez tiene que concretar su función a la de un lógico que aspira a conseguir la solución preestablecida en la ley, para por fin reconocer el nuevo rol del juez como jurista que declara una situación a través de su arbitrio.

La subsunción no puede ser aceptada como un dogma inevitable por dos razones, la primera es que los jueces no funcionan así y porque en muchos casos (complejos, donde la ley calla) no podrían hacerlo aunque

[17] Nieto, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, pp. 110-112.

quisiesen. Lo cual no quiere decir que haya desaparecido o deba desaparecer sino que no siempre se utiliza.

Las reglas generales no deciden los casos particulares, quien lo hace es el juez con su interpretación y no con la subsunción, el proceso que llega del texto a la regla del caso es una concreción derivada de la actividad del juzgador, que es quien en realidad crea el derecho, a través de su sentencia.[18]

En gran parte de las decisiones de los jueces, es fácil de apreciar que no siguen el método tradicional del silogismo, sino que éste es una fachada que esconde en realidad los verdaderos mecanismos utilizados para resolver una controversia como lo es el denominado método inverso.

Así, el nuevo paradigma señala que en la solución a los casos difíciles, el juez empieza por el fallo y posteriormente lo motiva, y en donde se considera que muchas veces el juez usa la motivación como una manera hipócrita de justificar su decisión, cuando en realidad ya la había tomado, y lo que estaba pretendiendo era recoger los elementos necesarios de autos con el fin de justificarla.[19]

Para Alejandro Nieto, la decisión es el resultado de una operación artesanal en la que le juez, partiendo de dos datos, uno normativo que conoce por su formación y otro fáctico, que le proporcionan las partes, va engarzándolos en un laborioso proceso de ajuste que implica la preparación y adaptación previa de cada uno de ellos.

La variante del método tradicional a otros mecanismos de solución de controversias se debe en unos casos al nuevo protagonismo del juez en la decisión, en la que muchas veces se revela contra la ley por considerarla injusta y en otros efectos de que la misma ley ha perdido el aura ideológica que la impregnaba.[20]

---

[18] *Ibídem* 18.
[19] *Ibídem* 18.
[20] *Ibídem* 18.

Por lo tanto, muchas veces son los propios jueces los que han facilitado el resquebrajamiento de la ley, a través de la jurisprudencia de principios y la de valores.

2.3.1 *Jurisprudencia Principialista*

Comenta Alejandro Nieto que en el Derecho español, como el de la mayoría de corte continental, siempre se ha tenido en cuenta a los principios generales de derecho como "fuente del derecho", a ellos podía recurrir el juez cuando no encontraba ley suficiente.

Los principios generales muchas veces son empleados por los jueces de manera exagerada, de forma que desplazan a la propia ley al resolverse un conflicto, por este medio el magistrado entra en una vía más cómoda para resolver la controversia, pero más peligrosa por cuanto transgrede la ley.[21]

Esta práctica se evidencia cuando el juez, a veces hasta en sustitución de la argumentación, acude a principios extraídos por la constitución o de su propia elaboración, esta práctica ha originado el surgimiento de un nuevo problema, el paso de un positivismo exacerbado a una jurisprudencia principialista irresponsable.

De esto deviene la vulneración de normas procesales, a través de principios formalistas como el pro administrado del derecho administrativo, el pro operario en el derecho laboral etc., que muchas veces como conceptos jurídicos se unen entre sí, originando a otros, hasta lograr ser los únicos medios de solución del conflicto y elementos, silenciadores de la norma.

En la jurisprudencia, muchas veces se verifica una controversia con dos soluciones contrarias que se resuelve con la invocación de un principio que apoya una de ellas, mientras que en otros casos se presenta un conflicto, en el que cada una de las opciones viene sustentada por su correspondiente principio, el juez en este caso resuelve a favor de uno de ellos sin explicar la razón de la prevalencia, lo que origina la denominada juris-

[21] Nieto, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, pp. 113-114

prudencia axiomática, es decir, una jurisprudencia de proposiciones incontrovertibles, claras y evidentes que no necesitan demostración.

Los principios son de gran ayuda en el ordenamiento jurídico, ya que flexibilizan el rigor de las normas y aumentan las posibilidades decisorias del juez, pero en cuanto a su sustento jurídico éste es escaso, además se basan en una simple ideología que tiene un tiempo de vida y que siempre en una sociedad abierta está en pugna con otras que en cualquier momento están proclives a desplazarla.

Por lo tanto, los principios de derecho en un estado, socialista o fascista son muy distintos a los que se evidencian en una sociedad democrática, situación ésta que no es estable como sabemos, sino resultado del juego político, en donde un país en una época puede ser democrático y en otro socialista o viceversa.

2.3.2 *Jurisprudencia de Valores*

El método lógico-deductivo se basa en objetos y conceptos, precisos y reales, situación ésta que no se verifica en todos los casos, ya que si bien es cierto que cuando el juez trata de aplicar la subsunción a una controversia que contiene objetos y conceptos específicos lo hace sin dificultades, no ocurre lo mismo cuando se trata de valores, en el que el silogismo se vuelve ineficaz y carente de toda utilidad.[22]

Situación que se acentúa en las relaciones sociales al igual que el ordenamiento jurídico, los cuales están imbuidos de valores, en la legislación son frecuentes tales como "buena fe", "diligencia de un buen padre de familia"; por lo tanto, la jurisprudencia de valores se ha alejado del método tradicional, ya que su objetivo final no es aplicar la ley sino la justicia y la utilidad: dos valores subjetivos que no se perciben siempre con el razonamiento sino por el sentimiento.

[22] *Ibídem* 22.

El valor es la medida de un interés y los principios no son sino declaraciones de protección de un valor y de repulsa de un desvalor, la constitución es el cuerpo normativo donde más se encuentran inmersos los principios, al igual que en el resto del ordenamiento jurídico que reconoce un valor a cada interés y a cada derecho.

El juez está obligado a seguir la valoración contemplada en la norma en los casos en que ha de ponderar el peso (valor) de intereses contrarios, pero cuando la norma nada le indica que deberá acudir a los a los valores de la comunidad jurídica o de la comunidad social o, en último extremo, a los de su propia conciencia.

2.4 *LA EXPERIENCIA PRÁCTICA DE HOLMES*

Oliver Wendell Holmes fue un famoso Magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos que vivió entre 1841 y 1935, contribuyó con reflexiones muy importantes a la filosofía sobre la creación del Derecho, sobre la evolución de éste y sobre el proceso judicial.[23]

Sus aportaciones en este campo fueron el resultado de su experiencia como juez, analizada a la luz de su propia formación filosófica. Sus pensamientos ejercieron una influencia decisiva en el desarrollo efectivo del derecho tanto en los Estados Unidos como en varios países europeos. Su sinceridad en percibir genuinamente los problemas que se plantean en la dinámica del derecho y en la práctica judicial, sin equipararlos, es el mérito principal del pensamiento lógico de Holmes.

Una de las principales afirmaciones de Holmes es que, "la vida real del Derecho no ha consistido en lógica sino en experiencia". Considera que lo lógica no es la única fuerza operante en el desenvolvimiento del derecho y que su papel exagerado responde a una anhelo de certeza y tranquilidad que late en toda mente humana, pero esta idea de

[23] Holmes, Oliver Wendell, *The Common Law*, 1882; *Collected Legal Papers,* 1920, Citado por Luis Recaséns Siches, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho,* Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1973.

plena certeza es generalmente una ilusión y la tranquilidad no constituye el destino del hombre.

Él afirma que las necesidades sentidas en cada época, las teorías morales y políticas predominantes, las instituciones inspiradoras de la acción política e incluso los prejuicios de los jueces, han tenido que ver mucho más que los silogismos en la determinación de las normas para gobernar los hombres.

La importancia del pensamiento de Holmes, en el aspecto que aquí interesa, es que se dio cuenta o por lo menos tuvo claro que en el desarrollo del derecho y sobre todo el proceso de individualización, hay un tipo de razones que no encajan en la "lógica tradicional" y esas razones él las llama el buen sentido y el esquema total del derecho es el resultado de un conflicto entre la lógica y el buen sentido.

Holmes piensa que siempre surge ante el legislador y ante el juez un conflicto jurídico, un conflicto entre dos deseos o intereses sociales, incompatibles el uno con el otro, total o parcialmente.

Holmes no niega que exista también un proceso lógico de extracción de consecuencias de las premisas sentadas, pero cuando en la práctica jurídica se plantea un problema grave, este problema no consiste en desarrollar tales inferencias, lo cual es fácil y obvio, para él en esos casos el problema consiste entonces en sentar las premisas correctas, tantos las premisas de principio, como las relativas a los hechos.

Al pretender elegir las premisas correctas, Holmes plantea lo siguiente:

> – Muy a menudo es posible elegir entre varios principios, pues muchas veces los tribunales se encuentran ante la existencia de dos o más normas vigentes de igual rango formal, pero contrarias en sus contenidos.
>
> – Sucede también que la realidad bruta de unos hechos determinados es susceptible de diferentes calificaciones jurídicas.

Holmes apunta que en todas esas operaciones de elección se verifica un sopesar de las ventajas sociales y los deseos en conflicto. Dice además que la experiencia vital juega un importante papel, apunta a un tipo de razonamiento valorativo y apunta también a la razón vital e histórica.

2.5 *LA LIBRE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA DE GÉNY*

La obra de Francois Gény ha sido calificada como una de las doctrinas más minuciosamente elaboradas sobre los problemas que se enfrenta el jurista práctico. Cuando publicó en 1899 el primero de sus grandes libros *Método de interpretación y Fuentes de Derecho Privado Positivo*[24] predominaba en Francia la tesis de que las disposiciones de los Códigos comprendían todas las reglas necesarias para resolver cualquier problema jurídico que pudiese plantearse; y por lo tanto, seguía suponiéndose que la labor de los abogados y de los jueces consistía y debía consistir exclusivamente en interpretar por medio de los métodos lógicos silogísticos, las normas y los principios contenidos en el Código.

Fue Gény quien:

> 1.- Mostró con plena evidencia que la interpretación judicial había sido más creadora de lo que se creía.
>
> 2.- Puso de manifiesto que la ley no es tanto la expresión de un principio lógico, sino más bien una manifestación de la voluntad y que por lo tanto es razonable que en la aplicación de la ley se trate de establecer cuál fue el propósito del Legislador.
>
> 3.- Explicó que la experiencia demuestra que la Ley escrita es incapaz de resolver todos los problemas suscitados por las relaciones sociales, ni siquiera aquellos casos que parecen caer de lleno dentro del ámbito de lo previsto por la Ley, porque

[24] Gény, Francois, *Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif,* 1899, Segunda Edición, 1919, Citado por Luis Recaséns Siches, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho,* Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1973.

incluso en esos casos es necesario investigar las realidades sociales concretas para que la aplicación de la ley produzca el resultado deseado por el Legislador.

4.- Puso de manifiesto que los desenvolvimientos jurisprudenciales y doctrinarios fueron modificando a veces sustancialmente el sentido originario de los principios establecidos por el Código.

Gény plantea que muchas veces la Ley no contiene normas que puedan resolver el caso concreto planteado y que es entonces cuando hay que acudir a otras fuentes suplementarias, las cuales son tres:

a) La costumbre;

b) La autoridad y la tradición, tal como han sido desenvueltas por la jurisprudencia y la doctrina;

c) La libre investigación científica.

Aquí interesa prestar especial atención a la tercera de las tres fuentes suplementarias, la libre investigación científica, advierte Gény que incluso en los casos en que el juez se encuentra con normas legislativas o consuetudinarias, o con precedentes jurisprudenciales o doctrinarios, queda siempre un amplio campo de problemas, frente a los cuales el juez tiene que elegir entre varias soluciones posibles. Para decidir entre cuál de esas varias soluciones posibles, el juez tiene que valerse de la libre investigación científica.

Así pues, la libre investigación científica sirve para:

1.- Guiar al juez en los casos de lagunas,

2.- Orientar al Juez cuando el orden previamente formulado (Leyes, costumbre, jurisprudencia etc.) no le ofrezca una única solución, sino la posibilidad de varias decisiones, entre las cuales debe elegir.

La libre investigación científica *es libre*, porque no está sometida a una autoridad positiva y *es científica*, porque solamente puede hallar bases sólidas en los elementos objetivos descubribles por la ciencia.

La libre investigación científica debe basarse en tres criterios diferentes:

1.- El principio de la autonomía de la voluntad;

2.- El orden y el interés público;

3.- El equilibrio entre los intereses privados opuestos.

Respecto al último criterio enunciado Gény dice que el juez debe considerar la fuerza respectiva de los intereses privados opuestos, pesarlos en una balanza de la justicia, de modo que determine a cuál de ellos otorgarle preponderancia, para lo cual habrá que tomar en cuenta las convicciones sociales vigentes y entonces resolver de este modo que se produzca el equilibrio debido.

2.6 *LA "OFENSIVA SOCIOLÓGICA" DE EHRLICH*

Ehrlich lleva a cabo un análisis sobre ¿hasta qué punto la lógica usual cumple la función de suministrar al juez las normas jurídicas aplicables a cualquier caso que se plantee ante su jurisdicción?, y su análisis lo lleva contestar negativamente esa pregunta.[25]

Ehrlich considera que es al juez a quien le compete decidir cuál de los intereses en juego, que se dan en el litigio sometido a su jurisdicción, corresponde al tipo de interés previsto por la ley en términos generales como digno de protección, así como decidir si el ataque es o no de la misma especie prevista por la ley.

Sucede, empero, que la vida es incomparablemente más rica que los conceptos y tipos contenidos en las normas jurídicas generales: los intereses presentan en la realidad multitud de matices diferentes entre sí,

[25] Ehrlich, Eugen, *Die Juristische Logik, 1918.* Citado por Luis Recaséns Siches, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho,* Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1973.

en número tan grande y en variaciones tales, que ninguna norma jurídica ni ningún conjunto de normas jurídicas podría nunca expresar.

Si se ordena al juez que tome en cuenta única y exclusivamente aquellos hechos que aparecen como supuestos legales de la protectibilidad, y la definición legal del ataque, se corre el peligro de que al elaborar su fallo no capte la auténtica índole de los intereses en cuestión.

Ehrlich considera que el error de la jurisprudencia conceptualista consiste en que la construcción de sus conceptos es defectuosa porque no toma en cuenta suficientemente uno de los elementos esenciales de éste: el interés a que la regulación jurídica se refiere. Como efecto de esa omisión, el concepto defectuoso que se forma resulta o bien demasiado estrecho, o bien demasiado amplio; y entonces la subsunción de los hechos bajo tal concepto mutilado no lleva a un resultado satisfactorio.

La lógica jurídica tradicional no suministra el medio para producir ideas creadoras. Únicamente enseña a cómo llegar a pensamientos que derivan de otros pensamientos. Los preceptos jurídicos generales y abstractos, las máximas universales básicas, y la analogía, no son verdaderas normas jurídicas para decidir sobre conflictos de intereses, ni sobre el alcance de la protección de aquellos intereses que la merezcan. La norma jurídica general no puede producir más que las decisiones que ya contiene en términos abstractos; y, por más que la exprima bajo el peso de toda lógica, no puede producir nada más.

2.7 *EL BUEN JUEZ MAGNAUD*

Magnaud fue presidente del modesto tribunal francés de Château-Thierry. Sus compatriotas le llamaban "el buen juez", porque, sin pretenderlo, tuvo la virtud de satisfacer los anhelos de justicia de un pueblo desconfiado ya de ella. Conocedor de nuestra sociedad egoísta, en la debilidad busca la víctima, y cuando no la encuentra, halla siempre una atenuación inicial en las condiciones desfavorables en que se desenvuelven los oprimidos.[26]

[26] Diez Enríquez, E. Contraportada del libro *Las sentencias del buen juez Magnaud*, Henry Leyret, Editorial Temis, Colombia 1990.

Magnaud partía de los principios de que la ley debe interpretarse humanamente, y de que el juzgador se ha de guiar en sus juicios por la solidaridad humana, por lo cual a veces en sus decisiones se apartó discrecionalmente de lo determinado en la ley positiva sin tratar de disimularlo. La obra de Magnaud estuvo desde luego inspirada por atinados presentimientos y por certeras intuiciones aunque no consiguiese dar una explicación teórica suficiente de su modo de juzgar. Por eso, su obra judicial en ocasiones producía la impresión de que violaba la obediencia que el juez debe al derecho positivo.[27]

La sentencia para Magnaud, no es, pues una formula escueta, uniforme, deficiente, en que únicamente se reflejan los caracteres de la ley aplicada, abstraídos del hecho con deliberado propósito por un procedimiento de disecación que, dejándole su forma externa, le despoja de la sustancia de su originalidad; sino que es la expresión condensada de una realidad viva, palpitante, que emociona, que indigna, que convence, porque contiene la armonía del sentimiento y la razón, suprema síntesis de la justicia.

2.8 *EL MOVIMIENTO EN PRO DEL DERECHO LIBRE O EL MOVIMIENTO EN PRO DE UNA LIBRE JURISPRUDENCIA EN ALEMANIA*

Con estas denominaciones se conoce una corriente que fue iniciada en Alemania en 1906 por el profesor Hermann Kantorowicz,[28] quien publico bajo un seudónimo de Gnaeus Flavius una obra titulada “La Lucha por la Ciencia del Derecho”.

Este movimiento tuvo como importante antecedente la sentencias del magistrado Francés Magnaud.[29]

---

[27] Leyret, Henry *Les sentences du President Magnaud,* 1903. Citado por Luis Recaséns Siches, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho,* Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1973.
[28] Gnaeus Flavius (Hermann Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft, 1906*. Citado por Luis Recaséns Siches, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho,* Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1973
[29] Leyret, Henry, *Les sentences du President Magnaud,* 1903. Citado por Luis Recaséns Siches, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho,* Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1973

Kantorowicz expone su concepción del "Derecho Libre" que es una resurrección del derecho natural en forma modificada y entiende por tal las convicciones predominantes que tiene la gente en un cierto lugar y un cierto tiempo sobre lo que es justo, las cuales real y efectivamente regulan la conducta de la gente. Por ser cambiante el mundo en que vivimos ese derecho libre es perecedero, frágil y cambiante, mientras que la gente está muy lejos de conocer el derecho estatal depositado en las leyes, conocen el "Derecho Libre" por lo menos en la parte que afecta los círculos sociales dentro de los que se mueven.

Kantorowicz propone las siguiente directrices:

1.- La función jurisdiccional debe seguir siendo misión del Estado.

2.- Si el texto de la ley es unívoco, y su aplicación al caso produce una aplicación que no hiere los sentimientos de la comunidad, es decir, que no viole lo que él denomina el "derecho libre", el Juez debe resolver con apego a la norma legislativa.

3.- El juez debe prescindir de la ley cuando se halle en las dos situaciones siguientes:

a) Si le parece que la ley le ofrece una solución dudosa;

b) Si le parece, según su honrada convicción, que el poder estatal existente al momento del fallo habría de dictar su decisión desprendiéndose de la ley.

En ambos casos el juez deberá dictar el fallo que según su convicción habría sido decretado por el actual poder del Estado, si ese poder hubiese pensado en el caso concreto.

4.- Si el juez no fuese capaz de formarse esa convicción, entonces debe inspirarse en el "derecho libre".

5.- Finalmente en los casos desesperadamente complicados o dudosos en cuanto al aspecto cuantitativo (por ejemplo en la determinación de la indemnización), el juez debe resolver discrecionalmente.

> 6.- Dice Kantorowicz que el movimiento del "Derecho Libre" tiende con todas sus fuerza hacia la meta más alta de toda juricidad: *la justicia.*

Sólo si hacemos estallar los angostos cauces de las pocas disposiciones legales, sólo si la plenitud del derecho libre hace posible dar a cada caso la reglamentación adecuada, sólo donde hay libertad, existe también justicia. Sólo si eliminamos estériles sutilezas y colocamos en su lugar la voluntad creadora que engendra nuevos pensamientos, sólo donde hay personalidad, existe también justicia. Sólo si apartamos la mirada de los libros y la dirigimos a la vida, calculando las consecuencias y las condiciones más lejanas de nuestros actos, sólo donde hay sabiduría, existe también justicia.[30]

2.9 *LA "JURISPRUDENCIA DE INTERESES"*

Con este nombre se conoce un movimiento desenvuelto en Alemania, precisamente en torno a los problemas de cuáles son los principios que los jueces deben seguir al momento de dictar sus sentencias.[31]

Este movimiento propugna que el juez debe guiarse más que por las palabras del Legislador por las estimaciones que inspiraron a éste.

La "Jurisprudencia de intereses" parte de dos ideas fundamentales:

> 1.- El Juez está obligado a obedecer el derecho positivo. La función del juez es resolver conflicto de intereses del mismo modo que el Legislador. Ahora bien la valoración de intereses llevada a cabo por el Legislador debe prevalecer sobre la valoración individual del juez.

---

[30] *Ibídem* 30.

[31] Los principales representantes de la "jurisprudencia de intereses" son Philipp Heck, *Das Problem der Rechtsgewinnung, 1912; Gesetzauslegung und Interessenjurisprudenz, Rechtserneuerung und juristiche Methodenlehre, 1936; Rechisphilosophie und Interessenjurisprudenz, 1937; Max Ruemelin, Die Gerechtigkeit, 1920; Die Billigkeit im Recht, 1921; Rechtsgefuehl und Rechtsbewusstsein, 1925; Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre, 1930; Paul Oertemann, Soziologische Rechtsfindung, 1914; Interessen und Begriffe in der Rechtswissenschaft, 1931.*

> 2.- Las leyes aparecen incompletas, a veces inadecuadas, incluso contradictorias, cuando se las confronta con la riquísima variedad de problemas que los hechos sociales han suscitado. El Legislador en nuestro tiempo debería esperar del juez, no que éste obedeciese de modo ciego las palabras de la ley, sino que, por el contrario, desarrollara los criterios axiológicos donde la ley se inspira, conjugándolos con los intereses en cuestión. El juez debe proteger la totalidad de los intereses que el Legislador ha considerado dignos de protección, y en el grado y jerarquía que éste ha estimado que debe ser protegidos.

Cuando el problema planteado por los hechos de un caso particular no está previsto por la ley, el juez ante todo debe formarse una idea del conflicto de intereses que se da en dicho caso litigioso. Después debe examinar si el mismo conflicto de intereses existe en otras situaciones que hayan sido reguladas expresamente por la legislación. Si es así, entonces el juez debe transferir el juicio de valor contenido en la ley (sobre otros casos) a los hechos del pleito que tiene ante sí, es decir, debe fallar iguales conflictos de intereses de igual manera; o, dicho con otras palabras, debe emplear el procedimiento de *analogía* pero; apoyando esta analogía no sobre la literalidad de un texto, sino antes bien sobre la valoración de intereses en que ese texto se haya inspirado.

Sin embargo, hay casos en los cuales la misma ley comisiona al juez para que resuelva de acuerdo con su propio criterio valorativo (arbitrio judicial). En tales casos, el juez se subroga en la función del Legislador.

Para Heck, que es el más destacado representante de la "jurisprudencia de intereses", al juez no le compete crear libremente un nuevo orden jurídico, sino tan sólo colaborar, dentro del orden jurídico válido, a la realización de los ideales en que positivamente se inspiró el Legislador. El Juez es un eficaz auxiliar del legislador.

El método propugnado por Heck distingue claramente dos funciones de la jurisprudencia: la función de elaborar normas y la función de ordenarlas y organizarlas.

2.10 *LA "JURISPRUDENCIA SOCIOLÓGICA" EN LOS ESTADOS UNIDOS (CARDOZO Y POUND)*

La llamada "Jurisprudencia Sociológica" en los Estados Unidos de Norte América constituye una dirección de pensamiento semejante a la de la escuela alemana de la "Jurisprudencia de Intereses".

Sus principales representantes son los jurisconsultos Holmes,[32] Benjamín Cardozo (ambos Magistrados de la Corte Suprema de los Estados Unidos) y su principal representante el profesor y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard Roscoe Pound.

Cardozo[33] se plantea ¿que es lo que él hace cuando emite su fallo en un litigio? ¿Hasta qué punto busco la congruencia lógica? Y analizando sus experiencia judiciales observa que él había empleado y seguía empleando cuatro (4) métodos distintos en el proceso mental para dictar sentencia:

1.- El método de la progresión o deducción lógica;

2.- El método de buscar la inspiración en la línea del desenvolvimiento histórico de una institución jurídica;

3.- El método de atenerse a la costumbre y convicciones sociales vigentes;

4.- El método de inspirarse en consideraciones de justicia y bienestar social.

Para Cardozo la médula del problema consiste en saber de acuerdo a qué principio debe elegirse uno u otro método de interpretación cuando se va a dictar la sentencia. Para él el objetivo del derecho es la justicia y el bienestar social. Por lo tanto, ninguna norma que en su resultado

---

[32] Holmes Oliver Wendell, *Collected Legal Papers,* 1920; Citado por Luis Recaséns Siches, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho,* Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1973.
[33] Cardozo Benjamín, *The Nature of the Judicial Process,* Yale University Press, 1921. Citado por Luis Recaséns Siches, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho,* Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1973.

práctico se aparte de esa finalidad debe justificar su existencia. El fin supremo del Derecho que es la justicia debe predominar por encima de los otros métodos, y debe resolver los conflictos que se puedan producir entre esos métodos.

Cardozo no trata de desligar al juez de su deber de obediencia al derecho positivo. El alcance de sus observaciones es otro. Se trata de que cuando el juez haya de decidir hasta qué punto las normas existentes han de ser interpretadas restrictiva o extensivamente, debe inspirarse por las ideas de justicia y bienestar social, las cuales determinan el método apropiado de interpretación, y aclaran la dirección y alcance de esas normas.

En el caso de Pound,[34] su máxima preocupación, es averiguar cómo se puede llegar a la elaboración de las sentencias justas. Pound plantea que las nuevas realidades sociales plantean nuevos problemas de regulación, que no encuentran una solución correcta en las viejas normas. Por consiguiente, es necesario establecer nuevas normas, o desarrollar una nueva interpretación de las viejas normas.

Para Pound no se puede acudir con éxito a la producción legislativa o judicial de nuevas normas, valiéndose para ello de métodos deductivos, puesto que si bien el derecho tiene estructura lógica, el derecho es mucho más que esa estructura, es un instrumento para la vida social en vista de realizar fines humanos, dentro de las rutas cambiantes de la historia.

Pound observa que la actividad judicial comprende siempre una valoración, y que para valorar correctamente un problema jurídico es necesario captar el sentido y alcance de todos los hechos implicados en el problema.

Para entender la función del orden jurídico, Pound propone el ejemplo de la avalancha precipitada de gente que escapa de un edificio en llamas y señala que si no se procede a ordenar la evacuación, sólo muy pocos conseguirán salir y muchos perecerían arrollados. Ahora bien si

[34] Pound Roscoe, *The Scope and Purpose of Sociological jurisprudence,* en Harvard Law Review", XXIV y XXV, 1911-12. Citado por Luis Recaséns Siches, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho,* Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1973.

se pone orden en la huida de un incendio resultará que el mayor número posible de gente será salvado, con un mínimo de pérdida. Esta ordenación puede derivar del reconocimiento consuetudinario o puede ser impuesta por la autoridad. Tanto en uno como en otro caso resulta que se consigue hacer lo más posible para un número mayor de gente. Así, se ilustra que los deseos de cada uno caen continuamente en conflicto o concurren con los de sus prójimos.

Llevando el ejemplo al campo del derecho, Pound plantea que el derecho positivo logra la finalidad del orden jurídico o por lo menos intenta lograrla de la siguiente manera:

> a) reconociendo que algunos intereses demandan protección;
>
> b) definiendo los límites dentro de los cuales esos intereses deben ser reconocidos y protegidos eficazmente, mediante preceptos jurídicos, que sean aplicados congruentemente por el juez o la autoridad administrativa dependiendo del caso,
>
> c) esforzándose en asegurar de manera efectiva los intereses reconocidos dentro de los límites que se haya definido para ellos.

Para Pound el derecho no crea esos intereses sino que lo encuentra ante sí, clamando por protección y seguridad. El derecho:

> – Clasifica los intereses y presta reconocimiento a un número determinado de ellos;
>
> – Determina los límites dentro de los cuales protegerá los intereses;
>
> – Delimita la esfera de validez de unos intereses frente a otros, así como la prioridad de unos frente a otros.

La tarea del orden jurídico no puede considerarse nunca como terminada. Los intereses no reconocidos ejercen presión para su reconocimiento, los intereses que fueron reconocidos parcialmente, claman por una protección mayor y viejos intereses reconocidos pierden título razonable para ser reconocidos. Esto de los nuevos intereses presiona al juez y

al legislador y existe una lucha entre los que luchan por el derecho del ayer y los que luchan por el derecho de mañana.

Esas tareas según Pound requieren un pleno conocimiento sociológico, así como también pautas valorativas claras para determinar cuáles deben ser los intereses protegidos, en qué medida y de qué manera.

Para Pound los intereses que demandan protección jurídica pueden ser clasificados de la siguiente manera:

a) Intereses individuales (personalidad, laborales, familiares, económicos, etc.);

b) Intereses públicos (intereses del Estado);

c) Intereses sociales (Paz, orden, seguridad, cultura, decencia pública, igualdad de oportunidades, etc).

2.11 *LA "LÓGICA EXPERIMENTAL" DE JOHN DEWEY*

John Dewey, el filósofo norteamericano tal vez más eminente del siglo XX, en un trabajo sobre el problema del método lógico y el derecho,[35] apuntó que la lógica deductiva debe ser abandonada como instrumento principal y decisivo para llegar a la sentencia judicial, y que debe ser sustituida por una lógica que en lugar de arrancar de los antecedentes, tenga su centro de gravedad en la consideración de las consecuencias. Esta nueva lógica del derecho sería una lógica de previsión de probabilidades más que de deducción de certidumbres. El propósito de esta lógica sería el de averiguar los efectos probables.

Dewey sostiene que las reglas y principios jurídicos generales deben ser considerados solamente como hipótesis de trabajo y como tales de-

[35] Dewey John, *Logical Method and Law,* "Cornell Law Review", X, 1924. Citado por Luis Recaséns Siches, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho,* Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1973.

ben ser constantemente verificadas desde el punto de vista de los resultados que producen al ser aplicadas a situaciones concretas.

Por consiguiente, dice Dewey, la lógica relativa a los contenidos jurídicos debe ser una lógica experimental y flexible.

2.12 *EL MOVIMIENTO DEL REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO*

Los realistas parten de una pregunta ¿qué es lo que en efecto y en realidad es el derecho vigente de un determinado país en un determinado momento? Y concluyen que más que lo que digan las leyes, el derecho vigente real y efectivo es lo que sobre un caso planteado resuelva el órgano jurisdiccional.

Este movimiento es el que ha llevado a cabo la más demoledora crítica a la función judicial como silogismo.

El llamado movimiento realista toma como punto de partida las observaciones de John Gray,[36] quien en su obra *La naturaleza y las fuentes del derecho* distingue entre **Derecho efectivo** (reglas asentadas y aplicadas por los tribunales), y **Fuentes de Derecho** (leyes, precedentes jurisprudenciales, doctrina, costumbres, principios éticos, etc). Él afirma que una ley no es derecho hasta que no haya sido interpretada y aplicada por los tribunales, son los tribunales a quienes le corresponde decidir lo que significan las palabras del legislador.

Los realistas opinan que hay que distinguir entre las reglas que el juez establece en sus sentencias y lo que el juez decide efectivamente. A veces la regla sentada por el juez es sólo un disfraz para justificar la decisión que toma y para los realistas lo que el juez dice no es tan importante como lo que el juez hace, independientemente de lo que expon-

[36] Chipman Gray John, *The Nature and the Sources of the Law,* 1909. Citado por Luis Recaséns Siches, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho,* Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1973.

ga en sus sentencias y para averiguar cuál es el derecho efectivo hay que indagar en la forma cómo los jueces se comportan.

El movimiento de los realistas comprende varios tipos de estudios, pero haremos referencia sólo a dos de ellos.

El primero comprende aquellos trabajos que manifiestan escepticismo con respecto a las normas jurídicas previamente formuladas en leyes y también con respecto a las declaradas en la sentencia como fundamento de ésta y trata de poner de manifiesto cuáles son las reglas ocultas conforma a las cuales el juez falla. Este grupo estudia las sentencias de los tribunales de apelación.

El otro tipo de estudio acepta el escepticismo de las normas formuladas tanto en la ley como en la sentencia pero pretende ir más allá indagando cómo los jueces enfocan las cuestiones de hecho. Este grupo estudia las sentencias de los tribunales de primera instancia.

Los más destacados representantes de la escuela realista son Karl Llewellyn y Jerome Frank.

Llewellyn,[37] fue profesor de la Universidad de Columbia (New York) y de la Universidad de Chicago (1893), realizó estudios de los dos grupos antes mencionados y en su averiguación sobre la regla, descubre que hay que distinguir entre "reglas de papel" y "reglas efectivas". Las reglas de papel comprenden no sólo las formuladas en las leyes sino las reglas que los tribunales declaran en sus sentencias, como fundamentos de sus fallos. Las reglas efectivas son aquellas, declaradas o no, según las cuales el juez realmente decide el litigio.

El profesor Llewellyn realizó múltiples análisis sobre las normas efectivamente seguidas por los jueces y analizó los problemas relativos a la

[37] Llewellyn Karl N., *The Bramble Brush: On Our Law and Its Study,* New York, Oceana Publications, 1930, nueva ed., 1951; Citado por Luis Recaséns Siches, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho,* Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1973.

cuestión de hecho, tanto en lo que atañe a la prueba, como en lo que toca a la calificación jurídica de los hechos relevantes.

Su análisis pone de manifiesto que los hechos al desnudo y totales, tal como ocurrieron, no se hallan jamás frente al juez: Llegan a él a través de una serie de filtros, reconstrucciones y presentaciones.

Llewellyn insiste en mostrar cómo la presentación de los hechos es preparada siempre con referencia a la norma que se pretende sea aplicada. Entonces se pregunta ¿qué correspondencia efectiva hay entre los hechos verificados en la sentencia y la realidad auténtica de esos hechos como efectivamente ocurrieron? Esos hechos fueron filtrados por los abogados, tomando en cuenta lo que ellos consideraban relevante, fueron filtrados nuevamente por las normas de derecho procesal sobre los medios de prueba admitidos, fueron filtrados otra vez por las conclusiones de los abogados y fueron finalmente filtrados por el juez, cuando éste redacta las conclusiones de su sentencia. Entonces, parece obvio que tal y como se presentaron en esta última fase están a leguas de cómo efectivamente ocurrieron.

Llewellyn pone de manifiesto que el juez, en lugar de pensar en la norma y extraer de ella la conclusión, sigue la vía inversa, es decir, se decide a favor de la conclusión que considera justa y después se dedica a buscar una norma que justifique esa conclusión.

Esta observación sirve para confirma su idea de que lo importante no es tanto analizar lo que el juez dice sino lo que el juez hace.

Jerome Frank[38] (1889) dedicó su atención preferente a analizar la conducta efectiva del juez y los problemas relacionados con la apreciación de la prueba.

[38] Frank Jerome, *Law and the Modern Mind,* 1930, 6ª ed., 1949; *Courts on Trial,* Princenton University Press, 1950. Citado por Luis Recaséns Siches, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho,* Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1973.

Él afirma que derecho cierto sobre una determinada situación es sólo la sentencia que haya recaído en ese caso, en tanto que dicha sentencia afecta a una persona en particular. Antes de la sentencia lo que hay es derecho relativo, que es la posición de suposición que hacen los abogados sobre lo que creen que el tribunal va a decidir.

2.13 *CRÍTICAS CONTRA EL SILOGISMO POR JOACHIM HRUSCHA (ALEMANIA 1964)*

Explica que el juez frente a un caso concreto asume una posición previa, que deriva de su análisis de los hechos, las pruebas y hacia la cual encaminará su investigación. Luego busca la norma de derecho aplicable, esto es individualiza, interpreta la regla general y ésta, él la vera siempre desde el ángulo del asunto particular que debe resolver. Ahora bien, una vez definida la norma a aplicar el juez volverá a enfrentarla con el caso a decidir surgiendo, de esta manera, en cada caso variación de la problemática judicial, lo que la hace dinámica, cambiante.[39]

2.14 *JERSY WRÓBLEWSKI. (POLONIA 1985)*

Su tesis se apoya en que la decisión legal sea justificable, separando lo que llama justificación interna y justificación externa. La señalada en primer término (interna) engloba la verificación/constatación de juicios verdaderos o falsos y se refiere a la labor de entendimiento desarrollada por el juez. La justificación externa se apoya en la argumentación para justificar la decisión a la que se ha llegado a través de la interpretación.

El Doctor Ramón Escovar León, en su obra *La Motivación de la sentencia y su relación con la argumentación jurídica*, citando a Wróblewski, expone: "Para la solución de este último tipo de asuntos (casos complejos), juega un papel importante en la concepción de Jerzy Wróbleswki, autor polaco que distingue entre la justificación externa y la justificación externa de la sentencia. La primera se refiere al mecanismo intelectual seguido por el juez para establecer las premisas del silogismo.

[39] Hruschka Joachin: *Rechtsanwendung als methodologisches Problem,* en archiv fur Rechs und Sozialphlosophie, citado por Recaséns Siches. Nueva Filosofía de la interpretación del derecho. 1973.

Esta operación se apoya en los métodos inductivo, deductivo y en la analogía, es decir, en la justificación externa el jurista se apoya en la teoría de la argumentación y en la justificación interna opera el método deductivo, pues la conclusión se deriva de las dos premisas establecidas y allí estamos ante un problema de lógica deductiva.

La segunda, la justificación interna

> es ajena a la corrección material del razonamiento, mientras que la justificación externa es dependiente de ella. En el manejo de estos conceptos juega un papel fundamental la validez de las premisas, por cuanto hay razonamientos válidos que llevan a exponer conclusiones erradas; y conclusiones correctas que son extraídas de proposiciones falsas.[40]

CONCLUSIÓN

El Estado ha encomendado a los jueces, la encomiable labor de hacer justicia y ha dispuesto todo un ordenamiento jurídico para que esta labor satisfaga las necesidades concretas de un conflicto jurídico entre dos partes, en igualdad de derechos.

Dentro del ordenamiento jurídico, existen normas sustantivas que le proporcionan al Juez una herramienta de trabajo a ser usada a lo largo de un proceso judicial, que, teniendo por norte la justicia, termina con una sentencia que en el mejor de los casos, resuelve un conflicto de intereses y restablece un equilibrio roto.

Ahora bien, a pesar de que el derecho procesal codificado se extiende en regular la sucesión de actos encaminados a la producción de una sentencia, pocos son los artículos que se dedican a la sentencia en sí misma, sólo existen unas escasas normas tendientes a regular la apariencia externa de la decisión. Así, a grandes rasgos se indica que la sentencia debe contener:

---

[40] Wróbleswski, Jersy: *Motivación de la decisión judicial*. 1978. Citado por Escovar León, Ramón. *La Motivación de la sentencia y su relación con la argumentación jurídica.* 2001. p. 24

1°- La indicación del Tribunal que la pronuncia.

2°- La indicación de las partes y de sus apoderados.

3°- Una síntesis clara, precisa y lacónica de los términos en que ha quedado planteada la controversia, sin transcribir en ella los actos del proceso que constan de autos.

4°- Los motivos de hecho y de derecho de la decisión.

5°- Decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, sin que en ningún caso pueda absolverse de la instancia.

6°- La determinación de la cosa u objeto sobre que recaiga la decisión.

Esta falta de regulación, a nuestro parecer, no obedece a la inercia del Legislador. Obedece al sentido común y a un criterio de sensatez que nos indica que es el propio Juez frente al caso concreto, a quien le corresponde dictar las pautas para que en su decisión se materialice la justicia.

¿Cómo se forma en la mente de un Juez la sentencia? Ha sido objeto de muchos estudios, alguno de los cuales fueron expuestos en este trabajo. Así encontramos que para Calamandrei, la sentencia en un principio fue un silogismo y posteriormente una cadena de ellos. Para Holmes la experiencia, juega un papel determinante en la toma de la decisión, Gény promueve la libre investigación científica, Ehrlich considera que es el juez y no la norma el que tiene que decidir el interés merece protección, Magnaud partió de la idea que la ley debe ser interpretada humanamente, Kantorowicz promueve el renacimiento del derecho natural en un llamado derecho libre cuyo fin inmediato es la justicia, la jurisprudencia de intereses en Alemania, propugnan que el juez es un colaborador de los ideales que inspiraron al legislador, John Dewey indica que más que lógica formal se trata de lógica experimental y flexible, los Realistas más importante que el derecho plasmado en la sentencia es el derecho efectivo producto del criterio de justicia presente en la mente del juez al resolver un determinado asunto.

Independientemente de la posición que el lector acoja, la sentencia al estar producida por un ser humano va a depender mucho de lo que ese ser humano tenga por dentro, por eso, si el Estado se interesa por la aplicación de la justicia, debe interesarse en primer lugar, por encontrar jueces capaces. Esta capacidad no sólo implica conocimiento jurídico. El buen juez no es necesariamente aquel que domina el derecho, sino aquel que es capaz de encontrar la razón donde se encuentre.

El buen juez no se confunde con argumentos brillantes que adornan y disfrazan, la injusticia hasta hacerla desaparecer.

El buen juez tiene la sensibilidad para ponerse en el lugar de las partes y buscar un equilibrio entre dos razones, igualmente válidas y tuteladas por el ordenamiento jurídico.

El buen juez está consciente de la responsabilidad que implica resolver asuntos que tienen repercusión sobre vidas, bienes, y personas, pero nunca olvida que la labor de juzgar tiene doble cara: una hacia los sentenciados y otra hacia sí mismo.

El buen juez no se deja seducir por oradores consagrados ni conspicuos escritores, escudriña en las pruebas hasta encontrar esos hechos que respalden y sostengan su criterio de justicia.

Materialmente se hace posible comprar a un juez y lograr una sentencia favorable, pero no existe dinero en esta tierra capaz de hacer callar los pensamientos de un sentenciador que conociendo de qué lado estaba la razón, olvidó por un momento su alta misión y sucumbió ante la corrupción del astuto, convirtiéndose en cómplice de una mayor injusticia.

El buen juez debe ser astuto en enmarcar la justicia en el caso concreto, dentro del ordenamiento jurídico, de tal forma que su sentencia se haga irrevocable e irreprochable tanto moral como jurídicamente.

El buen juez entiende que la justicia tardía es injusticia.

El recto obrar y el justo sentenciar trasciende a los tiempos.

El buen Juez no hace de la jurisprudencia un punto de honor, que se deba respetar a ciegas por el hecho de haberse reiterado en un sinnúmero de casos; por el contrario, hace un punto de honor de los criterios de equidad que impregnan la labor creadora de la norma jurídica al caso concreto.

El buen juez no entiende que un conflicto hay dos partes: una culpable y una inocente, sino más bien dos verdades igualmente tuteladas y no una en detrimento de la otra, que debe armonizar en justo equilibrio.

El ordenamiento jurídico puede pretender regular la mayor clase de conductas, pero sólo el juez tiene frente a sí, a esos individuos que imposibilitados de resolver sus asuntos buscan a otro ser humano que disipe sus diferencias y tutele sus derechos frente a ellos y frente a terceros.

En definitiva algún día el juez, se encontrará cara a cara con Dios, y podrá verlo a los ojos y preguntarle de corazón, si pudo, como juzgador de segundo grado, impartir justicia en su nombre.