

NUEVOS ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL - Vol. II
LIBRO HOMENAJE A JOSÉ ANDRÉS FUENMAYOR

Fernando Parra Aranguren
Editor



Tribunal Supremo de Justicia
Colección Libros Homenaje, N° 8
Caracas/Venezuela/2002

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

© República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia
Colección Libros Homenaje, N° 8

Fernando Parra Aranguren, Director

Depósito Legal lf:
ISBN:
Depósito Legal lf:
ISBN:

Fernando Parra Aranguren
-Editor-

Nuevos Estudios de Derecho Procesal
LIBRO HOMENAJE A
José Andrés Fuenmayor

Volumen II

Tribunal Supremo de Justicia
Colección Libros Homenaje, N° 8
Caracas/Venezuela/2002

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA CONSTITUCIONAL

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

SALA POLITICOADMINISTRATIVA

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

SALA ELECTORAL

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

SALA DE CASACIÓN CIVIL

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

SALA DE CASACIÓN PENAL

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

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

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

Contenido Volumen II

Índice de Colaboradores	7
Gonzalo PARRA-ARANGUREN , <i>Nociones históricas sobre la jurisdicción civil internacional de los tribunales venezolanos (1830-1987)</i>	9
Gonzalo PÉREZ SALAZAR , <i>Formalismo vs proceso</i>	107
Mario PESCI-FELTRI MARTÍNEZ , <i>El principio dispositivo en el Derecho Procesal venezolano</i>	117
Juan Carlos PRO RÍSQUEZ , <i>El trabajador internacional, la jurisdicción no exclusiva de los tribunales laborales venezolanos y el recurso de interpretación de la Ley Orgánica del Trabajo: comentarios a recientes sentencias del Tribunal Supremo de Justicia</i>	151
Mariolga QUINTERO TIRADO , <i>Aspectos de una tutela judicial ambiental efectiva</i>	189
Dilia María, RIBEIRO SOUSA , <i>El proyecto genoma humano y sus implicaciones en el ámbito penal: Especial referencia a la obtención coactiva de material genético, como medio de prueba en el proceso penal venezolano</i>	237

Jorge Luis SUÁREZ MEJÍAS, El contencioso-administrativo de la Comunidad Andina: la Acción de Nulidad y el Recurso por Omisión en el Tratado del Tribunal de Justicia	421
Bernardo TAHÁN, Límites de la Casación Civil Venezolana en la Valoración de la Prueba	489
Silvia TANZI y Verónica C. FRANCESCHI, La prueba en el proceso de daños (Derecho Argentino).....	507
Emilio J. URBINA MENDOZA, Ética, hermenéutica y decisión judicial	523

Índice de Colaboradores Volumen II

Verónica C. FRANCESCHI	507
Gonzalo PARRA-ARANGUREN	9
Gonzalo PÉREZ SALAZAR	107
Mario PESCI-FELTRI MARTÍNEZ	117
Juan Carlos PRO RÍSQUEZ	151
Mariolga QUINTERO TIRADO	189
Dilia María RIBEIRO SOUSA	237
Jorge Luis SUÁREZ MEJÍAS	421
Bernardo TAHÁN	489
Silvia TANZI	507
Emilio J. URBINA MENDOZA	523
Rómulo VELANDIA PONCE	559

Nociones Históricas sobre la Jurisdicción Civil Internacional de los Tribunales Venezolanos (1830-1987)

Gonzalo PARRA-ARANGUREN*

SUMARIO:

- 1. La Constitución de 1830.**
- 2. Los Códigos Civiles (1867-1982).**
- 3. El Código de Procedimiento Civil de 1873.**
- 4. El Código de Procedimiento Civil de 1880.**
- 5. Las Conclusiones de Rafael Fernando Seijas (1884).**
- 6. El Código de Procedimiento Civil de 1897.**
- 7. El Código de Procedimiento Civil de 1904.**
- 8. Los Planteamientos del Doctor Pedro Manuel Arcaya (1912-1914).**

***Corte Internacional de Justicia** (La Haya, Reino de los Países Bajos), Magistrado desde 1996. **Universidad Central de Venezuela**, Doctor en Ciencias Jurídicas y Políticas *summa cum laude* **Universidad de Nueva York**, Instituto Interamericano de Derecho, Curso en Derecho Comparado, **Ludwig Maximilians Universität**, Munich, Doctor en Derecho *cum laude*. **Universidades Central de Venezuela** y **Católica Andrés Bello**, Profesor Titular Emérito. **Corte Internacional de Justicia**, La Haya, Reino de los Países Bajos, Magistrado (desde 1996).

9. El Código de Procedimiento Civil de 1916.

10. Informaciones Adicionales.

1. LA CONSTITUCIÓN DE 1830

1. La Constitución de **veinticuatro de septiembre de 1830**, en el inciso tercero de su artículo 147, encomendó a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento “de las causas contenciosas de los plenipotenciarios o ministros enviados cerca del Gobierno de la República, en los casos permitidos por el Derecho Público de las Naciones y de los Tratados públicos que se hayan celebrado”.¹

2. La regla establecida por el constituyente tuvo como consecuencia negar la jurisdicción de la República cuando el Derecho Público de las naciones y los Tratados Públicos vigentes no permitían el enjuiciamiento de los agentes diplomáticos; pero si era aceptado se atribuyó competencia a la Corte Suprema de Justicia para el conocimiento y decisión de los juicios correspondientes.

3. Algún tiempo más tarde el Congreso consideró apropiado “determinar cuál sería el efecto de las providencias contrarias” y “cuál la responsabilidad en que incurran” quienes quebranten la regla constitucional. En consecuencia, la ley de **diecinueve de mayo de 1841** dispuso en su artículo primero:

“Son de ningún valor legal las providencias, decretos o mandamientos que de oficio o a petición de parte, librare cualquier tribunal, juzgado o autoridad en negocios criminales o civiles con el fin de arrestar o dete-

¹ Una disposición similar fue incluida en las posteriores constituciones venezolanas, con excepción de las promulgadas el **dieciocho de abril de 1857**, **cinco de julio de 1947**, **veintitrés de enero de 1961** y **treinta de diciembre de 1999**. Sin embargo, en la época de su respectiva vigencia el precepto se consagró en la **Ley Primera del veinticinco de mayo de 1857** (artículo segundo, ordinal sexto), en la **Ley Orgánica de la Corte Federal y de Casación de veintidós de agosto de 1945** (artículo séptimo, ordinal decimoséptimo), en la **Ley Orgánica de la Corte Federal del seis de agosto de 1953** (artículo séptimo, ordinal decimonoveno) y en la **Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de treinta de julio de 1976** (artículo 42, ordinal 27), vigente en la actualidad (Moisés Hirsch Batist. **Tribunal Supremo de Justicia. Memoria Histórico-Normativa. 1811-1999**, Caracas, 2000).

ner a los ministros públicos debidamente acreditados en Venezuela, o a alguna de las personas de sus familias y comitivas, emplazarlos para comparecer en juicio, embargar o detener sus equipajes y demás artículos de su propio uso y los necesarios para el desempeño de sus funciones, allanar sus habitaciones o ejercer directamente sobre sus personas cualesquiera actos de jurisdicción”.²

4. En su época, el Licenciado **Luis Sanojo** sostuvo que la inmunidad de los plenipotenciarios y ministros públicos no era absoluta. Con fundamento en las enseñanzas de Don **Andrés Bello** y de la “doctrina común entre los maestros de la ciencia” (*Vattel, Klüber, Wheaton, De Felice*), afirmó la posibilidad de ejercicio de la jurisdicción por el Estado territorial si el ministro público hubiera renunciado a su independencia, “ya tomando parte en alguna negociación mercantil, ya comprando bienes raíces, ya aceptando un empleo del gobierno cerca del cual reside”. En su criterio “en todos estos casos se entiende que ha renunciado tácitamente su independencia sobre lo concerniente a aquel tráfico, propiedad o empleo”; y “lo mismo sucede si para causas civiles se constituye actor en juicio”. Ahora bien, cuando se trata de juicios con motivo de algún inmueble situado en el país, o de bienes muebles que no tienen ninguna conexión con la embajada, la citación se debe efectuar como se hace respecto de personas no presentes.

5. De acuerdo con el Licenciado **Luis Sanojo**, las soluciones anteriores fueron aceptadas por el legislador venezolano porque sólo prohíbe “todo procedimiento *directo* contra la persona del ministro y el embargo de *ciertos* artículos de su propiedad”. A este respecto advirtió que “pro-

² **Recopilación de Leyes y Decretos vigentes de Venezuela**, Tomo II, Caracas, Imprenta Nacional, 1874, N° 461, pp. 84-85. La Ley de diecinueve de mayo de 1841 mantuvo su vigencia hasta su derogación por la *Ley de Inmunidades y Prerrogativas de los Funcionarios Diplomáticos Extranjeros de trece de agosto de 1945*, que dispuso en su artículo quinto: “Los funcionarios diplomáticos extranjeros están exentos de toda jurisdicción civil o criminal de los Tribunales de la República y por lo tanto no pueden ser procesados sino por los Tribunales de su Estado, salvo el caso en que, debidamente autorizados por su Gobierno, renuncien a la inmunidad. Parágrafo Único. Queda a salvo lo dispuesto por el artículo 128, ordinal 3°, de la Constitución Nacional”. La referencia es al ordinal tercero del artículo 128 de la Constitución del **cinco de mayo de 1945** que atribuyó a la Corte Federal y de Casación, “conocer de las causas civiles o criminales que se formen a los empleados diplomáticos en los casos permitidos por el Derecho Público de las Naciones”.

cediendo contra un ministro como se procede contra los ausentes, no se ejerce sobre su persona *directamente* ningún acto de jurisdicción, y se respeta su casa, los efectos de su uso y los necesarios al desempeño de sus funciones, bien se le pueden embargar los bienes inmuebles de que sea propietario y los muebles no esceptuados en la ley”. En consecuencia, concluyó que la ley de diecinueve de mayo de 1841, “lejos de derogar en nada el derecho público de las naciones, lo confirma y consagra con la mayor exactitud”.³

2. LOS CÓDIGOS CIVILES (1867-1982)

6. El primer intento de establecer legislativamente los criterios atributivos de jurisdicción a los tribunales venezolanos se encuentra en el **Proyecto de Código Civil** concluido por el doctor **Julián Viso**, el dos de diciembre de 1853, que remitió el **veinte de enero de 1854** al Presidente de la República, **José Gregorio Monagas**, con su *Exposición de Motivos*. En efecto, en el Título II del Libro Primero de su Ley Primera (*Del Goce de los Derechos Civiles*) fueron incluidos los siguientes artículos:

Artículo 8.- El extranjero aún no residente en el país podrá ser demandado ante los tribunales de la República por obligaciones contraídas en el territorio con un venezolano, y en su calidad de tercer poseedor por las acciones reales, posesorias e hipotecarias sobre los bienes situados en el territorio.

Artículo 9.- Los extranjeros que hubieren contratado fuera del territorio con un venezolano podrán ser citados ante los Tribunales del Estado, si se encuentran en él; y podrán serlo también, aunque no se encuentren, si en su país se acostumbra hacer así con los extranjeros.

Artículo 10.- El venezolano puede ser demandado en los tribunales de Venezuela por las obligaciones contraídas en país extranjero.

³ **Luis Sanojo**. *Inmunidades de los Ministros Públicos*, **El Foro**, Caracas, N° 16, primero de noviembre de 1856.

Artículo 11.- El extranjero residente en el país puede ser demandado ante los tribunales de la República por las obligaciones contraídas con otro extranjero. En cualquier materia fuera de las de comercio, el extranjero demandante estará obligado a dar fianza para el pago de costas, daños e intereses que resulten del pleito, a no ser que posea en Venezuela bienes raíces de valor suficiente para asegurar dicho pago.⁴

7. El doctor **Julián Viso** también redactó el Proyecto Código Civil venezolano, promulgado el **veintiocho de octubre de 1862** por el General **José Antonio Páez** en ejercicio de facultades dictatoriales.⁵ Sin embargo, en esta oportunidad nada se dispuso acerca de la jurisdicción de los tribunales venezolanos;⁶ pero su vigencia fue escasa porque quedó derogado por el decreto del **ocho del agosto de 1863**, una vez triunfante la Revolución Federal bajo el mando del General **Juan Crisóstomo Falcón**.

8. Algún tiempo más tarde, el Código Civil del **veintiuno de mayo de 1867** incluyó por primera vez normas para determinar, en términos generales, la jurisdicción de los tribunales venezolanos; así lo hizo en su

⁴ **Proyecto de Código Civil presentado al Congreso de Venezuela por el doctor Julián Viso**, Caracas, 1854, Publicación del Instituto de Codificación y Jurisprudencia, Ministerio de Justicia, Editorial C.T.P. , San Juan de Los Morros, 1955, pp. 12-13 (Véase al respecto, **Gonzalo Parra-Aranguren**, *Los Antecedentes de la Codificación Civil y el Derecho Internacional Privado Venezolano (1810-1862)*, **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello**, Caracas, 1966, N° 2, pp. 77-143; reproducido en **Monografías Selectas de Derecho Internacional Privado**, Caracas, 1984, pp. 65-80).

⁵ Su preparación se encomendó al doctor **Julián Viso** por Decreto del *primero de octubre de 1861*. Una vez concluido, el Proyecto fue examinado en el Consejo de Estado, y por sugerencia de los Licenciados *José Santiago Rodríguez* y *Francisco Conde* se decidió someterlo al estudio de una Comisión Revisora, compuesta por los ciudadanos *Francisco Conde*, *Pedro Núñez de Cáceres* y *Juan Martínez*, que rindió un informe favorable el *veintinueve de abril de 1862* (**Código Civil de 1862. Edición Oficial**. Imprenta El Independiente, Caracas, 1862, pp. I-XXXI; **Gonzalo Parra-Aranguren**, *Nuevos antecedentes sobre la Codificación Civil venezolana (1810-1862)*, **La Codificación de Páez. Tomo I (Código Civil de 1862)**, Caracas, 1974).

⁶ Sin embargo, en el Libro Primero, Título Primero, Ley Segunda, el artículo undécimo dispuso: “Se puede en un contrato establecer de común acuerdo un domicilio civil especial para los actos judiciales o extrajudiciales, a que da lugar el mismo contrato. El que elige un domicilio para la ejecución de un acto, conserva sin embargo su domicilio general aun con relación a dicho acto; y el acreedor puede demandarlo en uno u otro a su arbitrio” (**Código Civil de 1862. Edición Oficial**, Caracas, Imprenta de El Independiente, 1862, p. 8).

Sección Primera, Título Primero, Libro Primero. En esa época se encontraba vigente la Constitución de 1864 que declaró en su artículo 120: “El Derecho de Gentes hace parte de la legislación nacional”; y en acatamiento a sus exigencias fue dispuesto:

Artículo 24.- Todo venezolano puede ser demandado en Venezuela por las obligaciones contraídas fuera del país con un extranjero u otro venezolano.

Artículo 25.- El extranjero, aunque no resida en Venezuela, puede ser demandado ante los Tribunales venezolanos, por las obligaciones contraídas con un venezolano en la República, o que deban tener en ella su ejecución.

Artículo 26.- El extranjero puede ser demandado ante los Tribunales venezolanos por las obligaciones que ha contraído en país extranjero para con un venezolano, salvo lo dispuesto o que se disponga en los tratados públicos.

Artículo 28.- El extranjero que se encuentre en Venezuela puede ser demandado por otro extranjero, por las obligaciones contraídas en la República.⁷

9. Los preceptos anteriores reproducen, con escasas variantes, los artículos pertinentes del Proyecto de Código Civil preparado para España por **Florencio García Goyena**,⁸ y fueron comentados por el Licenciado **Luis Sanojo** en los términos siguientes:

⁷ Previamente el *Artículo 23* había establecido: “La ley no reconoce diferencia entre el venezolano y el extranjero, en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código”; y el *artículo 27* dispuso: “El extranjero demandante en Venezuela, debe afianzar el pago de lo que fuere juzgado y sentenciado, a no ser que posea en Venezuela, bienes inmuebles en cantidad suficiente”.

⁸ **Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español**, Tomo I, Madrid, 1852, pp. 38-44. Las diferencias fueron: a) el artículo vigésimo tercero del Código venezolano suprimió la frase “salvo lo dispuesto o que se dispusiere por los tratados y leyes especiales”; y b) al final de su artículo vigésimo sexto se agregaron las siguientes palabras: “...salvo lo dispuesto o que se disponga en los tratados públicos”. Por otra parte, es de advertir que nuestro Legislador no copió el artículo 31 del Proyecto español que prescribía: “Lo dispuesto en los cinco artículos anteriores se entiende, sin perjuicio del principio de reciprocidad consignado en el artículo 26. Ese mismo principio se observará respecto de las sentencias dictadas por los tribunales extranjeros para su cumplimiento en España, salva las reglas y usos admitidos para ponerlas en ejecu-

El artículo 24 debe contraerse al venezolano no vecino de Venezuela, pues respecto del vecino sería inútil, siendo un principio que el demandado debe ser citado siempre en el lugar de su domicilio,⁹ y no hai necesidad de decir que esta regla debe seguirse respecto de las obligaciones contraídas fuera de la República. También debemos entender que los artículos 25, 26, 27 y 28 se contraen a extranjeros no domiciliados en la República, porque como los domiciliados en ella están sujetos a sus leyes, según el artículo 7º del Código, deben observarse respecto de ellos las que tratan de la jurisdicción de los tribunales, del mismo modo que si fueran venezolanos.¹⁰ Por otra parte, encontramos justo que se apliquen a los extranjeros no vecinos las disposiciones de aquellos cuatro artículos.¹¹

10. Las observaciones del Licenciado **Luis Sanojo** encontraron eco en el Proyecto de Código Civil publicado en forma sucesiva en el diario *El Federalista* de Caracas, a partir del **catorce de enero de 1869**.¹² En efecto, la Sección Tercera, Título Primero de su Libro Primero, reguló el domicilio; y en su artículo 31 previó:

ción”. No obstante la indiscutible influencia del texto español en los preceptos transcritos del Código Civil venezolano de 1867, con relación a su artículo veintiséis se ha afirmado: “Una disposición similar no se encuentra en ninguno de los códigos fuentes. Apareció en 1867, y parece ser una creación de nuestro legislador” (**Código Civil de Venezuela. Artículos 19 al 40. Antecedentes - Comisiones Codificadoras - Debates Parlamentarios - Jurisprudencia - Doctrina - Concordancias. Artículos 19 al 40**. Imprenta Universitaria de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1991, p. 465).

⁹ De acuerdo con el artículo 30 del Código Civil de 1867, “el domicilio consiste en la residencia acompañada real o presuntivamente del ánimo de conservarla. Divídese en político y civil”; y en el artículo 33 agregó: “El lugar donde un individuo está de asiento o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio civil o vecindad”.

¹⁰ El artículo séptimo del Código Civil de 1867 disponía: “Las leyes obligan a todos los habitantes de la República incluso los extranjeros”.

¹¹ **Luis Sanojo. Juicio crítico sobre el Código Civil**, Caracas, Imprenta de *El Federalista*, 1867, p. 9. De inmediato agregó: “Rogron lo deja entender así, pues en su comentario al artículo 14 del Código francés, que es igual al 25 nuestro, dice: “Esta disposición era necesaria, a causa del principio que manda al demandante a citar al demandado *ante el tribunal de su domicilio: actor sequitur forum rei*. El Código Napoleón no expresa la circunstancia de que el artículo 14 citado se ha de aplicar al extranjero no domiciliado, acaso porque se creyó demasiado obvio el punto; mas el legislador de un país en que no podemos contar con jueces ilustrados en todos los puntos del territorio, ha debido espresar tal circunstancia”.

¹² El Proyecto fue preparado por una Comisión Codificadora creada originalmente el **diez de octubre de 1868**, compuesta por los Licenciados *Luis Sanojo, Juan Pablo Rojas Paúl y Elías Michelena* (*El Federalista*, Caracas, Número 1541, *catorce de octubre de 1868*). Dos semanas después, en **veintisiete de octubre de 1868**, se produjo un cambio de sus componentes, quedando integrada por los Licenciados *Luis Sanojo, Manuel Cadenas Delgado, Cecilio Acosta, Juan Pablo Rojas Paúl* y el doctor *Ramón F. Feo* (**Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela**, Tomo IV, Imprenta La Concordia, Caracas, 1874, N° 1645, p. 749).

Pueden ser demandados en Venezuela aun los no domiciliados en ella, por obligaciones cuyo cumplimiento reclame en su provecho un venezolano, o un extranjero domiciliado en Venezuela.¹³

11. Dentro de la misma directriz, el Código Civil del **veinte de febrero de 1873**¹⁴ dispuso en su artículo veintisiete:

Pueden ser demandados en Venezuela, aun los no domiciliados en ella, por obligaciones contraídas en la República, o que deban tener ejecución en ella.¹⁵

12. Al respecto explicó el Licenciado **Luis Sanojo** que “cuando un juicio versa sobre el cumplimiento de una obligación o sobre un derecho en una cosa mueble, el Tribunal competente, según la legislación y jurisprudencia universal, es el del domicilio del demandado;¹⁶ pero hay casos

¹³ **El Federalista**, Caracas, N° 1615, *quince de enero de 1869*. La Sección Tercera (*Del domicilio*) del Libro Primero (*De las Personas*), Título Primero (*De las personas en general y de las personas en cuanto a su nacionalidad y domicilio*) constaba de dos preceptos, los artículos 31 y 32. El 32 prescribía: “El demandante no domiciliado en Venezuela debe afianzar el pago de lo que fuere juzgado y sentenciado, a menos que posea en Venezuela bienes en cantidad suficiente”.

¹⁴ El General *Antonio Guzmán Blanco*, por Decreto del **nueve de septiembre de 1872**, creó una Comisión General de Códigos, dividida en cuatro secciones, que recibió el encargo de reformar el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil; en última instancia quedó compuesta por los doctores *Diego Bautista Barrios*, *José Reyes*, *Ramón F. Feo* y *Diego Bautista Urbaneja* y por el Licenciado *Luis Sanojo* (**Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela**, Tomo V, Imprenta La Concordia, Caracas, 1874, Número 1764, p. 149. El doctor **Nicomedes Zuloaga** afirma que las designaciones del doctor *Diego Bautista Urbaneja* y del Licenciado *Luis Sanojo* fueron hechas con posterioridad (*Códigos y Leyes, Primer Libro Venezolano de Literatura, Ciencias y Artes. Ofrenda al Gran Mariscal de Ayacucho*, Caracas, 1895, reproducido en *La Doctrina Positivista*, Ediciones de la Presidencia de la República, Caracas, 1961, Tomo XIV, p. 463; *Datos Históricos sobre la Codificación en Venezuela*, artículo reimpreso en la **Revista del Ministerio de Justicia**, Caracas, 1959, N° 29, p. 39). El historiador **Francisco González Guinán** omite al doctor *Diego Bautista Barrios* (**Historia Contemporánea de Venezuela**, Caracas, 1954, Tomo X, pp. 106, 127; pero, en criterio del doctor **Luis I. Bastidas**, “se trata de un lapso de amanuense o de imprenta, por la concurrencia, dos veces, del nombre *Diego Bautista*” (*Historia del Código Civil Venezolano [1862-1896]*, **Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal**, Caracas, 1959, Tomo IX, p. 45).

¹⁵ En esa época se encontraba en vigencia el artículo 120 de la Constitución del **veintidós de abril de 1864**, reproducido con el mismo número en la reforma constitucional del **veintisiete de mayo de 1874**, que declaraba el Derecho de Gentes formando parte de la legislación nacional.

¹⁶ De acuerdo con el artículo veinte del Código Civil del **veinte de febrero de 1873**, “el domicilio de una persona se halla en el lugar donde tiene el asiento principal de sus negocios e intereses”; y el artículo veintidós agregó: “La mera residencia hace las veces de domicilio respecto de las personas que no lo tienen en otra parte”.

excepcionales en que puede instaurarse el juicio en un lugar distinto”. En su criterio se trata de un derecho conferido a la parte demandante, que puede ejercer o no, de acuerdo con sus conveniencias; así lo demuestra la palabra “pueden” utilizada en el artículo 27 por el legislador.

13. El Licenciado **Luis Sanojo** también advirtió:

Este artículo no distingue entre venezolanos y extranjeros, sino únicamente entre domiciliados y no domiciliados, y por lo mismo todo el que se encuentre en los casos a que se contrae puede ser demandado en Venezuela, sea o no nacional, así sea quien fuere el demandante.¹⁷

14. El Licenciado **Luis Sanojo** asimismo sostuvo:

Es una consecuencia de este artículo, que si un venezolano es condenado en un país extranjero al cumplimiento de una obligación contraía en él, o que debiera tener ejecución en el mismo, la sentencia debe tenerse como legítima en Venezuela, porque no es racional que queramos sustraer nuestros ciudadanos en las naciones extranjeras a los procedimientos a que sometemos en la nuestra a los hijos de otras tierras.¹⁸

15. La misma redacción del precepto fue mantenida en el artículo vigésimo sexto de los Códigos Civiles de **diez de diciembre de 1880, diecinueve de mayo de 1896 y nueve de abril de 1904**;¹⁹ se reprodujo en el artículo vigésimo noveno de los códigos civiles promulgados el **cuatro de julio de 1916** y el **trece de julio de 1922**;²⁰ y fue repetida

¹⁷ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil Venezolano**, Imprenta Nacional, Tomo I, Caracas, 1873, N° 71, p. 78.

¹⁸ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil Venezolano**, Imprenta Nacional, Tomo I, Caracas, 1873, N° 71, pp. 78-80.

¹⁹ El artículo veinte de los códigos civiles de 1880, 1896 y 1904 reprodujo la definición de domicilio hecha en el precepto con el mismo número del Código Civil de 1873; el Código Civil de 1880 repitió el artículo 22 del Código de 1873, que fue modificado en 1896 para disponer: “*Artículo 22.* La mera residencia hace las veces de domicilio, respecto de las personas que no lo tienen conocido en otra parte”.

²⁰ Los códigos civiles de 1916 y 1922 reprodujeron en su artículo veintitrés la definición de domicilio hecha en el Código Civil de 1873; también mantuvieron inalterado, en el artículo 25, el carácter supletorio de la residencia.

sin cambio alguno en el artículo treinta y cinco del Código Civil de **trece de agosto de 1942**, reformado en forma parcial el **veintiséis de julio de 1982**,²¹ este último vigente en la actualidad.

16. En sus comentarios al **Código Civil del diecinueve de mayo de 1896** el doctor **Aníbal Dominici** explicó con relación a su artículo veintiséis:

Al hablar aquí la ley de los no domiciliados, incluye a los que tampoco tienen residencia; que hace las veces de domicilio para los que no lo tienen conocido, artículo 22, y a los que ni siquiera de tránsito se encuentran en el territorio de la República, los cuales pueden ser citados donde se hallen, artículo 32, Código citado.²²

17. El artículo treinta y cinco del **Código Civil del trece de agosto de 1942** fue explicado por el doctor **Florencio Ramírez** en los términos siguientes:

El legislador, pensando acaso en las numerosas dificultades, invencibles algunas de ellas, con que en lo general habría de tropezar el acreedor para perseguir al deudor más allá de la frontera venezolana, le autoriza para demandarlo en Venezuela, reivindicando así la jurisdicción de la República para conocer de las cuestiones surgidas con motivo de las obligaciones contraídas en ésta o que deban ejecutarse aquí, lo cual tiene a su favor las siguientes razones jurídicas: si la obligación fue contraída en la República, pero sin determinar el punto donde deba cumplirse, procede la hipótesis de que la voluntad de los contratantes fue hacerla efectiva aquí, pues a falta de declaración expresa es de presumirse que sólo tuvieron presente la ley venezolana como reguladora de la convención; y si la obligación, aunque contraída en el exterior, debe ejecutarse en

²¹ El artículo 27 de los códigos civiles de 1942 y 1982 reprodujo la definición de domicilio hecha en el Código Civil de 1873. Asimismo repitieron, bajo el número 31, el carácter supletorio de la residencia.

²² **Aníbal Dominici. Comentarios al Código Civil Venezolano**, Editorial Rea, Caracas, 1962, Tomo I, pp. 76-77. La referencia es al artículo 32 del Código de Procedimiento Civil.

Venezuela, se está entonces en presencia de un domicilio especial, elegido conforme a nuestra ley, en cuya virtud la competencia para conocer de la demanda corresponde igualmente a las autoridades judiciales de la República. Lo que importa tener en cuenta sobre el particular es que en ninguno de los dos casos el acreedor está obligado a intentar su demanda en Venezuela, siéndole facultativo proponerla ante el tribunal o funcionario extranjero en el lugar donde el obligado tiene su domicilio.²³

18. Por su parte, el doctor **Víctor Luis Granadillo** se limitó a advertir con relación al mismo artículo treinta y cinco que si el demandado no se encuentra en Venezuela,

...de nada valdría que se condenara por sus obligaciones contraídas en la República o que deben tener ejecución en ella, máximo si no posee bienes de fortuna; pero el cumplimiento de toda obligación es prolongado hasta el tiempo en que prescriba; le queda la esperanza al demandante, en que pueden aparecerle bienes al demandado y embargarlo a fin de quedar satisfecha la sentencia ejecutoriada.²⁴

3. EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE 1873

19. Las normas sobre jurisdicción de los tribunales venezolano consagradas en el artículo 27 del Código Civil fueron complementadas en el **Código de Procedimiento Civil de veinte de febrero de 1873**²⁵

²³ **Florencio Ramírez. Anotaciones de Derecho Civil.** Publicaciones de la Dirección de Cultura de la Universidad de Los Andes, Mérida, 1953, Tomo I, pp. 94-95.

²⁴ **Víctor Luis Granadillo. Tratado Elemental de Derecho Civil.** Editorial Ávila Gráfica S.A., Caracas, 1950, Tomo I, pp. 37-38.

²⁵ De acuerdo con el Licenciado *Luis Sanojo*, “las legislaturas de los Estados que integran la Unión Venezolana, no pueden regular la materia que es de competencia de la legislatura nacional, pues la Constitución en su artículo 43, le asigna en el inciso 44 ‘además de la enumeración precedente, la Legislatura nacional podrá expedir las leyes de carácter general que sean necesarias’. Y es indudable que la ley que fije la jurisdicción entre los Estados es de carácter general y es necesaria, puesto que sin ella no se podrían dirimir las competencias que entre Estado y Estado se suscitasen” (**Luis Sanojo. Código de Procedimiento Civil**, Imprenta Federal, Caracas, 1876, N° 145, pp. 86-87). Con anterioridad el Legislador se había limitado a determinar la competencia entre los diversos tribunales venezolanos. Así lo hicieron el Código de Procedimiento Judicial del **doce de mayo de 1836** (Título Primero, Ley Segunda, artículos 1 a 4) y el Código de Procedimiento Civil de **dos de marzo de 1863** (artículos 1-3, Ley IV, Título Primero, Libro Primero).

que, en su estructura orgánica, siguió las pautas del Código de Procedimiento Civil italiano del veinticinco de junio de 1865. En efecto, la materia fue regulada en la Sección Cuarta del Título Tercero de su Libro Primero, después de haber determinado el fuero competente (Sección Primera), la competencia por la materia y por el valor de la demanda (Sección Segunda) y la competencia por conexión o por continencia de la causa (Sección Tercera). Sin embargo, en nuestro país la Sección Cuarta fue titulada *Disposiciones relativas a los no domiciliados en Venezuela* en lugar de *Disposiciones relativas a los extranjeros*; diferencia explicable porque Venezuela se abstuvo de atribuir importancia a la nacionalidad para determinar la jurisdicción de sus tribunales, como lo hizo el Código de Italia. En consecuencia, el mismo régimen se aplicó a las personas demandadas no domiciliadas no presentes en el territorio de la República, fueran venezolanas o extranjeras.

20. El artículo 45 del Código de Procedimiento Civil venezolano de 1873 reprodujo los dos primeros ordinales del artículo 105 y el inciso segundo artículo 106 del código italiano. En consecuencia dispuso:

El que no tenga domicilio en la República, puede ser demandado ante las autoridades judiciales de la misma, aunque no se encuentre en su territorio:

1. Si se trata de acciones sobre bienes inmuebles o muebles existentes en la República.
2. Si se trata de obligaciones provenientes de contratos o hechos verificados en la República, o que deben ser ejecutados en ella.

También puede demandarse en la República, si se encuentra en ella.²⁶

²⁶ El artículo 105 del Código de Procedimiento Civil italiano dispuso: “*Lo straniero che non ha residenza nel regno può essere convenuto davanti la autorità giudiziaria del regno, ancorchè non vi si trovi: 1°. Se si il tratti de azione su boni immobili o beni mobili esistente nel regno; 2°. Se si tratti di obbligazioni, che abbiamo origine da contratti o fatti seguiti nel regno, o che debbano avere esecuzione nel regno; 3°. In tutti gli altri casi in cui possa ciò farsi per reciprocità*”. Seguidamente el artículo 106 agregó: “*Oltre i casi indicati nell'articolo precedente, lo straniero può essere convenuto davanti la autorità giudiziaria del regno per obbligazione contratta in paese stero: 1°. Si habia residenza nel regno, ancorchè non vi si trova attualmente. 2°. Se si trovi nel regno, quaniunque non vi abbia residenza, perchè sia citato in persona propria*”.

21. Según comenta **Luis Sanojo**, “el artículo 45 se contrae a los no domiciliados en Venezuela, sean o no extranjeros”, por cuanto respecto “a los domiciliados se siguen las reglas anteriormente dadas, sin atender tampoco a si son o no nacionales”.²⁷

22. Con relación al primer párrafo del artículo 45 el Licenciado **Luis Sanojo** destacó la coincidencia entre el derecho aplicable y la jurisdicción competente. En efecto, de acuerdo con el artículo octavo del Código Civil de 1873 “los bienes inmuebles, aunque estén poseídos por extranjeros se rigen por las leyes venezolanas”; por tanto, en su criterio, resulta lógica consecuencia “que la autoridad que deba conocer de las controversias que sobre ellos se susciten sea la establecida y organizada por la ley del país”.²⁸

23. A este respecto es de advertir que el legislador atribuyó jurisdicción exclusiva a los tribunales venezolanos porque en el ordinal primero de su artículo 552 exigió para permitir la fuerza ejecutoria de las decisiones extranjeras que “la sentencia no verse sobre bienes inmuebles situados en Venezuela”.²⁹ El Licenciado **Luis Sanojo** justificó el precepto en los términos siguientes:

Siempre han sido muy celosas las naciones en punto a jurisdicción sobre los inmuebles situados en su territorio, porque como hacen parte integrante de él, no es lo regular que estén sujetos a una soberanía extranjera. La ley habla con mucha generalidad y por lo mismo, debe aplicarse no sólo al caso en que se trata del pleno dominio de un inmueble, sino también al que verse la sentencia sobre el usufructo, o una servidumbre real. Si el fallo ha recaído sobre un crédito garantizado por la hipoteca de una finca situada en el país, no habrá inconveniente en cumplirla en cuanto declara la efectividad del crédito, pero no

²⁷ **Luis Sanojo**. *Código de Procedimiento Civil*, Imprenta Federal, Caracas, 1876, N° 139, p. 84.

²⁸ **Luis Sanojo**. *Exposición del Código de Procedimiento Civil con su texto*, Imprenta Federal, Caracas, 1876, N° 140, p. 85.

²⁹ Idéntico requisito fue exigido en los Códigos de Procedimiento Civil posteriores, promulgados en 1880, 1897, 1904 y 1916.

en cuanto declara la eficacia de la hipoteca, porque con esto, se afecta una parte del territorio de la República.³⁰

24. El Código Civil de 1873 nada dispuso acerca del derecho aplicable a los bienes muebles considerados individualmente. Sin embargo, el Licenciado **Luis Sanojo** también afirmó la conveniencia de hacerlo coincidir con la jurisdicción competente; y a este respecto sostuvo:

Es un principio de derecho internacional privado que las leyes de la situación, o sea, el estatuto real, gobiernan todo lo relativo a los bienes muebles, cuando se les considera *individualmente*. Por ello, el citado artículo sujeta a los no domiciliados a ser demandados en la República, cuando la acción sea sobre bienes muebles existentes en la República.³¹

25. Por otra parte, el Licenciado **Luis Sanojo** se limitó a destacar que el ordinal segundo es una simple reproducción del artículo veintisiete del Código Civil; y lo consideró justificado porque:

constituye consagración expresa de los principios de Derecho internacional, que someten a las leyes de un país las obligaciones contraídas en él por un extranjero y las que hayan de tener

³⁰ **Luis Sanojo. Exposición del Código de Procedimiento Civil con su texto**, Imprenta Federal, Caracas, 1876, N° 701, pp. 447-448.

³¹ **Luis Sanojo. Exposición del Código de Procedimiento Civil con su texto**, Imprenta Federal, Caracas, 1876, N° 141, p. 85. Idénticos conceptos había expresado en sus comentarios al artículo octavo del Código Civil de 1873 cuando sostuvo: “Las leyes del lugar de la situación, o sea, el estatuto real, gobiernan todo lo relativo a los bienes muebles, cuando se les considera *individualmente*, y así se las aplicará en lo que concierna a los privilegios que sobre ellos puedan tener algunos acreedores, a los derechos que produzca la accesión, a la manera de adquirírselos por actos *inter vivos*. Mas cuando se les considera como una universalidad, es decir, bajo el punto de vista de la sucesión hereditaria, se seguirá el estatuto personal del transmitente. El motivo por el cual se atiende al estatuto personal en punto a bienes muebles, es porque se les considera adheridos a la persona del propietario, *mobilia sequuntur personam, mobilia ossibus inhaerent*”. De acuerdo con el Licenciado **Luis Sanojo**, en virtud del silencio del artículo octavo del Código Civil de 1873, los bienes muebles cuando forman parte de una universalidad se encuentran sometidos a las disposiciones del derecho internacional; “y en este punto deben seguirse las leyes del domicilio del propietario y no las de su nacionalidad, según la opinión generalmente recibida, de acuerdo con lo que se deduce de la naturaleza de las cosas” (**Instituciones de Derecho Civil Venezolano**, Imprenta Nacional, Tomo I, Caracas, 1873, N° 40, pp. 42-43).

ejecución en el mismo, sea por el pacto, sea por la naturaleza de la obligación.³²

26. De acuerdo con el Licenciado **Luis Sanojo**, el último párrafo del artículo 45 debe entenderse en el sentido de atribuir jurisdicción a los tribunales de Venezuela cuando se trate de acciones distintas de las contempladas en los parágrafos primero y segundo; pues si la jurisdicción venezolana existe cuando el extranjero no domiciliado no se encuentra presente en la República en los casos previstos por dichos ordinales, resulta evidente que con mayor razón debe afirmarse si se encuentra presente en Venezuela.

27. De inmediato explicó que, conforme a los términos del artículo 45,

no se necesita ningún otro requisito para producir esta competencia, y que aún por los contratos celebrados fuera del país y que no se han de ejecutar en él y sin que la acción verse sobre una cosa situada en nuestro territorio, podrá seguirse juicio ante nuestros tribunales al no domiciliado que se encuentre actualmente en la República.

28. No obstante el Licenciado **Luis Sanojo** hizo la siguiente advertencia:

Creemos que es de necesidad que se haga la citación personal al individuo de que tratamos dentro del territorio, porque es este el acto que puede establecer de una manera auténtica la residencia del demandado en el país.

29. De seguida agregó los siguientes comentarios críticos:

Esta disposición, no adoptada todavía generalmente, puede ser conveniente para evitar que los hombres pasando del lugar de su domicilio a otro, con valores de alguna importancia, dejen burlados a sus acreedores. Con la competencia que da nuestra lei, generalizada en el mundo, podría perseguirse en todas par-

³² **Luis Sanojo**. *Código de Procedimiento Civil*, Imprenta Federal, Caracas, 1876, N° 142, p. 85.

tes a los que traten de defraudar a sus legítimos acreedores con esas fugas vergonzosas que se están generalizando en nuestro tiempo, merced a la facilidad de los transportes. Sin duda puede abusarse de la medida, sometiendo a hombres respetables a un domicilio que no es el suyo; pero será raro y al que se encuentre en este caso no le será difícil desconcertar las maquinaciones de los que quieran molestarlos malamente.³³

30. El legislador venezolano también reprodujo el artículo 107 del Código de Procedimiento Civil italiano que determinaba la autoridad judicial competente para conocer de las demandas contra personas no domiciliadas; y en su artículo 46 dispuso:

Cuando el contrato no se ha celebrado en Venezuela y la persona no tenga habitación o domicilio elegido en la República, ni haya un lugar establecido para la ejecución del contrato, la acción personal o real sobre bienes muebles se propondrá ante la autoridad judicial del lugar en que el actor tenga su domicilio o habitación.³⁴

31. A este respecto el Licenciado **Luis Sanojo** destaca que “el artículo 46 fija ya el lugar de la República en que haya de seguirse un juicio con un no domiciliado en los casos en que esto es permitido”;³⁵ y formula los siguientes comentarios:

Cuando el contrato se ha celebrado en Venezuela, es claro que será competente el tribunal del lugar donde esto se haya verificado: tampoco cabe duda sobre el tribunal territorial en que se ha de proponer la demanda cuando el no domiciliado tenga habitación en el país, o cuando se haya elegido domicilio o estableciéndose un lugar para la ejecución del contrato, pues en-

³³ **Luis Sanojo**. *Código de Procedimiento Civil*, Imprenta Federal, Caracas, 1876, N° 143, pp. 85-86.

³⁴ De acuerdo con el artículo 107 del Código de Procedimiento Civil italiano, “*Quando lo straniero no abbia residenza, dimmora, o domicilio eletto nel regno, non vi sia stabilito un luogo per l'esecuzione del contratto, l'azione personale o reale su beni mobili è proposta davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui l'attore ha domicili o residenza*”.

³⁵ La utilización de la frase “se propondrá” permite entender que se trata de un fuero obligatorio.

tonces será competente el juez del lugar donde esté la habitación o el domicilio elegido o el de la ejecución del contrato. Si la demanda ha de versar sobre una propiedad inmueble, la situación surtirá fuero.

32. Asimismo el Licenciado **Luis Sanojo** advierte:

Mas en cualquier otro caso, es decir, cuando la acción sea personal o verse sobre bienes muebles y no haya ninguna de las circunstancias arriba indicadas, será competente la autoridad del lugar donde el actor tenga su habitación o domicilio, y ¿si el actor tampoco tiene domicilio o habitación? Le lei no prevé la dificultad y parece que por lo mismo en este caso no puede instaurarse el juicio en el país.³⁶

33. Por otra parte, el artículo 867 del Código Civil atribuyó jurisdicción a los tribunales venezolanos en materia sucesoral si el último domicilio del difunto se encontraba en Venezuela, con independencia de su nacionalidad;³⁷ y en forma excepcional, cuando la sucesión se hubiere abierto fuera de la República, el artículo 35 del Código de Procedimiento Civil permitió proponer, en el lugar en que se encuentren la mayor parte de los bienes existentes en su territorio, las siguientes acciones: 1) “sobre petición y división de la herencia y cualesquiera otras entre coherederos hasta la división”; 2) “sobre rescisión de la partición ya hecha, y sobre saneamiento de las cuotas asignadas, con tal que se propongan dentro de un bienio después de la partición”; 3) “contra los albaceas, con tal que se intenten antes de la división; si ésta no es necesaria, dentro de un bienio después de la apertura de la sucesión”; y 4) “de los legatarios y los acreedores de la herencia” si se proponen en los términos antes indicados. Asimismo fue dispuesto que no quedaba excluida la competencia del domicilio, aun cuando si son varios los demandados deberían todos tener un mismo domicilio.³⁸

³⁶ **Luis Sanojo. Exposición del Código de Procedimiento Civil, con su texto**, Caracas, 1876, N° 144, p. 86.

³⁷ De acuerdo con el artículo 867 del Código Civil de 1873, “la sucesión se abre en el momento de la muerte, en el lugar del último domicilio del difunto”.

³⁸ El precepto se inspiró en el artículo 94 del Código de Procedimiento Civil italiano de 1865, aun cuando éste atribuyó competencia a los tribunales del lugar en el cual se encontrare la mayor parte de los bienes objeto de la división, muebles o inmuebles, y en su defecto, del domicilio o de la residencia del demandado.

34. El Licenciado **Luis Sanojo** también sostuvo que el fuero establecido en el artículo 35 del Código de Procedimiento Civil “se entiende caso de que la sucesión de estos bienes, por lo menos, haya de regirse por las leyes de Venezuela, o de que sus tribunales sean competentes para conocer de la demanda, porque si tal no es el caso, no habrá lugar a la presente disposición”. De igual modo explicó que “de no dejar el finado bienes en Venezuela y de haberse abierto la sucesión fuera de su territorio no habrá fuero especial para el conocimiento de las demandas de que aquí se trata y deberán seguirse las reglas generales de la competencia”.³⁹

35. Por otra parte, de acuerdo con el artículo 250 del Código de Procedimiento Civil de 1873 la “incompetencia del tribunal” fue una de las excepciones dilatorias que el demandado podía oponer en el acto de contestación; debía tramitarse como incidencia previa; y por vía excepcional se permitió la apelación, “cuando de la decisión resulta negada de hecho la jurisdicción a los Tribunales de la República” (artículo 259, segundo párrafo).⁴⁰

4. EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE 1880

36. El Código de Procedimiento Civil de **diez de diciembre de 1880** reprodujo con el mismo número los tres primeros párrafos del artículo 45 del Código de 1873, atributivos de jurisdicción a los tribunales venezolanos en el caso de demandados no domiciliados ni presentes en el territorio de la República;⁴¹ pero redactó su último párrafo en los términos siguientes:

³⁹ **Luis Sanojo. Código de Procedimiento Civil**, Imprenta Federal, Caracas, 1876, N° 118 p. 72.

⁴⁰ De lo contrario sólo era posible el recurso de queja, aun cuando es de advertir que el Código de Procedimiento Civil de 1873 no incluyó normas sobre el juicio de queja.

⁴¹ El Código entró en vigencia a partir del *veintisiete de abril de 1881*, según fue dispuesto por su artículo 562. En esa época se encontraba vigente el artículo 120 de la Constitución de **veintisiete de mayo de 1874** que declaraba el Derecho de Gentes formando parte de la legislación nacional, mandato reproducido en el artículo 117 de la constitución del **veintisiete de abril de 1881**. En su Mensaje del *veinte de febrero de 1881* al Congreso Nacional el Presidente de la República, General *Antonio Guzmán Blanco*, le hizo saber que, en ejercicio de sus facultades extraordinarias, había “retocado los Códigos Civil y Criminal y expedido un Código de Procedimiento y un Código militar, todo lo cual os será inmediatamente presentado para vuestra conveniente ratificación” (**Mensajes Presidenciales**, Tomo II (1876-1890), Caracas, 1970, p. 146). A este respecto cabe recordar que, una vez triunfante la *Revolución de Abril*, el General *Antonio Guzmán Blanco* convocó un Congreso de Plenipotenciarios para fijar “las instituciones

Si se encuentra en la República, también podrá ser demandado en ella por ante el Tribunal respectivo en cuya jurisdicción se encuentre.

37. De esta manera el Legislador no se limitó a conferir jurisdicción a sus autoridades judiciales venezolanas; también determinó el tribunal competente *ratione loci* para conocer la controversia.

38. En el artículo 46 fue suprimida la referencia a la acción “real sobre bienes muebles” hecha en precepto con el mismo número del Código de 1873; pero se incorporó la frase final para disponer que si la acción “versare sobre inmuebles determinados se propondrá ante el Tribunal del lugar donde se encuentren éstos”. En consecuencia, fue restringida la posibilidad de utilizar el fuero del demandante a las acciones personales; nada se dispuso sobre las acciones reales sobre bienes muebles; y fue consagrado un criterio autónomo para las acciones relativas a bienes inmuebles.

39. El legislador de 1880 también exigió, para conceder fuerza ejecutoria a las decisiones extranjeras, que “la sentencia no verse sobre bienes inmuebles situados en Venezuela”; en materia sucesoral reprodujo con el mismo número el artículo 35 del Código anterior;⁴² y repitió las previ-

que provisionalmente deban regir al país, mientras son reformadas conforme a las fórmulas legales”; el Congreso de Plenipotenciarios designó Presidente Provisional al General *Antonio Guzmán Blanco* el seis de mayo de 1879, y lo autorizó para que “durante la Administración provisional y receso del Congreso de Plenipotenciarios, organice todos los ramos de la Administración pública no previstos en estas Conferencias, dando cuenta de todo a la legislatura nacional”. Efectuadas las elecciones el Congreso Nacional se ocupó de la reforma de la Constitución; pero mientras tanto, el tres de junio de 1880 ratificó el acuerdo del seis de mayo de 1879, decisión que sirvió de fundamento jurídico para la promulgación del Código de Procedimiento Civil de 1880.

⁴² El artículo 873 del Código Civil de diez de diciembre de 1880 repitió el precepto del Código anterior; y, por tanto, dispuso: “La sucesión se abre en el momento de la muerte, en el lugar del último domicilio del difunto”. En consecuencia, atribuyó jurisdicción a los tribunales venezolanos cuando el último domicilio se encontraba en Venezuela, con independencia de la nacionalidad del difunto.

siones de los artículos 250 y 259 bajo los números 255 y 264, para resolver sobre la jurisdicción de los tribunales de la República.⁴³

5. LAS CONCLUSIONES DE RAFAEL FERNANDO SEIJAS (1884)

40. **Rafael Fernando Seijas** publicó en 1884 el tomo primero de su tratado sobre **El Derecho Internacional Hispano-Americano (Público y Privado)**; y en sus páginas introductorias hizo saber:

Este libro no es un libro común. Descubre una alta tendencia y va derecho al fin que persigue: codificar la legislación internacional americana, interna y externa, en síntesis breve y clara, como consecuencia de los antecedentes. Esta legislación la he hallado escrita ¿cómo y dónde? Primero en el sentimiento precioso de la dignidad nacional, que ha inspirado, guiado y encaaminado la acción; luego en las memorias de las Cancillerías de todos los Estados de las Américas Central y Meridional que me han suministrado los puntos discutidos, que me facilitan conclusiones definitivas por autoridad de cosa juzgada; y puntos discutibles, que me sugieren el fundamento de conclusiones generales. Las primeras no hay para qué volver a tocarlas: han recibido la sanción del convencimiento, de la práctica y de la experiencia. Sobre las segundas habrá que volver hasta dejarlas refrendadas con el examen, la discusión y la aserción.⁴⁴

41. Con relación a la jurisdicción de los Tribunales nacionales **Rafael Fernando Seijas** calificó como “conclusiones definitivas, pasadas en autoridad de cosa juzgada”, los artículos 25, 26 y 27 del *Tratado para establecer Reglas Uniformes de Derecho Internacional Privado*

⁴³ La Corte de Casación destacó el **quince de diciembre de 1883** que, de acuerdo con el artículo 264 del Código de Procedimiento Civil, sólo cabe apelación por vía excepcional cuando se niega la jurisdicción de los Tribunales de la República (**Memoria de la Corte de Casación al Congreso de los Estados Unidos de Venezuela en 1884**, Imprenta de vapor de “La Opinión Nacional”, Caracas, 1884, p. 63).

⁴⁴ **Rafael Fernando Seijas. El Derecho Internacional Hispano-Americano (Público y Privado)**, Tomo I, Caracas, Imprenta de El Monitor, 1884, p. VII.

suscrito en Lima en 1878. En consecuencia, afirmó la validez de las siguientes disposiciones:

Los que tengan domicilio establecido en la República, sean nacionales o extranjeros, y estén presentes o ausentes, pueden ser demandados ante los tribunales territoriales para el cumplimiento de contratos celebrados en otro país.

También pueden serlo los extranjeros que se hallen en el país, aunque no sean domiciliados, si esos contratos se hubieren celebrado con los nacionales, o con otros extranjeros domiciliados en la República.

Los extranjeros, aunque se hallen ausentes, pueden ser demandados ante los Tribunales de la Nación:

1º Para que cumplan las obligaciones contraídas o que deban ejecutarse en la República.

2º Cuando se intente contra ellos una acción real concerniente a bienes que tengan en la República.

3º Si se hubiere estipulado que el Poder Judicial de la República decida las controversias relativas a obligaciones contraídas en otro país.⁴⁵

42. No obstante, es preciso recordar la escasa vigencia práctica del Tratado de Lima. Aun cuando suele afirmarse que nunca estuvo en vigor, es necesario tener presente que fue ratificado por Costa Rica y por el Perú, motivo por el cual adquirió fuerza vinculante entre ambos países.⁴⁶ Además, con ligeras modificaciones, fue reproducido en el Trata-

⁴⁵ Rafael Fernando Seijas. *El Derecho Internacional Hispano-Americano (Público y Privado)*, Tomo I, Caracas, Imprenta de El Monitor, 1884, p. 525.

⁴⁶ Según informa Jürgen Samtleben, el Tratado de Lima fue aprobado por el Congreso del Ecuador, por Decreto del dos de noviembre de 1880, pero no parece que el Presidente lo ratificara (*Internationales Privatrecht in Lateinamerika*, Tomo I. *Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1979, nota 50, p. 12).

do de Derecho Internacional Privado, suscrito en Quito el **dieciocho de junio de 1903**, vigente entre Colombia y Ecuador a partir del treinta y uno de junio de 1907.⁴⁷ Sin embargo, las diferencias con fundamento en la nacionalidad, reproducidas por **Rafael Fernando Seijas**, no dejaron huella en el ordenamiento jurídico venezolano.

6. EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE 1897

43. El Código de Procedimiento Civil del **catorce de mayo de 1897**⁴⁸ determinó en forma separada la jurisdicción de los tribunales venezolanos para conocer de acciones contra personas que no tienen domicilio en Venezuela según que se encontraran o no presentes en el territorio de la República.⁴⁹

44. El doctor **Ramón F. Feo** se pregunta si el legislador venezolano ha establecido “la jurisdicción fundada sólo en la nacionalidad o residencia, que en todas partes se combate y reconoce como un privilegio injusto a favor de los nacionales o extranjeros residentes, puesto que faltan el domicilio y residencia, lugar del contrato, lugar de ejecución, domicilio electo”?; pero su respuesta es categórica:

No, porque en unos de los casos supuestos queda todavía la situación de la cosa en la República, y en los más desfavora-

⁴⁷ Gonzalo Parra-Aranguren. *La Primera Etapa de los Tratados sobre Derecho Internacional Privado en América (1826-1940)*, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, Caracas, 1996, N° 98; reproducido en *Codificación del Derecho Internacional Privado en América*, Volumen II, Imprenta Nacional, Caracas, 1998, pp. 452-461.

⁴⁸ El **doce de agosto de 1895** fue creada por el General *Joaquín Crespo*, Presidente de la República, una Comisión Codificadora con la finalidad de revisar los Códigos Civil, Mercantil, Penal y de Procedimiento Civil y Criminal, compuesta por *Manuel Cadenas Delgado*, *Eliás Michelena*, *Ramón F. Feo*, *Aníbal Dominici*, *Antonino Zárraga*, *Claudio Bruzual Serra*, *Pedro Febres Cordero* y *Carlos F. Grisanti* (**Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela**, Tomo XVIII, Caracas, 1896, Número 6.351, pp. 237-238).

⁴⁹ De acuerdo con el artículo 150 de la Constitución de **veintiuno de junio de 1893**, vigente en la época, “las prescripciones del Derecho de Gentes hacen parte de la legislación nacional”. El precepto fue modificado en la Constitución de **veintinueve de marzo de 1901**, cuyo artículo 140 dispuso: “El Derecho de Gentes es suplemento de la legislación nacional; pero jamás podrá ser invocado en contra de lo estatuido en esta Constitución y los derechos individuales que ella garantiza”.

bles, queda el lazo entre los contratantes en un contrato, aunque sea celebrado fuera, pero cuyas obligaciones personales puedan cumplirse en cualquier parte.⁵⁰

45. En consecuencia, el doctor **Ramón F. Feo** concluyó:

Encontramos más liberales y más filosóficas esas disposiciones, que igualan en esos puntos a los extranjeros con los nacionales, que las de otros países que sólo se refieren a aquéllos; pues que ellas no se fundan en la diferencia de nacionalidad, sino en el hecho de no tener domicilio o residencia en el país.⁵¹

46. Su artículo 101 reprodujo los tres primeros párrafos del artículo 45 del Código de 1873 cuando se trata de personas no domiciliadas ni presentes en Venezuela.⁵² De acuerdo con el doctor **Ramón F. Feo** “se desprende del texto que es potestativa la demanda, para dejar al interesado el derecho de ir a atacar a su demandado en su domicilio o residencia fuera del país”.⁵³ Sin embargo, esta afirmación no es válida cuando se trata de acciones sobre inmuebles ubicados en el territorio de la República, porque el legislador de 1897, como en épocas anteriores, también exigió para conceder fuerza ejecutoria a las decisiones extranjeras, que “la sentencia no verse sobre bienes inmuebles situados en Venezuela”.

47. Por otra parte, el doctor **Ramón F. Feo** reconoce que la jurisdicción puede ser *prorrogada* en los casos en los cuales

⁵⁰ **Ramón F. Feo. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tipografía Gutenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, p. 175.

⁵¹ **Ramón F. Feo. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tipografía Gutenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, p. 173. Asimismo añadió las siguientes explicaciones: “consecuentes con nuestra Constitución Nacional, y con tratados públicos con otras naciones, en que se consigna el derecho del libre acceso del extranjero a nuestros Tribunales a hacer valer sus derechos, no autorizamos a nuestra administración de justicia para declararse incompetente en muchos asuntos de extranjeros, como se ve en Francia”.

⁵² No obstante es preciso señalar un ligero cambio de forma en el inciso segundo, que fue redactado: “Si se trata de obligaciones provenientes de *contrato*”, en lugar de: “Si se trata de obligaciones provenientes de *contratos*”.

⁵³ **Ramón F. Feo. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tipografía Gutenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, p. 173.

se da a un Juez incompetente, por voluntad expresa de las partes en acto de expósito de sometimiento a él, o tácita, deducida de proponer el actor su demanda ante ese Juez, y de no oponer el demandado oportunamente la declinatoria de jurisdicción, o de reconvenir o contrademandar ante el mismo Juez.

48. No obstante advierte de inmediato:

la prorrogación de la jurisdicción no tiene lugar cuando es *ratione materiae*, sino en caso de ser *ratione personae*; porque en lo primero se interesa el orden público, que no está al arbitrio de las partes, y en lo segundo, el interés de éstas.⁵⁴

49. Con relación al primer ordinal del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil de 1897 el doctor **Ramón F. Feo** explicó:

si se trata de inmuebles, la jurisdicción es innegable: es consecuencia natural de la jurisdicción territorial y de la soberanía nacional, como se reconoce universalmente; si se trata de muebles, desde que están en nuestro suelo, e igualados por la ley a los raíces, ni podríamos dejar a la decisión de la justicia extranjera las cuestiones respecto de ellos, sin menoscabo también de nuestra soberanía, ni podríamos abandonar a la acción de los contendores el resolver por la fuerza sus encontradas pretensiones, con riesgo del mismo orden público y ofensa y desdoro de nuestra administración interior.⁵⁵

50. La generalidad de los términos utilizados por el Legislador en el ordinal segundo del artículo 101 es destacada por el doctor **Ramón F. Feo**. Por tanto, en su criterio, comprende “las obligaciones que nazcan de contratos, de cuasicontratos, de delitos o cuasidelitos, verificados en

⁵⁴ **Ramón F. Feo. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tipografía Guttenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, p. 133.

⁵⁵ **Ramón F. Feo. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tipografía Guttenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, p. 173. A este respecto es de recordar que el artículo octavo del Código Civil del *nueve de mayo de 1896* modificó el precepto con el mismo número de los Códigos de 1873 y 1880 para disponer: “Los bienes muebles e inmuebles situados en Venezuela, aunque estén poseídos por extranjeros, se regirán por las leyes venezolanas”.

Venezuela”; y “cuando el origen de la obligación no sea un contrato sino un hecho, el lugar donde éste se efectuó se equipara al lugar de celebración de aquél”.⁵⁶

51. De acuerdo con las enseñanzas del doctor **Ramón F. Feo**, miembro de la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Civil de 1897, se incluyó un nuevo precepto con la finalidad de eliminar todas las dudas provocadas por el último párrafo del artículo 45 del Código anterior. De esta manera se quiso restringir la generalidad de sus términos, “fijando las cosas en su verdadero puesto”, y evitar que su interpretación literal condujera a permitir cualquiera demandas ante los tribunales venezolanos contra personas no domiciliadas, pero presentes en el territorio de la República. En consecuencia, su artículo 102 dispuso:

Si el que no tiene domicilio en la República, se encontrare transitoriamente en su territorio, puede ser demandado ante los Tribunales respectivos, no sólo en los casos expresados en el artículo precedente, sino también en todo caso de acción personal en que la ejecución pueda exigirse en cualquier lugar.

52. En el artículo 102 el legislador se limitó a atribuir jurisdicción a las autoridades judiciales de la República, sin resolver la cuestión relativa al tribunal venezolano competente, objeto del artículo siguiente, que dispuso:

En los casos de los dos artículos precedentes regirán las reglas de la competencia establecidas en las secciones anteriores, en cuanto sean aplicables, teniéndose como domicilio o residencia el lugar donde se encuentre el demandado.

53. El doctor **Ramón F. Feo** consideró que era “natural y armónico con los principios ya establecidos” la atribución de “competencia al Juez respectivo del lugar donde se le encontrase”, conforme lo sancionaba el Código de Procedimiento Civil de 1873; y al respecto explicó:

⁵⁶ **Ramón F. Feo. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tipografía Guttenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, p. 174.

para nosotros *ser transeúnte* no dice lo mismo que *estar de tránsito*: lo primero expresa condición de la persona; no ser vecino ni domiciliado; y lo segundo, un accidente: encontrarse fuera de su domicilio o residencia habitual.⁵⁷

54. De inmediato se preguntó: “¿a qué acciones, a qué asuntos se refería tal disposición?” Ahora bien, su respuesta fue precedida de las siguientes consideraciones:

Si entendíamos que era sólo a los mismos de los números 1 y 2 que acabamos de examinar, parecía trivial y superflua; porque, si no teniendo la persona domicilio en el país, ni *estando* en él, disponía el legislador que se le pudiera demandar aquí, en aquellos casos, ¿a qué salir a renglón seguido diciendo, que si se encuentra en el país pueda demandársele en esos mismos casos? Eso estaba dicho implícita pero claramente en la primera parte del artículo y estaba dicho también al establecer las reglas generales de competencia.

55. Acto continuo el doctor **Ramón F. Feo** afirmó:

La disposición debía, pues, tener mayor alcance, y así lo habíamos entendido nosotros, opinando que ella facultaba para hacer cualquiera reclamación judicial, sea la que fuere, al que se encontrara en el territorio de la República, sin otras limitaciones que las establecidas en el derecho internacional, bien negando jurisdicción a la República, caso en que tendrá el Juez venezolano que declinar la jurisdicción, bien ordenando que se aplique la ley extranjera, caso en que habrá de decidirse por esa ley, y sustanciarse por la ley venezolana.

56. En este sentido agregó el doctor **Ramón F. Feo**:

Aclarémoslo con ejemplos. Así un nacional o un extranjero que contrató fuera de la República con otro extranjero o na-

⁵⁷ **Ramón F. Feo. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tipografía Gutenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, p. 165.

cional, sin fijar lugar de ejecución, y si la obligación puede cumplirse en cualquier parte, como pagar una cantidad, puede demandar aquí al obligado, si lo encuentra en este país: una venezolana o extranjera que casó fuera del país, respectivamente con un extranjero o venezolano, que la envió a Venezuela, puede demandar aquí a su marido, si aquí lo encuentra, por los suplementos que haya tomado para gastos necesarios y para alimentos; y así en muchos otros casos en que no se trata de bienes inmuebles o muebles situados en el extranjero y en que la obligación es personal.

57. El doctor **Ramón F. Feo** también sostuvo:

no podría, verbigracia, demandarse a la persona que se encontrase aquí, por responsabilidades civiles de un delito o cuasidelito que se le imputase como ejecutado en lugar extranjero, porque ese hecho es de la exclusiva jurisdicción del lugar donde se efectuó; ni un esposo demandar a su esposa, que se encontrase aquí, para que se declare el divorcio, *quoad vinculum* y la completa libertad para volverse a casar, por más que el matrimonio se celebre por las leyes que así lo dispusieren; porque el Tribunal venezolano no podría hacer declaratoria contraria a las leyes venezolanas de orden público, y así en otros casos en que el derecho internacional no consiente la jurisdicción del Poder Judicial del país.⁵⁸

58. Por su parte, el doctor **Carlos Carrillo C.**, en su tesis de grado, aclara que “la acción personal es la que ejerce una persona para exigir el cumplimiento de una obligación personal o para exigir de otro que dé, haga o deje de hacer aquello a que estuviere obligado”; y que es “obligación personal la que no se puede exigir sino de una persona especialmente obligada, como sucede cuando se exige el pago de una suma de dinero”. Establecidas las anteriores premisas hizo las siguientes afirmaciones:

⁵⁸ **Ramón F. Feo. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tipografía Gutenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, p. 174.

Siendo así el carácter de la acción personal, es natural que si la prestación exigida no requiere, por su naturaleza, ser ejecutada en lugar determinado, se pueda demandar en el caso dicho, al obligado, si transitoriamente se encuentra en el territorio de la República. Esta disposición, por otra parte, evita que el deudor pueda burlar fácilmente la acción de su acreedor cambiando de lugar, y con mayor razón hoy, que los medios de transporte se prestan para verificar ese cambio con bastante rapidez.⁵⁹

59. El artículo 104 del Código de Procedimiento Civil de 1897 reprodujo el artículo 46 del código anterior, que contemplaba la posibilidad de intentar la acción ante el tribunal de la parte demandante. Según informa el doctor **Ramón F. Feo** “varias dudas ofrecía este artículo cuando no existía el 103” que “con éste han desaparecido”, por cuanto el artículo 104 supone

que el demandado no se halle en el país o que si lo está no se sepa dónde: ya porque si fuese lo contrario no establecería la competencia en el lugar del domicilio o residencia del actor, para no contradecir lo dispuesto ya, dándola al Juez del lugar donde se le encuentre, consecuente con lo establecido en las reglas generales de competencia sentadas atrás; ya porque, previsto y resuelto en el artículo precedente el caso de haberse celebrado el contrato en la República o de haberse de ejecutar en ella, parece natural que ahora se ocupara del caso de haberse celebrado el contrato en el extranjero y de no estar fijado en él lugar para su ejecución, ni elegido un domicilio; agregando sólo como nuevo elemento, el no tener habitación o ser ambulante.⁶⁰

60. El doctor **Ramón F. Feo** asimismo advierte con relación al artículo 104:

No puede engendrar duda el hecho de que se hayan suprimido las palabras “*o real sobre bienes muebles*” que en el Código

⁵⁹ Carlos Carrillo C. **Competencia. Disposiciones relativas a los no domiciliados en Venezuela**, Caracas, 1905, pp. 25-26.

⁶⁰ **Ramón F. Feo. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tipografía Guttenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, p. 175.

de 1873 seguían a la *acción personal*. Porque previsto en el artículo 101 de *tratarse de acciones* sobre bienes muebles o inmuebles existentes en la República, en que están incluidas las reales mobiliarias e inmobiliarias, no tenía el legislador para qué volverse a ocupar de ellas. Aquí, para mayor claridad, se limitó por eso a las acciones *personales*: si versan sobre muebles no necesitaba distinción entre ellas y las meramente personales, porque eso no amerita diferencia, equiparándose unas a otras: si versan sobre inmuebles no se hace innovación, sometiéndola al Juez de la ubicación. Esté el demandado en el país, esté fuera, las cosas muebles o inmuebles están bajo la jurisdicción nacional, hallándose en el territorio; que si están en el extranjero nada necesitaba disponer el legislador, porque se hallan sometidas a jurisdicción a que no alcanza la de la República. Ejemplo de esas acciones *personales* que versan sobre muebles o inmuebles, son las intentadas contra un inquilino o arrendatario a quien se ha alquilado un coche, un caballo, etc., o una casa, apartamento, etc., arrendatario que puede ser transeúnte y aun ambulante.⁶¹

61. El artículo 91 del Código de Procedimiento Civil de 1897 repitió el fuero excepcional en materia de sucesiones establecido en el artículo 35 del Código anterior.⁶² A este respecto el doctor **Ramón F. Feo** advirtió que el precepto funciona cuando la sucesión se ha abierto en el extranjero, sin importar la nacionalidad del *de cuius*, venezolana o extranjera; y agregó las siguientes consideraciones adicionales:

Con esto no se desconoce ni se contradice la jurisdicción del Juez extranjero donde se abrió la sucesión: allá pueden ocurrir los interesados para el reconocimiento de sus respectivos derechos; en todo lo relativo a los bienes situados allá. Pero puede

⁶¹ **Ramón F. Feo. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tipografía Guttenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, p. 175.

⁶² El artículo 894 del Código Civil del *diecinueve de mayo de 1896* reprodujo el mandato del Código anterior cuando dispuso: "La sucesión se abre en el momento de la muerte, en el lugar del último domicilio del difunto". Por tanto, los tribunales venezolanos tuvieron jurisdicción cuando el último domicilio del *de cuius* se encontraba establecido en Venezuela.

suceder que el finado haya dejado bienes aquí; y no es posible desconocer la jurisdicción de los Jueces venezolanos respecto de estos bienes y de las controversias que aquí surjan.⁶³

62. De inmediato el doctor **Ramón F. Feo** advierte “que entonces viene la necesidad de acudir al Derecho internacional privado, para la aplicación de la ley venezolana o de la ley extranjera, según los casos”. A este respecto, expone la situación en derecho comparado de la manera siguiente:

Abogan muchos por la justicia y conveniencia de reconocer la unidad de la herencia, que es un ser moral o jurídico único que no admite divisiones; pero el estado del derecho positivo actual en las diversas naciones del globo no ha llegado a este punto, y está distante de llegar, sobre todo respecto de los bienes inmuebles. La doctrina general en Europa es la de que, respecto de estos bienes, ha de respetarse la situación y seguirse la ley de la ubicación, aun respecto del orden de suceder, de la medida de los derechos sucesorios y de la validez intrínseca de las disposiciones; y que respecto de los muebles están sujetos a la ley nacional de la persona de cuya herencia se trata. No pensó así el Congreso de Derecho Internacional Privado Suramericano, reunido en Montevideo, de que hablamos en los preliminares, pues su mayoría estuvo por igualar los muebles a los inmuebles; y hasta por dar preferencia a los acreedores del lugar de la situación para pagarse de sus acreencias. La Italia, en el artículo 8 aparece separada de ambas doctrinas, estableciendo que “la sucesión legítima y testamentaria, sea en cuanto al orden de suceder, sea en cuanto a la medida de los derechos sucesorios y la intrínseca validez de las disposiciones, se rige por la ley nacional de la persona de cuya herencia se trate, sea cual fuere la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren.

⁶³ **Ramón F. Feo. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tipografía Gutenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, p. 158.

63. De seguidas el doctor **Ramón F. Feo** agrega las siguientes explicaciones:

En nuestro código no fue adoptada esta disposición, se declaró expresamente que los inmuebles, aun poseídos por extranjeros, se rigen por las leyes venezolanas, sin hacer excepción, y ahora en la reforma última se extendió a los muebles. Los tribunales italianos tendrán que respetar y aplicar aquellas disposiciones de su Código. Entre nosotros ¿qué debemos hacer? *Distinciones*. Hay que distinguir, cuando la sucesión se ha abierto en el extranjero, como cuando se ha abierto aquí, si el finado era venezolano o extranjero. Si era venezolano, el Juez extranjero donde se abrió la sucesión tendrá que aplicar la ley venezolana, para arreglar aquélla en el fondo; dándosele pase acá por la Corte Federal y de Casación a sus decisiones, cuando aquí deban ejecutarse, si no contrarían nuestras leyes y vienen como lo requiere la de *exequátur*. Por supuesto, que en cuanto a lo que en el extranjero deba ser ejecutado, allá lo harán sin poderlo impedir nosotros, y sólo con derecho a las reclamaciones diplomáticas del caso; y en cuanto a la intervención que en esa herencia puedan tener nuestros agentes consulares, es materia del respectivo tratado, o de la ley local. En los bienes de ese venezolano, situados aquí, sean cuales fueren, rigen las leyes venezolanas en todo, derechos sucesorios, medidas de cuotas, validez de disposiciones, pago de legados y acreencias, y se oyen y deciden aun las reclamaciones de extranjeros que no residan en el país; en nuestro concepto, sin otras preferencias en los pagos que las establecidas en nuestros códigos, que ninguna reconocen fundada en la nacionalidad. Si el finado cuya sucesión se abrió fuera del país era extranjero, o no venezolano, el Juez competente allá obrará según las leyes de derecho internacional privado, en todo lo de fondo; y si dejare bienes situados en Venezuela, las sentencias definitivas de aquel Juez que hayan de ejecutarse aquí deberán ser sometidas a la Corte Federal y de Casación que les dará o no pase, según nuestra ley especial sobre ejecutorias extranjeras. Uno de los casos en que no puede dárseles, es el de que versen sobre inmuebles situados en Venezuela, pues

ellos se rigen en todo por la ley venezolana, y al tribunal nuestro donde se encuentre la mayor parte de esos bienes habrán de ocurrir los interesados que tengan que proponer alguna de las acciones a que se refiere el artículo que estudiamos, incluso las de los acreedores que aspiren a ser pagados con los bienes situados aquí aun cuando fueren muebles. Tampoco creemos que puedan reconocerse otras preferencias entre acreedores de allá, sean de acá, que las establecidas en nuestros códigos.⁶⁴

64. Asimismo el doctor **Ramón F. Feo** hizo referencia a “errores graves cometidos” con el siguiente recordatorio:

Y oportuno es llamar la atención de nuestros jueces en esta materia, para que no sacrifiquen en ningún caso la alta jurisdicción nacional, por temor o por error, como sucedió en un asunto en que un tribunal de elevada categoría declaró la incompetencia de nuestros jueces de modo verdaderamente atentatorio. Un español residente en Venezuela demandó ante el tribunal venezolano donde existía la mayor parte de los bienes sitos en Venezuela, de un francés cuya sucesión se había abierto en Francia, por el pago de una acreencia plenamente justificada. Los herederos eran franceses y residían en Francia, pero poseían y disfrutaban de los bienes situados aquí, por medio de agentes que los administraban y les enviaban sus productos. La demanda se instauró contra la sucesión del finado, que había contraído la deuda, por aplicación del artículo que estudiamos y el Tribunal venezolano a que aludimos, declaró que era al Juez francés del domicilio de los herederos a quien tocaba conocer, por aplicación del artículo 32 sobre la competencia de las acciones personales.

65. La decisión adoptada fue objeto de crítica por el doctor **Ramón F. Feo** en los términos siguientes:

⁶⁴ **Ramón F. Feo. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tipografía Guttenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, p. 159.

El error no puede ser más palmario. La situación jurídica de una persona que vive, que está ejerciendo los actos de la vida civil, tratando, contratando, cumpliendo sus compromisos, haciendo efectivos sus derechos, etc., no puede confundirse con la situación jurídica que nace de su muerte, por el desaparecimiento absoluto de su persona. En el primer caso es natural, racional, y por eso lo establece la ley, que quien quiera que tenga que demandarlo lo cite ante el Tribunal de su domicilio, y si no lo tiene conocido, donde se encuentre, que es el caso del artículo 88. Y también es natural que pueda proponerse esa demanda ante la autoridad del lugar en que fue contraída o deba ejecutarse la obligación, como lo establece el artículo 89. Pero ya muerto el individuo, entra una persona moral o jurídica que se llama sucesión, a sustituirle en sus derechos y obligaciones, y que tiene que materializarse en los bienes que han quedado, pues a veces se ignora si ha dejado herederos, si quieren o no aceptar, o si entran de hecho en la herencia; y por eso la ley escoge el último domicilio, como lugar donde están concentrados sus negocios; y respecto de los que están en otro territorio, aquél donde existe la mayor parte de ellos, que son los casos previstos en el artículo 91. ¿Cómo confundir unas cosas con otras, cómo aplicar las disposiciones expresamente establecidas para un caso, al otro caso, para el cual también hay disposición expresa? Todavía si fuese el domicilio del heredero el que debiese ser atendido, el artículo 101 de este mismo Código de procedimiento faculta para demandar en Venezuela al que no tenga domicilio aquí, si se trata de acciones sobre muebles o inmuebles existentes en la República, o de obligaciones provenientes de contratos o hechos verificados o que deban ser ejecutados aquí. ¡Que posean y gocen bienes en Venezuela los herederos de un ruso, de un chino, de un japonés que se estableció aquí, que aquí los adquirió, que aquí contrajo deudas y obligaciones, pero que fue a morir en su patria, y que el acreedor venezolano o extranjero, residente aquí, tenga que ir a Rusia, a China, al Japón a buscar los herederos para demandarles sus acreencias, no es lo que establece la ley de ningún pueblo civilizado!⁶⁵

⁶⁵ **Ramón F. Feo. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tipografía Guttenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, pp. 159-160.

66. De acuerdo con el doctor **Ramón F. Feo**, en seguimiento de la opinión de Borsari, cuando no sea posible determinar dónde se encuentra la mayor parte de bienes, esparcidos en diversas localidades del territorio parece que fuese congruo dejarle la elección al actor.

67. Por otra parte, el fuero así establecido no excluye el del domicilio, aun cuando expresamente se prescribe que

siendo más de uno los demandados deben todos tener un mismo domicilio para que pueda proponerse la demanda ante el Juez a que ese domicilio corresponda. Quiere decir esto, que el legislador deja al demandante la elección, de suerte que puede ocurrir, a su voluntad, o al Juez del lugar donde se abrió la sucesión, o donde está situada la mayor parte de los bienes si la sucesión se abrió en el extranjero, según el caso, o bien al Juez del domicilio de los demandados con tal de que tengan todos un mismo domicilio.⁶⁶

68. En las *Disposiciones Fundamentales* de su Título Preliminar, el Código de Procedimiento Civil de 1897 incluyó un nuevo artículo, distinguido con el número 32, que dispuso:

Cuando se interesare o discutiere la jurisdicción de la República, la decisión que se librare sobre ella se consultará con el superior, aun cuando no fuere apelada, si la jurisdicción dicha resultare desconocida o menoscabada por el fallo.

69. El doctor **Ramón F. Feo** advirtió que la disposición “establece a favor de la jurisdicción de la República, uno de los raros casos de consulta en materia civil, de sentencia no apelada”; y justificó su consagración en los términos siguientes:

No está organizado en Venezuela, como en otros países, el Ministerio público para atender a ciertos asuntos civiles, en

⁶⁶ **Ramón F. Feo**. *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tipografía Guttenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, p. 160.

que se interesa la ley o son de gran importancia social. Por tal motivo ha tenido el legislador que apelar al expediente de la consulta, a fin de tutelar la jurisdicción nacional; pues si en ocasiones se pone ésta en tela de juicio, ante Tribunales ilustrados, en asuntos de interés privado, como divorcio entre extranjeros casados en otro país, exigencia de obligaciones personales también contratadas en el extranjero, en otras se llevan a juzgados seccionales poco aptos en materia internacional, cuestiones de jurisdicción en que las pretensiones suben a tal grado que niegan la de la República para conocer de controversias en que se interesa el país, como por ejemplo, en la ejecución de alguna obra pública. Con la previsión del artículo, un Tribunal Superior prevé la sentencia que haya negado en todo o en parte la jurisdicción nacional.⁶⁷

70. Por otra parte, el artículo 260 del Código de Procedimiento Civil de 1897 permitió al demandado oponer la excepción dilatoria de “incompetencia del Tribunal”;⁶⁸ y según explica el doctor **Ramón F. Feo** se trata de una defensa que

tiene por objeto negar al Juez la facultad o poder de conocer en el asunto, a fin de que pase al competente. Puede fundarse esta excepción en que el litigio no corresponde a la jurisdicción nacional, sino a una extranjera, como cuando se demanda a una persona domiciliada y residente en otro país por obligación contraída allá; o sobre cosa allá existente, que deba tener ejecución allá.

71. En su criterio la “incompetencia fundada en falta de jurisdicción nacional se resuelve por las leyes de derecho público interior y los principios de derecho internacional”; y en esta hipótesis el artículo 267 admite excepcionalmente el recurso de apelación, solución explicable porque “se aúnan aquí el interés de la parte a quien se manda reclamar

⁶⁷ **Ramón F. Feo. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tipografía Guttenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, p. 67.

⁶⁸ De acuerdo con el artículo 251 debían oponerse, en primer lugar, “la excepción de inadmisibilidad de la demanda, y demás de carácter previo”; y en segundo término las excepciones dilatorias.

al extranjero, con el interés público que no permite sacrificar sin mayor examen la jurisdicción nacional”.⁶⁹ Sin embargo, el doctor **Ramón R. Feo** advirtió que es preciso cumplir con el artículo 32 “en todo caso en que se interese o discuta dicha jurisdicción”.

72. Ahora bien, de acuerdo con el ordinal segundo del artículo 269, la excepción dilatoria de incompetencia del Tribunal producirá los efectos de “pasar los autos al Juez competente para que éste continúe conociendo, conforme al procedimiento que deba seguir”; disposición que, ciertamente, no es aplicable cuando se trate de la falta de jurisdicción de la autoridad judicial venezolana.

7. EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE 1904

73. El Código de Procedimiento Civil fue reformado el **dieciocho de abril de 1904**.⁷⁰ Sin embargo, reprodujo con el mismo número los artículos 32, 91,⁷¹ 101 a 104 del Código de 1897; y también repitió sus artículos

⁶⁹ **Ramón F. Feo. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tipografía Guttenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, 30-31, 36.

⁷⁰ El Proyecto de Código de Procedimiento Civil fue presentado por varios diputados, habiéndose procedido a su lectura el **veinticuatro de marzo de 1904**. De seguida el General *Pedro Feo* propuso “que la Cámara se resuelva en Comisión General para considerar el asunto”; y, una vez aprobada la sugerencia, el Presidente (*José Ignacio Lares*) designó para componer la mesa a los diputados, General *Pedro Feo*, *Pedro V. Mijares*, General *Nephtalí Urdaneta* y General *Jesús Velasco B.* Una vez reconstituida la Cámara fue aprobada la proposición hecha por la Mesa de “que se acoja el Proyecto, se apruebe en primera discusión y pase a una Comisión compuesta de tres miembros nombrada por la Presidencia para que informe el día 26 de los corrientes”. Fueron designados para integrarla los diputados General *Pedro Feo*, *Pedro V. Mijares* e *Inocencio de J. Quevedo* (*Diario de Debates de la Cámara de Diputados*, número 18, *veintiséis de marzo de 1904*, pp. 69-70). El Informe fue leído el **veintiséis de marzo de 1904** y se aprobó el Proyecto en segunda discusión (*Cámara de Diputados*, número 19, *veintiocho de marzo de 1904*, p. 76); y fue aprobado por tercera vez el **veintinueve marzo de 1904** (*Cámara de Diputados*, número 20, *cuatro de abril de 1904*, p. 78). La primera discusión tuvo lugar en la Cámara del Senado el **cuatro de abril de 1904** (*Cámara del Senado*, número 57, *trece de abril de 1904*, pp. 230-231); a propuesta del General *Segundo A. Mendoza* se consideró por segunda vez el **seis de abril de 1904** (*Cámara del Senado*, número 58, *catorce de abril de 1904*, p. 234); y en la tercera discusión fue aprobado en conjunto el **ocho de abril de 1904**, a propuesta del General *Rafael M. Caraballo* (*Cámara del Senado*, número 61, *quince de abril de 1904*, p. 246).

⁷¹ El artículo 91 complementó el régimen establecido en el artículo 900 del Código Civil del **nueve de abril de 1904** dispuso: “La sucesión se abre en el momento de la muerte, en el lugar del último domicilio del difunto”. Por tanto, los tribunales venezolanos tuvieron jurisdicción cuando el último domicilio se encontraba en Venezuela, con independencia de la nacionalidad del difunto.

260, 268 y 270, pero con los números 261, 268 y 270.⁷² Asimismo, en el artículo 723 que reguló el otorgamiento de fuerza ejecutoria a las decisiones extranjeras mantuvo, en su ordinal primero, la condición de que “la sentencia no verse sobre bienes inmuebles situados en Venezuela”.⁷³

74. **Francisco Gerardo Yanes** hizo el recordatorio, con relación a las normas atributivas de jurisdicción a los tribunales venezolanos, que “en materia judicial nuestra ley no distingue fueros especiales a favor de ninguna clase de personas, sean nacionales o extranjeros, transeúntes o domiciliados (Arts. 1º y 2º del Código de Procedimiento Civil)”. Por tanto,

trátase de un venezolano que demanda a un extranjero; de un extranjero que demanda a un venezolano; o de un extranjero que demanda a otro extranjero, serán aplicadas las reglas ordinarias de competencia judicial como si se tratase de litigio entre venezolanos.⁷⁴

75. En consecuencia, el doctor **Francisco Gerardo Yanes** sostuvo:

Los tribunales de Venezuela son competentes para juzgar las cuestiones de estado que interesen a los extranjeros. Artículo 523. El Código de Procedimiento Civil declara juez competen-

⁷² En virtud de haber sido reconocida la jurisdicción de la República la extinguida Corte Federal y de Casación, en Sala de Casación, el **veintisiete de junio de 1908** declaró improcedente el recurso de casación contra la sentencia de instancia. A este respecto se destacó que en tal hipótesis el “Código de Procedimiento Civil no admite el recurso de apelación y el extraordinario de casación, sino sólo el recurso de queja”; con la advertencia adicional de que “en la incompetencia por razón de la materia se da siempre el recurso de casación por prescribirlo así el número primero del artículo 411 del Código de Procedimiento Civil; y ello aun cuando no se hubiese opuesto la excepción respectiva, por ser materia de orden público” (**Memoria que presenta al Congreso Nacional en 1909 la Corte Federal y de Casación de los Estados Unidos de Venezuela**, Tomo Primero, Imprenta Bolívar, Caracas, 1909, pp. 524, 528).

⁷³ El artículo 125 de la Constitución del **veintisiete de abril de 1904** repitió la declaración hecha por el artículo 140 de la Constitución de **veintinueve de marzo de 1901** de acuerdo con la cual, “el Derecho de Gentes es suplemento de la legislación nacional; pero jamás podrá ser invocado en contra de lo estatuido en esta Constitución y los derechos individuales que ella garantiza”; fórmula reproducida por el artículo 146 de la Constitución de **cinco de agosto de 1909**. El precepto fue eliminado a partir del Estatuto Constitucional Provisorio del **diecinueve de abril de 1914**.

⁷⁴ **Francisco G. Yanes. Memorándum de Derecho Internacional Privado**. Caracas, Imprenta Nacional, 1912, pp. 55-58.

te para conocer de los juicios de divorcio o de separación de cuerpos, al que ejerza la plena jurisdicción ordinaria en primera instancia en el lugar del domicilio conyugal.⁷⁵

76. En el mismo sentido se pronunció la jurisprudencia patria de la época. En efecto, el **once de enero de 1911** fue decidido por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil del Distrito Federal:

nuestro Código Civil establece en su artículo sexto, que la autoridad de la ley se extiende a todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros; de modo que ninguno que habiten el país, cualquiera que sea nacionalidad, puede eludir el imperio de la ley venezolana, y ésta, en el artículo 523 del Código de Procedimiento Civil, prescribe que es Juez competente para conocer de los juicios de divorcio o de separación de cuerpos el que ejerza la plena jurisdicción ordinaria en primera instancia en el lugar del domicilio conyugal.⁷⁶

77. El doctor **Francisco Gerardo Yanes** asimismo advirtió que la competencia,

en general, en materia de sucesiones corresponde al tribunal del lugar de apertura de la sucesión. Por excepción, cuando ésta se ha abierto en el extranjero, al tribunal venezolano del lugar en donde están situados la mayor parte de los bienes.⁷⁷

⁷⁵ **Francisco G. Yanes. Memorándum de Derecho Internacional Privado.** Caracas, Imprenta Nacional, 1912, p. 94. Los problemas de jurisdicción internacional de los tribunales venezolanos adquirieron particular importancia práctica a partir del Código Civil de **nueve de abril de 1904** que admitió la posibilidad del divorcio vincular.

⁷⁶ **Memoria que presenta al Congreso Nacional en 1912 la Corte Federal y de Casación de los Estados Unidos de Venezuela,** Caracas, 1912, Tomo II, p. 32. La sentencia fue dictada en el juicio *Brener contra Witzke*.

⁷⁷ **Francisco G. Yanes. Memorándum de Derecho Internacional Privado.** Caracas, Imprenta Nacional, 1912, p. 128.

8. LOS PLANTEAMIENTOS DEL DOCTOR PEDRO MANUEL ARCAYA (1912-1914)

78. La Tercera Conferencia Internacional Americana, reunida en Río Janeiro, aprobó el **veintitrés de agosto de 1906** un *Convenio sobre Derecho Internacional*, que dispuso la convocación de una Junta Internacional de Juristas, compuesta por un representante de cada uno de los Estados signatarios, con la finalidad de “tomar a su cargo la preparación de un proyecto de Código de Derecho Internacional Privado y otro de Derecho Internacional Público, que reglen las relaciones entre las naciones de América.”⁷⁸

79. La Primera Reunión de la Junta Internacional de Juristas sólo inició sus trabajos en Río de Janeiro el **veintiséis de junio de 1912**.⁷⁹ El resultado concreto de sus labores fue bastante reducido; se limitó a aprobar un Proyecto de Tratado de Extradición, que ni siquiera tuvo carácter definitivo, y a designar seis Subcomisiones para continuar los esfuerzos orientados a la codificación del Derecho Internacional.⁸⁰

80. Venezuela estuvo representada en Río de Janeiro por el doctor **Pedro Manuel Arcaya**, quien no se limitó a rendir el **veintiséis de agosto de 1912** su informe al Ministerio de Relaciones Exteriores. Con el deseo de facilitar las tareas orientadas al logro de la uniformidad legislativa en el Hemisferio Americano preparó un Proyecto de *Ley de Aplicación del Derecho Internacional Privado*, constante de 101 artículos, publicado entre los años de 1912 y 1914, que pretendía derogar las disposiciones sobre la materia establecidas en los Códigos Civil, de Comercio y de Procedimiento.⁸¹

⁷⁸ **Conferencias Internacionales Americanas. 1889-1936.** Washington, Dotación Carnegie para la Paz Internacional, 1938, pp. 129-131.

⁷⁹ En la Sesión participaron diecisiete países, Estados Unidos de América, República Argentina, Estados Unidos del Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Salvador, Uruguay y Venezuela.

⁸⁰ **Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén. La Comisión de Jurisconsultos de Río de Janeiro y el Derecho Internacional**, Cultural C.A., Habana, Cuba 1927, pp. 17-24.

⁸¹ **Gaceta Jurídica**, Tomo I, N° 6, 1912, pp. 161-162; N° 8, pp. 230-232; N° 11, pp. 273-275; N° 16, pp. 387-388, Tomo III, nos. 20-32, pp. 1-4. El Proyecto se encuentra reproducido en la **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela**, N° 1, Caracas, 1954, pp. 161-174.

81. El Título Cuarto del Proyecto se denominó *De los Procedimientos*; y bajo el rubro *De la Competencia*, en su Capítulo Primero, fueron incluidas las normas fundamentales para determinar la jurisdicción de los tribunales venezolanos, en los términos siguientes:

Artículo 80.- El que no tenga domicilio en la República, aunque sea extranjero y no se encontrare en el territorio venezolano, puede ser demandado ante las autoridades judiciales de la República:

1° Si se trata de acciones sobre inmuebles o muebles ubicados en la República.

2° Si se trata de obligaciones cuyo cumplimiento puede demandarse en la República, según las disposiciones de la presente ley.

Artículo 81.- El que no tiene domicilio en la República, pero se encontrare transitoriamente en su territorio, puede ser demandado ante los Tribunales venezolanos, no sólo en los casos expresados en el artículo precedente, sino también en todo otro de acción personal en que la ejecución puede exigirse en cualquier lugar.

Artículo 82.- Cuando el contrato no se ha celebrado en Venezuela y la persona no tenga habitación o domicilio elegido en la República, ni haya un lugar establecido para la ejecución del contrato, la acción personal se propondrá ante la autoridad judicial del lugar en que el actor tenga su domicilio o habitación y si versare sobre bienes inmuebles determinados, ante el Tribunal del lugar donde se encontraren éstos.

Artículo 83.- Cuando se interesare o discutiere la jurisdicción de la República, la decisión que se librare sobre ella se consultará con el superior, aun cuando no fuere apelada, si la jurisdicción dicha resultare desconocida o menoscabada por la sentencia.

82. Los preceptos anteriores reproducen sustancialmente el contenido de los artículos 101, 102, 104 y 32 del Código de Procedimiento Civil de 1904; y en el ordinal primero del artículo 88 también se exigió, para

conceder fuerza ejecutoria a la sentencia extranjera, que “no verse sobre bienes inmuebles situados en Venezuela”.

83. No obstante la similitud de la regulación con el régimen vigente en la época de su publicación, es de advertir que el artículo 80 del Proyecto del doctor Pedro Manuel Arcaya, en el primer párrafo, especifica su aplicación a quien no tenga su domicilio en la República “aunque sea extranjero”; y en su segundo ordinal se refiere a los casos en los cuales “se trata de obligaciones provenientes de contratos o hechos verificados en la República o que deban ejecutarse en ella”, sino que limita la jurisdicción venezolana a las controversias sobre “obligaciones cuyo cumplimiento puede demandarse en la República según las disposiciones de la presente ley”.

84. Esta última modificación se explica con vista del artículo 71 del Proyecto, incluido en el Título Tercero (*De las obligaciones*), Capítulo I (*De las obligaciones en General*), que dispuso:

Puede ejercitarse ante los Tribunales de la República la acción civil resultante de un delito cometido en país extranjero en los casos en que según el Código Penal, proceda en Venezuela el enjuiciamiento del delito mismo y en general los actos ejecutados en el extranjero en daño de alguna persona, autorizan ante los Tribunales venezolanos la correspondiente acción de indemnización, siempre que el hecho se hubiere verificado en perjuicio de un habitante de la República.

85. En la *Moción* justificativa de su Proyecto, el doctor **Pedro Manuel Arcaya** señaló la conveniencia de incorporar “muchas otras disposiciones que hoy hacen notable falta de nuestra legislación”. Por tanto, en materia de derecho de familia fueron incluidas las siguientes normas:

Artículo 32.- El venezolano que haya contraído matrimonio en país extranjero, aunque en éste no se reconozcan el divorcio ni la separación de cuerpos, puede demandar una u otra en Venezuela, ante el juez de primera instancia en lo Civil de su último domicilio, cuando existan las causales establecidas por la ley venezolana.

Para los efectos previstos en este artículo, no le obstará a la mujer venezolana la condición que adquiriera por su matrimonio con un extranjero.

Artículo 39.- Ningún extranjero podrá ser sometido en Venezuela a tutela o curatela sino por los motivos que determine su ley nacional.

Artículo 40.- Cuando ocurra el caso previsto en el artículo anterior, los Tribunales venezolanos decretarán la tutela o curatela del extranjero que resida en el país y siempre que haya ocurrido en éste el hecho que dé lugar a las medidas, las cuales tendrán necesariamente el carácter de provisorias.

Artículo 41.- Si en el respectivo país del menor o incapaz se le provee legalmente de tutor o curador, cesarán en Venezuela las medidas que ordena el artículo que antecede y así lo declarará el Tribunal que las hubiese dictado, previo conocimiento auténtico del nombramiento hecho en el extranjero.

Artículo 42.- Corresponde al Juez competente del último domicilio o residencia que en el país hayan tenido el menor o el incapaz venezolano, estantes en el extranjero, dictar las providencias necesarias para proveerlos de tutor o curador, llegado el caso y todo de conformidad con la ley venezolana.

Artículo 44.- Ni el menor ni el incapaz extranjero que se hallen como transeúntes en Venezuela podrán ser sometidos a tutela ni curatela por los Tribunales venezolanos, pero éstos providenciarán, si las circunstancias lo requieren, la que sea urgente y estrictamente necesario para proteger su persona y bienes.

Artículo 45.- Las medidas que se dicten de conformidad con los artículos que preceden serán comunicadas al Ministerio de Relaciones Exteriores para que las haga conocer del respectivo gobierno extranjero.⁸²

⁸² La jurisdicción venezolana no regulada por el artículo 43, que dispuso: "Los derechos y deberes derivados de la tutela o curatela, así como la extensión de la incapacidad que afecta al menor, al entredicho y el inhabilitado, se rigen por la ley nacional de éstos".

86. Las formalidades que debían cumplir las personas jurídicas extranjeras de derecho privado fueron establecidas en los artículos 46, 47, 48, 49, 50, 51 y 52. Sin embargo, el artículo 53 dispuso que su incumplimiento

no perjudica a los que contraten con la Corporación extranjera no registrada, la cual podrá ser demandada y ejecutada en el país, considerándosela para este fin, domiciliada, por el hecho mismo de tener en Venezuela, agencia, sucursal o explotación, pero los que obraren en nombre de ella, quedarán en tal caso sujetos a responsabilidad personal y solidaria por todas las consecuencias de los actos que efectuaren, sin que valga pacto en contrario.

87. En materia comercial fue incluido el artículo 98 que dispuso:

Se declarará en Venezuela la quiebra de toda persona que se encuentre en tal estado y aparezca domiciliada en la República, aunque tenga otra casa principal o agencias o sucursales en otra nación o practique en ella actos de comercio.

88. El Proyecto del doctor **Pedro Manuel Arcaya** fue presentado a la Comisión General Revisora de los códigos nacionales constituida por decreto del **veinticuatro de julio de 1912**.⁸³ Sin embargo, según parece, nunca llegó a ser objeto de consideración y son verdaderamente aleccionadores los comentarios del doctor **Lorenzo Herrera Mendoza** cuando expresa:

En las respectivas actas de las sesiones de la Junta Codificadora, publicadas en la citada Gaceta Jurídica, consta que la moción de Arcaya, y luego su Proyecto de Ley estuvieron va-

⁸³ **Memoria del Ministerio de Relaciones Interiores. 1913**, Tomo II, Caracas, 1913, *Documento N° 161*, pp. 422-424. El doctor *Pedro Manuel Arcaya* fue designado para integrar la Comisión Revisora de los Códigos de Procedimiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal, en unión con los doctores *Alejandro Urbaneja*, *Félix Montes*, *Manuel Antonio Ponce*, *Pedro Miguel Reyes*, *Pedro M. Brito González* y *Juan José Mendoza* (**Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes en Venezuela**, Caracas, Tomo XXXV, N° 11.287, p. 494).

rias veces fijados en la orden del día de diversas sesiones efectuadas en los años 1912, 1913 y 1914, sin que realmente llegara a deliberarse jamás sobre ninguno de los 101 artículos de que constaba el proyecto. Tampoco llegó a admitirse ni a rechazarse explícitamente la moción previa de separar de los Códigos Generales las materias de Derecho Internacional Privado, a fin de reunir las en alguna ley especial. Ni por cortesía con su autor, se le prestó ninguna atención al proyecto, al cual se le hizo una larga faena simplemente dilatoria; y por último, en diciembre de 1914, se decidió posponer la consideración del asunto hasta que estuviesen completamente concluidos los demás trabajos relativos a todos los Códigos de la República.⁸⁴ El proyecto que tan largo e intenso esfuerzo intelectual había exigido a su autor, murió de asfixia, ahogado por la oposición del vacío y del silencio.⁸⁵

10. EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE 1916

89. El Proyecto de Código de Procedimiento Civil, presentado por varios miembros del Senado, fue admitido el **veinticinco de abril de**

⁸⁴ En efecto, en la sesión de la Comisión General correspondiente al **veintiuno de septiembre de 1913** se dio lectura a la *Moción* del doctor Pedro Manuel Arcaya, que fue apoyada por el doctor *Emilio Constantino Guerrero*. De seguida el doctor *Félix Montes* expuso que sin conocer los artículos del Proyecto ofrecido por el doctor Arcaya no era posible suprimir las disposiciones del Código Civil sobre la materia; el doctor *Alejandro Urbaneja* propuso diferir la consideración de la Moción del doctor Arcaya hasta terminar la revisión de los Códigos civil, de comercio y de procedimiento civil; sugerencia apoyada por el doctor *Manuel Antonio Ponce*, quien advirtió que para esa época el doctor Arcaya ya habría presentado su Proyecto. Así se aprobó (*Gaceta Jurídica*, Tomo II, número 18, *quince de octubre de 1913*, pp. 41-42). Con posterioridad, el acta de la sesión del **tres de diciembre de 1914** informa que fue leído Proyecto de Ley de Aplicación del Derecho Internacional Privado en sus relaciones con los Códigos Civil, Mercantil y de Procedimiento, preparado por el doctor Pedro Manuel Arcaya; y que “se acordó transcribirlo tanto a los miembros de la Comisión como a los de Procedimiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal, para considerarlo en Comisión General” (*Gaceta Jurídica*, Tomo III, números 33-34, *Enero-Febrero 1915*, p. 128).

⁸⁵ **Lorenzo Herrera Mendoza. La Escuela Estatutaria en Venezuela y su evolución hacia la territorialidad**, Caracas, 1943, p. 94; reproducido en *Estudios de Derecho Internacional Privado y Temas Conexos*, Caracas, 1961, p. 209.

1916.⁸⁶ En esa misma fecha resultó aprobado en primera discusión y se pasó, para su estudio, a una Comisión compuesta por los doctores **Juan de Dios Méndez y Mendoza, Pedro Miguel Reyes y Miguel Parra Picón**,⁸⁷ quienes rindieron su Informe el cinco de mayo de 1916; fue aprobado en segunda discusión el veintiséis de mayo de 1916; y el tercer debate tuvo lugar los días veintinueve y treinta de mayo de 1916. Una vez recibido en la Cámara de Diputados se dispuso suspender su estudio hasta concluir la segunda discusión del Proyecto de Código Civil. Por tanto, el Código de Procedimiento Civil sólo fue examinado por primera vez el doce de junio de 1916; el segundo debate se realizó durante los días dieciséis y diecisiete de junio de 1916; y fue considerado por tercera vez los días veinte y veintitrés de junio de 1916. Las reformas hechas por la

⁸⁶ Los trabajos preparatorios del Código de Procedimiento Civil de 1916 se remontan al decreto de *veinticuatro de julio de 1912* que creó una Comisión Revisora de los Códigos de Procedimiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal, integrada por los doctores *Alejandro Urbaneja, Félix Montes, Manuel Antonio Ponce, Pedro Miguel Reyes, Pedro M. Brito González, Pedro Manuel Arcaya y Juan José Mendoza* (**Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela**, Tomo XXXV, Número 11.287, p. 494). La Comisión fue reorganizada el *siete de noviembre de 1914*, oportunidad en la cual se incorporaron los doctores *Rafael Cabrera Malo, F.A. Guzmán Alfaro, G. Manrique Pacanins y J.E. Muñoz Rueda* (**Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela**, Tomo XXXVII, Número 11.654, p. 571), y se le impuso la obligación de entregar el Proyecto en la segunda quincena del mes de enero de 1915 (**Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela**, Tomo XXXVII, Número 11.690, pp. 616-617); lapso prorrogado hasta el veintiocho de febrero de 1915. Sin embargo, el *veinticuatro de febrero de 1915* la Comisión se dirigió al Ministerio de Relaciones Interiores para manifestarle “que nos encontramos en el ineludible caso de abstenernos por ahora de presentar con el carácter de definitivos los trabajos que teníamos iniciados sobre el Código de Procedimiento Civil, en particular debido a las reformas propuestas al Código Civil” (**Gaceta Jurídica**, Caracas, Tomo III (1914-1915), pp. 158-159, p. 160). En tal virtud, el Ministro de Relaciones Interiores, doctor *Pedro Manuel Arcaya*, decidió la preparación del Proyecto en el seno del Despacho; siendo de advertir que fueron aceptadas con ligeras modificaciones las reformas propuestas por la Comisión en el Libro Primero, que había entregado en el mes de marzo de 1915 (**Memoria del Ministerio de Relaciones Interiores**, 1915, *Exposición Preliminar*, p. IX). El *veintiséis de abril de 1915* se dio cuenta en la Cámara del Senado y fue aprobado en primer debate el Proyecto de Código de Procedimiento Civil enviado por el Ministerio de Relaciones Interiores (**Senado - Relaciones Interiores. III. 1915**, Biblioteca del Congreso Nacional, Tomo 692, pp. 1012 ss.); se aprobó en segunda discusión el *veintinueve de abril de 1915*, pero posteriormente fue suspendido su examen hasta conocerse el resultado del examen del Proyecto de Código Civil también en consideración de la Cámara, a los fines de la necesaria armonía entre ambos códigos (**Diario de Debates de la Cámara del Senado**, Número 2, *veintiocho de abril de 1916*, p. 2). Ahora bien, el *diecisiete de mayo de 1915*, el Senado decidió diferir la discusión del Proyecto de Código Civil para el año siguiente, previo informe de una Comisión de cinco miembros, compuesta por los doctores *Juan de Dios Méndez y Mendoza, Domingo A. Coronil, Pedro Miguel Reyes, General Pablo Giuseppe-Monagas y J.L. Andara* (**Diario de Debates de la Cámara del Senado**, número 22, *veintiocho de mayo de 1915*, pp. 1-4).

⁸⁷ **Diario de Debates de la Cámara del Senado**, N° 2, *veintiocho de abril de 1916*, pp. 2-4.

Cámara de Diputados fueron leídas en el Senado el veintitrés de junio de 1916; oportunidad en la cual se nombró una Comisión compuesta por los doctores **Juvenal Anzola, Pedro Miguel Reyes y Juan Bautista Chávez**, para que redactara por escrito los motivos del rechazo. Su Informe fue aprobado en la sesión extraordinaria matutina del veinticinco de junio de 1916;⁸⁸ y ese mismo día la Cámara de Diputados convino en la posición del Senado, con una reserva,⁸⁹ que fue aceptada por el Senado el veintiséis de junio de 1916. Por tanto, en la misma fecha se procedió a la sanción del Código de Procedimiento Civil,⁹⁰ que fue promulgado por el Poder Ejecutivo el **cuatro de julio de 1916**.

90. Los artículos 88 y 89 del Código de Procedimiento Civil repitieron los preceptos del Código anterior que, en forma separada, atribuían jurisdicción a los tribunales venezolanos para conocer de acciones contra personas no domiciliadas en Venezuela, según se encontraran o no presentes en el territorio de la República.

91. El régimen establecido fue sintetizado por el doctor **Joaquín Sánchez Covisa** en los términos siguientes:

Las mencionadas disposiciones establecen como criterios de jurisdicción idóneos para fundamentar la competencia internacional de los Tribunales venezolanos un criterio subjetivo general y varios criterios objetivos y uno subjetivo complementario. El criterio subjetivo general es el hecho de que el demandado tenga su domicilio en la República, regla fundamental que está implícitamente contenida en los artículos 88 y 89 en conexión con el conjunto de preceptos fundamentales que regulan la competencia territorial interna. Los criterios complementarios objetivos son los que se derivan, en el caso de acciones sobre bienes inmuebles o muebles, de su situación en el territorio de la República (inciso 1º del Art. 88) y en el caso de obligaciones, del hecho de que deban ejecutarse en la República o de que se hayan verificado en ella los contratos o hechos que las originaron (inciso 2º del Art. 88). El

⁸⁸ *Diario de Debates de la Cámara del Senado* N° 23, *veintinueve de junio de 1916*, p. 3.

⁸⁹ *Diario de Debates de la Cámara de Diputados*, N° 21, *treinta de junio de 1916*, pp. 83-84.

⁹⁰ *Diario de Debates de la Cámara del Senado*, N° 23, *veintinueve de junio de 1916*, p. 4.

criterio subjetivo complementario es el que se deriva en el caso de acciones personales cuya ejecución pueda exigirse en cualquier lugar, de la simple presencia del demandado en el territorio de la República.⁹¹

92. La jurisdicción atribuida a las autoridades judiciales venezolanas fue justificada por el doctor **Rafael Marcano Rodríguez**, en virtud de los vínculos existentes entre la República y las controversias especificadas en los artículos 88 y 89 del Código de Procedimiento Civil; con la advertencia de que si se elimina esa relación “se verá entonces surgir la monstruosidad de una ley invasora del poder jurisdiccional de las demás naciones”. Asimismo explicó que se trata de reglas que “comprenden a todas las personas *no domiciliadas* en la República, sin posible distinción entre extranjeros y venezolanos”; y que “son también aplicables a las personas morales o de pura creación jurídica, en las mismas condiciones que a las personas físicas, ya porque la ley no distingue, ya porque aquéllas son tan capaces como éstas de vincular con la República la relación jurídica que origina la competencia de nuestros tribunales respecto de las acciones y obligaciones que nos ocupan.”⁹²

93. El doctor **Arminio Borjas** también destacó que

para conceder tales derechos al actor no distingue la ley acerca de su nacionalidad, pues la disposición que comentamos contempla únicamente la hipótesis de que el deudor, venezolano o extranjero, carezca de domicilio o de residencia en Venezuela. La justicia, como es sabido, se administra en la República a todo el que la solicite, trátase de nacionales o de extranjeros, sin acordar a éstos otros derechos preferentes que aquellos que hubieren sido materia de una convención internacional.⁹³

⁹¹ **Joaquín Sánchez Covisa**. *Anotaciones sobre la competencia procesal internacional indirecta*, *Studia Iuridica*, N° 1, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1957; reproducido en **Obra Jurídica de Joaquín Sánchez Covisa**, Ediciones de la Controlaría General de la República, Caracas, 1976, nota 38, pp. 406-407.

⁹² **Rafael Marcano Rodríguez**. *Apuntaciones Analíticas sobre las Materias Fundamentales y Generales del Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tomo I, Editorial Bolívar, Caracas, 1941, N° 209, pp. 111-112.

⁹³ **Arminio Borjas**. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Caracas, 1924, Tomo I, N° 113, pp. 232-232.

94. En consecuencia, el doctor **Arminio Borjas** agregó:

El extranjero residente en Venezuela está sujeto, del mismo modo que el nacional, a las leyes de la Nación, y tiene como él derecho a invocar la protección de ellas. Si necesita hacer decidir una cuestión relativa a su estado y capacidad, la autoridad judicial venezolana no podría, sin incurrir en una verdadera denegación de justicia, declararse incompetente para resolver la mencionada controversia, aplicando, en cuanto no sean contrarias al orden público y al derecho público interno de la República las leyes relativas al estatuto personal del extranjero.⁹⁴

95. El doctor **Pedro Pineda León** afirma que la jurisdicción atribuida a los tribunales venezolanos para conocer las materias concernientes al estado y capacidad de los extranjeros es “de acuerdo con un principio de cortesía internacional y también de Derecho positivo”;⁹⁵ y el doctor **Ángel Francisco Brice** destaca la ausencia de distingo entre nacionales y extranjeros para concluir “que unos y otros pueden ser demandados, si están llenos los extremos legales”.⁹⁶ No obstante observó:

Llama la atención que nuestro Legislador no copiara al francés y del italiano la disposición que permite demandar al no domiciliado extranjero, aún fuera de los casos previstos, si existe *reciprocidad*. Esto es, cuando los tribunales del país extranjero permitan demandar a los venezolanos, en el caso en cuestión.⁹⁷

⁹⁴ **Arminio Borjas**. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Caracas, 1924, Tomo I, N° 111, pp. 225-227. En ese sentido también sostuvo que “si los venezolanos están en el deber de responder ante las autoridades judiciales del país por todas las obligaciones contraídas para con otras personas, de igual modo el extranjero que habite en Venezuela debe comparecer ante los Tribunales de la República para responder a su vez de sus respectivas obligaciones”.

⁹⁵ **Pedro Pineda León**. *Lecciones Elementales de Derecho Procesal Civil*, Segunda Edición, Tomo I, Mérida, p. 163.

⁹⁶ **Ángel Francisco Brice**. *Lecciones de Procedimiento Civil*, Tomo I, Caracas, 1964, N° 85, p. 198.

⁹⁷ **Ángel Francisco Brice**. *Lecciones de Procedimiento Civil*, Tomo I, Caracas, 1954, N° 86, p. 199. La reciprocidad fue incluida en el Código de Procedimiento Civil italiano (artículo cuarto, inciso cuarto) para enfrentar los criterios consagrados en el Código Civil francés que disponía: “*Artículo 14*. El extranjero, aunque no resida en Francia podrá ser demandado ante los tribunales franceses para la ejecución de obligaciones contraídas por él en Francia con un francés; o por obligaciones contraídas por él en país extranjero con franceses. *Artículo 15*. Un francés podrá ser citado ante un tribunal de Francia por obligaciones contraídas por él en un país extranjero, aunque sea con un extranjero”.

96. Por su parte el doctor **Humberto Cuenca** conecta el principio de la igualdad entre venezolanos y extranjeros con el mandato del artículo octavo del Código Civil y con las pautas establecidas por el artículo 35 del mismo Código.⁹⁸ y el doctor **Aristides Rengel Romberg** se limita a señalar que el legislador no toma en cuenta la nacionalidad de las partes.⁹⁹

97. El ordinal primero del artículo 88 fue justificado por el doctor **Arminio Borjas** en los términos siguientes:

¿Cómo negar a los tribunales de Venezuela, sin negar o menoscabar la soberanía nacional, el derecho de conocer toda controversia relativa a los bienes que radican o se hallan dentro del territorio de la República? El legislador, que ha llevado su celo por la soberanía territorial hasta el punto de no permitir que se le reconozca fuerza ejecutoria a las sentencias extranjeras que versen sobre inmuebles situados en Venezuela,¹⁰⁰ debía sancionar en consecuencia el fuero competente del Juez patrio para conocer de las acciones sobre inmuebles ubicados en su territorio.¹⁰¹

98. El doctor **Rafael Marcano Rodríguez** hizo énfasis en que “la ley adjetiva es una vez más consecuente con la sustantiva”; y sostuvo:

Los bienes inmuebles constituyen la parte fundamental de la riqueza pública; forman la integración del territorio patrio y están, por consiguiente, en estrecha relación con la soberanía nacional y con la inmanencia del Estado; y no es posible, sin

⁹⁸ **Humberto Cuenca**. *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Imprenta Universitaria, Caracas, 1969, N° 477, p. 75.

⁹⁹ **Aristides Rengel Romberg**. *Manual de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Volumen I, Editorial Arte, Caracas, 1969, N° 105 a), p. 335.

¹⁰⁰ La referencia es al artículo 748 del Código de Procedimiento Civil que en su ordinal segundo exige, como una de las condiciones para que pueda darse fuerza ejecutoria a una sentencia extranjera, “que la sentencia no verse sobre bienes inmuebles situados en Venezuela”.

¹⁰¹ **Arminio Borjas**. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Caracas, 1924, Tomo I, N° 112 VI, p. 229.

abdicación de tan altos atributos, que un país abandone la ventilación de los derechos relacionados con tales bienes a las leyes y tribunales extranjeros.¹⁰²

99. El doctor **Arminio Borjas** considera igualmente que las mismas razones esgrimidas para justificar la jurisdicción venezolana sobre los bienes inmuebles situados en el territorio de la República son también válidas, por analogía, con relación

a los bienes muebles existentes en el país, pues por no tener éstos una situación conocida, y no haber, por tanto, respecto de ellos, la presunción de que se hallan en el domicilio del propietario o poseedor, es natural que se los considere, al igual de los inmuebles, sometidos al fuero de su situación, *ratione rei sitae*.¹⁰³

100. El doctor **Rafael Marcano Rodríguez** sostuvo también que, “aun cuando no militan respecto de los bienes muebles tan supremos motivos”, el inciso segundo del artículo 88 hace coincidir la jurisdicción de los tribunales con el derecho aplicable. Ahora bien, en su criterio

no es menos racional que sea la ley de su situación la que rijan las acciones que de ellos derivan, ya que, al fin, esta ley tiene en cierto modo adquirido un derecho preferente sobre las que, bien por el domicilio, bien por la nacionalidad del propietario, pretendan discutírsele, sobre todo cuando se trate de definir o fijar la condición y la clasificación jurídica de estos bienes; de resolver las dificultades relativas a los derechos de que puedan ser objeto; de los actos y regímenes que les correspondan; de las formas de su transmisión; de las medidas de ejecución que puedan trabarse sobre ellos. La *lex rei sitae* domina esta

¹⁰² **Rafael Marcano Rodríguez**. *Apuntaciones Analíticas sobre las materias fundamentales y generales del Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tomo II, Caracas, 1941, N° 211, pp. 114-115. Comentarios análogos fueron hechos por **Pedro Pineda León** (*Lecciones Elementales de Procedimiento Civil*, Tomo I, Mérida, 1964, Tomo I, pp. 163-164) y **Angel Francisco Brice** (*Lecciones de Procedimiento Civil*, Tomo I, Caracas, 1954, N° 85, p. 199).

¹⁰³ **Arminio Borjas**. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Caracas, 1924, Tomo I, N° 112 VI, p. 229.

materia incontestablemente, hasta por la misma consideración que emana de una tácita sumisión de las partes a la ley de la situación de dichos bienes.¹⁰⁴

101. A este respecto el doctor **Arminio Borjas** agrega:

La ley no exige, para que haya lugar a la aplicación de esta competencia, sino que las acciones versen sobre bienes muebles o inmuebles existentes en el territorio de Venezuela sin hacer distingo alguno entre las acciones reales y las personales. Basta que tengan relación con tales bienes para que caigan bajo el fuero competente de la autoridad judicial venezolana. Por ello, conforme a lo establecido en el artículo 78, puede ser intentada en Venezuela la acción sobre petición o división de una herencia abierta en el extranjero, cuando los bienes que la constituyan se encuentren en la República. Puede serlo igualmente, por la misma razón jurídica, la acción pauliana o por nulidad de la enajenación de un fundo ubicado en el país.¹⁰⁵

102. Conceptos similares expresa el doctor **Rafael Marcano Rodríguez** cuando afirma:

En tal virtud, las acciones reivindicatorias de la propiedad y de la posesión; la confesoria y la negatoria; la hipotecaria y la prendaria; las que se fundan en la accesión, en el usufructo, el uso o la habitación; las que se refieren a los privilegios, a la prescripción, y en fin, todas cuantas tengan por objeto los bienes inmuebles o muebles; no pudiendo ser regidas por otras leyes que las nacionales *deben* ser propuestas ante los tribunales de la República, y *pueden* serlo contra personas no domiciliadas, aun cuando no se encuentren en su territorio.¹⁰⁶

¹⁰⁴ **Rafael Marcano Rodríguez**. *Apuntaciones Analíticas sobre las materias fundamentales y generales del Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tomo II, Caracas, 1941, N° 211, pp. 114-115.

¹⁰⁵ **Arminio Borjas**. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Caracas, 1924, Tomo I, N° 112, p. 229.

¹⁰⁶ **Rafael Marcano Rodríguez**. *Apuntaciones Analíticas sobre las materias fundamentales y generales del Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tomo II, Caracas, 1941, N° 211, p. 115.

103. Sin embargo, el doctor **Rafael Marcano Rodríguez** sostuvo que una solución distinta se impone en el caso de bienes en tránsito que, en su criterio, no están sometidos al derecho del Estado donde encuentren físicamente; y al respecto afirmó:

En cuanto a la inaplicabilidad de la *lex rei sitae* en el caso que antecede, ella no puede suscitar la más leve disputa, tratándose de bienes muebles que, por estar de tránsito, se hallan accidentalmente en un lugar; porque la citada ley, referida en principio sólo a los bienes inmuebles en razón de su inmutabilidad territorial, choca con la idea contraria que evocan los bienes muebles que van en curso de viaje y que sólo ocasionalmente y por un hecho accidental están ocupando un sitio en el lugar de tránsito. Y si este concepto se asocia al pensamiento que parece predominar en nuestro artículo, de no aludir en él a una universalidad de tales bienes, sino a los mismos considerados individualmente, con mucha menos razón puede admitirse la posibilidad de que la ley aplicable sea la del lugar de tránsito, con el cual ninguna relación de permanencia asumen, ni los liga ningún vínculo de dependencia.¹⁰⁷

104. Por otra parte, de acuerdo con el doctor **Rafael Marcano Rodríguez** la generalidad de los términos utilizados por el Legislador no permite establecer distingo entre bienes físicamente tangibles y bienes incorpóreos. Sin embargo, en relación a estos últimos, *quae tendunt ad quid mobile*, advirtió la necesidad de determinar, en forma previa, cuándo se encuentran situados en Venezuela; y al respecto hizo las siguientes observaciones:

Para resolver la cuestión la doctrina establece previamente una distinción entre los simples derechos de crédito y los derechos o valores mobiliarios, representados por un título cesible por tradición o por endoso; pronunciándose luego porque la

¹⁰⁷ **Rafael Marcano Rodríguez**. *Apuntaciones Analíticas sobre las materias fundamentales y generales del Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tomo II, Caracas, 1941, N° 211, pp. 115-116.

situación de los primeros no es ni puede ser otra que la del domicilio del deudor, y la de los segundos, el lugar en donde real, actual y efectivamente se encuentra el título representativo del crédito.

105. De seguidas agregó:

Dado el carácter visiblemente realista de nuestra ley, que exige bienes *existentes* en la República, no juzgamos errónea la decisión de la doctrina. En efecto, cuando alguien nos es deudor de una obligación personal de dar, ésta no puede consistir sino en una cosa corpórea, generalmente una suma de dinero; y la presunción vehemente que se impone es la de que la cosa debida, la cantidad que constituye el crédito, está en poder del deudor y que éste la tiene consigo en su domicilio; pero cuando el título se confunde con el crédito hasta el extremo de ser el valor mismo de éste, transmisible por la simple tradición, o por cesión o endoso, como los valores de bolsa, las acciones y obligaciones, las letras de cambio, los cheques, los billetes de banco, entonces, ante la unidad que representan el título y su valor real y efectivo, el crédito, de incorpóreo que es, se materializa para adquirir una situación física en el espacio, y el lugar en el que se encuentra determinará la competencia en cuanto a las acciones que con él se relacionen.¹⁰⁸

106. Con relación al **ordinal segundo del artículo 88** del Código de Procedimiento Civil, el doctor **Arminio Borjas** hizo énfasis en la correspondencia de los criterios en él establecidos con los consagrados en el artículo 76 *ejusdem* para determinar la competencia interna cuando se trata de acciones provenientes de contratos o de hechos jurídicos. De inmediato agrega:

¹⁰⁸ **Rafael Marcano Rodríguez**. *Apuntaciones Analíticas sobre las materias fundamentales y generales del Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tomo II, Caracas, 1941, N° 211, pp. 117-118. **Humberto Cuenca** aprueba la distinción “hecha en la doctrina entre los derechos que pueden tenerse en un crédito, casos en que debe seguirse el domicilio del demandado, esté fuera o dentro de Venezuela, y los títulos de créditos endosables o cedibles, que se rigen por el lugar donde ellos se encuentren” (**Derecho Procesal Civil**, Tomo II, Imprenta Universitaria, Caracas, 1968, p. 76).

Si la ley no consagrarse el fuero de los Tribunales patrios para la decisión de las controversias que surjan de contratos o hechos verificados en el país, o por obligaciones que han de ejecutarse en él, el deudor podría siempre burlar los derechos de su acreedor con sólo ausentarse de Venezuela.¹⁰⁹

107. Por su parte, el doctor **Rafael Marcano Rodríguez** advierte:

Esta competencia es, visiblemente, una derogación de la regla *actor sequitur forum rei*, que, según hemos anotado ya, garantiza a todo deudor de obligaciones personales el fuero de su domicilio. La carencia de éste en el país hace aplicable las competencias subsidiarias que derivan del lugar de la celebración del contrato, de la consumación del hecho o de la ejecución del uno o del otro.¹¹⁰

108. La solución es justificada por el doctor **Ángel Francisco Brice** con fundamento en la autonomía de la voluntad, a saber:

En la presunción de que las partes, a falta de elección de domicilio, siguieron el principio general del fuero del contrato, esto es, se presume haber elegido los tribunales del lugar de la celebración o de la ejecución del contrato.¹¹¹

109. El doctor **Arminio Borjas** destaca asimismo que el texto legal no hace distingo “acerca de los contratos o hechos generadores de las obligaciones a que él se contrae”; y, por tanto, explica su ámbito de vigencia *ratione materiae* en los términos siguientes:

Los contratos pueden ser civiles o mercantiles, contraídos en la República aunque deban ejecutarse en el exterior, o debien-

¹⁰⁹ **Arminio Borjas**. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Caracas, 1924, Tomo I, N° 112, p. 231.

¹¹⁰ **Rafael Marcano Rodríguez**. *Apuntaciones Analíticas sobre las Materias Fundamentales y Generales del Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tomo II, Editorial Bolívar, Caracas, 1941, N° 211, p. 119.

¹¹¹ **Ángel Francisco Brice**. *Lecciones de Procedimiento Civil*, Tomo I, Caracas, 1964, N° 85, p. 199.

do ser ejecutados en Venezuela, aunque se hayan perfeccionado en país extranjero. Los hechos pueden ser cuasicontratos, actos delictuosos o de cualquier otra especie, con tal que de ellos se origine la obligación reclamada y que se hayan verificado en la República. Así, por ejemplo, si se reclaman daños y perjuicios por incumplimiento de un contrato, lo que debe determinar la competencia de las autoridades judiciales venezolanas es que la falta de cumplimiento haya ocurrido en Venezuela, sin que importe en el caso que el contrato haya sido celebrado fuera de ella, porque es obvio que en parte por lo menos debe ejecutarse en la República. De igual modo, el legatario, aunque la herencia se haya abierto en el extranjero, podrá demandar al heredero en Venezuela, si en ella aceptó éste la herencia, pues es del hecho de la aceptación que nació para el heredero la obligación que le reclama el legatario.¹¹²

110. Por su parte el doctor **Rafael Marcano Rodríguez** expresa:

Entre los hechos hay que distinguir los lícitos de los ilícitos, en la relación que tengan con esta competencia: cuando la ley habla de obligaciones provenientes de “*hechos verificados*” en la República, se refiere indistintamente a los lícitos como a los ilícitos, pues el acaecimiento de un hecho en tal o cual lugar no depende de su condición jurídica: todos ocurren o se verifican fatalmente en virtud de leyes físicas o morales; pero cuando la ley habla de “*hechos que deban ejecutarse*” en la República, no tiene en mientes sino el hecho lícito, porque los ilícitos, no siendo legítimamente concebibles su ejecución como actos jurídicos, es racional que estén excluidos del pensamiento de la ley, y porque, si puede conminarse judicialmente la ejecución de un hecho lícito, es moralmente absurdo pensar que ningún magistrado tenga jurisdicción para permitir la ejecución de uno ilícito.¹¹³

¹¹² Arminio Borjas. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Caracas, 1924, Tomo I, N° 112 IV, pp. 230-231.

¹¹³ Rafael Marcano Rodríguez. *Apuntaciones Analíticas sobre las Materias Fundamentales y Generales del Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Editorial Bolívar, Caracas, 1941, Tomo II, N° 211, p. 120.

111. Por el contrario, el doctor **Ángel Francisco Brice** afirma que “con la palabra ‘hechos’ ha querido indicar el legislador tanto los lícitos como los ilícitos”.¹¹⁴

112. El funcionamiento del inciso segundo del artículo 88 del Código de Procedimiento Civil puede imponer la necesidad de resolver ciertas cuestiones previas. Así ocurre, según advierte el doctor **Rafael Marcano Rodríguez**, en todos los casos en los cuales se discuta si “el contrato o el hecho se han verificado en la República, o de cuándo las obligaciones que de ellos emanen sean ejecutables en ella”.¹¹⁵

113. La determinación del lugar de celebración también puede ofrecer dificultades. Así ocurre cuando el contrato ha sido concluido “por correspondencia cruzada desde distintos lugares, o valiéndose de personas mediadoras, o por actos sucesivos que se verifiquen en dos o más países, o cuando el contrato haya sido practicado en un lugar y ratificado en otro”.

114. De acuerdo con el doctor **Rafael Marcano Rodríguez** ninguna dificultad se presenta en el caso de contrato celebrado por intermedio, pues el mandatario actúa en nombre del mandante; y, por consiguiente, debe tenerse por celebrado en el lugar donde el mandatario y la otra parte pacten el negocio.

115. Por el contrario, si se trata de contratos entre personas no presentes, la determinación del lugar de su celebración debe hacerse conforme a los criterios consagrados por la ley venezolana. Ahora bien, el artículo 115 del Código de Comercio dispone que los contratos por correspondencia deben entenderse celebrados “para todos los efectos legales, en la plaza de la residencia del que hubiere hecho la promesa

¹¹⁴ **Ángel Francisco Brice**. *Lecciones de Procedimiento Civil*, Tomo I, Caracas, 1964, Tomo I, Nº 85, p. 199.

¹¹⁵ **Rafael Marcano Rodríguez**. *Apuntaciones Analíticas sobre las Materias Fundamentales y Generales del Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tomo II, Editorial Bolívar, Caracas, 1941, Nº 211, p. 120.

primitiva o la propuesta modificada y en el momento en que la aceptación hubiere llegado a conocimiento del mismo”.¹¹⁶

116. En aplicación de este precepto, el Juzgado Superior Décimo en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y estado Miranda declaró el **veinte de diciembre de 1982** que el lugar de celebración del contrato era Venezuela, porque se había recibido en Maracaibo la aceptación de la oferta proveniente de la República Argentina. Al respecto destacó que

nuestro derecho acoge como lugar y momento de la formación del contrato entre ausentes el de la recepción por parte del oferente de la aceptación de la otra parte, y presumiendo (presunción *juris tantum*) que la recepción de la aceptación es conocida por el oferente desde el momento que llega a la dirección del destinatario.¹¹⁷

117. Cuando los contratos resultan de actos sucesivos verificados en distintos países, el doctor **Rafael Marcano Rodríguez** destaca la necesidad de distinguir entre los actos simplemente preparatorios del negocio que no perfeccionan el contrato; y aquellos que pueden originar

¹¹⁶ **Rafael Marcano Rodríguez. Apuntaciones Analíticas sobre las Materias Fundamentales y Generales del Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tomo II, Editorial Bolívar, Caracas, 1941, N° 211, p. 121. Sin embargo, la regla anterior no funciona en el caso de contratos solemnes pues, según lo estableció nuestro Supremo Tribunal el *diecisiete de abril de 1934*, “la propuesta y la aceptación, verificadas en plazas diferentes o en la misma plaza, no obligan a las partes, aun cuando se hubiesen puesto de acuerdo sobre las condiciones esenciales del contrato de seguro: es indispensable el otorgamiento de la póliza, por exigirlo así expresamente el artículo 549 del Código de Comercio vigente, de acuerdo con el cual “el seguro se perfecciona y prueba por un documento público o privado que se llama póliza” (**Memoria de la Corte Federal y de Casación. 1935**, Caracas, 1936, p. 304).

¹¹⁷ Expediente de la demanda propuesta por *Terminales Maracaibo C.A.* contra *Yacimientos Petrolíferos Fiscales*. El **cuatro de octubre de 1984** la Sala de Casación Civil de la extinguida Corte Suprema de Justicia, declaró sin lugar el recurso extraordinario propuesto, porque “toda la discusión que quiere suscitarse se refiere a si ha de considerarse oferente original a la firma licitante argentina *Yacimientos Petrolíferos Fiscales* o a la empresa venezolana *Terminales de Maracaibo C.A.* que, en atención a la licitación planteara determinadas condiciones de contratación”. Ahora bien, nuestro Supremo Tribunal explicó que “el sentenciador ha preferido interpretar que la oferta original fue la hecha por la firma venezolana *Terminales de Maracaibo C.A.*, lo cual, como queda dicho, escapa a la censura de Casación; y a esa determinación ha aplicado luego las consecuencias que se derivan de los artículos 1.137 del Código Civil y 115 del Código de Comercio en lo que concierne al perfeccionamiento del contrato celebrado”.

nexos obligatorios por sí solos, en cuyo caso cada acto debe considerarse ligado con el lugar donde ha sido realizado.¹¹⁸

118. Por último, el doctor **Rafael Marcano Rodríguez** explica que “los contratos celebrados en un lugar y ratificados en otro existen desde el momento de su celebración y deben regirse por la ley del convenio primitivo, pues es de principio que la ratificación obra retroactivamente sin ejercer influencia sobre la convención ratificada, en lo tocante a la época y al lugar de su celebración primitiva. Tal sería el caso de los actos ejecutados por un gestor de negocios y ratificados por el *dominus negotii*, los cuales deben regirse por la ley del lugar de la celebración y no por la del domicilio de este último”.¹¹⁹

119. En este sentido, el Juzgado Superior Décimo en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y estado Miranda declaró el **veinte de diciembre de 1982**:

el contrato N° 15-25-237-436 suscrito entre YPF y TMCA en Buenos Aires el 13 de septiembre de 1974, lo que hace es formalizar mediante escrito, el contrato ya celebrado o formado al recibir TMCA la aceptación de la oferta, pues en dicho escrito de 13-9-74, se trata de las mismas obligaciones y derechos convenidos por las partes en las comunicaciones (telex y cartas ya referidos) y no puede interpretarse que ese escrito de 13-09-74 firmado en Buenos Aires pueda considerarse como una nueva propuesta y nuevo contrato en forma simultánea.¹²⁰

120. El doctor **Rafael Marcano Rodríguez** advierte igualmente las dificultades que puede ofrecer la determinación del lugar de ejecución del contrato; y al respecto explica:

¹¹⁸ **Rafael Marcano Rodríguez**. *Apuntaciones Analíticas sobre las Materias Fundamentales y Generales del Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tomo II, Editorial Bolívar, Caracas, 1941, N° 211, pp. 121-122.

¹¹⁹ **Rafael Marcano Rodríguez**. *Apuntaciones Analíticas sobre las Materias Fundamentales y Generales del Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tomo II, Editorial Bolívar, Caracas, 1941, N° 211, p. 122.

¹²⁰ Expediente de la demanda propuesta por *Terminales Maracaibo C.A.* contra *Yacimientos Petrolíferos Fiscales*.

Punto es este interesante también y para la solución del cual no hay propiamente reglas precisas y claras, ya que ellas depende principalmente de la naturaleza especial del negocio, de las circunstancias que lo rodeen y de la intención presunta de las partes; elementos éstos que son a veces tan vagos, que abren puerta a la posibilidad de pensar que la ejecución pueda estar remitida a un lugar distinto del que nació la convención. No serán, pues, raras las controversias en esta materia, la cual esbozaremos valiéndonos de un ejemplo, a fin de hacer sensible el método de apreciación de los elementos preindicados: —una persona no domiciliada ha contraído deudas para atender a sus necesidades diarias, y luego abandona el país, ¿será racional suponer que el acreedor burlado deba emprender un viaje o constituir un apoderado en el lugar extranjero del domicilio del deudor, para intimarlo judicialmente al pago?— Por ningún respecto. Surge virtualmente de la naturaleza misma de tal obligación, de la causa jurídica del crédito y de todas las demás circunstancias, que la deuda debe pagarse en donde se contrajo, e insensato sería que el deudor perseguido ante nuestros tribunales se quejase de que se viola en su persona la regla de competencia *actor sequitur forum rei*.¹²¹

121. El **artículo 89 del Código de Procedimiento Civil** reprodujo los criterios consagrados en el código de 1904 para atribuir jurisdicción de los tribunales venezolanos en el caso de demandados no domiciliados pero presentes en el territorio de la República; pero agregó el caso de la “acción personal en que la ejecución pueda exigirse en cualquier lugar”.¹²²

¹²¹ **Rafael Marcano Rodríguez. Apuntaciones Analíticas sobre las Materias Fundamentales y Generales del Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tomo II, Editorial Bolívar, Caracas, 1941, N° 211, pp. 122-123.

¹²² Según explica el doctor **Luis Loreto** “la distinción entre acciones personales y reales se funda en la naturaleza del derecho que hace valer: personal, en las primeras; real, en las segundas. La naturaleza mueble o inmueble de las cosas que son objeto de esos derechos, sirve de base dogmática para la división de las acciones en mobiliarias e inmobiliarias. Combinando ambos criterios tendremos que las acciones pueden ser personales mobiliarias o inmobiliarias, y reales mobiliarias o inmobiliarias, según que con ella se hagan valer derechos personales o reales dirigidos a obtener bienes muebles o inmuebles” (*Errores de Interpretación de la Teoría de la Competencia Territorial*, **Revista de Derecho y Legislación**, Año XXXVI (1947), Nos. 428-429-430 y 431; reproducido en **Ensayos Jurídicos**, Imprenta Universitaria de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1987, p. 45, nota 26).

122. El doctor **Arminio Borjas** justifica esta disposición por el deseo del legislador de “facilitar los medios de obtener justicia a todo aquel que tenga derechos que hacer valer contra personas que no tengan domicilio en la República, permitiéndoles aprovechar, para demandarlos, su estada ocasional en ella”; y por vía de ejemplo se limita a señalar “la hipótesis del artículo 81, esto es, de haber renunciado el obligado a su domicilio, pues entonces podrá demandarse donde se le encuentre”.¹²³

123. Por su parte, el doctor **Rafael Marcano Rodríguez** afirmó que el artículo 89 “es desgraciadamente ilógico y antijurídico; porque si tales acciones pueden intentarse no encontrándose el obligado en el país, no hay razón para qué advertir que también son posibles hallándose presente: la excepción no es otra cosa que la confirmación de una regla general”.¹²⁴

124. De inmediato el doctor **Rafael Marcano Rodríguez** se pregunta cuáles son esas “obligaciones pagaderas en dondequiera que se exija su cumplimiento”; y al respecto explica:

Indudablemente que no puede la ley referirse aquí a otras que a las que, no obstante estar consagradas por el derecho positivo, tienen su fuente de origen en el derecho natural y en el derecho de gentes; obligaciones a las que el hombre está sometido en todas partes como ente humano, y para el conocimiento de las cuales son competentes los tribunales de todos los países. Corresponden así a esta competencia, las acciones que por alimentos debe el marido a la mujer; el padre al hijo, y

¹²³ **Arminio Borjas**. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Caracas, 1924, Tomo I, N° 113, p. 231.

¹²⁴ **Rafael Marcano Rodríguez**. *Apuntaciones Analíticas sobre las Materias Fundamentales y Generales del Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tomo II, Editorial Bolívar, Caracas, 1941, N° 212, p. 124. El doctor **Rafael Marcano Rodríguez** agrega: “La ley llama *natural* de un lugar o territorio, a la persona que ha nacido en él; *vecino* a quien en virtud de hechos o actos que caracterizan el domicilio, vive habitualmente en un lugar dado, con ánimo de no abandonarlo; vecindad es equivalente a domicilio. Es *residente* quien, por una circunstancia de mero hecho, se encuentra temporalmente en un lugar, sin relación con las causas que determinan el domicilio, y con más o menos fijeza; la residencia se pierde con el abandono o salida del lugar. Y es *transeúnte*, la persona que se halla en un lugar de modo momentáneo o inestable” (*op. cit.*, Tomo I, N° 3, p. 20).

viceversa en sus casos; la del marido contra la mujer para que reingrese al domicilio conyugal; la de la mujer para obligar al marido a recibirla en él; la de éste para obligar a aquélla a seguirle y asistirle, y muchas otras de la misma naturaleza.¹²⁵

125. Seguidamente el doctor **Rafael Marcano Rodríguez** se plantea el caso “de que fueren varios los deudores y sólo uno de ellos se encontrare transitoriamente en Venezuela”; y con fundamento en el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil¹²⁶ afirma que la demanda puede proponerse ante el Tribunal del domicilio o residencia de cualquier de ellos.¹²⁷

126. Los artículos 88 y 89 disponen que la persona no domiciliada en Venezuela “podrá” ser demandada; y la utilización de esta palabra por el legislador ha permitido afirmar que se trata de una jurisdicción concurrente con la de los tribunales extranjeros.

127. En efecto, el doctor **Arminio Borjas** sostiene:

esta competencia no es obligatoria, sino potestativa, pues el actor es libre de citar al demandado ante la autoridad judicial competente del extranjero. Es un derecho suyo acudir a la justicia de Venezuela o a los jueces de cualquier otro Estado que se la pueda administrar válidamente. Nadie puede impedirle que corra las contingencias de que la Corte Federal y de Casación pueda negar legalmente el *exequatur* al fallo pronunciado por la autoridad extranjera, porque esta competencia especial se funda en razones de interés privado para ventaja y comodidad del demandante.¹²⁸

¹²⁵ **Rafael Marcano Rodríguez. Apuntaciones Analíticas sobre las Materias Fundamentales y Generales del Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tomo II, Editorial Bolívar, Caracas, 1941, N° 212, p. 125.

¹²⁶ De acuerdo con el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, “la acción contra varias personas a quienes por su domicilio o residencia debería demandarse ante distintas autoridades judiciales, podrá proponerse ante la del domicilio o residencia de ellas, si hubiere conexión por el objeto de la demanda o por el título o hecho de que dependa, salvo disposiciones especiales”.

¹²⁷ **Rafael Marcano Rodríguez. Apuntaciones Analíticas sobre las Materias Fundamentales y Generales del Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tomo II, Editorial Bolívar, Caracas, 1941, N° 213, p. 126.

¹²⁸ **Arminio Borjas. Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Caracas, 1924, Tomo I, N° 112, p. 227.

128. En el mismo sentido se expresa el doctor **Angel Francisco Brice** cuando afirma:

no es una obligación para el actor demandar en Venezuela, pues, tiene también el derecho de intentar la acción en el lugar del domicilio del demandado.¹²⁹

129. Las afirmaciones anteriores sólo son válidas cuando el legislador no ha atribuido jurisdicción exclusiva a los tribunales venezolanos. Así ocurre, sin duda alguna en el caso de acciones sobre bienes inmuebles porque una de las condiciones exigidas para conceder eficacia a las sentencias extranjeras es “que la sentencia no verse sobre bienes inmuebles situados en Venezuela”, según lo dispone taxativamente el ordinal segundo del artículo 748 del Código de Procedimiento Civil.¹³⁰

130. De acuerdo con el doctor **Rafael Marcano Rodríguez** también existe jurisdicción exclusiva cuando se trata de acciones sobre bienes muebles existentes la República;¹³¹ y por esta razón afirma que sólo en los casos contemplados en el inciso segundo del artículo 88 del Código de Procedimiento Civil, existe la posibilidad para el acreedor de prescindir de la jurisdicción nacional y de proponer su demanda “ante los tribunales extranjeros que juzgue competentes, ya en virtud de la regla *actor sequitur forum rei*, ya en razón de las demás circunstancias determinativas de competencia”.¹³²

¹²⁹ **Ángel Francisco Brice. Lecciones de Procedimiento Civil**, Tomo I, Caracas, 1964, Tomo I, N° 85, p. 198.

¹³⁰ Véase antes la nota 98 de este trabajo.

¹³¹ Según puede verificarse en el número 165 de este trabajo, el mismo criterio fue afirmado el **doce de abril de 1967** por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (**Gaceta Forense, Segunda Etapa, 1967**, Tomo 56, p. 23). Sin embargo, es preciso advertir que el ordinal segundo del artículo 748 del Código de Procedimiento Civil sólo somete la fuerza ejecutaria de las sentencias extranjeras a la condición de que no versen sobre inmuebles situados en Venezuela.

¹³² **Rafael Marcano Rodríguez. Apuntaciones Analíticas sobre las Materias Fundamentales y Generales del Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tomo II, Editorial Bolívar, Caracas, 1941, N° 211, p. 123. A este respecto, el doctor **Rafael Marcano Rodríguez** sostiene “que, una vez ligada la instancia ante estos Tribunales (extranjeros), los de la República no podrían ya conocer de tales acciones, aun cuando se las reprodujese ante ellos”; pero asimismo informa que “la jurisprudencia ha atemperado esta solución cuando quien ha ocurrido a los tribunales extranjeros, lo ha hecho constreñido por un serio temor de perder sus derechos sobre todo si el deudor para la época de la demanda carecía de bienes en el país, y luego de entablada los ha adquirido. Es este quizás el único caso en el que se admita la reproducción de la acción, y para ello fúndase la jurisprudencia en la consideración de que, propiamente no ha habido tal renuncia, pues el acreedor, lejos de haber procedido libre e intencionalmente a demandar al deudor ante sus jueces naturales, lo ha hecho forzado por las especiales circunstancias que amenazaban sus derechos. Son estas cuestiones de hecho que apreciarán soberanamente los tribunales en cada caso”.

131. Por otra parte, el doctor **Rafael Marcano Rodríguez** estima que la enumeración de los criterios consagrados por nuestro legislador para atribuir jurisdicción o competencia procesal internacional a las autoridades judiciales venezolanas, “es esencialmente restrictiva, esto es, que la posibilidad de demandar en Venezuela a los no domiciliados y de usar de esta competencia, no puede extenderse a otras acciones diversas de las allí determinadas”.¹³³

132. Sin embargo, a este respecto son de recordar las palabras del doctor **Arminio Borjas** cuando afirma que

si la persona no domiciliada en el país, a quien se demandase ante las autoridades judiciales de Venezuela, a pesar de no hallarse en ninguno de los casos en que ello es permitido conforme a lo dispuesto en los artículos 88 y 89, compareciese a juicio y se defendiese sin oponer la incompetencia de dichos Tribunales, éstos no podrán pronunciarla de oficio, dada la presunción de que el proceder de las partes implica una fijación de domicilio que inviste a la autoridad judicial de la competencia que la ley no le atribuía.¹³⁴

133. En virtud de la jurisdicción atribuida a las autoridades judiciales venezolanos por los artículos 88 y 89 del Código de Procedimiento Civil es preciso determinar ahora concretamente los tribunales que han de conocer de ellas”.¹³⁵ Ahora bien, de acuerdo con el **artículo 90 del Código de Procedimiento Civil** en el caso de acciones contra demandados no domiciliados en la República, “regirán las reglas de la competencia establecidas en las secciones anteriores, en cuanto sean aplicables”.

¹³³ **Rafael Marcano Rodríguez. Apuntaciones Analíticas sobre las Materias Fundamentales y Generales del Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tomo I, Editorial Bolívar, Caracas, 1941, Tomo II, N° 211, p. 114.

¹³⁴ **Arminio Borjas. Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Caracas, 1924, Tomo I, p. 228.

¹³⁵ **Rafael Marcano Rodríguez. Apuntaciones Analíticas sobre las Materias Fundamentales y Generales del Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tomo II, Editorial Bolívar, Caracas, 1941, N° 213, p. 125.

134. A este respecto explicó la Sala de Casación Civil de la extinguida Corte Suprema de Justicia el **once de junio de 1975**:

si se trata de juicios sobre inmuebles, sólo es competente el Tribunal del lugar de su ubicación (Art. 77 del Código de Procedimiento Civil), porque no teniendo domicilio el demandado en el país son inoperantes las otras dos reglas de competencia contenidas en él por exigir la presencia en éste del demandado. Si se trata de acciones sobre bienes muebles, también lo es el Juez del lugar donde se encuentren éstos ubicados, porque, conforme a doctrina de los expositores, no estando domiciliado el demandado en el país se aplica al caso la regla de competencia de los inmuebles. Si se trata de obligaciones provenientes de contratos celebrados en el país o de obligaciones que deban ejecutarse en él, sólo al Juez del lugar de la celebración del contrato o al de su ejecución corresponde la competencia para conocer del juicio (Art. 76 del Código de Procedimiento Civil), porque en este caso no se exige la presencia complementaria del demandado para redondearla, como sí se la exige en los otros casos del mismo precepto legal”.¹³⁶

135. El artículo 90 dispone también que se tenga como “domicilio o residencia el lugar donde se encuentre el demandado”. De esta manera, según advierte el doctor **Arminio Borjas** el Legislador persigue que las facilidades concedidas a la parte actora “sean mayores”.¹³⁷ Al decir del doctor **Rafael Marcano Rodríguez** se aplica “por esta ficción, la regla *actor sequitur forum rei*”; solución de especial importancia para determinar el Tribunal venezolano competente para conocer del asunto por cuanto

un individuo no domiciliado puede poseer bienes en el país, pero el lugar de la situación de estos bienes no servirá ciertamente, en los casos que tratamos, para determinar la competencia sobre las acciones que haya que intentar contra él, y lo

¹³⁶ *Gaceta Forense, Segunda Etapa*, Tomo 88, p. 775.

¹³⁷ **Arminio Borjas**. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Caracas, 1924, Tomo I, N° 113, pp. 231-232.

será siempre el lugar en donde se halle, aun cuando éste sea distinto de aquél en donde están los bienes.¹³⁸

136. La regla *actor sequitur forum rei* fue igualmente consagrada en el **artículo 91 del Código de Procedimiento Civil de 1916**, que reprodujo el mandato de un precepto similar del código anterior, pero con la mención expresa de las acciones reales sobre bienes muebles. En consecuencia, fue dispuesto:

Quando el contrato no se haya celebrado en Venezuela, y la persona no tenga habitación, residencia o domicilio elegido en la República, ni haya un lugar establecido para la ejecución del contrato, la acción personal o la real sobre bienes muebles se propondrán ante la autoridad judicial del lugar donde el actor tenga su domicilio, residencia o habitación; y si versare sobre inmuebles determinados, ante el lugar de la situación donde éstos se encuentren.

137. El doctor **Arminio Borjas** advierte que el precepto no pretende atribuir jurisdicción a las autoridades judiciales venezolanas; antes al contrario la presupone y tan sólo persigue resolver los problemas de competencia interna *ratione loci* entre los diversos tribunales venezolanos. En este sentido expresa:

No se trata en ella de crear un nuevo fuero competente para el conocimiento de las controversias que hayan de ser ventiladas en juicio contra personas no domiciliadas en Venezuela. Los artículos 88 y 89 establecen que éstas pueden ser demandadas ante los jueces nacionales. Se trata únicamente de determinar cuál es en cada uno de los casos posibles el Tribunal venezolano a quien corresponde especialmente conocer. Las acciones a que se refiere el texto que comentamos no podrían someterse, conforme a las reglas anteriormente expuestas,¹³⁹ a ningun-

¹³⁸ Rafael Marcano Rodríguez. *Apuntaciones Analíticas sobre las Materias Fundamentales y Generales del Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tomo II, Editorial Bolívar, Caracas, 1941, N° 213, p. 126.

¹³⁹ La referencia es a los criterios indicados en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil.

na de las autoridades judiciales por ellas señaladas, ni podía desconocerse la jurisdicción de los jueces nacionales para conocer de ellas, negándose así a los interesados, residentes o domiciliados en Venezuela, los medios legítimos para reclamar y obtener en ella la declaración en justicia de sus derechos. Se ha fijado para el caso la competencia del Magistrado judicial del domicilio, la residencia o la habitación del actor, prefiriéndose naturalmente, el del domicilio, y de no tenerlo, el de la residencia, que preferirá siempre al de la simple habitación o estada.

138. De inmediato agrega:

Debe entenderse que la ley se contrae a la acción real sobre bienes muebles que no se encuentren situados en la República, porque, de estarlo, la autoridad judicial competente sería, según las reglas anteriormente expuestas, la del lugar donde se hallaren dichos bienes, y no la del domicilio o habitación del actor.¹⁴⁰

139. El doctor **Arminio Borjas** sostiene asimismo:

No cae dentro de las previsiones del artículo 91 la circunstancia de que el hecho de que derive la obligación tampoco se haya efectuado en Venezuela, porque únicamente se refiere a obligaciones contractuales. Las obligaciones, por consiguiente, derivadas de cuasicontratos y de cualesquiera otros hechos, delictuosos o no, efectuados en el extranjero, no son en el caso de la citada disposición exigibles ante las autoridades judiciales de Venezuela.

140. Sin embargo el doctor **Arminio Borjas** también afirma:

Tratándose de hechos punibles, o que pudieren aparejar responsabilidad penal, y de los cuales no puedan conocer los Tribunales de la República por ser de la exclusiva jurisdicción del Estado en que fueron cometidos, no cabe ser objetada la in-

¹⁴⁰ **Arminio Borjas**. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Caracas, 1924, Tomo I, N° 114, p. 233.

competencia de los tribunales de la República. Mas no puede sostenerse tal aseveración cuando la obligación reclamable derive de aquellos hechos delictuosos que, aunque perpetrados fuera del territorio nacional, son enjuiciables ante los Magistrados judiciales de la República. A nuestro entender, los delitos que, conforme a la ficción de la extraterritorialidad, se consideren cometidos en el territorio patrio, deben equipararse a los cometidos dentro de las fronteras nacionales, y las acciones civiles a que dieren nacimiento, así como pueden ser deducidas junto con la penal, deben considerarse análogas a las que son objeto del artículo 91, y ser sometidas, por tanto, a la competencia del Juez del domicilio, de la residencia o de la habitación del demandante. Cuanto a las originadas de cualesquiera otros hechos verificados en el extranjero y respecto de los cuales no exista alguna circunstancia que los someta al fuero de los jueces patrios, se hallan fuera de la jurisdicción nacional y sólo pueden ser deducidas ante las correspondientes autoridades judiciales del extranjero.¹⁴¹

141. Por último el doctor **Arminio Borjas** explicó:

Considera nuevamente el artículo 91 que comentamos, el caso previsto en el artículo 88, ordinal 1º, a saber: que la acción que haya de ser propuesta verse sobre bienes inmuebles determinados, y dispone que lo sea ante el Tribunal del lugar donde se encuentren éstos. Huelga esta repetición, pues, como lo hemos expuesto al comentar el artículo 88, cuando el demandado no tenga domicilio en la República ni se encuentre en ella, si se tratare de acciones sobre bienes inmuebles la autoridad judicial del lugar donde éstos se encuentren es la única competente, conforme a los principios que rigen la materia.¹⁴²

¹⁴¹ **Arminio Borjas. Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Caracas, 1924, Tomo I, N° 114, pp. 233-234.

¹⁴² **Arminio Borjas. Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Caracas, 1924, Tomo I, N° 114, p. 234. El doctor **Rafael Marcano Rodríguez** se limita a copiar el artículo sin comentario alguno (**Apuntaciones Analíticas sobre las Materias Fundamentales y Generales del Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tomo II, Editorial Bolívar, Caracas, 1941, N° 213, p. 127).

142. Con relación con el artículo 91, el doctor **Arístides Rengel Romberg**, luego de señalar que el precepto fue tomado del artículo 107 del Código de Procedimiento Civil italiano de 1865, recordó que “su interpretación ha sido fuente de dudas y controversias, tanto entre nosotros como en el derecho italiano”. De inmediato agregó:

En un solo caso nos parece aplicable este fuero excepcional del domicilio de la actora cuando se trata de acción personal o real sobre bienes muebles existentes en la República, no encontrándose en ella el demandado, ni teniendo aquí su domicilio o residencia; porque solamente en este caso correspondiendo la competencia internacional a Venezuela no existe, sin embargo, un fuero territorial interno según las reglas de competencia mandadas a aplicar por el artículo 90. En efecto, según la disposición del artículo 76, la acción personal y la acción real sobre bienes muebles se puede proponer ante la autoridad judicial del lugar donde se encuentre la cosa mueble objeto de la acción, con tal que allí se encuentre el demandado; pero como en la hipótesis considerada el demandado no tiene domicilio en Venezuela, ni residencia, ni se encuentra transitoriamente en ella, resulta que no existe, según las reglas ordinarias de competencia interna, ningún fuero territorial competente para conocer de la causa.¹⁴³

143. En consecuencia explicó:

Con el fin de asegurar al actor el ejercicio de sus derechos por la vía judicial y de no excluir la competencia internacional que corresponde a Venezuela en este caso, la ley dispone que la demanda se proponga ante la autoridad judicial del lugar donde el actor tenga su domicilio, residencia o habitación.¹⁴⁴

¹⁴³ **Arístides Rengel Romberg**. *Manual de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Volumen II, Editorial Arte, Caracas, 1969, N° 104, pp. 74-75.

¹⁴⁴ **Arístides Rengel Romberg**. *Manual de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Volumen II, Editorial Arte, Caracas, 1969, N° 104, p. 75.

144. Asimismo hace saber:

No compartimos en este caso la opinión de nuestro comentarista, Dr. Arminio Borjas, quien sostiene que debe entenderse que la ley se contrae a la acción real sobre bienes muebles que no se encuentren situados en la República. Si tal fuese la hipótesis de la ley, se evidencia que no correspondería a Venezuela la competencia internacional en este caso, porque según el ordinal 1º del artículo 88, la competencia internacional corresponde a Venezuela si se trata de acciones sobre bienes, inmuebles o muebles, *existentes en la República*, y no creemos que la mente de la ley sea atribuir competencia al juez territorial del domicilio, residencia o habitación de actor, sin tener Venezuela competencia procesal internacional en tal hipótesis.

145. El doctor **Arístides Rengel Romberg** también expresa:

La última parte del artículo 91, que fija para las acciones personales y reales sobre bienes inmuebles el fuero del tribunal del lugar donde se encuentren éstos, nos parece superflua, porque no puede haber a este respecto otro caso sino el de la acción personal o real sobre inmueble situado en Venezuela (Art. 88, Ord. 1º) en que tiene competencia internacional la República, y en este caso, la regla del artículo 77 permite proponer la demanda ante el Tribunal del lugar donde se encuentra el inmueble. Si la hipótesis fuere sobre un inmueble situado en el exterior, no tendría Venezuela competencia internacional, y mal podría establecerse un fuero territorial ante el Tribunal del lugar donde se encuentre el inmueble.¹⁴⁵

146. Con relación al artículo 91 del Código de Procedimiento Civil, la Sala de Casación Civil de la extinguida Corte Suprema de Justicia, en decisión del **once de junio de 1975**, siendo Ponente el doctor **Rafael Rodríguez Méndez**, entró “a resolver cuál es concretamente el Tribunal competente”; y al respecto sostuvo:

¹⁴⁵ **Arístides Rengel Romberg. Manual de Derecho Procesal Civil Venezolano.** Volumen II, Editorial Arte, Caracas, 1969, N° 104, pp. 75-76.

cuando el contrato no se haya celebrado en la República ni la obligación deba ejecutarse en ella, la acción personal o real sobre bienes muebles se ejercerá contra el no domiciliado en el país ante el Tribunal del domicilio del actor, y si versare sobre inmuebles en el de la ubicación de éste, con el objeto en los dos primeros casos, de facilitar, como se ha dicho, al actor el ejercicio de su acción y en el último el reconocimiento de la soberanía nacional venezolana.

147. De seguidas fue explicado:

Ahora bien, como en el fallo recurrido se admitió que el demandado, Sociedad Anónima Inter Change Bank, está domiciliado en Suiza, así como que la obligación accionada es resultante del contrato de depósito de dinero celebrado fuera del país, es incuestionable que el caso debe tratarse con arreglo al artículo 91 del Código de Procedimiento Civil, censurando la Sala, naturalmente, el pronunciamiento del fallo recurrido en el que se le declara inaplicable por considerar que la acción intentada no cabe dentro del artículo 91 mencionado.¹⁴⁶

148. No obstante, la Sala de Casación Civil agregó las siguientes consideraciones:

el pronunciamiento del fallo recurrido en el que se le declara inaplicable por considerar que la acción intentada no cabe dentro del artículo 91 mencionado, toda vez que la acción que él prevé es personal sobre bienes muebles y la intentada no es de

¹⁴⁶ *Gaceta Forense, Segunda Etapa*, Tomo 88, pp. 774-775. El Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la extinguida Circunscripción del Distrito Federal y del estado Miranda, en su época a cargo de quien escribe estos comentarios, había afirmado el **primero de marzo de 1971**: “de acuerdo con la legislación venezolana el domicilio de la parte actora por sí sólo no constituye un criterio atributivo de jurisdicción a los Tribunales venezolanos en la esfera internacional. En efecto, el artículo 91 del Código de Procedimiento Civil presupone resuelta afirmativamente la cuestión de la competencia de los Tribunales venezolanos en los términos de los artículos 88 y 89 del mismo Código; y en tal hipótesis, cuando los Tribunales venezolanos pueden considerarse competentes en la esfera internacional, procede a determinar cuál de los diversos Juzgados existentes en Venezuela es el competente en razón del territorio”.

esta naturaleza, sino personal propiamente dicha, cuando lo cierto es que dados los claros términos del señalado precepto legal, es imposible llegar a otra conclusión que no sea la de admitir que en él caben tanto la acción personal *strictu sensu*, como es la promovida en el presente juicio, por pretenderse con ella el reembolso de una suma de dinero que tiene su causa en un derecho de crédito, como también la acción sobre bienes muebles con la que directa o indirectamente se persiga su posesión, siempre, naturalmente, que éstos se encuentren en el país, porque si se encontraran fuera, la competencia correspondería a los Tribunales extranjeros en fuerza del respeto que también debe merecer su soberanía.¹⁴⁷

149. El artículo 92 del Código de Procedimiento Civil, agregado en 1916, dispuso:

Las disposiciones de esta Sección no obstan a la aplicación de las leyes especiales que se dictaren sobre esta materia, las cuales se cumplirán preferentemente.¹⁴⁸

150. El doctor **Arminio Borjas** considera que se trata de un precepto inútil, por cuanto el artículo quinto del propio Código ordena la aplicación preferente de las leyes especiales a las generales;¹⁴⁹ y además agregó los siguientes comentarios:

¹⁴⁷ **Gaceta Forense, Segunda Etapa**, Tomo 88, p. 776. Los comentarios transcritos se refieren a la decisión pronunciada por el Tribunal de segunda instancia, objeto del recurso de casación.

¹⁴⁸ De acuerdo con el artículo catorce de Código Civil de **cuatro de julio de 1916**, “Las disposiciones contenidas en los códigos y leyes nacionales especiales, se aplicarán con preferencia a las de este Código en las materias a que ellas se contraigan”. El mismo texto fue repetido en el artículo 14 del Código Civil del **trece de julio de 1922**; el artículo 14 del Código Civil de **trece de agosto de 1942** cambió la redacción en los términos siguientes: “Las disposiciones contenidas en los códigos y leyes nacionales, se aplicarán con preferencia a las de este Código en las materias que constituyan la especialidad”. Un texto similar había sido incluido en el Código Civil del **veintiocho de octubre de 1862** (Título Preliminar, Ley I, artículo 15) y se ha mantenido en todos los códigos civiles posteriores (artículo 18 de **veintiuno de mayo de 1867**; artículo 12 de **veinte de febrero de 1873**, **diez de diciembre de 1880**, **diecinueve de mayo de 1896** y **nueve de abril de 1904**).

¹⁴⁹ El artículo quinto prescribió: “Las disposiciones y los procedimientos especiales del presente Código se observarán con preferencia a los generales del mismo, en todo cuanto constituya la especialidad; sin que por ese dejen de observarse en lo demás las disposiciones generales aplicables al caso”.

No se nos alcanzan los motivos que hayan inducido al legislador para incurrir en la anotada redundancia, pues si bien es cierto que las disposiciones relativas a los no domiciliados en Venezuela se relacionan estrechamente con importantes cuestiones de Derecho Internacional Privado, y que su aplicación es más frecuente en las controversias en que se haya de demandar a extranjeros, siendo como es relativamente reducido el número de los venezolanos que no tienen en la patria habitación, domicilio o residencia, y que, por consiguiente, existe siempre la posibilidad de que, por medio de Conveniones Diplomáticas o de Tratados Públicos resulten alteradas, y aún derogadas, algunas de dichas disposiciones, la aplicación preferente de las cláusulas de tales instrumentos internacionales está sancionada por el artículo 8 del Código que estamos comentando.¹⁵⁰

151. Por su parte el doctor **Rafael Marcano Rodríguez** se limita a señalar que el artículo constituye “una consagración de la regla *lex specialis generalibus derogant* contenida como principio de nuestro procedimiento en el artículo 5 de este Código”,¹⁵¹ pero el doctor **Ángel Francisco Brice** sostiene:

En nuestro concepto no huelga, porque nada ha dispuesto el Código de Procedimiento sobre interpretación en el caso contemplado en la disposición estudiada, ya que el artículo 5 se refiere únicamente a la preferencia que deben tener las disposiciones y procedimientos especiales del Código de Procedi-

¹⁵⁰ **Arminio Borjas**. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Caracas, 1924, Tomo I, N° 115, pp. 234-235. El artículo octavo del Código de Procedimiento Civil dispuso: “En los casos de aplicación del Derecho Internacional Privado, los jueces atenderán primero a los tratados públicos de Venezuela con la nación respectiva, en cuanto al punto en cuestión; en defecto de tales tratados, aplicarán lo que sobre la materia dispongan las leyes de la República o lo que se desprenda de la mente de la legislación patria; y en último lugar se regirán por los principios de dicho Derecho aceptados generalmente”.

¹⁵¹ **Rafael Marcano Rodríguez**. *Apuntaciones Analíticas sobre las Materias Fundamentales y Generales del Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tomo I, Editorial Bolívar, Caracas, 1941, N° 214, p. 127.

miento con respecto a los generales del mismo; nada dice, pues, en relación a las disposiciones especiales que no sean del Código que estudiamos.¹⁵²

152. La demanda interpuesta ante el Juzgado de Comercio del Distrito Federal por **Natalio Domínguez** para obtener el pago de una suma de dinero de la firma mercantil **Buenaventura Sola Reig** impuso la aplicación del artículo 92 del Código de Procedimiento Civil. En efecto, en el acto de la contestación la parte demandada opuso la excepción dilatoria de incompetencia en virtud de encontrarse domiciliada en Barcelona, España, la cual fue declarada con lugar en primera instancia. Sin embargo, la Corte Superior del Distrito Federal revocó el fallo, decisión confirmada por la Corte Suprema del Distrito Federal.

153. El **once de julio de 1925** el recuso extraordinario interpuesto ante la Sala de Casación de la extinguida Corte Federal y de Casación fue declarado sin lugar por la mayoría de los Magistrados, compuesta por los doctores **Agustín Beroes** (Ponente), **J. de Dios Méndez** y **Mendoza, Rafael R. Revenga** y **C.L. Febres Cordero**.

154. En primer término la mayoría sentenciadora desechó el vicio de forma imputado a la recurrida por falta de motivación; y a estos fines transcribió la parte pertinente de la decisión de instancia, que había dispuesto en los términos siguientes:

Fijan los artículos 1.103, 1.104 y 1.105, del Código de Comercio,¹⁵³ la competencia de los Tribunales en materia comercial, pero es de observar que esas disposiciones sólo se refieren a fijar esa competencia por lo que respecta a los Tribunales de Venezuela, unos entre sí, o sea, en los límites de la República. Este principio es constitucional. De manera que en el caso de

¹⁵² Ángel Francisco Brice. *Lecciones de Procedimiento Civil*. Tomo I, Editorial Nueva Venezuela S. A., Caracas, 1964, Tomo I, N° 89, pp. 201-202.

¹⁵³ La referencia es al Código de Comercio de *veintinueve de junio de 1919*. Sin embargo, sus preceptos fueron sustancialmente reproducidos en las reformas del Código de Comercio hechas el *treinta de julio de 1938* (artículos 1.103, 1.104 y 1.105), el *diecisiete de agosto de 1942* (artículos 1.078, 1.079 y 1.080), el *diecinueve de septiembre de 1945* (artículo 1.074, 1.075 y 1.076) y el *veintiséis de julio de 1955* (artículos 1.094, 1.095 y 1.096), vigente en la actualidad.

autos hay que descartar tales disposiciones por no venir al caso, y aplicar la disposición contenida en el artículo 91 del Código de Procedimiento Civil y declarar: que el Juez de Comercio del Distrito Federal es competente para conocer de este asunto por ser el lugar del domicilio del actor.

155. A mayor abundamiento la mayoría de la Sala de Casación declaró sin lugar la infracción del artículo 1.103 del Código de Comercio, “por cuanto del contrato celebrado entre demandante y demandado, no consta que se haya fijado lugar alguno para su ejecución; y que faltando ese requisito, la aplicación del mencionado artículo 1.103 del Código de Comercio no ha podido tener efecto en este expresado caso concreto.”¹⁵⁴

156. Por último, fue desechada la infracción del artículo decimocuarto del Código Civil que ordena aplicar preferentemente las disposiciones especiales, en el caso concreto, el Código de Comercio. A este respecto, sin mencionar el artículo 92 del Código de Procedimiento Civil, la mayoría de la Sala de Casación Civil decidió

que no existe la infracción del artículo 14 del Código Civil, que aquí se estudia, sino su correcta aplicación, porque, conforme a lo dispuesto en él, los sentenciadores aplicaron, como especial que es al respecto, el artículo 91 del Código de Procedimiento Civil, según el cual, cuando el contrato no se haya celebrado en Venezuela y la persona no tenga habitación, residencia o domicilio elegido en la República, ni haya un lugar establecido para la ejecución del contrato, la acción personal o la real sobre bienes muebles se propondrán ante la autoridad judicial donde el actor tenga su domicilio, residencia o habitación.¹⁵⁵

¹⁵⁴ El artículo 1.103 del Código de Comercio de 1919 dispuso: “En materia comercial son competentes: El Juez del domicilio del demandado. El lugar donde se celebró el contrato y se entregó la mercancía. El del lugar donde deba hacerse el pago”.

¹⁵⁵ **Memoria de la Corte Federal y de Casación presentada al Congreso Constitucional de los Estados Unidos de Venezuela en su reunión de 1926**, Caracas, 1926, pp. 334-336.

157. Los Magistrados disidentes, doctores **Juan Francisco Bustillos, Inocencio de J. Quevedo y José Eugenio Pérez** fundamentaron su opinión contraria en las siguientes razones:

La disposición contenida en el artículo 91 del Código de Procedimiento Civil, que los jueces de la recurrida han aplicado para determinar la competencia en el caso de autos, será una disposición especial en relación con las demás de la propia sección, por cuanto toca concretamente al punto de los no domiciliados en Venezuela, a los efectos de la competencia civil, que es de la que se trata en la citada disposición. Pero no lo es en relación con la materia y el carácter del juicio, que es la competencia que debe privar en el particular, por tratarse en este juicio de materia esencialmente mercantil; y es precisamente a esta especialidad a la que se refiere el artículo 92 *ejusdem*, que sigue inmediatamente al precitado, al establecer que las disposiciones anteriores no obstan a la aplicación de las *leyes especiales* que se dictaren sobre esta materia, las cuales se aplicarán *preferentemente*.

158. En consecuencia, sostuvieron la obligación de aplicar el artículo 1.103 del Código de Comercio, que atribuía competencia, a elección del actor, a los tribunales del domicilio del demandado; al del lugar donde se celebró el contrato y se entregó la mercancía; y al del lugar donde deba hacerse del pago. Ahora bien, por cuanto ninguno de estos últimos supuestos aparecía cumplido en caso de autos, concluyeron que la demanda debió haberse propuesto ante los tribunales del domicilio del deudor, con la consiguiente falta de jurisdicción de los tribunales venezolanos.¹⁵⁶

159. Un criterio distinto sostuvo el **primero de marzo de 1971** el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la extinguida Circunscripción del Distrito Federal y del estado Miranda, en su época a cargo de quien escribe estos comentarios. En esa oportunidad se decidió:

¹⁵⁶ Memoria de la Corte Federal y de Casación presentada al Congreso Constitucional de los Estados Unidos de Venezuela en su reunión de 1926, Caracas, 1926, pp. 336-337.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.094 del Código de Comercio, de aplicación preferente en conformidad con el artículo 14 del Código Civil, “En materia comercial son competentes: el Juez del domicilio del demandado. El del lugar donde se celebró el contrato y se entregó la mercancía. El del lugar donde deba hacerse el pago.

Tal precepto tiende a resolver los problemas de competencia por razón del territorio entre los diversos Tribunales Mercantiles existentes en la República; pero resulta indudable que los mismos criterios deben de funcionar, en principio, cuando se trata de delimitar la jurisdicción de la República de Venezuela en general frente a la que pueda corresponder a los demás países que integran la comunidad internacional. En efecto, a falta de normas en la legislación patria que resuelven directamente y establezcan los criterios atributivos de competencia respecto de litigios que presenten algún elemento de extranjería, resulta indudable, desde un punto de vista práctico, la necesidad de acudir a los elementos utilizados en el ordenamiento jurídico interno para distribuir la competencia territorial de los diversos tribunales de la República.

Ahora bien, en el presente caso no se realiza ninguna de las hipótesis previstas por el artículo 1.094 del Código de Comercio: el instituto bancario demandado tiene su domicilio en el extranjero, como lo ha reconocido la propia parte actora en el curso de este proceso; el contrato objeto de la presente demandado no fue celebrado en Venezuela ni tampoco en la República se hizo entrega de la mercancía, objeto del contrato; y la República de Venezuela no es el lugar donde debe efectuarse el pago.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Juicio intentado por *Emilio Díaz Chapartegui* contra *Giuseppe Vittoria Fabricini* contra *Sociedad Anónima Inter-Change Bank*.

160. **El artículo 78 el Código de Procedimiento Civil de 1916** repitió sin modificaciones el fuero sucesoral establecido en el código anterior;¹⁵⁸ y al respecto explicó el doctor **Arminio Borjas**:

Tratándose de la sucesión de un venezolano muerto fuera de la República, se basa este principio en la ficción de que dicho ciudadano tenía al morir un domicilio en Venezuela: el del lugar en que se hallaba la mayor parte de sus bienes, por ser ese lugar el del asiento de sus intereses principales. Pero como el principio es igualmente aplicable a las acciones relacionadas con la sucesión de los extranjeros muertos fuera de la República, y la citada ficción explicativa no tiene en tal hipótesis razón de ser, conviene advertir que motivos de otro orden lo explican y demuestran.

161. A este respecto el doctor **Arminio Borjas**, con apoyo en **Francisco Ricci**, explica que las cosas propiedad de extranjeros existentes en nuestro territorio se encuentran protegidas por la ley al igual que las de los ciudadanos; y, por tanto, es lógico y justo que los derechos relativos a tales bienes se hagan valer ante los magistrados a quienes las leyes confían su protección, pues de lo contrario al magistrado local no se le reservaría otra facultad que la de ejecutar las sentencias extranjeras.¹⁵⁹

162. De acuerdo con el doctor **Arminio Borjas** se trata de una competencia obligatoria y excluyente de cualquier otra competencia territorial pues, si no lo fuera, resultaría “inútil declarar que las acciones referen-

¹⁵⁸ El artículo 986 del Código Civil del **cuatro de julio de 1916** reprodujo el texto del código anterior que dispuso: “La sucesión se abre en el momento de la muerte, en el lugar del último domicilio del *de cujus*”; precepto repetido en los Códigos Civiles de **trece de julio de 1922** (artículo 996), **trece agosto de 1942** (artículo 993) y en su reforma parcial de **veintiséis de julio de 1982** (artículo 993). Por tanto, atribuyeron jurisdicción a los tribunales venezolanos en materia sucesoral cuando el último domicilio se encontraba en Venezuela, con independencia de la nacionalidad del difunto.

¹⁵⁹ **Arminio Borjas. Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Caracas, 1924, Tomo I, N° 101 I, p. 199. El doctor **Arminio Borjas** recuerda el “lastimoso caso” relatado por el doctor Ramón F. Feo (véase antes los números 64 y 65 de este trabajo); pero en su criterio “el error es cosmopolita”, como lo demuestra un fallo de la Casación de Nápoles del **treinta de noviembre de 1869**, de acuerdo con cual el artículo 94 del Código de Procedimiento Civil italiano de 1865 (idéntico al 78 del Código venezolano) sólo es aplicable cuando se trata de la sucesión de los nacionales abierta en el extranjero.

tes a la sucesión pueden también ser promovidas ante la referida autoridad judicial del domicilio común de los demandados”.¹⁶⁰

163. Con ocasión del artículo 78 del Código de Procedimiento Civil el doctor **Rafael Marcano Rodríguez** expuso las diversas doctrinas relativas a la ley aplicable en materia de sucesión; y recordó que la sucesión se abre en el extranjero cuando el *de cujus* tuvo su último domicilio fuera de la República, conforme al artículo 986 del Código Civil de 1922.¹⁶¹ Al decir de **Pedro Pineda León**, si un venezolano no domiciliado en el país muere en Viena donde se encuentra domiciliado pero deja bienes en el territorio nacional, “por propio celo a la soberanía, Venezuela cobra esa competencia para conocer de todas las acciones que se puedan relacionar con esa sucesión”;¹⁶² **Ángel Francisco Brice** considera que no se trata de una competencia obligatoria, como lo sostiene Arminio Borjas, por cuanto expresamente se admite la posibilidad de intentar las indicadas acciones en el domicilio de los demandados, pero sólo si lo tienen común, motivo por el cual el actor no puede escoger cualquiera de ellos según lo permite el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil;¹⁶³ **Humberto Cuenca** se limita a advertir que el precepto solamente dilucida la cuestión de competencia sin esclarecer nada en cuanto a los problemas relativos a la ley aplicable;¹⁶⁴ y **Aristides Rengel Romberg**, sin comentarios especiales sobre los casos de apertura de la sucesión en el extranjero, explica:

siendo la herencia una universalidad de bienes –derechos y obligaciones– que pasa al abrirse la sucesión a los herederos

¹⁶⁰ **Arminio Borjas. Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Caracas, 1924, Tomo I, N° 101 III, p. 200-201. Así lo dispuso el último párrafo del artículo 78 del Código de Procedimiento Civil.

¹⁶¹ **Rafael Marcano Rodríguez. Apuntaciones Analíticas sobre las Materias Fundamentales y Generales del Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tomo II, Editorial Bolívar, Caracas, 1941, N° 186, pp. 45-54.

¹⁶² **Pedro Pineda León. Lecciones Elementales de Derecho Procesal Civil**. Tomo I, Segunda Edición, Talleres Gráficos Universitarios. Mérida. Venezuela, 1964, pp. 155-156.

¹⁶³ **Ángel Francisco Brice. Lecciones de Procedimiento Civil**. Tomo I, Editorial Nueva Venezuela S. A., Caracas, 1964, Tomo I, N° 76, p. 188. La necesidad del domicilio común de los demandados fue señalada por la extinguida Corte Federal y de Casación, Sala Federal, en sentencia del treinta de enero de 1952 (*Gaceta Forense*, Año III, Volumen 10, pp. 74-75).

¹⁶⁴ **Humberto Cuenca. Derecho Procesal Civil**, Tomo II, Imprenta Universitaria, Caracas, 1968, N° 475, p. 74.

del *de cuius*, testamentarios o no, quedando éstos investidos con el carácter de comuneros a título universal (*universum jus defuncti*), la ley ha querido investir al lugar de la apertura de la sucesión con el carácter de fuero especial (*forum apertae successionis*) para el conocimiento de las acciones enumeradas en el artículo 78 del Código de Procedimiento Civil, por suponer que allí debe encontrarse la mayor parte de los bienes, así como los títulos correspondientes y las relaciones que interesan a los herederos y otras personas.¹⁶⁵

164. La Sala de Casación de la extinguida Corte Federal y de Casación, siendo Ponente el doctor **Carlos Acedo Toro**, explicó el **dieciséis de diciembre de 1959**:

La herencia es una universalidad de bienes –derechos y obligaciones– que pertenecientes en vida al *de cuius* pasa al abrirse la sucesión a sus herederos, testamentarios o no, en la proporción de sus derechos sucesorales, quedando éstos investidos con el carácter de comuneros a título universal (*universum jus defuncti*), comunidad que difiere de la ordinaria por cuanto ésta nace de la adquisición de derechos indivisos sobre bienes determinados, sin que conlleven la categoría de una universalidad, o sea, que la adquisición que le da origen se hace a título particular (*uti singuli*).¹⁶⁶

165. Por otra parte, el **doce de abril de 1967** la Sala Político Administrativa de la extinguida Corte Suprema de Justicia, siendo Ponente el doctor **J. M. Padilla Hernández**, hizo la siguiente declaración:

Es principio acogido por la legislación de otros países y consagrado expresamente por la nuestra en el artículo 993 del Código Civil, que la sucesión se abre en el momento de la muerte y en el lugar del último domicilio del *de cuius*, por suponerse

¹⁶⁵ **Arístides Rengel Romberg. Manual de Derecho Procesal Civil Venezolano.** Volumen II, Editorial Arte, Caracas, 1969, N° 84, pp. 27-28.

¹⁶⁶ **Gaceta Forense, Segunda Etapa, 1959, N° 26**, p. 258 (Juicio propuesto por *Emiliano Escobar Áñez* contra la *Compañía Anónima Maderera*).

que en dicho lugar se encuentra el centro principal de los negocios e intereses de éste.

Por igual motivo, la doctrina, los tratados y los principios dominantes en el campo del Derecho Internacional Privado, atribuyen competencia para conocer de las acciones que suscite la apertura de la sucesión a los Tribunales que tengan jurisdicción en el lugar del último domicilio del *de cujus*.

En este orden de ideas, el artículo 78 del Código de Procedimiento Civil establece las reglas relativas a la competencia de los Tribunales en los juicios de testamentaria o sucesiones *ab intestato*, basado en una precisa distinción entre los casos en que el *de cujus* hubiere estado domiciliado en nuestro país y aquellos en que hubiere tenido su domicilio en el exterior.

En la primera de esas hipótesis las acciones de petición de herencia, partición, rescisión de ésta, saneamiento de las cuotas asignadas y cualesquiera otra entre coherederos, así como los que se propongan contra los albaceas o contra la sucesión por los acreedores o legatarios, pueden intentarse libremente o dentro de los plazos que en algunas de sus previsiones establece el citado artículo, ante los Tribunales competentes del lugar de la apertura de la sucesión o de los que ejerzan jurisdicción en el lugar donde estén domiciliadas las personas contra quienes se proponga la demanda, si todos ellos tienen el mismo domicilio.

Dichas acciones pueden proponerse también ante estos últimos Tribunales o ante los que tengan jurisdicción en el lugar donde se encuentre la mayor parte de los bienes existentes dentro del territorio nacional, cuando la sucesión se haya abierto en el extranjero.

Tales disposiciones son de orden público y, como tales, excluyen la competencia de los Tribunales extranjeros para conocer de cualesquiera de las acciones arriba señaladas, si

ellas tienen por objeto bienes muebles o inmuebles situados en Venezuela.¹⁶⁷

166. El artículo 523 del Código de Procedimiento Civil de 1916 repitió el mandato del código anterior que dispuso:

Es juez competente para conocer de los juicios de divorcio o de separación de cuerpos el que ejerza la plena jurisdicción ordinaria en Primera Instancia en el lugar del domicilio conyugal.¹⁶⁸

¹⁶⁷ **Gaceta Forense, Segunda Etapa, 1967**, Tomo 56, p. 23. El pronunciamiento fue hecho con motivo de la solicitud presentada por *Ivette Baxter LaCruz* para obtener el *exequatur* de la sentencia pronunciada por la Corte del Condado en y para el Condado de Dade, Estado de Florida, Estados Unidos de la América del Norte, en el juicio sobre la sucesión de *Baldomero LaCruz*, norteamericano fallido en Miami.

¹⁶⁸ La noción de domicilio conyugal fue objeto de interpretación progresiva. La doctrina clásica mantuvo su identificación con el domicilio del marido, y así se consagró en el artículo veintisiete del Código Civil de **cuatro de julio de 1916** que dispuso en su primer párrafo: “La mujer no separada legalmente tiene el mismo domicilio que su marido. Disuelto el vínculo, lo conserva mientras no adquiera otro”. La disposición fue reproducida sustancialmente en el artículo 27 del Código Civil de **trece de julio de 1922** y en el artículo 33 del Código Civil de **trece de agosto de 1942**. La reforma del **veintiséis de julio de 1982** refleja el cambio de concepciones, pues el primer párrafo del artículo 33 dispuso: “El domicilio de cada uno de los cónyuges se determinará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de este Código”; y de acuerdo con el artículo 27, “el domicilio de una persona se halla en el lugar donde tiene el asiento principal de sus negocios e intereses”. La evolución se observa igualmente en la jurisprudencia patria. El **dieciocho de octubre de 1973** la mayoría de los miembros de la Sala de Casación Civil de la extinguida Corte Suprema de Justicia, compuesta por los doctores *Carlos Trejo Padilla* (Ponente), *Ignacio Luis Arcaya* y *R. Rodríguez Méndez*, sostuvieron que el domicilio conyugal contemplado por el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil no es el lugar donde el marido tiene el asiento principal de sus negocios o intereses o adonde lo haya trasladado, sino el lugar donde el matrimonio recibe su cabal realización, es decir, en la sede de sus actividades sociales, familiares, espirituales y morales” (**Repertorio Forense**, Caracas, N° 2601, *veintisiete de diciembre de 1973*). En el mismo sentido se pronunció la Sala Político Administrativa el **veinte de marzo de 1975**, siendo Ponente el doctor *Martín Pérez Guevara*, cuando afirmó: “Según el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, la competencia de los tribunales en materia de divorcio y de separación de cuerpos la determina el domicilio conyugal, o sea, el lugar donde ambos cónyuges conviven, tienen el asiento principal de sus negocios e intereses y ejercen y cumplen, respectivamente, los derechos y deberes que engendra el matrimonio entre marido y mujer (y con los hijos si los hay), quienes forman en conjunto una comunidad de intereses que son los que dan sentido y vida al concepto de hogar, como expresión cabal de la existencia de la familia, integrada a su vez a la sociedad de la que forma parte. Por ello el domicilio conyugal no es el domicilio del marido ni el de la mujer ni el que ambos escojan arbitrariamente con el fin de divorciarse o separarse de cuerpos y de bienes, sino aquél lugar o sitio donde el tiempo y la vida han hecho posible el establecimiento y actuación real del matrimonio, como una empresa común alentada por el afecto y basada en la contribución moral, espiritual y material de ambos cónyuges, para lograr los fines que legalmente tiene la institución entre nosotros” (**Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, Número 1754 Extraordinario, *diecinueve de junio de 1975*, p. 12).

167. Se trata de un precepto un atributivo de competencia interna *rationae loci* entre los diversos tribunales de la República por cuanto ninguna referencia hace a eventuales elementos de extranjería de la controversia. Sin embargo, como ocurrió en épocas anteriores, fue considerado aplicable en la esfera internacional para distribuir la jurisdicción entre los diversos Estados.

168. Así lo advirtió en forma expresa el doctor **Joaquín Sánchez Covisa**, cuando comentó el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil en los términos siguientes:

Aunque este precepto contiene una simple norma de competencia procesal territorial interna, es transformable, por vía analógica, en una norma de competencia procesal internacional, máxime teniendo en cuenta que coincide con el criterio general de atribución de jurisdicción a los tribunales venezolanos que se deriva de los artículos 88 y 89 del Código de Procedimiento Civil.¹⁶⁹

169. La misma interpretación fue aceptada pacíficamente por los tribunales venezolanos. En efecto, poco tiempo después de la vigencia del Código de Procedimiento Civil de 1916, el **quince de enero de 1919** la Corte Superior del Distrito Federal declaró

Que debiendo considerarse que el domicilio de la esposa es el mismo del marido, y no apareciendo que el demandado haya tenido nunca su domicilio en Venezuela, ni sabiéndose siquiera cuál es ese domicilio, no puede considerarse esta ciudad como el domicilio conyugal de los esposos González Hernández, y, por tanto, el Tribunal de Primera Instancia carecía de jurisdicción para conocer de este asunto a tenor de lo dispuesto en el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil.¹⁷⁰

¹⁶⁹ **Joaquín Sánchez Covisa**. *Orden Público Internacional y Divorcio vincular*, *Studia Iuridica*, N° 1, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1957; reproducido en *Obra Jurídica de Joaquín Sánchez Covisa*, Ediciones de la Contraloría General de la República, Caracas, 1976, nota 39, p. 464.

¹⁷⁰ La Corte Superior del Distrito Federal estaba compuesta por *Juan F. Colmenares* (Presidente), *Luis Manuel García* (Relator) y *Marcial Hernández Salas* (Canciller).

170. De igual manera, el **veintisiete de mayo de 1993**, la Sala Político-Administrativa de la extinguida Corte Suprema de Justicia, siendo Ponente la doctora **Hildegard Rondón de Sansó**, advirtió que:

La reiterada jurisprudencia venezolana aplicaba por analogía a los divorcios con elementos extranjeros, en ausencia de normas específicas, el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, es decir, consideraba tribunales internacionalmente competentes en materia de divorcio a los del domicilio conyugal.¹⁷¹

171. La Corte Superior del Distrito Federal en su sentencia del **quince de enero de 1919** también descartó la posible aplicación del artículo 88 de Procedimiento Civil para atribuir jurisdicción a los tribunales venezolanos en materia de divorcio; y al respecto hizo los siguientes señalamientos:

el artículo 88 *eiusdem* señala taxativamente los dos casos siguientes en que puede ser demandada una persona no domiciliada en la República: “1º Si se tratare de acciones sobre bienes inmuebles o muebles, existentes en la República. 2º Si se tratare de obligaciones provenientes de contratos o hechos verificados en la República, o que deban ejecutarse en ella”; y como en ninguno de estos casos se encuentra el demandado, carecía también por esta razón de competencia para conocer en este asunto el referido Juzgado de Primera Instancia.¹⁷²

¹⁷¹ Expediente del juicio propuesto por *Sol Cifuentes Gruber* contra *Alberto Jaimes Berti*. La **Gaceta Forense**, órgano de publicidad de nuestro Supremo Tribunal, debía reproducir sus decisiones. Así ocurrió, aun cuando con mucho retardo; pero se suspendió su publicación sin advertencia o explicación de ninguna clase. El número 149, Volumen I (Julio a Septiembre de 1990) es el último publicado con las decisiones de la Sala Político Administrativa, siendo de advertir que no circuló el Volumen I del Número 147, correspondiente al trimestre Enero – Marzo de 1990. Estas circunstancias explican que la sentencia transcrita en el texto no fuera publicada en la *Gaceta Forense*.

¹⁷² A todo evento, la Corte Superior del Distrito Federal declaró sin lugar la demanda porque el divorcio se encontraba prohibido por la ley española de la nacionalidad de los cónyuges, aplicable en materia de estado y capacidad por mandato de los artículos 9 y 26 del Código Civil; y se abstuvo de atribuir carácter de orden público a las normas venezolanas que permitían el divorcio vincular (**Revista de Derecho y Legislación**, Caracas, 1921, pp. 73-76). El **treinta de julio de 1920** la Corte Suprema del Distrito Federal, integrada por *José Abel Montilla* (Presidente), *Juan Bautista Chávez* (Relator) y *Agustín Avelado hijo* (Canciller), revocó la sentencia anterior por razones procedimentales, ya que el defensor del demandado ausente se había limitado a contradecir la demanda, “sin que hubiese opuesto ninguna clase excepciones ni defensas antes de la contestación de la demanda, ni en el acto de verificarse ésta”. En consecuencia, el fallo debió abstenerse de tomar en cuenta la prohibición consagrada por el derecho español y “concretarse únicamente a lo pedido en el libelo de la demanda y a su contestación, teniéndose a la vista el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil” (**Revista de Derecho y Legislación**, Caracas, 1921, pp. 107-110).

172. Años más tarde, el **nueve de febrero de 1966**, la Sala de Casación en lo Civil, Mercantil y del Trabajo de la extinguida Corte Suprema de Justicia, siendo Ponente el doctor **José Román Duque Sánchez**, hizo la misma afirmación en los términos siguientes:

El artículo 88, numeral 2º del Código de Procedimiento Civil se contrae a obligaciones que no sean de naturaleza de las aquí ventiladas, pues en un contrato, por ejemplo, de venta, arrendamiento y otros, el hecho de que el obligado no tenga su domicilio en Venezuela, no puede ser óbice, ciertamente, para que pueda ser demandado en Venezuela, si como lo dice el citado ordinal –se trata de “contratos o hechos verificados en Venezuela o que deban ejecutarse en ella”. Pero cuando –como en el caso concreto– no se trata de fijar la competencia del Tribunal porque “el hecho se haya verificado en Venezuela o deba ejecutarse en ella”, sino simplemente de fijar dicha competencia en un juicio de divorcio por el lugar del domicilio conyugal, que lo determina a su vez el domicilio del marido, establecido que éste lo tenía en la ciudad de Calarcá, Colombia, mal pueden los juzgadores de la recurrida haber violado el aludido ordinal 2º del artículo 88, cuando se declararon incompetentes para conocer del presente juicio.¹⁷³

173. **El artículo veintidós del Código de Procedimiento Civil de 1916** reprodujo el mandato del código anterior que dispuso la consulta con el superior, aun cuando no fuere apelada, la sentencia que desconociere o menoscabare la jurisdicción de la República; y su fundamento es justificado por el doctor **Arminio Borjas** en los siguientes términos:

Es atributo de la soberanía de los Estados la administración de la justicia dentro de su territorio. Esa soberanía se ejerce por medio de los poderes públicos, uno de los cuales, y no el menos importante, es el judicial. Toda cuestión, por consiguiente, que se roce con la jurisdicción judicial de un Estado, afecta su soberanía, es decir, la esencia de su vida, la condición primordial

¹⁷³ **Gaceta Forense, Segunda Etapa**, Tomo 51, p. 352.

que lo coloca bajo pie de igualdad en el concierto de las Naciones. Concíbese, desde luego, cuánta es la trascendencia de todo fallo en que se niegue o se menoscabe la jurisdicción de la República, porque si llega a causar ejecutoria, siempre podrá ser alegado en casos análogos como un precedente oponible a la Nación por cuantos tengan interés en ello, especialmente por particulares y gobiernos extranjeros. No siempre la decisión sobre materia tan grave incumbe a Tribunales de saber y de experiencia reconocidos, ni siempre en todos los casos hay una parte que represente los intereses nacionales o a quien convenga apelar para ante la superioridad correspondiente. Por ello la ley, a todo evento y velando por la jurisdicción nacional, impone la consulta de tales fallos aunque no se hubiese apelado de ellos.¹⁷⁴

174. Por su parte el doctor **Rafael Marcano Rodríguez** explicó:

La República tiene jurisdicción plena para dirimir por medio de sus Tribunales todas las controversias que ante ellos ocurran. Pero pueden sobrevenir casos en los cuales sea dudoso su derecho jurisdiccional, sobre todo, cuando se trata de extranjeros. Las cuestiones que más generalmente plantean la duda son las relativas al divorcio, a los derechos de familia, al estado de las personas, a las sucesiones, a los testamentos, a la prueba y a los efectos de los contratos. La materia en la que se ocupa este artículo es de una gran trascendencia por la íntima relación que ofrece con la soberanía nacional. Una nación no puede abdicar de su jurisdicción judicial sin desprenderse de la soberanía que en ella está idealmente radicada; y cualquiera desmembración de la autoridad nacional, sobre la cual se apoya la existencia de la sociedad constituida en Estado, desnaturaliza en su principio activo la esencia de la soberanía. Y pues no puede concebirse un pueblo libre sino asistido de la plenitud de su personalidad nacional, toda cesión o abdi-

¹⁷⁴ **Arminio Borjas**. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Caracas, 1924, Tomo I, N° 31, p. 61.

cación de ella, aunque sea fraccionaria, produce honda perturbación en la vida política y trascendente del Estado.¹⁷⁵

175. Establecidas las anteriores premisas el doctor **Rafael Marcano Rodríguez** agregó los siguientes comentarios:

Tratándose de la jurisdicción judicial puede acontecer, *según la índole de la materia*, que la Nación, o no la tenga en absoluto, o la tenga en concurrencia con otra nación, o le pertenezca únicamente a ella de un modo particular y exclusivo. Y en el acertar cuando se está en alguno de estos casos, estriba la gravedad de la materia en relación con el derecho internacional; por lo cual, cada vez que resulta decidido por nuestros tribunales que la Nación carece de jurisdicción para conocer de un problema de esta índole, deberá oficiosamente consultarse con el Superior la decisión de la cual resulte negada o menoscabada nuestra jurisdicción.¹⁷⁶

176. Al respecto el doctor **Ángel Francisco Brice** advierte que no basta “que se haya discutido la jurisdicción, se requiere que la cuestión se declare con lugar”; y agrega:

La consulta es uno de los modos de impulsar el proceso, sin la instancia de las partes, y en ello se diferencia de la apelación pues ésta no puede surtir sus efectos, no puede surgir en el proceso, sin la voluntad de las partes ... la revisión del fallo en estos casos tiene lugar tanto de oficio como a instancia de parte. Este artículo nos da un ejemplo del poder inquisitivo del juez, uno de los principios fundamentales del Derecho Procesal, como ya hemos dicho. La razón de ser de la disposición

¹⁷⁵ **Rafael Marcano Rodríguez**. *Apuntaciones Analíticas sobre las Materias Fundamentales y Generales del Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tomo I, Editorial Bolívar, Caracas, 1941, N° 33, pp. 98-99.

¹⁷⁶ **Rafael Marcano Rodríguez**. *Apuntaciones Analíticas sobre las Materias Fundamentales y Generales del Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tomo I, Editorial Bolívar, Caracas, 1941, N° 33, p. 99.

que estudiamos, se descubre al considerar que la competencia territorial, es materia de orden público, y por lo tanto, los tribunales están obligados a velar por ella.¹⁷⁷

177. El Código de Procedimiento Civil no se limitó a consagrar en términos generales la “incompetencia del Tribunal” como excepción dilatoria. El ordinal primero del artículo 248 especificó que se trataba de “la declinatoria de la jurisdicción del Tribunal ante el cual se haya propuesto la demanda, por incompetencia de éste o por litispendencia, o porque el asunto deba acumularse a otro proceso de que esté conociendo un Tribunal distinto”;¹⁷⁸ de acuerdo con el artículo 247 debían oponerse, en primer término, “todas las excepciones dilatorias a que hubiere lugar, sin admitirse después ninguna otra”; el artículo 254 estableció el recurso de apelación “ya se admitan o se desechen”, pero sin mencionar la consulta ordenada en el artículo 22; su declaratoria con lugar produjo la consecuencia de “pasar los autos al Juez competente para que continúe conociendo, conforme al procedimiento que debe seguir”, a tenor del artículo 256, ordinal primero; el último párrafo del artículo 418 admitió la posibilidad de recurso de casación “contra la interlocutoria que decida la excepción declina-

¹⁷⁷ Ángel Francisco Brice. *Lecciones de Procedimiento Civil*. Tomo I, Editorial Nueva Venezuela S. A., Caracas, 1964, N° 27, pp. 101-102.

¹⁷⁸ De acuerdo con el doctor **Humberto Cuenca** “más que una excepción, es un presupuesto procesal de validez y su objeto no es propiamente la “declinatoria de la jurisdicción”, como dice el texto legal, porque ningún juez puede declinar el poder de administrar justicia, sino el conocimiento de determinado asunto por falta de competencia” (*Curso de Casación Civil*, Tomo II, Imprenta Universitaria, Caracas, 1963, p. 101). No obstante es de recordar que la competencia es la medida de la jurisdicción según reconoce el propio doctor **Humberto Cuenca** (*Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Imprenta Universitaria, Caracas, 1968, N° 407, pp. 3-5). Por otra parte, con el beneplácito de la doctrina venezolana, la *Corte Federal y de Casación, en Sala de Casación*, advirtió el **trece de marzo de 1953**: “La excepción de declinatoria de jurisdicción, como consecuencia que es de la garantía constitucional de que nadie puede ser juzgado sino por sus jueces naturales y conforme al procedimiento adecuado preestablecido, implica una razón de economía procesal, evitar la inseguridad en el juicio, a la vez que es garantía de la igualdad de las partes en el proceso. Con dicha defensa se evita al demandado, en cuyo favor ha sido establecida, sorpresas del actor, quien de otro modo pudiera escoger a su antojo el Juez de su conveniencia y soslayar el procedimiento, con mengua del derecho de defensa del demandado, si el procedimiento y la jurisdicción escogidos por el actor fueran suficientemente atributivos de competencia, sin tomarse en cuenta las alegaciones del reo” (*Gaceta Forense, Primera Etapa*, N° 13, p. 198).

toria por incompetencia del tribunal”;¹⁷⁹ y el primer párrafo del artículo 424 previno que “el recurso de casación contra la interlocutoria que decida la excepción declinatoria por incompetencia del Tribunal, se anunciará dentro de diez días a contar de su publicación”.

178. Con relación al último párrafo del artículo 418 del Código de Procedimiento Civil el doctor **Pedro Miguel Reyes** estima que

Tal agregación es anticientífica, redundante y por lo menos constituye lo que llaman los maestros una *inelegantia juris*. ¿Qué diferencia existe, suficiente para justificar la agregación, entre la sentencia del incidente de declinatoria de jurisdicción y las sentencias de las interlocutorias a que se contrae el aparte? Precisamente éste no hace excepciones de ninguna especie; todas las interlocutorias que puedan ocurrir en el juicio, cuando fueren confirmatorias de alguna providencia que causare daño irreparable, caen bajo el imperio de la disposición. Y tal incidencia de declinatoria es una de las mil que trae el procedimiento. Por tanto, la agregación es inútil.¹⁸⁰

179. El doctor **Arminio Borjas** sostiene una opinión distinta, por cuanto, en su criterio,

la sentencia interlocutoria en referencia no versa por lo general sobre punto alguno que influya en el fallo definitivo, desde luego que la cuestión de incompetencia del juzgador es casi siempre completamente extraña al fondo de la controversia, y

¹⁷⁹ El último párrafo del artículo 418 del Código de Procedimiento Civil de 1916 dispuso: “también podrá intentarse el recurso contra las sentencias interlocutorias con fuerza de definitivas, aunque no pongan fin al juicio ni impidan su continuación, cuando fueren confirmatorias de alguna providencia que causare daño irreparable por la definitiva; y contra la interlocutoria que decida la excepción de incompetencia del Tribunal”. El doctor **Arminio Borjas** informa que esta disposición fue tomada del artículo 538 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española (**Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Caracas, 1924, reproducción por la Editorial Bibloamericana Argentina – Venezuela, Buenos Aires, 1947, Tomo I, N° 279 I, p. 91).

¹⁸⁰ **Pedro Miguel Reyes. Anotaciones al Código de Procedimiento Civil**, Imprenta El Universal, Caracas, 1917, p. 138. La opinión es compartida por el doctor **Ángel Francisco Brice (Lecciones de Procedimiento Civil. Tomo III, Litocromo C.A., Caracas, 1964, N° 393, p. 129).**

porque en los casos en que dicha cuestión se relaciona con alguna de las que integran el problema de la *litis*, e influye, por lo tanto, sobre el fondo del negocio, sería necesario que el recurso de casación se fundase en el hecho de que la sentencia recurrida adoleciese de alguno de los vicios anulatorios que enumera el artículo 162 del Código de Procedimiento Civil, ya que no es posible que ese fallo se encuentre nunca comprendido en ninguna de las otras dos circunstancias exigidas por el artículo 421 para la procedencia del recurso de forma. Es claro, por consiguiente, que la sentencia decisoria del incidente de declinatoria por incompetencia, que se llegue a encontrar en las poco frecuentes circunstancias indicadas, sería accionable en casación como las demás interlocutorias comprendidas en ellas; pero como el legislador, por consideraciones fundamentalmente jurídicas, ha querido que *en todo caso*, aun en aquellos que no se hallen dentro de las precitadas circunstancias, sea admisible el recurso extraordinario contra las expresadas interlocutorias, era forzoso, y de ninguna manera redundante, que lo expresase de modo categórico.

180. El doctor **Arminio Borjas** agregó las siguientes observaciones:

Sería absurdo, por injusto y por contrario a los principios, que subsistiesen válidos, sin remedio posible, un fallo dictado y un procedimiento seguido por un Juez incompetente, por un Juez cuya incompetencia pudiera ser *absoluta*, de orden público, y que ello se debiese al solo hecho de que la decisión de la incidencia de la excepción de declinatoria no prejuzgó sobre el fondo, y lo que es peor, de que, aun cuando habiendo influido sobre el mérito, no adoleció de ninguno de los vicios a que se refiere el artículo 162 del Código de Procedimiento Civil. Las cuestiones sobre incompetencia, en cuya decisión pudiera hasta ser desconocida la jurisdicción de la República, deben ser siempre recurribles en casación.¹⁸¹

¹⁸¹ **Arminio Borjas**. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*. Caracas, 1924, reproducción por la Editorial Bibloamericana Argentina – Venezuela, Buenos Aires, 1947, Tomo IV, N° 410 II, p. 163.

181. Por otra parte, no obstante el mandato del ordinal primero del artículo 156 del Código de Procedimiento Civil, el doctor **Arminio Borjas** advirtió:

Puede suceder que el efecto de la declinatoria sea el desconocer la jurisdicción de los Tribunales de la República en determinadas controversias, y así deberá declararse en los casos de absoluta incompetencia de la autoridad venezolana, todo conforme a las leyes de Venezuela, siendo entre ellas de preferente aplicación los tratados o las Convenciones Internacionales.¹⁸²

182. El **veintiséis de septiembre de 1974** la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo de la extinguida Corte Suprema de Justicia, siendo Ponente el doctor **Carlos Trejo Padilla**, explicó a este respecto:

Es cierto que el efecto de la declaratoria con lugar de la excepción dilatoria de incompetencia del Tribunal es, al tenor de lo previsto en el ordinal 1° del artículo 256 del Código de Procedimiento Civil, el de pasar los autos al Juez competente para que continúe conociendo, conforme al procedimiento que debe seguir. El cumplimiento de tal efecto sólo puede en principio llevarse a cabo lógicamente cuando se trata de tribunales venezolanos, ya que éstos no pueden imponer una decisión a un Tribunal extranjero, sin el *exequátur* que debe otorgar el respectivo Estado. Considera, en consecuencia, esta Corte que la circunstancia de que en la situación concreta los autos del juicio de divorcio no hubieran podido pasarse a los tribunales de la jurisdicción extranjera que era, según, la recurrida, la competente para conocer del proceso, no implica violación de los textos legales denunciados, sino que tal imposibilidad es una modalidad forzosa que se deriva del respeto que cada Estado tiene por la soberanía de los demás.¹⁸³

¹⁸² **Arminio Borjas. Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Caracas, 1924, reproducción por la Editorial Bibloamericana Argentina – Venezuela, Buenos Aires, 1947, Tomo III, N° 270 V, p. 69.

¹⁸³ **Gaceta Forense, Segunda Etapa, 1974, N° 85, p. 646.**

183. La doctrina y jurisprudencia patria admitieron pacíficamente que la falta de jurisdicción de los tribunales venezolanos debía ser opuesta como excepción dilatoria, en los términos previstos por el inciso primero del artículo 248 del Código de Procedimiento Civil. No obstante, el **veintiséis de enero de 1988** la Sala Político-Administrativa de la extinguida Corte Suprema de Justicia, siendo Ponente la doctora **Josefina Calcaño de Temeltas**, hizo las siguientes afirmaciones:

El Código de Procedimiento Civil de 1916 disponía (artículo 22) que cuando se discutía la jurisdicción de la República, la decisión debía consultarse con el Superior si dicha jurisdicción resultaba desconocida o menoscabada. Pero, fuera de esa norma aislada no establecía cómo y de qué manera se planteaba la cuestión de falta de jurisdicción, resulta evidente que no podía ser –como ocurrió en el caso de autos– mediante oposición de la excepción dilatoria de competencia, pues su efecto era el de pasar los autos al Juez competente para que continuara conociendo conforme al procedimiento que debía seguir.¹⁸⁴

10. INFORMACIONES ADICIONALES

184. Los trabajos de reforma del Código de Procedimiento Civil de 1916 se remontan a la *Comisión Codificadora Nacional* creada el **seis de julio de 1936**, que recibió el encargo de practicar “una revisión metódica y ordenada de nuestra legislación civil, mercantil, penal y de procedimiento con el objeto de adaptarla a las corrientes y teorías reinantes en el derecho moderno”.¹⁸⁵ Estaría compuesta de trece miembros electos de la siguiente manera: tres de los Vocales Principales de la Corte Federal y de Casación nombrados por ella misma (doctores **R. Marciano Rodríguez, Alonso Calatrava y Pedro Arismendi Lairé**); tres seleccionados por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (doctores **Celestino Farrera, Juan J. Mendoza y Juan Bautista Bance**); tres designados por el Colegio de Abogados del Distrito Federal (doctores **Carlos Morales, Guillermo López Gallegos y Juan Pablo Pé-**

¹⁸⁴ *Gaceta Forense*, Tercera Etapa, 1988, Volumen I, N° 139, p. 85.

¹⁸⁵ *Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela*, Tomo LIX, Volumen I, 1936, Número 19.626, pp. 459-461.

rez Alfonso) y cuatro nombrados por el Ejecutivo Nacional (doctores **Cristóbal Mendoza, Arminio Borjas hijo, Alejandro Urbaneja Achelpohl y Germán Vegas**).

185. Dos años más tarde, la ley del **dieciocho de julio de 1938** redujo a nueve el número de sus miembros; y quedó constituida por los doctores **Pedro Arismendi Lairé, Alonso Calatrava, Juan J. Mendoza, Pedro Miguel Reyes, Carlos Morales, Juan Pablo Pérez Alfonso, Celestino Farrera, Arminio Borjas hijo y Alejandro Urbaneja Achelpohl**.¹⁸⁶

186. Los trabajos de la Comisión Codificadora Nacional se iniciaron con la revisión del Código Civil; y sólo el **veintiocho de enero de 1941** dio comienzo al examen del Código de Procedimiento Civil. La tarea fue concluida en 1943 cuando se publicó su texto con la correspondiente *Exposición de Motivos*, preparada por los doctores **Carlos Morales y José Ramón Ayala**.¹⁸⁷ El **Proyecto de Código de Procedimiento Civil de 1943** reprodujo sin cambio alguno los artículos 88 a 91 del Código de 1916; y suprimió el artículo 92 por considerarlo inútil.¹⁸⁸

187. Algún tiempo después la Resolución número A-398, fecha **ocho de octubre de 1956** del Ministerio de Justicia, a cargo del doctor **Luis Felipe Urbaneja**, creó una Comisión compuesta por los doctores **Víctor Sanavia**, quien la presidiría, **Pedro Arismendi Lairé, Nicomedes Zuloaga y Luis Loreto**, con el objeto de revisar el Código de Procedimiento Civil. El resultado de los trabajos se publicó a través del recién creado Instituto de Codificación y Jurisprudencia; y en la *Nota preliminar* se lee: “Discutió la Comisión el Anteproyecto presentado por

¹⁸⁶ *Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela*, Tomo LXI, Volumen II, 1938, Número 21.099, pp. 16-18.

¹⁸⁷ *Boletín de la Comisión Codificadora Nacional*, Número 40. El número 41 del Boletín contiene el *Proyecto de Código Penal* y en el número 42 se inicia la publicación de sus actividades a partir del diez de agosto de 1945. La sesión de clausura de la Comisión Codificadora Nacional tuvo lugar el **veintiséis de junio de 1952**, porque el Decreto Número 401 de veintidós de mayo de 1952 creó el *Instituto de Codificación y Jurisprudencia*, derogatorio de la Ley de la Comisión Codificadora Nacional del dieciocho de julio de 1938 (*Boletín de la Comisión Codificadora Nacional*, Número 45, junio 1951-junio 1942, Año IXX-X, p. 129).

¹⁸⁸ *Exposición de Motivos y Proyecto de Código de Procedimiento Civil*. *Boletín de la Comisión Codificadora Nacional*, Imprenta Nacional, N° 40, Caracas, s/f, p. 3.

el doctor Víctor Sanavia, el cual, en definitiva fue aprobado, sin modificación en la mayoría de sus artículos”. Ahora bien, el **Proyecto de Código de Procedimiento Civil de 1956** reprodujo sustancialmente los criterios atributivos de jurisdicción a las autoridades judiciales venezolanas consagrados en 1916. No obstante, el artículo 92 fue suprimido por considerarse innecesario; y se modificó el título de la Sección “por uno que se ha juzgado más apropiado”, a saber: *De la competencia relativa a los no domiciliados en Venezuela*.¹⁸⁹

188. En **septiembre de 1958** el Ministerio de Justicia creó una Comisión, compuesta por los doctores **Roberto Goldschmidt, Gonzalo Parra-Aranguren y Joaquín Sánchez-Covisa**, con el encargo de preparar un Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado. Su primera versión fue concluida en abril de 1963, con una “Exposición de Motivos” anexa;¹⁹⁰ pero algún tiempo después la misma Comisión le hizo algunas modificaciones y entregó el texto revisado en 1965.¹⁹¹

189. El **Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado de 1963 y su revisión de 1965** regularon la jurisdicción venezolana en la Sección IX, bajo el título: *De la competencia procesal internacional*. En principio fue determinada por el domicilio del demandado; pero también se atribuyó jurisdicción a los tribunales venezolanos contra personas domiciliadas en el exterior.

190. En el caso de acciones de contenido patrimonial los tres primeros ordinales del artículo 41 repitieron sustancialmente las soluciones consagradas en los artículos 88 y 89 del Código de Procedimiento Civil de 1916; pero no hizo distingo alguno entre los demandados presentes o no en el territorio de la República. Además, en el párrafo cuarto fue agregado un nuevo criterio, la sumisión expresa o tácita de las partes.

¹⁸⁹ **Exposición de Motivos y Proyecto de Código de Procedimiento Civil. Ponencia del Dr. Víctor Sanavia**, C.T.P. Cárcel Pública, Caracas, s/f, p. 29.

¹⁹⁰ **Exposición de Motivos y Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado**, Caracas, 1963.

¹⁹¹ **Exposición de Motivos y Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado**, Caracas, 1965.

191. El artículo 42 atribuyó jurisdicción a los tribunales de la República para conocer de acciones relativas a universalidades de bienes, si el derecho venezolano es competente para decidir el fondo del litigio y también cuando se encuentren situados en Venezuela bienes integrantes de la universalidad.

192. En el caso acciones sobre el estado de las personas o las relaciones familiares, el artículo 43 atribuyó jurisdicción a los tribunales de la República si el derecho venezolano es competente para conocer el fondo del asunto; y cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción, pero en este caso exige, además, que la causa tenga una vinculación efectiva con el territorio de Venezuela.

193. La jurisdicción de los tribunales venezolanos también fue afirmada en artículo 44 para dictar medidas provisionales de protección de las personas que se encuentren en el territorio de la República, aunque carezcan de jurisdicción para conocer del fondo del asunto.

194. Los artículos 45 y 46 de los Proyectos de 1963 y 1965 regularon la sumisión expresa y tácita de las partes; y su artículo 47 la prohibió cuando se trata de acciones que afecten a la creación, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles, a no ser que lo permita la ley de su situación.

195. Por último, los artículos 49 a 52 complementaron las reglas anteriores con la indicación de los criterios distributivos de competencia interna *ratione loci* entre los varios los tribunales venezolanos.

196. Una nueva tentativa de reforma fue patrocinada por el doctor **José Santiago Núñez Aristimuño**, titular del Ministerio de Justicia. La Resolución número 56 del **primero de agosto de 1967**, creó una Comisión con carácter *ad-honorem* y con sede en el Despacho, para revisar el Código de Procedimiento Civil de 1916. Estuvo compuesta por los doctores **José Román Duque Sánchez**, quien la presidiría, **Luis Loreto Hernández**, **Luis Maury**, **Alberto Lossada Casanova**, **Arístides Rengel Romberg**, **José Andrés Fuenmayor** y **Leopoldo Márquez Áñez**.¹⁹²

¹⁹² *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, Número 28.398, *primero de agosto de 1967*.

197. Tres años más tarde fue entregado al Ministerio de Justicia el **Anteproyecto de Reforma del Título Preliminar y del Libro Primero del Código de Procedimiento Civil de 1970**;¹⁹³ y en 1975 se concluyó el trabajo de revisión con la presentación del **Proyecto Código de Procedimiento Civil**. Ambos documentos se encuentran suscritos solamente por los doctores **Luis Maury, Arístides Rengel Romberg, José Andrés Fuenmayor y Leopoldo Márquez Áñez**; estuvieron acompañados de sus correspondientes *Exposiciones de Motivos*.

198. El **Proyecto de Código de Procedimiento Civil de 1975**, lo mismo que el **Anteproyecto de 1970**, admitió en forma muy estricta la posibilidad de derogar la jurisdicción venezolana en el artículo segundo, incluido en su *Título Preliminar*, denominado *Disposiciones Fundamentales*; pero los criterios atributivos de jurisdicción fueron consagrados en la Sección Cuarta, que tuvo por título *Competencia Procesal Internacional*, del Capítulo Primero (*Del Juez*), Título Primero (*De los Órganos Judiciales*) del Libro Primero (*Disposiciones Generales*).

199. El Proyecto de 1975 mantuvo la metodología del Código de 1916 que reguló en forma separada los casos de demandados no domiciliados en Venezuela, según se encontraran o no presentes en el territorio de la República.

200. Los dos primeros ordinales del artículo 53 reprodujeron las reglas del artículo 88 del Código de Procedimiento Civil de 1916, que atribuían jurisdicción a los tribunales venezolanos para conocer de acciones contra personas no domiciliadas en Venezuela, aunque no se encontraran en su territorio; y agregó un tercer párrafo con el objeto de reconocer validez a la sumisión, expresa o tácita, de las partes. En el caso de personas no domiciliadas en Venezuela, si se encontraran transitoriamente en su territorio, el artículo 54 transcribió el artículo 89 del Código de 1916.

201. Los artículos 55 y 56 del Proyecto de 1975 complementaron las reglas anteriores con la indicación de las reglas distributivas de competencia interna *ratione loci* entre los diversos tribunales venezolanos; y al respecto se limitaron a repetir los artículos 90 y 91 del Código de 1916.

¹⁹³ **Exposición de Motivos y Anteproyecto de Reforma del Título Preliminar y del Libro Primero del Código de Procedimiento Civil**, Editorial Sucre, Caracas, 1970.

202. El artículo 42 del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado de 1965 fue reproducido en el artículo 57 del Proyecto de 1975 en el caso de acciones relativas al estado de las personas o las relaciones familiares; y el 43 se transcribió como artículo 58 del Proyecto de 1975.

203. Por el contrario, en materia sucesoral el artículo 43 del Proyecto de Código de 1975 reprodujo textualmente el artículo 78 del Código de 1916.

204. La Sección Quinta del mismo Capítulo Primero, Título Primero, Libro Primero del Proyecto de 1975 se denomina *De la falta de jurisdicción, de la incompetencia y de la litispendencia*. De acuerdo con el artículo 59 el Juez venezolano tiene la obligación de declarar de oficio su falta de jurisdicción frente al juez extranjero cuando se trate de causas que tiene por objeto bienes inmuebles situados en el extranjero; en los otros casos debe ser planteada por las partes, pero sólo pueden hacerlo mientras no se hubiere dictado sentencia sobre el fondo de la causa en primera instancia. Además fue dispuesta la consulta de la decisión, en todo caso, con la Sala Político Administrativa; y agregó algunas pautas procesales sobre el particular en los artículos 62, 63, 64 y 66.

205. El Proyecto de 1975 también faculta al demandado a oponer la falta de jurisdicción del Juez como cuestión previa (parágrafo primero, artículo 346); admitió la eventual impugnación del fallo en el artículo 349; y dispuso la extinción del proceso cuando fuera declarada con lugar (artículo 353).

206. El Proyecto de Código de Procedimiento Civil fue transmitido al Presidente del Senado de la República por el Ministerio de Justicia mediante oficio N° 377 del **diecisiete de noviembre de 1975**. De inmediato se ordenó su publicación.¹⁹⁴ Sin embargo, no tuvo mayor desenvolvimiento inmediato.

207. La Comisión Legislativa creada en la Enmienda Constitucional Número Dos del **dieciséis de marzo de 1983** asumió por primera vez sus funciones específicas el **veintisiete de julio de 1984** con el exa-

¹⁹⁴ **Exposición de Motivos y Proyecto de Código de Procedimiento Civil**, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, 1975.

men del Proyecto de Código de Procedimiento Civil de 1975;¹⁹⁵ y el acuerdo de políticos de los partidos con mayoría en las Cámaras garantizó su sanción el **cinco de diciembre de 1985**, luego de algunas reformas debido a varias escaramuzas jurídicas;¹⁹⁶ y el Presidente de la República le estampó el Ejecútese el **veintidós de enero de 1986**.¹⁹⁷

208. Los profesores de Derecho Internacional de todas las universidades venezolanas, en su primera reunión que tuvo lugar en Caracas el **quince de julio de 1995**, resolvieron solicitar del Poder Ejecutivo la presentación al Congreso del **Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado de 1965**, con los necesarios ajustes para tomar en cuenta las convenciones internacionales ratificadas por Venezuela y ciertos cambios substanciales ocurridos en la legislación venezolana durante las últimas décadas.

209. Previas algunas consultas con resultado favorable, el Ministerio de Justicia remitió el Proyecto a la Cámara del Senado en junio de 1996. De inmediato se encomendó su estudio a la Oficina de Investigación y

¹⁹⁵ De acuerdo con el artículo quinto de la Enmienda Número Dos, “Las Cámaras en sesión conjunta, en reunión expresamente convocada para ello, con veinticuatro (24) horas de anticipación por lo menos, podrán autorizar a la Comisión Legislativa para discutir y aprobar proyectos de leyes individualmente determinados, mediante acuerdos que cuenten con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes. Una vez aprobado cada proyecto por la Comisión Legislativa, ésta lo enviará al Presidente del Congreso quien ordenará distribuir el texto entre los integrantes de ambas Cámaras y convocará a éstas para una reunión conjunta transcurridos que sean quince (15) días de haberlo recibido. Las Cámaras reunidas en sesión conjunta de acuerdo con la convocatoria, procederán a aprobar o rechazar mediante acuerdo, el texto que les sea sometido, pudiendo introducir las modificaciones que juzguen convenientes. Una vez aprobado un proyecto, con o sin modificaciones, el Presidente lo declarará sancionado y se cumplirán los trámites subsiguientes previstos para la formación de las leyes”.

¹⁹⁶ **Gaceta del Congreso de la República**, N° 32, Tomo XV, Volumen II, julio –diciembre 1985 – enero-febrero 1986, p. 618.

¹⁹⁷ **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, Número 3694 Extraordinario, veintidós de enero de 1986, aun cuando los ejemplares de la Gaceta Oficial sólo fueron accesibles al público treinta días más tarde. De acuerdo con su artículo 940 debía entrar en vigencia el dieciséis de septiembre de 1986, pero, a solicitud del extinguido Consejo de la Judicatura, la ley del **quince de septiembre de 1986** prorrogó la *vacatio legis* hasta el dieciséis de marzo de 1987 (**Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, Número 3886 Extraordinario, *dieciséis de marzo de 1986*). En el interregno, sin alterar la fecha de entrada en vigencia, la ley del **trece de marzo de 1987** modificó los artículos 90, 201, 223 y el inciso séptimo del artículo 599 del Código de Procedimiento Civil (**Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, Número 3970 Extraordinario, *trece de marzo de 1987*). Algún tiempo más tarde, la ley de **primero de agosto de 1990** reformó el artículo 201 sobre las vacaciones judiciales (**Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, Número 34.522, dos de agosto de 1990).

Asesoría Jurídica del Congreso; y a comienzos de septiembre de 1996 fue distribuido el Proyecto de 1965, con las modificaciones que se consideraron indispensables.

210. Con relación a la materia objeto de estos comentarios, el Proyecto de 1996 utilizó el término *jurisdicción* en lugar de *competencia procesal internacional*; y su Capítulo Décimo fue denominado, *De la jurisdicción y de la competencia*, por cuanto también incluyó normas distributivas de la competencia interna *ratione loci* entre los diversos tribunales venezolanos.

211. En el Capítulo Décimo del Proyecto de 1996 fue agregado el artículo 47, que prohíbe derogar convencionalmente la jurisdicción venezolana cuando el asunto se refiera a controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República o que se trate de materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten los principios esenciales del orden público venezolano. Lógica consecuencia de este mandato fue agregar, como uno de los requisitos para la eficacia de las sentencias extranjeras, “que no versen sobre derechos reales respecto a bienes inmuebles situados en la República”. Así lo hizo el inciso segundo del artículo 53 que forma parte del Capítulo Décimo (*De la eficacia de las sentencias extranjeras*).

212. Algunas otras adiciones se hicieron en el Capítulo Undécimo titulado *Del Procedimiento*. La necesidad de resolver dificultades prácticas, impuso la incorporación del artículo 57 que estableció reglas más congruentes sobre la regulación de la jurisdicción; y fue agregado el artículo 58 para disponer que “la jurisdicción venezolana exclusiva no queda excluida por la pendencia ante un Juez extranjero de la misma causa o de otra conexa con ella”.

213. Las Cámaras sancionaron en tiempo relativamente breve la Ley de Derecho Internacional Privado, que recibió su *Ejecútese* el **seis de agosto de 1998** en un acto especial convocado por el Presidente de la República para conmemorar tan importante acontecimiento.¹⁹⁸

¹⁹⁸ *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, Número 36511, *seis de agosto de 1998*, pp. 305.527-305.531.

Formalismo vs Proceso

Gonzalo PÉREZ SALAZAR*

Merece la pena resaltar el importante aporte que para el derecho procesal constitucional venezolano constituye la sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 289/2002 del 7 de marzo de 2002, Caso: *Agencia Ferrer Palacios*, donde, acogiendo doctrina contemporánea, analizó el principio antiformalista en el proceso judicial.

Considero realmente pertinente y oportuno el momento en que fue dictado el fallo *en comento*, pues ante la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, donde se erige el Estado venezolano como de derecho y justicia, donde el proceso se presenta como el medio para la realización del fin justicia, garantizado entre otras por el antiformalismo, justificaba entonces limitar el excesivo ritualismo con que actualmente es interpretada y aplicada la ley procesal por los distintos operadores judiciales.

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado. *Centro de Estudios de Postgrado, Especialización en Derecho Administrativo*, escolaridad concluida, Trabajo de Grado en tramitación. **Tribunal Supremo de Justicia Sala Constitucional**, Abogado. Autor de varios estudios difundidos en publicaciones especializadas y arbitradas.

Así las cosas, a la Sala Constitucional llegó el conocimiento de una acción de amparo constitucional incoada contra una decisión definitivamente firme dictada por un juzgado con competencias en materia civil, mercantil y del tránsito, por la cual declaró nulas todas las actuaciones llevadas a cabo en un juicio por cumplimiento de contrato de arrendamiento, luego de constatar que el libelo de demanda no había sido suscrito por la apoderada judicial de la actora.

La Sala constató que el proceso seguido en instancia se desarrolló respetando las distintas etapas que la ley adjetiva consagra.

En efecto, la demanda fue admitida, se verificó la citación de la demandada, hubo contestación de la demanda, promoción y evacuación de pruebas, el juez de la causa dictó sentencia definitiva contra la cual fue ejercido recurso de apelación.

Señaló la Sala Constitucional que el recurso de apelación fue conocido por un juez competente y superior en grado de jerarquía, donde hubo presentación de informes por el apelante y sentencia definitivamente firme, declarando inexistente la totalidad del juicio por falta de firma del libelo de demanda por parte de la apoderada judicial de la demandante.

El fallo de la Sala Constitucional declaró procedente la violación de la garantía antiformalista del proceso judicial, consagrada en el artículo 26 de la vigente Constitución, pues consideró desproporcionado y excesivo del juez de instancia al haber declarado la nulidad de todo un juicio por falta de firma del libelo de demanda en su parte final, cuando de autos se desprendía que en la parte superior de todos los folios estaba estampado un sello identificando a la apoderada judicial de la parte actora y sobre ese sello la firma de la profesional del derecho, de lo que se desprendió que las partes y el juez tenían pleno conocimiento de su identidad y el carácter con que actuaba.¹

¹ En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Constitucional español en su sentencia N° 36/86 del 12 de marzo de 1986.

Precisó además, que durante el proceso ninguna de las partes formuló alegato alguno cuestionando la cualidad procesal de la apoderada judicial de la parte actora, ni denunció la nulidad del juicio por falta de firma del libelo.

Ahora bien, por la importancia del aporte del fallo objeto del presente comentario, paso de seguidas a transcribirlo, para luego hacer algunas reflexiones:

El fallo establece:

La justicia constituye uno de los fines propios del Estado venezolano, conforme lo estatuye el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, fin que realiza a través del proceso, como un instrumento fundamental.

El propio texto constitucional se ha encargado de desarrollar las garantías y principios que deben imperar en todo proceso, dentro de las cuales se encuentran la garantía de una justicia “sin formalismos o reposiciones inútiles” o la del no sacrificio de la justicia por “la omisión de formalidades no esenciales”, previstas expresamente en sus artículos 26 y 257.

De allí que, por mandato constitucional, el principio de la informalidad del proceso se constituye en una de sus características esenciales.

El principio de la informalidad del proceso ha sido estudiado por la doctrina y la jurisprudencia constitucional, como un elemento integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, específicamente al derecho de acceso a la justicia, pues debe garantizársele a todo ciudadano que desee someter un asunto a los órganos jurisdiccionales, que obtendrá una respuesta motivada, proporcionada y conforme al ordenamiento legal preexistente.

A la par del derecho del justiciable a obtener un pronunciamiento de fondo, el propio ordenamiento jurídico ha estableci-

do una serie de formalidades que pueden concluir con la terminación anormal del proceso, ya que el juez puede constatar que la irregularidad formal se erige como un obstáculo para la prosecución del proceso.

Así, el juez puede constatar el incumplimiento de alguna formalidad y desestimar o inadmitir la pretensión de alguna de las partes, sin que ello se traduzca, en principio, en una violación al derecho a la tutela judicial efectiva, ya que esas formalidades han sido establecidas como una protección de la integridad objetiva del procedimiento.

Pero no todo incumplimiento de alguna formalidad puede conducir a la desestimación o inadmisión de la pretensión, ya que para ello el juez debe previamente analizar: a) la finalidad legítima que pretende lograrse en el proceso con esa formalidad; b) constatar que esté legalmente establecida, c) que no exista posibilidad de convalidarla; d) que exista proporcionalidad entre la consecuencia jurídica de su incumplimiento y el rechazo de la pretensión.

Solamente cuando el juez haya verificado que no se cumplan con los elementos antes descritos es que debe contraponer el incumplimiento de la formalidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, específicamente de acceso a la justicia, para desechar o inadmitir la pretensión del justiciable y en caso de dudas interpretarse a favor del accionante, ello en cumplimiento del principio del *pro actione*.

Resulta pertinente citar sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 90/1983 del 7 de noviembre de 1983, que precisó:

Ya que constitucionalmente no son admisibles aquellos obstáculos que pueden estimarse excesivos, que sean producto de un innecesario formalismo y que no se compaginen con el derecho a la justicia o que no aparezcan justiciados y proporcionados conforme a las finalidades para las que se establecen, que deben ser, en todo caso, adecuadas al espíritu constitucional, siendo en definitiva el juicio de razonabilidad y proporcionalidad el que resulta trascendente.

De allí que para poder desestimar o inadmitir la pretensión del justiciable tenga que analizarse los elementos descritos en párrafos anteriores, para luego determinar si esos eran formalismos intrascendentes o no esenciales, caso en el cual el proceso debe seguir, o por el contrario si esos formalismos eran trascendentes o esenciales, caso en el cual, puede terminarse el proceso anticipadamente.

De la simple lectura de la sentencia antes referida se evidencia claramente la ponderación que la Sala Constitucional realizó del derecho a la tutela judicial efectiva, de aquellos sujetos que acuden a plantear sus controversias a los órganos jurisdiccionales y que esperan una solución justa, oportuna, sin dilaciones, motivada, proporcionada y ejecutable, frente a los formalismos procesales, que como la doctrina los ha definido *“en lugar de ser cauce racional para el acceso a la tutela judicial, constituyen serios obstáculos a ésta”*.²

Reconoce la sentencia que el proceso está conformado por una serie de actos y requisitos procesales, los cuales por su sola existencia no constituyen una violación al derecho a la tutela judicial efectiva, ya que el juez desarrolla su actividad fundamentada en reglas preordenadas,³ cuya finalidad esencial es la ordenación del proceso y procurar su conclusión mediante una sentencia de fondo que resuelva la controversia sometida a su consideración.

La sentencia comentada otorgó a los jueces de instancia o de mérito las herramientas necesarias para determinar cuando los requisitos procesales constituyen un formalismo que obstaculiza la decisión final, por lo que está en principio, sometiendo a la jurisdicción ordinaria la tutela del derecho desarrollado en el fallo comentado.⁴

² Jesús González Pérez, *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, Tercera Edición, Civitas, Madrid, 2001, p. 75.

³ La existencia de esas reglas preordenadas lo que hacen es desarrollar el principio de seguridad jurídica como principio general del derecho.

⁴ La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (Nº 57/1985) ha sostenido que en principio, la calificación de la inadmisión es de competencia exclusiva del Juez ordinario.

Y es que la Sala Constitucional no podía desarrollar una doctrina uniforme (característica propia de la casación) respecto a precisar cuando es considerado un formalismo como trascendente o determinar cómo afectaría a la decisión final, ya que los requisitos formales del proceso no inciden, ni se presentan de la misma manera, por lo que su estudio debe a lo menos ser analizado por cada caso en particular.⁵

Dentro de los elementos que la Sala Constitucional estimó que el juez debe analizar previo a la declaratoria de trascendencia o no de un requisito formal del proceso, se encuentran:

a) *La finalidad legítima que pretende lograrse en el proceso con esa formalidad*: toda norma que establezca un requisito procesal, tiene un fin procesal, por lo que el juez debe procurar analizar si constituye una finalidad legítima o ilegítima y ponderar si constituye una violación al derecho a la tutela judicial efectiva. Por ejemplo: Exigir el documento fundamental de la demanda conjuntamente con su presentación y no aceptarla después de ese acto, tal como lo dispone el numeral 6 del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, donde el juez debe ponderar que el fin de la norma es que la parte demandada conozca tal instrumento, pero que pudo conocerlo al ser traído en oportunidad distinta a la legalmente establecida.

b) *Constatar que esté legalmente establecida*: Ello como consecuencia del principio de reserva legal en materia de procedimientos, establecido en el numeral 32 del artículo 156 de la vigente Constitución, que funge a su vez, como garantía de que el juez no aplicará normas a su libre arbitrio. La doctrina contemporánea ha coincidido que el juez debe interpretar de manera restringida las causales de inadmisibilidad para permi-

⁵ José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, en *Derecho Fundamental al Debido Proceso y el Tribunal Constitucional*, Editorial Arazandi, Pamplona, 1992, p. 278, refiere a que el papel del juez como intérprete y aplicador de la ley procesal, “debe desenvolver necesariamente en la inteligencia más favorable a la defensa los requisitos procesales que sirven de inicio y de cauce al derecho a la protección jurídica, pero no puede desbordar ni eludir, sin fundamento constitucional, las exigencias formales impuestas por las ordenanzas para regular el proceso”.

tir el avance del proceso. Sin embargo, cuando las formalidades sean enervantes o constituyan obstáculos insalvables para el proceso, deben ser catalogadas de inconstitucionales, tal como ocurre con el principio *solve et repete* o de caución previa. Por ejemplo: en materia contencioso administrativa, sólo pueden aplicarse como causales de inadmisibilidad las contenidas en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, estando vedado al juez declarar la inadmisibilidad de un recurso contencioso administrativo de nulidad por razones distintas a las allí consagradas.

c) *Que no exista posibilidad de convalidarla*: Ya que al poder subsanar, convalidar o depurar un vicio procesal, el proceso judicial continuará hasta su decisión final. Por ejemplo: un defecto en el mandato judicial que es convalidado con la presentación de una nueva representación, o por ejemplo, un defecto en la citación que puede ser convalidado con la presencia de la parte demandada, sin necesidad de reponer la causa. Implica este elemento que el juez conceda a la parte la posibilidad de subsanar defectos u omisiones procesales que sean susceptibles de subsanación⁶ y a la inversa, el juez no puede negarse a emitir pronunciamiento de fondo por un error procesal intrascendente para el curso de la causa.

d) *Que exista proporcionalidad entre la consecuencia jurídica de su incumplimiento y el rechazo de la pretensión*: Cuando la norma adjetiva no prevé expresamente cuál es la consecuencia jurídica del incumplimiento de un requisito formal, el juez ciertamente actúa de manera discrecional, pero la solución que éste imparta debe ser proporcionada en atención al fin último de impartir justicia. Por ejemplo: El publicar el cartel a que hace alusión el artículo 125 de la Ley Orgáni-

⁶ En este último sentido se pronunció el Tribunal Constitucional Español en su sentencia N° 78/1991.

ca de la Corte Suprema de Justicia en un periódico distinto al indicado en el cartel, no conduciría a declarar el desistimiento del recurso, a pesar de que no se cumplió exactamente el requisito formal de publicidad. El exigir una fianza excesivamente onerosa para la admisión de la demanda. Otro ejemplo de desproporcionalidad excesiva la constituye el caso objeto del presente estudio.⁷

Luego de revisados todos los elementos antes indicados es que el juez de instancia debe interpretar, si a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva, la formalidad debe considerarse como trascendente o intrascendente para configurarse en un obstáculo insalvable o no del proceso y poder emitir el fallo definitivo como forma normal, pero no la única de terminación del proceso.

Correctamente la Sala Constitucional invocó el principio *pro actione*,⁸ en el sentido de que en caso de dudas sobre el efecto que un requisito formal produciría en el proceso, debe interpretarse a favor del accionante y considerarlo como intrascendente, ya que priva el derecho de acceso a la justicia.

Al contrario, estimo que cuando la omisión de alguna forma procesal sea imputable directamente a la negligencia de alguna de las partes, no debe ser admitida la acción de amparo como tutela del principio antiformalista, pues la parte no dispone de su libre albedrío del proceso, ni de sus reglas, que debe respetar atendiendo a los requisitos y plazos establecidos.

De otro lado, aunque la sentencia no expresa nada respecto a ello, considero que el problema de la revisión de las formalidades procesales por vía de amparo constitucional sólo debe producirse cuando su solución

⁷ Antonio Jiménez Blanco, Pablo Mayor, Gonzalo Jiménez Blanco y Lucas Osorio, en *Comentarios a la Constitución*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1995, p. 316, han sostenido que debe haber “flexibilidad y proporcionalidad por parte de los órganos judiciales a la hora de valorar el cumplimiento por las partes de los requisitos procesales, aunque ello no implica una relativización o devaluación de los mismos, sino más bien una interpretación conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva”.

⁸ La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha desarrollado tal principio en sus sentencias N^{os} 880/2001 y 862/2000, del 29 de mayo de 2001 y 28 de julio de 2000.

no sea posible ante los jueces ordinarios y su procedencia dependerá de la notoriedad y gravedad de la lesión constitucional producida.⁹

Finalmente, no quiero dejar pasar la oportunidad de hacer un llamado de reflexión a la Asamblea Nacional, para que como órgano legislador adecue las normas adjetivas que regulan el proceso civil y mercantil, a los principios y valores recogidos en la vigente Constitución y a los derechos fundamentales que ésta y los tratados internacionales reconocen, ya que por la sola contribución de la jurisprudencia de la Sala Constitucional, tales fines no podrán ser logrados a plenitud.

⁹ Al respecto se cita la sentencia N° 159/2000 del 12 de junio de 2000, del Tribunal Constitucional Español. El autor Alan Bronfman Vargas, en su artículo El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, publicado en el Manual de Derecho Constitucional II, Editorial Colex, Madrid, 1998, pp. 172 y 173, coincide con la tesis que hemos venido exponiendo, pues ha evidenciado que el Tribunal Constitucional ha entrado por vía de la denuncia del derecho a la tutela judicial efectiva en muchos campos no constitucionales del ordenamiento jurídico.

El Principio Dispositivo en el Derecho Procesal Venezolano

Mario PESCI-FELTRI MARTÍNEZ*

SUMARIO:

- 1. Objeto del estudio.**
 - 2. Poder Público Judicial y la función jurisdiccional.**
 - 3. El proceso.**
 - 4. El debido proceso.**
 - 5. El principio dispositivo.**
 - 6. Las dos vertientes del principio dispositivo.**
 - 7. El principio dispositivo y el proceso de amparo.**
- Conclusiones**

1. OBJETO DEL ESTUDIO

Perseguimos con estas anotaciones tratar de demostrar que el principio dispositivo, consagrado en el Artículo 12 del Código de Procedimiento

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado, *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho*, Profesor desde 1963, *Centro de Estudios de Postgrado*, Profesor. **Universidad de Roma**, Doctor en Jurisprudencia. **Universidad José María Vargas**, Profesor Titular. Autor de varias obras y numerosos artículos. Ejerce su profesión en el Escritorio Jurídico **Pesci Feltri, Díaz-Cañabate & Asociados**.

Civil vigente, es aplicable a cualquier género de proceso consagrado en el ordenamiento jurídico venezolano, en consideración al hecho de que su contenido constituye la mayor garantía del derecho de defensa de las partes en cualquier género de proceso, garantía jurisdiccional consagrada con el Artículo 49 Constitucional.

2. PODER PÚBLICO JUDICIAL Y LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

De conformidad con lo establecido en el Título IV Constitucional, intitulado “Del Poder Público”, en su Artículo 136, “El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional”. Según el mismo artículo, “El Poder Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral”. En su primer aparte, el artículo citado, establece que cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaboran entre sí en la realización de los fines del Estado”.

Las atribuciones que corresponde ejercer a cada uno de los órganos que componen el Poder Público, están determinadas por la Constitución, en las normas que contiene su Artículo 137, las cuales, con todo rigor, determinan cuáles son los actos que cada uno de ellos puede realizar legalmente. Como lo evidencia el Artículo 138 *ejusdem*, “toda autoridad (léase la realización de cualquier acto de los órganos que integran el Poder Público) usurpado (léase todo acto que realice cualquiera de los integrantes del Poder Público que no constituya el ejercicio de una atribución que específicamente determina el Texto Constitucional, y que corresponda, también según la Constitución, realizar a otro de los órganos que integran el Poder Público) es ineficaz y sus actos son nulos”.

Las normas que acabamos de citar constituyen el desarrollo mediante normas de derecho positivo, del pensamiento del Constituyente expresado en el Artículo 2 Constitucional, según el cual: “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho”. Según la mejor doctrina Constitucional,¹ el principio de la división de los poderes, acogi-

¹ García Pelayo, Manuel. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. Obras Completas. Vol. II. p. 1627. Editorial Centro de Estudios Constitucionales.

do ampliamente en nuestro Texto Constitucional, constituye uno de los requisitos fundamentales del Estado de Derecho, ya que ella garantiza, está vinculada íntimamente a la libertad, al imperio de la ley. Según el Artículo 2 citado, Venezuela, no solamente constituye un Estado de Derecho, sino que es un Estado Social de Derecho, lo que significa que si bien la libertad conforma un valor de primer rango “sólo puede hacerse valer articulado a otros (ante todo la seguridad económica) que han de ser garantizados materialmente por la intervención concertada y no separada de los Poderes del Estado”.² La necesaria colaboración de los Poderes Públicos para garantizar el género de libertad que se propone asegurar el Estado Social de Derecho, está consagrada en el primer aparte del ya citado Artículo 136 Constitucional. Esta colaboración comporta el hecho de que algunas atribuciones que en el Estado Liberal de Derecho, debía poner en práctica, de manera exclusiva el Poder Público que determinará el ordenamiento jurídico, en el Estado Social de Derecho tales atribuciones que de manera preferencial las ejerce una de las ramas del Poder Público, pueden ser también, en los casos específicamente determinados por la Constitución, puesto en práctica por otra de sus ramas. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la actividad legislativa referente a la ley material, que puede ser desarrollada por el Poder Ejecutivo mediante decretos leyes.³ Esta colaboración entre los diferentes órganos que conforman el Poder Público se objetiva en normas como las contenidas en el numeral 8 del Artículo 236⁴ y numeral 10 del mismo artículo,⁵ segundo aparte del Artículo 203,⁶ los ordinales tercero y sexto del Artículo 183,⁷ el Artículo 336⁸ y otros que considera-

² García Pelayo, Manuel. *Ob. Cit.*, p. 1628.

³ García Pelayo, Manuel. *Ob. Cit.*, y página citada.

⁴ Dicho artículo establece que: Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República... 8)

“Dictar, previa autorización por una Ley Habilitante, decretos con fuerza de ley”.

⁵ “Reglamentar total o parcialmente las leyes sin alterar su espíritu, propósito y razón”.

⁶ “Las leyes que la Asamblea Nacional haya calificado de orgánicas serán remitidas antes de su promulgación, a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie acerca de la Constitucionalidad de su carácter orgánico...”.

⁷ “Corresponde a la Asamblea Nacional... 3) Ejercer funciones de control sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional, en los términos consagrados en esta Constitución y en la Ley... 6) Discutir y aprobar el presupuesto nacional...”.

⁸ La norma transcrita determina cuáles son las atribuciones de la Sala Constitucional, refiriendo la mayoría de ellas al control que corresponde ejercer a la mencionada Sala sobre los Poderes Nacionales, Estadales o Municipales que estén legitimados para dictar actos de efectos generales acerca de la constitucionalidad de los mismos, lo que supone una urgencia de capital importancia del Poder Jurisdiccional sobre los demás poderes mediante los cuales se manifiesta la soberanía del Estado.

mos innecesarios citar, en consideración al hecho de que las mencionadas demuestran fehacientemente la necesaria colaboración que debe existir entre los diferentes órganos del Poder Público para garantizar ese valor fundamental del Estado de Derecho como es la libertad individual, considerada bajo el prisma del Estado Social de Derecho; colaboración, repetimos e insistimos, que debe reflejar un comportamiento específicamente determinado por las normas constitucionales, ya que en caso contrario, tales actos constituirían el ilícito denominado usurpación de funciones, que fulmina de nulidad tales actos según el Artículo 138 Constitucional.⁹ Podríamos afirmar, en síntesis, que la República Bolivariana de Venezuela ha sido constituida como persona jurídica para el logro de las finalidades que establecen los Artículos 1, 2 y 3 de la Carta Magna, fines que debe lograr mediante actuaciones que reflejen manifestaciones de voluntad que son una expresión de su soberanía.

Como la República ha sido creada, constituida, para alcanzar un fin primordial, la libertad de los sujetos de derecho que la integran, su soberanía la manifiesta el Poder Público mediante distintos canales, denominados órganos del Poder Público, cuyas atribuciones (actos de manifestación de la soberanía del Estado para lograr el fin que justifica la creación de la República), están claramente determinadas por la misma Constitución, órganos estos que, además de controlarse recíprocamente, tiene la obligación de colaborar entre ellos para lograr su objetivo; control y colaboración que están específicamente regulados por el mismo texto legal y las leyes ordinarias que dicta la Asamblea Nacional para el desarrollo de los principios y garantías constitucionales.

⁹ Las normas transcritas que reflejan la necesaria colaboración que debe existir entre las diferentes ramas del Poder Público, acaba con la teoría, construida para determinar la naturaleza jurídica de las manifestaciones de la voluntad de los diferentes órganos que constituyen el Poder Público denominada “organicita”, según la cual tal naturaleza jurídica de tales actos dependía del órgano que manifestara tal voluntad correspondiente, por lo que si ella correspondía al Poder Legislativo su naturaleza jurídica era la de una ley, si correspondía al Poder Judicial, su naturaleza jurídica era la de una sentencia, si provenía de un órgano administrativo, era un acto administrativo. Por el contrario, para determinar la naturaleza jurídica de tales manifestaciones de voluntad, se requiere determinar cuál es la finalidad que se persigue con ella. Si se pretende crear normas generales y abstractas, nos encontraremos ante una ley; si la finalidad es la de resolver una controversia jurídica, estaremos ante una sentencia; mientras que si con ella se persigue la satisfacción de uno de los fines que la ley señala que debe alcanzar uno de los órganos que componen el Poder Ejecutivo, nos encontraremos ante un acto administrativo.

De conformidad con el Artículo 136 Constitucional, uno de los poderes que integran el Poder Público es el Poder Judicial, cuyas atribuciones están establecidas en la misma Constitución y en las leyes, tal como lo establece el Artículo 137 *ejusdem*, estando vedado usurpar atribuciones que correspondan a los otros poderes del Estado, (Artículo 138 Constitucional), debiendo colaborar con los demás integrantes del Poder Público dentro de los estrictos límites que establezca el ordenamiento jurídico (del Artículo 137 *ejusdem*).

De conformidad con lo establecido en el Artículo 156 Constitucional, es de competencia del Poder Público Nacional según su numeral 31, “la organización y administración nacional de la justicia, del Ministerio Público y de la Defensoría del Pueblo”. La administración de justicia, la función jurisdiccional, corresponde realizarla el Poder Judicial, de conformidad con lo establecido en el Artículo 253 *ejusdem*.¹⁰ Según el artículo en cuestión, los órganos del Poder Judicial tienen como atribución “conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procesos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias”. Para un cabal conocimiento de la voluntad del constituyente al determinar que el Poder Judicial está legitimado para “conocer las causas” y “ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias”, se requiere establecer cuál es la naturaleza jurídica de estas actividades; en otras palabras, determinar cuál es la finalidad que se persigue con la función jurisdiccional para garantizar la paz social.¹¹

Hemos tratado de aproximarnos a la determinación del concepto de función jurisdiccional mediante una definición que evidencia a quién corresponde realizar dicha función, cuál es la finalidad que persigue quien la ejerce y el medio que utiliza para lograr ese fin. Tomando en cuenta estos tres elementos, la hemos definido¹² como “aquella función,

¹⁰ Según el texto del artículo citado: “La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y 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...”.

¹¹ El fin inmediato que persigue el Estado, mediante la prestación de la función jurisdiccional, es garantizar la paz social como se desprende de una interpretación armónica de las normas objetivadas en los Artículos 1, 2 y 3 Constitucionales, porque ella es la que permite el ejercicio pleno de la libertad individual, tal como lo garantiza el Artículo 20 *ejusdem*.

¹² Pesci Feltri, Mario. *Teoría General del Proceso*. p. 16. Editorial Jurídica Venezolana.

regulada por el derecho público¹³ exclusiva del Estado¹⁴ con la cual persigue la resolución de controversias jurídicas,¹⁵ mediante la declaración de la voluntad de la ley¹⁶ aplicable a la situación sustantiva en la que una de las partes afirma la ilicitud del comportamiento de la otra”.

Con la definición propuesta determinamos que el Estado, a quien corresponde ejercer la función jurisdiccional, persigue como fin inmediato la resolución de controversias jurídicas, respecto a cualquier relación jurídica o situación jurídica sustantiva, que origine posiciones jurídicas opuestas, controvertidas, en las cuales, en líneas muy generales, un sujeto denominado “activo”, demandante, actor; acude ante un Tribunal ejerciendo su derecho de acción¹⁷ mediante el cual el sujeto de derecho accesa, como se expresa el Artículo 26 Constitucional, a los órganos de administración de justicia para hacer valer un derecho (de cualquier naturaleza) o un interés legítimo (de cualquier naturaleza) y obtener de éste la prestación de la función jurisdiccional. Pero para poder ejercer el derecho de acción (accesar) para exigir la satisfacción del derecho cuya titularidad se invoca, necesariamente, quien la ejerce, debe tener el interés procesal previsto en el Artículo 16 del CPC, que debe exigirse, cualquiera que sea la naturaleza del derecho sustantivo cuyo conocimiento y recono-

¹³ Siendo la jurisdiccional una de las funciones principales que el ordenamiento jurídico atribuye al Estado venezolano, las normas que la regulan son de estricto orden público, ya que el adecuado desarrollo de esta función interesa a toda la colectividad.

¹⁴ El ejercicio de la función jurisdiccional, de la administración de justicia, constituye monopolio del Estado, tal como lo establece el ordinal 31 del Artículo 156 Constitucional y el Artículo 253 *ejusdem*. El único legitimado en Venezuela, de conformidad con su ordenamiento jurídico para objetivar el carácter coactivo que distingue a las normas jurídicas de las demás normas de comportamiento social es el Estado venezolano. Tal objetivación que puede ponerse en práctica luego que una sentencia adquiere el carácter de cosa juzgada, constituye la esencia de la función jurisdiccional, ya que sólo a través de la coacción y prohibición de volver a discutir lo ya decidido mediante una sentencia firme, es que se puede lograr la definitiva resolución de una controversia jurídica y así garantizar la paz social.

¹⁵ La resolución de controversias jurídicas es la finalidad inmediata que se persigue con la función jurisdiccional. Véase nuestra Teoría General ya citada, p. 19 y ss.

¹⁶ Toda sentencia definitiva, acto judicial con el que concluye la prestación de la función jurisdiccional, se limita a declarar cuál es la voluntad de la ley aplicable al caso concreto que fue originado por los hechos que ocurrieron o dejaron de ocurrir antes y fuera del proceso. Acerca de la naturaleza declarativa de toda sentencia véase nuestra Teoría General, p. 20 y Naturaleza Jurídica de la Cosa Juzgada, en el Derecho Procesal Venezolano, publicado en la *Revista Syllabus*, N° 1. pp. 95 y siguientes. Universidad Central de Venezuela.

¹⁷ A propósito del concepto del derecho de acción, véase lo que dijimos en Teoría General... p. 123.

cimiento se exige del órgano jurisdiccional. El interés procesal,¹⁸ condición esencial para poder tener acceso a los órganos jurisdiccionales, consiste en que quien demanda, necesariamente, debe alegar: a) la titularidad de una determinada voluntad concreta de ley¹⁹ en su patrimonio; b) que supone la existencia de un sujeto pasivo, demandado, llamado a satisfacer el derecho alegado; y c) la alegación de que aquella, la voluntad concreta de ley, no ha sido satisfecha por éste (demandado); y d) que la única manera de obtener coactivamente²⁰ la satisfacción de esta voluntad concreta de ley, es la intervención del Estado mediante el órgano jurisdiccional, para que preste la función jurisdiccional.

Toda controversia jurídica a cuya resolución es llamado el órgano jurisdiccional, supone siempre la alegación de la existencia de un precepto, de una norma jurídica, cuyo supuesto de hecho legal se ha convertido en un supuesto de hecho real, que es siempre bilateral²¹ por lo que ella, la resolución de la controversia, requiere, necesariamente, que el sujeto del cual se pretende el comportamiento satisfactorio, de quien se dice que no satisface la voluntad concreta de ley puesta como fundamento de la demanda, se le dé la posibilidad de adversarla, lo que se logra mediante la notificación que se le haga de la pretensión del demandante,²² de allí que en cualquier proceso que deba seguirse como consecuencia del ejercicio del derecho de acción, sea condición fundamental para su validez la citación del demandado, tal como lo establece el Artículo 215 del CPC, que

¹⁸ Suele considerarse y ello se deduce de las nociones que hemos expuesto en las consideraciones anteriores, que el interés procesal consiste en la afirmación que hace el demandante, ante un órgano jurisdiccional, acerca de la titularidad de una voluntad concreta de ley insatisfecha, insatisfacción que obliga al demandante a acudir ante el órgano jurisdiccional como único medio para obtener su satisfacción, al respecto véase Chiovenda, Giuseppe, *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I, p. 199. Editorial Instituto Editorial Reus.

¹⁹ Pesci Feltri, Mario. *Obra de Teoría General...* p. 20.

²⁰ Acerca de que la nota característica de la norma jurídica es la coacción, que la diferencia de las otras normas, conducta social, véase Pesci Feltri, Mario. *Teoría General*. p. 13. Véase además Jellumack, G. *Teoría General del Estado*, p. 274. Editorial Albastros 1942; De Ruggero y Maroi. *Istituzioni di Diritto Privato*. Vol. I. p. 3. Editores Casa Editrice Giuseppe Principato.

²¹ Véase Pesci Feltri, Mario. *Ob. Cit.*, p. 13.

²² El Artículo 49 Constitucional establece, como condición esencial para que se satisfaga plenamente el derecho de defensa del demandado, artículo que constituye este derecho en garantía constitucional, que... 1) La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga...”

constituye norma de derecho común aplicable en todo proceso, según el cual “es formalidad necesaria para la validez del juicio la citación del demandado para la contestación de la demanda...”

Con la citación del demandado se cumple con el acto procesal indispensable para la validez de cualquier proceso, que tiene como finalidad crear en el patrimonio del demandado la oportunidad para que se defienda de la pretensión propuesta en su contra. Si satisface la carga que la citación comporta y contesta, en sentido amplio, la demanda, omitiendo, naturalmente convenir en ella, (en los casos en que el convenimiento sea jurídicamente permitido), la controversia que se había propuesto con la demanda, y por ello, hasta ese momento sólo era una controversia en potencia, se convierte en una controversia en acto, lo que significa que el demandado ejerce el derecho de acción del cual, como el demandante, es titular²³ mediante cuyo ejercicio solicita del Tribunal, como el demandante, la resolución de la controversia pero, contrariamente a lo que éste pretende declare el Tribunal, pide el reconocimiento de una voluntad concreta de ley negativa, que rechace la pretensión del demandante. En aquellos casos en que el demandado omite contestar la demanda, se verifica lo que, (según nuestra opinión) erradamente, suele denominarse *confesión ficta*, tal como lo establece el Artículo 362 del CPC.²⁴ En esta hipótesis la controversia sigue vigente, tanto es así que el proceso no termina sino que, según el artículo antes citado, se abrirá, de todas maneras el lapso de pruebas para permitir al demandado confeso, promover las que demuestren que el hecho o hechos constitutivos

²³ Según opinión del suscrito cuando el demandado contesta la demanda, está exigiendo, en primer lugar, que se le satisfaga un interés idéntico al del demandante que persigue la resolución de la controversia; y en segundo lugar, que ella sea resuelta acogiendo la sentencia que dicte el Tribunal, las defensas o excepciones que opongan en dicha contratación. La primera exigencia es un derecho, (de acción) que debe necesariamente satisfacer el órgano jurisdiccional. La segunda constituye sólo una expectativa. Al respecto léase nuestra Teoría General... p. 73.

²⁴ Opinamos que la omitida comparecencia del demandado a la contestación de la demanda, en aquellos procesos que se desarrollen para la resolución de una controversia regulada por normas disponibles, no quiere decir que éste tácitamente admita la procedencia de la pretensión del demandado, no constituye por lo tanto, una confesión fingida o supuesta. Los efectos que este hecho comporta deben quedar circunscritos a que, al no contrariar el demandado el hecho constitutivo de la pretensión del demandante, lo libera de la carga de la prueba, ya que ésta nace sólo respecto a los hechos controversiales.

de la demanda, no pudieron verificarse.²⁵ (Si nada probare que lo favoreciere). Si durante dicho lapso el demandado promoviere tales pruebas, se abrirá el lapso de evacuación de las mismas y culminará el juicio en una sentencia definitiva que resuelva la controversia. Lo mismo ocurrirá en el caso en que el demandado, durante el lapso de promoción de pruebas, no promoviere alguna, en cuyo caso la sentencia definitiva se dictará dentro de los ocho días siguientes al vencimiento de este lapso.

En aquellos casos en que el demandado no satisfaga la carga de contestar la demanda, que crea en su patrimonio la citación, siempre nos encontraremos ante una controversia que deberá decidir el órgano jurisdiccional. Veámoslo. En los casos en que el demandado no conteste la demanda y la pretensión esté regulada por normas de orden público,²⁶ la controversia subsiste, tan es así que la ausencia del demandado en el acto de la contestación de la demanda, no elimina la carga del demandante de demostrar fehacientemente los hechos constitutivos de su pretensión, circunstancia esta que equivale a decir que la ausencia del demandado en el acto de contestación de la demanda comporta siempre, mediante una presunción *iuris et de iure*, que su defensa consiste en rechazar los hechos constitutivos puestos como fundamento de la demanda por el actor, por lo que se aplica, siempre y en todo juicio, el principio establecido en el Artículo 254 del CPC,²⁷ que permite a los jueces declarar con lugar la demanda sólo cuando exista plena prueba de los hechos alegados en ella. En estos casos la controversia que debe resolver el juez queda planteada así: a) el demandante alega los hechos constitutivos que aparecen en el libelo de la demanda; b) el demandado alega (tácitamente) que los hechos puestos como fundamento de la demanda por el demandante, no ocurrieron. En los casos en que se trate de situaciones sustantivas reguladas por normas disponibles, pueden verificarse dos hipótesis distintas: a) El demandado promueve pruebas

²⁵ Como es sabido no existe, generalmente, la posibilidad de demostrar un hecho que no haya acaecido. El hecho negativo se puede comprobar convenciendo al juez de la verificación de un hecho que haga lógicamente imposible que aquél haya ocurrido. En otras palabras, el verdadero efecto de la cosa juzgada es la inversión de la carga de la prueba.

²⁶ La doctrina y la jurisprudencia suelen entender por norma de orden público, aquella que regulan comportamientos en cuyo acaecimiento está interesada, en primer lugar, la colectividad.

²⁷ Artículo 254: “Los jueces no podrán declarar con lugar la demanda sino cuando, a su juicio, exista plena prueba de los hechos alegados en ella”.

para demostrar que los hechos constitutivos alegados por el demandante, no se verificaron. En esta hipótesis el tema que ha sido sometido al conocimiento y decisión del juez, está conformado por los hechos alegados por el demandante en el acto de la demanda y por la negativa del acaecimiento de tales hechos, actitud que parte del supuesto según el cual el demandado haya negado el acaecimiento de tales hechos constitutivos. b) El demandado no promueve prueba alguna durante el lapso de promoción de pruebas. En esta hipótesis lo que procesalmente ocurre²⁸ es que al no haber sido contradichos los hechos constitutivos de la pretensión, el demandante queda liberado de la carga de la prueba. En esta hipótesis el *tema decidendum*, será igual al de las otras dos anteriores: debe presumirse, con una presunción *iuris et de iure*, que el demandado (tácitamente) contesta la demanda, negando la ocurrencia de los hechos constitutivos de la pretensión, por lo que el juez debe, siempre, en aplicación del Artículo 254 del CPC, comprobar si el demandante demostró los hechos constitutivos de su pretensión, debiendo concluir, ante el hecho de la omitida contestación de la demanda, en sentido favorable, al haber quedado el demandante liberado de la carga de la prueba de los hechos constitutivos, fundamento de la demanda. Concluimos este capítulo afirmando que todo juicio que ponga en práctica la función jurisdiccional se desarrolla alrededor de una controversia que siempre se resuelve con una sentencia.

3. EL PROCESO

Señala el Artículo 257 Constitucional que “el proceso es un instrumento fundamental para la realización de la justicia”, por lo que debe determinarse que el objeto del proceso lo constituye únicamente el desarrollo de la función jurisdiccional.²⁹ En otras palabras, para que la función jurisdiccional pueda ser prestada por el Estado, con el fin de resolver una controversia jurídica para garantizar la paz social, existe en nuestro ordenamiento jurídico una sola vía: el proceso, lo que nos permite concluir que, para la resolución de cualquier género de controversias, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación o situación sustantiva

²⁸ Léase lo que decimos en la nota 24.

²⁹ El carácter instrumental del proceso que sanciona constitucionalmente el Artículo 257 Constitucional, lo habíamos señalado en nuestra Teoría General...” ya citada, en la p. 23 y ss.

respecto a lo que ella nazca, siempre será necesario la prestación de la función jurisdiccional que no podrá desarrollarse sino a través del proceso. Por lo tanto, el concepto que se tenga de la función jurisdiccional y del proceso, será aplicable a cualquiera de las categorías de la función jurisdiccional que establezca el ordenamiento procesal venezolano.³⁰

Hemos recordado el carácter bilateral de toda norma jurídica y señalado que, cuando el Artículo 26 Constitucional sanciona el derecho de acción, lo hace para indicar que éste, el acceso a los órganos de administración de justicia, se otorga cada vez que un sujeto de derecho manifiesta, mediante el libelo de la demanda,³¹ su voluntad de someter la satisfacción del derecho alegado, de la voluntad concreta de ley insatisfecha a la intervención del Estado a través del órgano jurisdiccional, ya que sólo el Estado está legitimado para aplicar la coacción propia de toda norma jurídica. Esta petición, demanda, requiere para su conocimiento y decisión, ya que ella hace referencia una relación o situación jurídica bilateral, que la persona de la cual pretende el demandante la satisfacción de su derecho, sea notificada de la pretensión propuesta en su contra y se le ofrezca la oportunidad para defenderse, por lo que, como ya se dijo, la citación del sujeto pasivo de la relación controvertida, es un acto fundamental de todo y cualquier clase de proceso. Contestada la demanda, o en cualquier otro caso de los que ya analizamos en el capítulo precedente, es indispensable, en todo proceso, que se abra un lapso para que las partes puedan demostrar los hechos en que han fundamentado su pretensión. Con tal fin promoverán y evacuarán los medios de prueba que consideren pertinentes. Concluida esta fase del proceso, de cualquier proceso, el juez está en condiciones de determinar en la sentencia cuál fue la voluntad concreta de ley que se verificó antes y fuera del proceso y declararla en la sentencia. Todo proceso contempla el doble grado de jurisdicción, (excepción hecha de aquellos

³⁰ El fundamento de lo afirmado, tratamos de demostrarlo en nuestro trabajo: *Teoría General del Proceso*, citado varias veces, que fue concebida con tal fin.

³¹ El Artículo 339 del CPC, que constituye derecho común en todo proceso, establece que: "El procedimiento ordinario (debe entenderse que todo proceso) comenzará por demanda...". Puede ocurrir que en leyes procesales distintas a la contenida en el Código de Procedimiento Civil, se usen términos distintos para denominar este acto procesal constitutivo del proceso, pero esta diferencia del término, no comporta una diferencia respecto a la naturaleza del acto procesal al cual se le atribuya dicho término.

que, desarrollándose en primera instancia ante algunas de las Salas del Tribunal Supremo, o ante el Tribunal Supremo en Sala Plena, culminan en sentencias inapelables). Una vez agotados todos los recursos que ofrece el ordenamiento procesal, la sentencia quedará firme y se producirán los efectos de la cosa juzgada a la que se refieren los Artículos 272 y 273 del CPC.³²

Este conjunto de actos que realizan las partes en contradictorio (demanda, contestación a la demanda, promoción y evacuación de pruebas e impugnaciones) y el Juez (autos, decretos y sentencias) son los que permiten el desarrollo de la función jurisdiccional. De allí que definamos el Proceso (cualquier género de procesos) como “el conjunto de comportamientos jurídicos (actos procesales) que realizan las partes interesadas, en contradictorio y el órgano jurisdiccional, para dar vida, tanto a los actos preparatorios como el acto final, para el desarrollo de la función jurisdiccional”. Queremos llamar la atención, con el fin de justificar las conclusiones a la que llegaremos en este trabajo, que son las partes las que con sus comportamientos, permiten el desarrollo de la función jurisdiccional que sólo se presta cuando se ejerza el impulso procesal para que tal prestación se verifique,³³ porque son ellas, las partes que dicen y contradicen en todo proceso son las interesadas en resolver la controversia, de allí que sólo a ellas corresponda realizar los actos procesales que permitan tal desarrollo, como medio para condicionar, en sentido amplio, el contenido de la voluntad concreta de ley que declara la sentencia. Es también por esta misma circunstancia por lo que la sentencia no produce efecto alguno respecto a terceros. Ella los producirá única y exclusivamente para las partes que han dicho y contradicho en ese determinado proceso, porque sólo ellas han podido ejercer el derecho de defensa que les corresponde respecto a una determinada relación jurídica controvertida. De allí que el así denominado “efecto

³² Acerca de los efectos de la cosa juzgada véase nuestro trabajo ya citado *Naturaleza Jurídica...* p. 98 y ss.

³³ El Artículo 11 del CPC que constituye derecho común en todo proceso, establece el principio del impulso procesal para dar inicio a todo proceso mediante el cual se desarrolle la función jurisdiccional. Acerca de la necesaria aplicación de este principio para el inicio de cualquier proceso, véase nuestra *Teoría General...* p. 89 y ss.

sustantivo” de la sentencia³⁴ que determina el Artículo 273, establezca que “la sentencia definitivamente firme es ley entre las partes en los límites de la controversia decidida...”.

Por lo tanto, si la función jurisdiccional persigue la resolución de controversias jurídicas, corresponde exclusivamente a las partes de ella, decir y contradecir en el proceso que se requiere para desarrollar dicha función, ya que los efectos de la decisión, de la sentencia, recaerán únicamente sobre el patrimonio, en sentido amplio, de tales contendientes. Es por ello que correspondiéndole al juez la resolución de la controversia, ella, la resolución, debe hacerse teniendo en cuenta, únicamente, los intereses jurídicos que las partes sometan a su decisión.

4. EL DEBIDO PROCESO

Como señalamos en el capítulo precedente, la función jurisdiccional, la administración de justicia, sólo se puede prestar mediante la puesta en práctica, mediante el desarrollo del proceso (Artículo 257 Constitucional) que necesariamente debe preexistir, estar concebido legalmente, mediante normas de esta naturaleza (procesales)³⁵ con anterioridad a su puesta en práctica.³⁶

Como señalamos también precedentemente, la función jurisdiccional que se concede para resolver controversias jurídicas, supone una relación o situación sustantiva bilateral, lo que impone la necesidad de notificar a quién se señala como sujeto pasivo de la pretensión, para que se defienda la existencia de la misma, debiendo luego, ambas partes realizar en contradictorio, todos aquellos actos preparatorios a la providencia final

³⁴ Acerca del “efecto sustantivo” de la Cosa Juzgada, léase lo que expusimos en el trabajo ya citado, *Naturaleza Jurídica...* p. 98 y ss.

³⁵ Es comúnmente aceptada por doctrinaria y jurisprudencialmente, la afirmación según la cual lo que caracteriza a las normas procesales es que ellas regulan el comportamiento del juez y de las partes, durante la pendencia del proceso.

³⁶ El Artículo 253 textualmente ordena que los procesos que se pongan en practica para el desarrollo de la función jurisdiccional sean únicamente aquellos que hayan sido creados con anterioridad al desarrollo de un determinado proceso establecido por la ley correspondiente. En efecto, el texto mencionado, en su segundo aparte, establece que: “Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia *mediante los procesos* que determinen las leyes...”.

que la ley procesal consiente y en cuya ejecución (actos preparatorios) sólo corresponde a las partes, ya que sólo respecto a ellas es que se producirán los efectos de la sentencia.³⁷ Si la resolución de la controversia interesa sólo a las partes entre las cuales ella se constituye y la misma se resuelve con la providencia final –sentencia– debe necesariamente concluirse que: a) sólo a las partes corresponde realizar los actos preparatorios a la providencia final sentencia y b) los efectos de ésta sólo pueden incidir en el patrimonio de quienes han sido partes en el proceso que la sentencia decide.³⁸ Que éstos sean los límites dentro de los cuales debe desarrollarse todo proceso, se deduce de un principio jurídico esencial a nuestro ordenamiento procesal porque el mismo le es inmanente: el derecho de defensa. El derecho de defensa es constitutivo de la personalidad y de la libertad de todo sujeto jurídico.³⁹ Así ocurre en nuestro ordenamiento jurídico y así lo establecía la Constitución de la República de Venezuela, promulgada en el año 1961, en sus Artículos 68 y 69, el primero de los cuales garantizaba el ejercicio del derecho de acción y estableciendo que la defensa es derecho inviolable en todo Estado y grado del proceso, así como por todas aquellas normas contenidas en los diferentes textos procesales que garantizaban a ambas partes el derecho de defensa.

La Constitución vigente desarrolla con mayor detalle y extensión esta garantía, haciéndola extensiva a los procedimientos administrativos en aquellos casos en que, para su desarrollo, se requiere la participación de los sujetos concretos respecto a los cuales se producirán los efectos del acto administrativo en el que culminará dicho procedimiento. Es así que en el Artículo 49 Constitucional, se establecen una serie de principios cuya finalidad primordial es garantizar el derecho de defensa de las partes que dicen y contradicen en un determinado proceso, creado siempre con el fin de desarrollar la función jurisdiccional mediante la cual se resuelven todas las controversias jurídicas, debiendo entenderse que el garantizar el derecho de defensa no significa crear obligación alguna

³⁷ Véase nuestra *Naturaleza Jurídica...* p. 93 y ss.

³⁸ Así lo disponen los Artículos 272 y 273 del CPC.

³⁹ Léanse los Artículos 1, 2 y 3 Constitucionales.

para su titular, sino crear la oportunidad, los actos procesales, para que éste, si lo desea, absuelva la carga procesal de defenderse.⁴⁰

En efecto el Artículo 49 Constitucional comienza diciendo que el debido proceso debe aplicarse a todas las actuaciones judiciales y administrativas por lo que la defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado de la causa, incluyendo la fase de investigación, de allí que toda persona debe ser notificada de la demanda que se proponga en su contra y disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercerla, asegurándose el doble grado de jurisdicción. La presunción de inocencia, que debe extenderse a los demandados en cualquier género de proceso y no exclusivamente a los penales, constituye una presunción que favorece al demandado antes de la terminación del juicio mediante sentencia firme. El debido proceso debe realizarse ante los jueces naturales, eximiéndose al indiciado confesar su propia culpa, en aquellos juicios en que la relación o situación sustantiva esté regulada por normas de orden público; omitiéndose toda sanción cuando la ley no la haya previsto; estableciendo el efecto de la cosa juzgada que debe atribuírsele a la culminación de todo proceso mediante sentencia. Debemos, en líneas generales, llegar a la conclusión según la cual la garantía jurisdiccional del derecho de defensa del debido proceso constituye una consecuencia natural constituye, “un derecho humano”⁴¹ que deriva de la prestación de la función jurisdiccional. En efecto, si la finalidad que se persigue con esta función, con la administración de justicia, es la resolución de controversias jurídicas que nazcan entre los sujetos de una determinada relación o situación sustantiva, que supone siempre su bilateralidad; si la única vía que tiene dicha función para ser ejercida, es el proceso, y en su desarrollo deben participar las partes para realizar los actos preparatorios de la providencia final sentencia, que necesariamente va a producir sus efectos únicamente respecto a tales partes; es indispensable que a ellos se les garantice la posibilidad de defenderse en el proce-

⁴⁰ Se acepta comúnmente que la obligación procesal supone que el sujeto obligado debe comportarse de una determinada manera porque de tal comportamiento depende la satisfacción del interés protegido por la norma procesal, mientras que las cargas de este género, suponen siempre comportamientos que debe realizar el sujeto de la carga, en beneficio propio.

⁴¹ La prioridad de los derechos humanos está consagrada, entre otros muchos artículos constitucionales, en el Artículo 2 de la Constitución vigente.

so. Si los efectos de la sentencia se producirán necesaria y exclusivamente en el patrimonio de las partes que participan en el proceso, sería ilegal, sería innatural, constituiría la violación de su derecho humano, el impedir que los destinatarios de tales efectos pudieran tener la oportunidad, procesalmente regulada, de defenderse.

5. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO

Es precisamente teniendo en cuenta las razones que hemos expuesto en los capítulos precedentes que desde antiguo, en el ordenamiento procesal venezolano se ha consagrado el principio “dispositivo”⁴² que establece el Artículo 12 del Código vigente, debiendo entenderse que dicho principio debe considerarse como un principio de derecho común en el ordenamiento procesal venezolano.

De conformidad con lo estipulado en el Artículo 12 del CPC “Los jueces tendrán por norte de sus actos la verdad.... Debe atenerse (en sus decisiones) 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”. Interesa destacar, del precepto transcrito, lo concerniente a que el juez, al dictar su decisión que, mediante la declaración de la voluntad concreta de ley, resuelva la controversia, debe necesaria y únicamente atenerse a los hechos que las partes hayan puesto como constitutivos de la controversia: en la demanda, el demandante y en la contestación de la demanda el demandado y de estos hechos, sólo aquellos que hayan quedado demostrados en los autos. Si, como hemos evidenciado, la función jurisdiccional que se presta mediante el proceso, persigue la resolución de controversias jurídicas que son siempre bilaterales, los efectos de tal resolución sólo podrán afectar a quienes son parte en juicio, ya que sólo a ellas corresponde realizar los actos preparatorios que culminarán en la sentencia; con base a estas premisas, la obligación del juez de atenerse a lo alegado y probado en autos, constituye su consecuencia lógica, ya que es sólo el inte-

⁴² El principio dispositivo fue consagrado en el Código promulgado el 12 de mayo de 1836, denominado Código de Aranda, en homenaje a su creador, el jurista Francisco Aranda, principio que se ha mantenido en vigencia en todos los códigos de esta naturaleza que han regulado en Venezuela el Proceso Civil.

rés de las partes lo que está en juego. El juez no puede alejarse de éste, que se objetiva en la alegación de los hechos que, según las partes, han originado su posición en el proceso. Al juez no se le pide que se pronuncie acerca de intereses jurídicos distintos a los que las partes han evidenciado durante el proceso. Como lo que el juez decida sólo afectará los intereses jurídicos de las partes, sólo a ellas corresponde determinar cuál es el interés, qué quieren que se les proteja; al juzgador le está vedado separarse, ponerse por encima de tales intereses evidenciados en la causa. De allí que no puede dictar su sentencia sino basándose en las alegaciones de las partes, obligación que crea dos vertientes: a) no puede poner como fundamento de su sentencia, ya sea para declarar una voluntad concreta de ley en el patrimonio del demandante, ya sea para declarar una voluntad concreta de ley negativa a favor del demandado, sino tomando en consideración los hechos alegados por las partes; b) no puede dejar de pronunciarse acerca de todos los hechos alegados por ellas. La obligación del juez de comportarse como queda indicado en el Artículo 12 que analizamos, la ratifica el ordinal 5° del Artículo 243 *ejusdem*, según el cual la sentencia, debe satisfacer y debe contener “decisión expresa positiva y precisa *con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas...*” pretensiones y excepciones o defensas que no pueden identificarse, calificarse, sino fundamentándose en los hechos alegados por las partes, aun cuando éstas lo hayan calificado erróneamente.⁴³

Es por ello que el principio dispositivo constituye una consecuencia lógica, insoslayable, de las premisas señaladas. Su observancia estricta constituye un bastión del derecho de defensa que la Constitución y las leyes garantizan a las partes de cualquier juicio. En efecto ¿Cómo podrían las partes, demandante y demandada, hacer valer la inviolabilidad del derecho de defensa, que garantiza el Artículo 49 Constitucional; cómo podrían las partes lograr la garantía del derecho de defensa y que se les mantenga como iguales durante el proceso y en los derechos y

⁴³ Nuestro ordenamiento procesal parte del supuesto según el cual el Juez que está llamando a resolver la controversia jurídica, conoce el derecho que está llamando a aplicar, por lo que, al dictar su decisión, no está obligado a recoger la calificación jurídica de los hechos que han alegado las partes. De allí el principio *Iura Novit Curia*.

facultades comunes a ellas, y en lo privativo de cada una, según lo determina el Artículo 15 del CPC; cómo podría garantizarse la inviolabilidad del derecho de defensa en todo estado y grado del proceso, sin preferencias y desigualdades, como lo exige el Artículo 11 del Código Orgánico Procesal Penal; cómo mantener la absoluta igualdad entre las partes y excluir los privilegios procesales que corresponden a la Administración Pública cuando ésta sea la agravante, según el Artículo 21 de la Ley Orgánica de Amparo y sobre Derechos y Garantías Constitucionales, si el demandado no conociere los hechos sobre los cuales apoya su pretensión el demandante, que persigue imponerle un comportamiento determinado, aun contra su voluntad, o si el demandante no conociere los hechos que pone el demandado como fundamento de su defensa o excepción, mediante la cual pretende eximirse del cumplimiento de la conducta que de él se exige con la demanda? En esta circunstancia se encontraría la parte de un determinado proceso si el juez desaplicara el principio dispositivo, por lo que se refiere a las alegaciones de los hechos que debe tomar en cuenta al dictar su sentencia. La defensa, en sentido amplio, tanto del demandante como del demandado, es sólo posible jurídicamente cuando el demandado conozca de lo que debe defenderse, cuando el demandado conozca los hechos en que se fundamenta el actor, porque sólo conociendo los hechos en que aquél fundamenta su pretensión es que puede adversarla y sólo cuando el demandante conozca los hechos en que fundamenta el demandado su defensa o excepción, mediante la cual pretenda eximirse de realizar la conducta que de él se pretenda, es que podrá oponerse a las defensas del demandado.

Debemos, por lo tanto, concluir, que el juez que dicte su sentencia, cualquiera que sea la naturaleza del proceso que culmine con ella, soslayando el principio dispositivo, dicta una sentencia nula, tal como lo señala el Artículo 244 del CPC norma aplicable, como ya hemos señalado, a cualquier proceso.

El texto del Artículo 12 del CPC contiene dos reglas de naturaleza diferente respecto al comportamiento que debe observar el juez en el acto de dictar sentencia: la primera de ella se refiere a que su dispositivo debe necesariamente ser consecuencia de los hechos que han alegado las partes en las oportunidades procesales correspondiente.

La segunda se refiere a su obligación de no poner como fundamento de la sentencia hechos que no hayan sido comprobados durante el desarrollo del proceso.

6. LAS DOS VERTIENTES DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO

El Artículo 12 del CPC, fuente del principio dispositivo como hemos dicho al final del capítulo anterior, contiene dos vertientes distintas para su aplicación: a) El juez debe atenerse a lo alegado en autos; b) El juez debe atenerse a lo aprobado en autos para verificar la veracidad de los hechos alegados. El haber incluido ambas vertientes en una misma norma, ha generado y continúa generando un número considerable de confusiones, lo que ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a asumir posiciones teóricas dispares que no permiten una visión adecuada de dicho principio.

Como hemos señalado al definir la función jurisdiccional, con ella se persigue la resolución de controversias jurídicas, pero no solamente aquellas que se susciten entre particulares sino cualquier controversia, incluyendo las que se refieren a relaciones o situaciones jurídicas que interesan al orden público, como ocurre en las de naturaleza penal, contencioso-administrativa, constitucional y de amparo. También este género de controversias deben resolverse mediante el empleo de la función jurisdiccional y del instrumento para su desarrollo: el proceso.

Como hemos también señalado, el principio dispositivo regula el comportamiento del juez en cualquier género de procesos, cualquiera que sea su naturaleza.

La razón de esta afirmación también la hemos señalado: dicho principio constituye la más adecuada garantía del derecho de defensa de la parte porque sólo conociendo lo que pretende la adversaria (el demandante en la demanda; el demandado en la contestación de la demanda) es que ella puede defenderse, ya sea que esta pretensión persiga que se le imponga al demandado acoplar su conducta al modelo establecido en la ley, ya sea que con ella el demandado persiga convencer al juez que su conducta, antes y fuera del proceso, se acopló a la del modelo legal. Es

por ello que tal principio no tiene excepción alguna,⁴⁴ en ningún género de proceso. Si se permitiera que la demanda fuere declarada con lugar poniendo como fundamento del dispositivo de la sentencia, un hecho no alegado por el demandante, se violaría de manera evidente el derecho de defensa del demandado quien, al desconocer tal hecho, no puede contradecirlo. En igual situación se encontraría el demandante si se declara con lugar una defensa del demandado, basándose en un hecho no alegado oportunamente por éste. Cualquiera de estos dos comportamientos infringirían abiertamente el derecho de defensa garantizado por el Artículo 49 Constitucional. El principio según el cual la disponibilidad del *tema decidendum* de la controversia que debe resolver el juez, corresponde determinarlo única y exclusivamente a las partes, no obedece al hecho de que su aplicación rigurosa, por lo que se refiere a las alegaciones, es consecuencia de una concepción que privilegia los derechos subjetivos, el derecho privado, en vez de privilegiar el carácter de institución regulada por normas de orden público. La imperatividad del principio dispositivo obedece a la intangibilidad del derecho de defensa, no solamente cuando se controvierta sobre la titularidad de los derechos subjetivos sino también respecto a la controversia que pueda nacer acerca de la titularidad de los intereses legítimos, cuya violación provoca el contencioso-administrativo o respecto a la acción penal, en la que no se juzga acerca de derecho subjetivo alguno sino acerca de un derecho público como es la acción penal, o respecto a la acción popular, que si bien constituye un derecho subjetivo, nadie pudiera calificarla como de naturaleza privada.⁴⁵

La segunda vertiente del principio dispositivo tiene como objeto el precepto según el cual el juez debe atenerse a lo probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos ni suplir excepciones o argumentos de hecho no probados. Una interpretación literal, ade-

⁴⁴ La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia al Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero consideró que el principio dispositivo no era aplicable en los procesos que se ponían en práctica para desarrollar la jurisdicción de amparo que consagra el Artículo 27 Constitucional y que desarrolla la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos Constitucionales, criterio que luego ha ratificado en sentencias sucesivas.

⁴⁵ Léase al respecto a José Rodríguez Uzcanga en su trabajo: *Medidas para mejor Proveer*, que aparece en el libro, Autores Varios *Actos para mejor Proveer*. Ediciones Fabreton 1993.

más de la lógica y armónica, del texto transcrito evidencia que respecto al material probatorio el juez debe atenerse a lo probado en autos, sin tomar en cuenta cuál es la fuente de dicha prueba, quién la ha traído al proceso. Las alegaciones acerca de los hechos que conforman la controversia, resultan de los dos actos que en todo proceso deben verificarse necesariamente: demanda y contestación de la demanda, actos que sólo pueden provenir de quienes dicen y contradicen en el proceso, no teniendo sentido que en el planteamiento de la controversia intervenga el juez, ya que si esto fuera posible dejaría de ser un tercero ajeno a ella, con vocación para decidirla, convirtiéndose en parte, lo que choca contra la estructura lógica que supone toda controversia cuya resolución se le propone. No ocurre lo mismo por lo que se refiere a la aportación de las pruebas. Lo que exige el Artículo 12, respecto a las pruebas de los hechos en que fundamente el dispositivo del fallo, es que tales hechos *hayan sido demostrado con lo “probado en autos”*, frase esta que desplaza el problema de las alegaciones de los hechos al problema de la prueba de los hechos alegados. Basta que la prueba resulte de los autos para que el juez pueda utilizarlas para crear su convencimiento acerca de su efectivo acaecimiento. Este desplazamiento del problema nos obliga a examinar los actos que, de conformidad con la voluntad del legislador, conforman el desarrollo de todo proceso, indagación que nos conduce a determinar dos fuentes distintas constitutivas del material probatorio que puede o debe resultar de los autos: la primera de tales fuentes la encontramos en el Artículo 396 del CPC, según el cual, “dentro de los primeros quince días del lapso probatorio deberán las partes promover todas las pruebas de que quieran valerse...” norma que crea la legitimación necesaria para que las partes puedan demostrar, comprobar, probar los hechos alegados como fundamento de su pretensión o de su defensa, actividad probatoria ésta que es además necesaria para satisfacer la carga procesal que establece el Artículo 506 *ejusdem* para las partes. Todas las normas contenidas en el Título II del libro segundo del CPC, están destinadas a regular la actividad probatoria de las partes y la apreciación que de tales pruebas está consentida al juez. La segunda fuente constitutiva de las pruebas se encuentra en los Artículos 401 y 514 del CPC, el primero de los cuales establece que el juez, concluido el lapso probatorio podrá ordenar la práctica de las diligencias que allí se señalan, actividad que podrá realizar nuevamente el juez “después de presentados los informes dentro de un lapso perentorio de quince días”,

dictando un auto para mejor proveer mediante el cual podrá ordenar el aporte de las pruebas que se señalan en el mismo artículo. El hecho que las normas citadas utilicen términos distintos para designar la actuación del juez, denominándola el 401 como “práctica de diligencias”, mientras que el 514 habla de dictar “auto para mejor proveer”, no significa que su naturaleza jurídica sea distinta. Se trata siempre de una actividad complementaria que efectúa el juez mediante la cual trae a juicio “medios de que se puede valer el juzgador para formar su convicción ante la imposibilidad de formarla con las solas pruebas suministradas por las partes...”.⁴⁶

El hecho de que esta fuente de las pruebas en el juicio sea complementaria y suponga siempre que el juez pueda hacer uso de esa facultad cuando no pueda conocer la verdad procesal mediante la sola actividad probatoria que tienen las partes la carga de absolver, no significa que ella no tienda a engrosar el material probatorio al que pueda referirse el juez cuando deba dictar la sentencia, ya que ella tiene la virtud de traer a los autos las requeridas por el juez. No podemos en estas breves anotaciones dilucidar y asumir una posición respecto al discutidísimo problema acerca de las condiciones que deben darse para que el juez ordene las diligencias que señala el 401 del CPC o dicte el auto para mejor proveer que menciona el Artículo 514 *ejusdem*, legitimación para cuya determinación es necesario tomar en cuenta también, el dispositivo del Artículo 254 del mismo texto legal, según el cual “los jueces no podrán declarar con lugar la demanda sino cuando a su juicio exista plena prueba de los hechos alegados en ella” y en caso de dudas sentenciarán a favor del demandado. El texto del artículo citado no dice que la plena prueba que deba existir de los hechos constitutivos de la pretensión del demandante, debe referirse solamente a las que haya aportado el actor. Él se refiere a que “exista plena prueba de los hechos alegados en ella”, lo que nos permite concluir que basta que dicha “plena prueba” resulte de los autos, prescindiendo de quien la haya consignado en ellos, para poder declarar con lugar la demanda.

La razón de la interpretación que proponemos acerca de la vertiente de la norma contenida en el Artículo 12 comentado, respecto a las pruebas,

⁴⁶ Rodríguez Uzcanga, J. *Ob. Cit.*, p. 256.

debe encontrarse en la norma que contiene el mismo artículo según la cual “los jueces tendrán por norte de sus actos la verdad...” “Verdad” que no puede ser otra sino la procesal, la que emerja del desarrollo del proceso. Esta norma tiene como destinatario al órgano jurisdiccional y en la búsqueda de la verdad procesal, que es el comportamiento ético-jurídico que debe orientar el comportamiento del juez, es que puede actuar de oficio, complementando la actividad probatoria de las partes. Esta búsqueda tiene un límite que el juez no puede desconocer y que está dado por el hecho que la verdad que debe extraer de los autos debe referirse sólo y exclusivamente a los hechos alegados por las partes. Este límite no solamente lo determinan las diferentes normas que regulan el comportamiento del juez y de las partes durante la pendency del proceso, sino también y más concretamente, por los Artículos 401 y 514 del CPC. El interrogatorio al que puede someter el juez a las partes, según el ordinal 1º del Artículo 401, idéntico al ordinal 1º del 514, debe necesariamente versar sobre un hecho “*que aparezca dudoso u obscuro*” pudiendo aparecer dudosos u oscuros sólo los hechos alegados por las partes del juicio; estableciendo el ordinal segundo del 401, idéntico al 2º del 514, que el instrumento cuya evacuación se solicite deba haberse mencionado en los autos, mención que sólo puede provenir de las partes; indicando el ordinal 3º del 401 que el testigo, cuyo interrogatorio se requiere, debe haber sido promovido por las partes, lo que hacen éstas con el único fin de comprobar el acaecimiento de hechos por ellas alegados. El ordinal cuarto del Artículo 401, idéntico al ordinal tercero del Artículo 514, permite al juez practicar una inspección judicial y levantar croquis sobre los puntos que se determinen, debiendo perseguirse con esta prueba directa el conocimiento, de parte del juez, de hechos que hayan sido alegados por las partes, pudiendo, además, tomar conocimiento del expediente que exista en un archivo público en el que consten hechos verificados en dicho proceso que estén vinculados con los hechos alegados por las partes del juicio donde el juez decida, de oficio, evacuar esta prueba. Finalmente el ordinal 5º del Artículo 401, igual al 4º del Artículo 514, autoriza al juez para que ordene la realización de alguna experticia sobre hechos alegados por las partes o amplíe o aclare la ya existente en juicio, que no pueden ser distintas a las ya practicadas como consecuencia de la evacuación de esta prueba que se haya realizado a instancia de parte.

En conclusión, nuestro ordenamiento procesal autoriza la iniciativa probatoria del juez por que es a él a quien corresponde determinar la verdad procesal acerca de los hechos que las partes, en contradictorio, han alegado para sustentar su pretensión o su defensa.

El límite que el ordenamiento procesal establece al juez en el ejercicio de la actividad permitida para la búsqueda de la verdad, consiste en la que dicha actividad probatoria tenga como objeto únicamente los hechos alegados por las partes del juicio de que se trate.

La necesaria vinculación entre el medio procesal que se utiliza para la comprobación de los hechos y la alegación de tales hechos realizados por las partes en juicio, constituye un principio aplicable también a los juicios penales, como se desprende del texto del Artículo 215 del Código Orgánico de Procedimiento Penal, según el cual los hechos que se podrán probar son aquellos “de interés para la correcta solución del caso y por cualquier medio de prueba incorporado conforme a las disposiciones de este Código...” entendiendo por “caso” el *tema decidendum* que las partes hayan propuesto para su conocimiento al juez de la causa, como resulta de su Artículo 364, según el cual “la sentencia de condena no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias descritas en la acusación y en el auto de apertura del juicio, en su caso, en la ampliación de la acusación”, norma esta que constituye una aplicación del principio dispositivo referido a las alegaciones de las partes en el juicio penal, lo que confirma el siguiente Artículo 365 *ejusdem*, al determinar entre los requisitos formales de la sentencia penal, la enunciación de los hechos y circunstancias que hayan sido objeto del juicio y la determinación precisa y circunstanciada de los hechos que el Tribunal estima acreditados. Es teniendo en cuenta los principios señalados que el Artículo 357 faculta al juez para interrogar al experto o al testigo; y ordenar una inspección judicial, según el segundo aparte del Artículo 359, determinando, el 360, la regla de rigurosa aplicación según la cual “excepcionalmente el tribunal podrá ordenar de oficio... la recepción de cualquier prueba si en el curso de audiencia surgen hechos o circunstancias nuevos, que requieran su esclarecimiento”, norma esta que evidencia la íntima relación que debe existir entre los hechos alegados por las partes y la legitimación del juez para traer a juicio, de oficio, nuevas pruebas. Los mismos principios deben aplicarse a las normas contenidas en la

Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia que regula los procesos que ella señala con un conjunto de normas procesales de carácter general y algunas de aplicación específica en determinados procedimientos, debiendo evidenciarse que, en todos ellos, las normas del Código de Procedimiento Civil constituyen derecho común, debiendo destacarse en este sentido los Artículos 81, 107, primer aparte del Artículo 127, 130, primer aparte del Artículo 142; segundo aparte del Artículo 156. Deben por lo tanto aplicarse los principios señalados respecto a la legitimación del tribunal para ordenar de oficio la evacuación de prueba, cuando haga uso de esta facultad que le conceden los Artículos 129, 143, 145, 157 y 165 de la mencionada Ley.

De igual manera, la facultad que concede al juez competente la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en su Artículo 17, según el cual el juez que conozca de la acción de amparo podrá ordenar la evacuación de las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de los hechos que aparezcan dudosos u oscuros, está regulada por el mismo principio expuesto, según el cual el juez de amparo sólo puede proveer de oficio las pruebas que considere pertinentes, con el único fin de convencerse de la veracidad de los hechos alegados por ambas partes durante el debate procesal; debiendo entenderse que esta facultad de evacuar de oficio para convencerse de la verdad de los hechos alegados, abarca también a los que proponga el imputado, tal como lo establece el Artículo 24 *ejusdem*.

Igual comportamiento debe observar el juez competente para resolver las controversias reguladas por la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente cuando ejerza las facultades que le conceden los Artículos 472, 473, 474 y 478 del mencionado texto legal.

7. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y EL PROCESO DE AMPARO

Dedicaremos este capítulo a analizar la sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 2 de febrero del 2000, ya que por primera vez, por lo menos que conste al suscrito, se establece que el principio dispositivo, respecto a los hechos que conforman las controversias de este género, no es de aplicación imperativa,

por lo que el juez pudiera fundamentar el amparo constitucional demandado, en hechos no alegados por las partes. Nos interesa analizar con detenimiento los razonamientos en que fundamentó la Sala Constitucional esta afirmación en consideración al hecho que, de aceptarse este criterio, perdería consistencia la tesis que hemos desarrollado, según la cual el principio dispositivo, por lo que se refiere a los hechos alegados, es de absoluto carácter imperativo en toda clase de procesos, incluyendo el de amparo, por constituir el baluarte fundamental de la garantía constitucional del derecho de defensa.

Los razonamientos que contiene la sentencia mencionada requerirían un examen profundo, detallado, para evidenciar que la mayoría de ellos carecen de un apoyo legal cierto y muchos de ellos se contradicen recíprocamente. En consideración a la naturaleza de este trabajo, debemos limitarnos a evidenciar aquellos que son insuficientes para sufragar la tesis que principalmente nos interesa combatir, según la cual “lo que se pide como efecto de un amparo puede no ser vinculante para el tribunal que conoce de la acción, ya que el proceso de amparo *no se rige netamente por el principio dispositivo*, porque si bien es cierto que el Juez Constitucional no puede comenzar de oficio un proceso de amparo, sí puede modificar el *tema decidendum* que como protector de la Constitución y de su aplicación en todos los ámbitos de la vida del país, tal como se desprende de los Artículos 3 y 334 de la vigente Constitución, existe interés constitucional de que quienes pidan la intervención del poder judicial en el orden institucional, reciban efectivamente los beneficios constitucionales, sin desviaciones ni minimizaciones causadas por carencia o errores en el objeto de sus pretensiones, ya que de ser así el Juez Constitucional estaría obrando contra el Estado de derecho y de Justicia que establece el Artículo 2 de la Constitución vigente”.

Según nuestra opinión los argumentos transcritos contienen una serie de afirmaciones que no solamente carecen de cualquier apoyo normativo, sino que además constituyen el desconocimiento de los principios que regulan la prestación de la función jurisdiccional y las normas que regulan el instrumento mediante el cual ella se desarrolla: el proceso. Veámoslo.

Afirmar que lo que se pide como efecto de un amparo puede no ser vinculante para el tribunal que conoce de la acción, no solamente no

encuentra apoyo jurídico alguno, en norma alguna del ordenamiento jurídico venezolano, sino que, además, contradice abiertamente el propósito y razón que han llevado al constituyente a crear la jurisdicción de amparo. En efecto, el Artículo 27 Constitucional establece que “toda persona tiene derecho a ser *amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales....*” estableciendo por su parte el Artículo 1° de la Ley de la materia, que: “Toda persona natural habitante de la República o persona jurídica domiciliada en ésta, podrá solicitar ante los tribunales competentes el amparo previsto en el Artículo 49 de la Constitución (equivalente al 27 de la vigente antes mencionado) *para el goce y el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales...*”. Ambas normas estipulan que los derechos y las garantías previstas en la Constitución y que por ello deben considerarse fundamentales para quienes sean sus titulares, pueden obtener su protección y satisfacción mediante el procedimiento especial que prevé la ley de la materia. También cuando se solicita del órgano jurisdiccional competente que ampare al demandante, que proteja al demandante, en el ejercicio de un derecho o garantía jurisdiccional, nos encontramos en la misma situación en la que se encuentra quien afirma la violación de cualquier otra clase de derechos, en el sentido de que, suponiendo tanto éstos como aquéllos, que su ejercicio garantiza a su titular la satisfacción del interés protegido por la norma que lo crea mediante la conducta que se le impone al o a los sujetos pasivos de los derechos o intereses cuya satisfacción se persigue, cuando dicho sujeto pasivo no acopla su conducta al precepto de la norma y, por lo tanto, deja insatisfecho el interés del titular del derecho, éste tiene como único medio para imponer obligatoriamente la conducta omitida al sujeto pasivo, acudir a los órganos jurisdiccionales para lograr tal satisfacción, como lo ordena el Artículo 26 Constitucional. Por lo tanto, el único que puede establecer la naturaleza del interés insatisfecho y los medios para su satisfacción, es quien acude ante los tribunales solicitando la satisfacción de la voluntad concreta de ley que alega insatisfecha. Lo que pide el demandante está contenido en el *petitum* de la demanda que proponga. Es respecto a lo pedido en la demanda que el juez debe pronunciarse, concediéndolo o negándolo. Sería en contra de los más elementales principios de justicia y de la lógica que la regula, el que el juez juzgara que lo pedido por el demandante no es lo que verdaderamente le conviene (por lo que corresponda al juez, según su criterio, establecer cuál

es el interés del demandante y el medio para satisfacerlo). Los derechos constitucionales y las garantías de esta naturaleza que aseguran su satisfacción tienen la misma fisiología, el mismo mandamiento, la misma razón de ser, lo que comporta que el Estado garantice su observancia mediante la coacción que se realiza sobre el sujeto pasivo llamado a satisfacerlo. Los derechos y garantías constitucionales son, desde ese punto de vista, absolutamente idénticos a cualquier otro derecho. La circunstancia de su carácter reside únicamente en la esencialidad y prioridad que debe dársele a su observancia, a su aplicación, pero esta observancia, esta aplicación, corresponde pedirla exclusivamente a quien se afirme ser su titular y alegue su insatisfacción, hecho este que la sentencia que comentamos reconoce al afirmar: “porque si bien es cierto el Juez constitucional no puede comenzar de oficio un proceso de amparo ni puede modificar el *tema decidendum*...” ¿Cómo haría entonces el Juez de Amparo que no puede actuar sino cuando el demandante provoque el impulso procesal para el desarrollo al proceso y tampoco puede modificar la controversia que se propone con la demanda (*tema decidendum*), para modificar el pedimento contenido en la demanda? Lo que se pide en la demanda, en toda demanda, incluyendo las de amparo, es que se obligue al sujeto pasivo a acoplar su conducta al precepto general y abstracto de ley, el cual se ha convertido en un precepto concreto, en una determinada voluntad concreta de ley. Si el supuesto de hecho legal de la norma, se ha convertido en un supuesto de hecho real, lo que pide el demandante es lo que persigue que el juez le reconozca y se imponga al demandado su satisfacción. El pedimento es parte constitutiva del *tema decidendum*, ya que la determinación de éste a través del señalamiento de la alegación de los hechos que se han verificado en la vida real, es la causa de pedir del demandado, contenido en el *petitum* de la demanda. Dígase lo mismo de la contestación de la demanda en la que el demandado pide que se declare la improcedencia de la pretensión del demandante que quiere imponerle un determinado comportamiento. Actuar de manera distinta supondría, para ambas partes, demandante y demandado, la más evidente y obvia violación de derecho constitucional de defensa, del debido proceso, ya que las partes, en todo juicio, no pueden realizar sino aquellos actos procesales necesarios, correspondiéndole sólo a ellas determinar cuáles son para que el juez reconozca, declare, la voluntad concreta de ley alegada. ¿Cómo podrían condicionar sus comportamientos procesales las partes

de un determinado juicio de amparo, ignorando cuál será el bien que según el criterio del juez puede concedérsele? ¿Cómo podría el demandado defenderse de la pretensión del demandante si existe la posibilidad que el juez de amparo, según su particular modo de juzgar cuál es el interés que debe proteger, imponga un comportamiento distinto, que, desconocido por aquél, no puede contradecirlo y demostrar su improcedencia? La respuesta a todas estas interrogantes no puede ser sino negativa, ya que como hemos tratado de demostrar, el principio dispositivo es el principal baluarte del derecho de defensa consagrado en el Artículo 49 Constitucional. Sólo al que afirme tener un derecho de esta naturaleza y requiere su protección corresponde señalar la naturaleza de la protección solicitada, porque sólo él está legitimado para juzgar la protección que desea, porque sólo él se beneficia con tal protección. Los Artículos 3° y 334 de la Constitución vigente, citados por la sentencia analizada para buscarle alguna base legal a su afirmación, según el cual el principio dispositivo no tiene porqué aplicarse en el proceso de amparo, no contiene norma alguna que directa o indirectamente, interpretada analógicamente o en forma extensiva, permita justificar dicha afirmación. En efecto, el Artículo 3 señala cuáles son los fines que persigue el Estado, colocando entre ellos la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución, pero tal garantía no puede otorgarse de manera distinta en la que la misma Constitución y las leyes indican con tal fin. La garantía del cumplimiento de tales derechos, supone siempre las circunstancias que ya hemos señalado: quien se afirma titular de un derecho, interés o garantía constitucional, es quien requiere el cumplimiento del derecho del cual es titular y quien decide, la manera que puede lograrlo mediante la prestación de la función jurisdiccional, a través del desarrollo del debido proceso que garantiza y protege el derecho de defensa y por lo tanto impone la ineludible aplicación del principio dispositivo en los términos que hemos tratado de evidenciar en estos comentarios. Por su parte el Artículo 334 impone a los miembros del poder judicial de “asegurar la integridad de la Constitución”. Esta finalidad puede alcanzarla por tres vías distintas: a) mediante el control difuso de la constitucionalidad, en cualquier género de juicios, como lo ordena el Artículo 20 del CPC; b) mediante la demanda de amparo de tales derechos y garantías jurisdiccionales; y, c) de manera directa y específica cuando se alegue la viola-

ción de un acto de efectos generales, de una norma constitucional. Las vías que hemos señalado en las letras a) y b) suponen siempre la existencia de un proceso que se desarrolla para resolver una controversia jurídica, por lo que el principio dispositivo, respecto a las alegaciones, debe ser rígidamente observado en ambos, para garantizar el derecho de defensa de las partes. La vía que hemos señalado en la letra c) es la que transita la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en ejercicio de las atribuciones que le concede el Artículo 336 Constitucional, suponiendo, los numerales 1, 2, 3, 4, 8, 9 y 10, el inicio de un proceso mediante el ejercicio del impulso procesal, en el que se planteará una controversia entre quien sostiene la inconstitucionalidad del acto de que se trata y quien la adversa, procesos en los que debe necesariamente aplicarse el principio dispositivo respecto a las alegaciones de las partes, en ejercicio del derecho de defensa que le corresponde. Por lo que se refiere a los numerales 5, 6 y 7 de la norma transcrita, como su puesta en práctica constituye una actividad que no es inherente a la función jurisdiccional, no se aplica el principio dispositivo. Por otro lado, es cierto que: “existe el interés constitucional de que quienes piden la intervención del poder judicial en el orden constitucional reciban efectivamente los beneficios constitucionales”, pero es igualmente cierto que los “beneficios constitucionales”, no constituyen una entelequia indefinida, general y abstracta, sino que se refieren a comportamientos que deben observar, concretamente, los sujetos de derecho, para que el titular de los mismos pueda satisfacer, en concreto, tales intereses, que sólo a él corresponde determinar, en consonancia con lo que determine el precepto constitucional.

Resulta una evidente contradicción en los términos, una violación de los más elementales cánones que regulan la lógica jurídica, afirmar que: “para el juez de amparo lo importante son los hechos que constituyen las violaciones de derechos y garantías constitucionales, antes que los pedimentos que realice el querellante”, frase esta mediante la cual se pretende justificar la afirmación según la cual el juez del amparo puede conceder en su sentencia algo distinto a lo solicitado, “porque no resulta vinculante para el juez constitucional lo que pida el quejoso sino la situación práctica ocurrida en controversia a los derechos y garantías constitucionales y los efectos que ella produce, que el actor trata que cesen

y dejen de perjudicarlo”. Lo que pareciera olvidar la sentencia que comentamos es que los “hechos que constituyen las violaciones de derechos”, son aquellos que conforman el supuesto legal de la norma cuyo acaecimiento condiciona el nacimiento, en el sujeto activo, de la voluntad concreta de ley de la que se dice titular el demandante. El pedimento que propone el demandante en amparo, es la consecuencia lógica, necesaria, del acaecimiento de los hechos que se alegan como ocurridos y que han dado vida a la voluntad concreta de ley cuya observancia se exige del Tribunal imponga al demandado. Por lo tanto sólo las hipótesis que se señalan a continuación son las legalmente admisibles:

1) Las partes, erradamente califican la naturaleza jurídica de los hechos alegados: en estos casos el juez puede, determinando adecuadamente tal naturaleza, establecer que ellos no pueden ser la causa de lo pedido. En estos casos deberá declarar sin lugar la demanda.

2) El demandante califica mal jurídicamente los hechos que son fuente del derecho, de la garantía que persigue se le reconozca ante el demandado, pero la adecuada calificación que de ellos haga el juez, para lo cual está legitimado, igualmente constituyen la causa de derecho o garantía cuyo reconocimiento y protección demanda del tribunal. En estos casos deberá declarar con lugar la demanda.

3) El demandante de manera adecuada califica jurídicamente los hechos que han dado lugar al nacimiento de sus derechos y el pedimento que contiene la demanda respecto a la satisfacción del derecho, se compara con la naturaleza de los hechos alegados. En este caso deberá declarar con lugar la demanda.

Lo único que no puede hacer el juez constitucional, porque violaría los principios fundamentales que regula el desarrollo de la función jurisdiccional mediante el proceso, es el concederle al demandante algo que no ha solicitado, porque ello significaría la más evidente violación del derecho que hace valer para obtener que su satisfacción se le acuerde, de la manera que él desea que se le acuerde. Satisfacción que es lo que lo ha llevado a demandar el cumplimiento de la voluntad concreta de ley que hace valer con la demanda. Pero esta violación del derecho de defensa crecería macroscópicamente, cuando se piense en el demandado, el cual

regularía toda su defensa, teniendo en cuenta el pedimento de la demanda. Si al juez se le permitiera variar, sustituir, modificar el pedimento del demandante, al demandado se le imposibilitaría, de la manera más evidente, el ejercicio del derecho de defensa que sólo puede ser puesto en práctica cuando conozca de qué debe defenderse. No logramos entender en base a cuáles razonamientos puede tergiversarse la interpretación de una norma jurídica como la contenida en el Artículo 18, ordinal 4 de la ley de amparo, cuyo texto es absolutamente meridiano y, por lo tanto, comprensible. La norma establece que: “En la solicitud de amparo se deberá expresar: ...4) señalamiento del derecho de las garantías constitucionales violadas o amenazadas de violación”. ¿Cómo puede afirmarse, ante la nitidez de la norma, afirmar que ella no permite la determinación exacta del objeto? Cuando alguien determina cuál es el derecho del cual se afirma titular, siempre y en todo caso, incluyendo el proceso de amparo, indica la existencia de una determinada norma jurídica que hipotiza un determinado supuesto de hecho real y el acaecimiento hipotético de tales hechos, constituye la causa del precepto del comportamiento que debe observar el destinatario de la norma. Cuando en la demanda se alega que el supuesto de hecho legal se ha transformado en un supuesto de hecho real, se hace para señalar que el precepto de la norma, que contiene una voluntad abstracta de la ley que señala cuál es el comportamiento que debe poner en práctica su destinatario para satisfacer el interés que ella protege, quiere decir que la voluntad de la ley se ha concretizado, por lo que el sujeto pasivo, el destinatario de la norma, debe comportarse de la manera que señala el precepto. El requerimiento de este comportamiento es lo que se demanda que el juez reconozca e imponga al demandado.

Estos razonamientos excluyen, de manera absoluta, que el juez constitucional, pueda soslayar el principio dispositivo por lo que se refiere a las alegaciones de las partes. Debemos, por lo tanto, concluir que el pedimento del querellante, si se le reconoce la titularidad del derecho o garantía constitucional hecha valer, no puede ser variado, o modificado por el juez, quien está absolutamente vinculado a tal pedimento, en el ejercicio de la función jurisdiccional que está obligado a prestar. Debe por lo tanto concluirse que en la formación de la sentencia que pone fin al proceso de amparo su dispositivo está rígidamente vinculado al principio dispositivo.

CONCLUSIONES

Los razonamientos que hemos expuesto en este trabajo nos permiten llegar a las siguientes conclusiones:

PRIMERA: El principio dispositivo consagrado en el Artículo 12 del CPC tiene dos vertientes:

- a) la que regula el comportamiento del juez al dictar sentencia respecto a las alegaciones de los hechos que propongan las partes;
- b) la que regula el comportamiento del juez al dictar sentencia en relación a las pruebas que resulten de los autos.

SEGUNDA: La primera de tales vertientes persigue garantizar el derecho de defensa de las partes que dicen y contradicen en el proceso, por lo que su aplicación en cualquier clase de proceso regulado en el ordenamiento jurídico venezolano, es imperativa para garantizar el derecho de defensa, mediante el debido proceso consagrado en el Artículo 49 Constitucional.

TERCERA: La segunda de las vertientes señaladas tiene en cuenta la obligación a la que está sometido el juez al dictar la sentencia definitiva que resuelva la controversia, de escudriñar la verdad procesal que debe objetivarse en ella. Son las normas procesales que componen las diferentes leyes de esta naturaleza, las que regulan las actividades que puede el juez poner en práctica para escudriñar la verdad procesal, para convencerse de la veracidad de los hechos que las partes han puesto como fundamento de su pretensión o de su defensa. Todos los textos legales de esta naturaleza señalan que las pruebas que aparezcan en los autos puedan ser incorporadas, evacuadas, tanto por las partes como por el juez, siempre que con ellas se quiera comprobar hechos alegados por aquélla.

CUARTA: La legitimación del juez para ordenar la evacuación de determinadas pruebas puede tener aplicación sólo cuando con ellas persiga convencerse de la verdad de los hechos alegados por las partes, que

pondrá como fundamento de la declaración de la voluntad de la ley aplicable al caso concreto, que resolverá la controversia.

QUINTA: Las conclusiones expuestas prescinden de cualquier consideración acerca de las teorías que pretenden proponerse para determinar la finalidad que se persigue con el proceso (defensa de los derechos subjetivos o del derecho objetivo o necesaria regulación del proceso por normas de orden público).⁴⁷ Como hemos sostenido en otra oportunidad,⁴⁸ el proceso es el instrumento mediante el cual se desarrolla una función pública como es la jurisdiccional, por lo que está regulado por normas imperativas, pero con su desarrollo no se persigue una finalidad específica (la defensa de los derechos subjetivos, o la aplicación del derecho objetivo) y distinta al desarrollo de la función jurisdiccional, tal como lo dispone el Artículo 257 Constitucional. Es ésta la que persigue fines específicos: uno mediano, que es la preservación de la paz social que se logra satisfaciendo un fin inmediato la resolución de controversias jurídicas.

⁴⁷ Rodríguez Uzcanga, J. Obra y páginas citadas y ss.

⁴⁸ *Teoría General...* p. 34.

El Trabajador Internacional, la Jurisdicción No Exclusiva de los Tribunales Laborales Venezolanos y el Recurso de Interpretación de la Ley Orgánica del Trabajo: Comentarios a Recientes Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia

Juan Carlos PRO RÍSQUEZ*

*“No hemos de preocuparnos de vivir largos años, sino de
vivirlos satisfactoriamente; porque vivir largo tiempo
depende del destino, vivir satisfactoriamente de tu alma.
La vida es larga si es plena; y se hace plena cuando el
alma ha recuperado la posesión de su bien propio y ha
transferido a sí el dominio de sí misma”*

Séneca, *Cartas a Lucilio*

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado *magna cum laude*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho, Profesor de Derecho del Trabajo desde 1997, de Derecho Civil I (Personas) 1995-1999. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Escuela de Administración y Contaduría, Profesor de Derecho Privado III (Derecho del Trabajo) 1999-2000. **Southern Methodist University**, Maestría en Derecho. jc.pro@macleoddixon.com.ve

SUMARIO:

Introducción

- 1. El trabajador internacional: la Sentencia Oxy y sus implicaciones:** 1.1 *Planteamiento Fáctico.* 1.2 *Antecedentes Jurisprudenciales.* 1.3 *La Decisión.* 1.4 *Nuevo criterio del TSJ sobre la Territorialidad de las Normas Laborales para los Expatriados. Los Venezolanos como Expatriados.* 1.5 *La Normativa Aplicable de acuerdo con las Reglas de DIP.* 1.6 *Excepción del Derecho más Favorable – el Derecho Aplicable.* 1.7 *La Jurisdicción de los Tribunales Venezolanos.* 1.8. *El Nacimiento Periódico de los Derechos Laborales y su Exigibilidad.*
- 2. Jurisdicción laboral: la Sentencia Monarch y sus implicaciones:** 2.1 *Planteamiento Fáctico.* 2.2 *Nuestra opinión. Su interpretación.* 2.3 *La Normativa Aplicable de acuerdo con las Reglas de la Ley de DIP y de la LOT.* 2.4 *Algunas Sentencias sobre Jurisdicción o Competencia Procesal Internacional de los Tribunales Venezolanos.* 2.5 *Excepción del Derecho más Favorable – El Derecho Sustantivo Aplicable.*
- 3. El recurso de interpretación y la Ley Orgánica del Trabajo:** 3.1 *La Pretensión en el Recurso de Interpretación.* 3.2 *La Competencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia para decidir Recursos de Interpretación.* 3.3 *El Recurso de Interpretación en la Legislación Venezolana. Requisitos. Jurisprudencia.* 3.4 *Las Convenciones Colectivas en el Sector Público en Venezuela.*

Conclusiones

INTRODUCCIÓN

A los fines de este estudio hemos seleccionado tres sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social y en Sala Político-administrativa, que, además de tratar temas de derecho sustantivo y adjetivo, tienen gran relevancia en el mundo laboral de nuestro país. Ellas son: 1) la sentencia N° 00223 de Sala de Casación Social (SCS), del 19 de septiembre de 2001, recaída en el caso *Robert Camerón Reagor vs Compañía Occidental de Hidrocarburos Inc., o CÍA Occi-*

dental de Hidrocarburos (OXY), que en lo sucesivo denominaremos “Sentencia Oxy”; 2) el fallo N° 00680 de la Sala Politicoadministrativa (SPA), del 16 de mayo de 2002, recaída en el caso *Julio Osvaldo Rojo Hermosilla vs Monarch Minera Suramericana, C.A. y Monarch Resources Investments Limited*, que en lo sucesivo denominaremos “Sentencia Monarch”; y 3) la decisión N° R.I. N° 01-337 de la Sala de Casación Social, del 26 de julio de 2001, en la que se declaró “Con Lugar” el recurso de interpretación interpuesto por el ciudadano Liborio Guarulla, en su condición de Gobernador del estado Amazonas, que en lo sucesivo denominaremos “Sentencia sobre Recurso de Interpretación”.

Las dos primeras, sentencias Oxy y Monarch, señalan, a nuestro entender, un cambio de gran relevancia en la jurisprudencia venezolana sobre la aplicación de la legislación sustantiva y adjetiva patria a los trabajadores internacionales, también conocidos como expatriados. En el mundo laboral son llamados “expatriados” aquella categoría de trabajadores que prestan servicios en varios países para patronos diferentes, pero que pueden formar parte de un mismo grupo de empresas,¹ de acuerdo con la definición señalada en el vigente Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo² (“Reglamento de la LOT”). La Sentencia sobre Recurso de Interpretación también nos pareció pertinente comentarla, pues es la única que conocemos que trata de interpretar la Ley Orgánica del Tra-

¹ El artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo señala expresamente lo siguiente: “**Grupos de empresas.** Los patronos que integren un grupo de empresas, serán solidariamente responsables entre sí respecto a las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadores.

Parágrafo Primero: Se considerará que existe un grupo de empresas cuando éstas se encontraren sometidas a una administración o control común y constituyan una unidad económica de carácter permanente, con independencia de las diversas personas naturales o jurídicas que tuvieren a su cargo la explotación de las mismas.

Parágrafo Segundo: Se presumirá, salvo prueba en contrario, la existencia de un grupo de empresas cuando:

- a) Existiere relación de dominio accionario de unas personas jurídicas sobre otras, o cuando las accionistas con poder decisorio fueren comunes;
- b) Las juntas administradoras u órganos de dirección involucrados estuvieren conformados, en proporción significativa, por las mismas persona;
- c) Utilizaren una idéntica denominación, marca o emblema; o
- d) Desarrollen en conjunto actividades que evidenciaren su integración”.

² *Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo*, Gaceta Oficial de la República de Venezuela (“GORV”) N° 5.292 Extraordinario (E), de fecha 25 de enero de 1999.

bajo (LOT)³ y el resultado particular de su decisión será explicado más adelante en el presente artículo.

1. EL TRABAJADOR INTERNACIONAL: LA SENTENCIA OXY Y SUS IMPLICACIONES

Aunque son varios los aspectos de Derecho del Trabajo y Derecho Procesal que señala la Sentencia Oxy⁴, nos limitaremos en estos comentarios a hacer nuestras observaciones sobre la aplicabilidad de la legislación laboral venezolana a los trabajadores internacionales. La Sentencia Oxy abandona la doctrina que hasta la fecha de esta sentencia había sostenido el máximo Tribunal de Justicia sobre la aplicación de la legislación laboral venezolana a los expatriados por los servicios prestados en Venezuela y en el exterior. La doctrina fijada en esta sentencia fue posteriormente ratificada por la Sentencia N° 00320 del TSJ, en SCS, de fecha 13 de noviembre de 2001, recaída en el caso *Juan Carlos Hernández Gutiérrez vs Foster Wheeler Caribe Corporation, C.A. y PDVSA Petróleo y Gas, C.A.*, (en lo sucesivo “Sentencia Foster Wheeler”) por lo que puede afirmarse que existe una nueva jurisprudencia del TSJ que cambia su interpretación sobre la aplicabilidad de la legislación laboral a los expatriados.

1.1 PLANTEAMIENTO FÁCTICO

El actor alegó que empezó a prestar servicios en fecha 20 de marzo de 1979 para la empresa Occidental Petroleum Corporation Inc. (OXY) a

³ *Ley Orgánica del Trabajo*, GORV (E) N° 5.152, de fecha 19 de junio de 1997.

⁴ Nuestros comentarios sólo desarrollan la aplicabilidad de la legislación laboral venezolana a trabajadores internacionales por los servicios prestados en Venezuela y en el exterior. No obstante ello, nos parece imperioso reseñar que la Sentencia Oxy también se ocupa de otros temas de gran interés laboral y procesal, como lo son: i) la no-aplicabilidad de los beneficios establecidos en la convención colectiva de la industria petrolera a los denominados trabajadores de nómina mayor de la referida convención; ii) la definición de salario como un beneficio que debe ingresar al patrimonio del trabajador y brindarle una ventaja económica que incremente su patrimonio; iii) la delimitación del concepto de empleado de dirección y su correspondiente exclusión de las indemnizaciones de despido previstas en el artículo 125 de la LOT; iv) el lapso para incorporar a los expedientes judiciales las pruebas practicadas en el exterior; v) la admisibilidad y el valor probatorio de las evidencias emanadas de terceros, aunque las mismas provengan de alguna sociedad perteneciente al mismo grupo económico; vi) la sustitución patronal en caso de trabajadores que prestan sus servicios internacionalmente en un grupo de empresas; y vii) la importancia de la motivación en las sentencias judiciales.

través de la empresa filial Occidental Oil and Gas Corporation (OXY) en los Estados Unidos de Norteamérica. En fecha 04 de enero de 1994, el actor señaló que fue transferido por su patrono a prestar sus servicios a Venezuela, para la sociedad Cía. Occidental de Hidrocarburos (OXY). La relación laboral terminó en Venezuela en fecha 29 de enero de 1996, y tuvo una duración total, en Venezuela y en el exterior, de 16 años, 10 meses y 9 días. Consecuentemente el actor solicitó que los beneficios previstos en la legislación venezolana le fuesen calculados y pagados por todos sus servicios laborales servidos tanto en Venezuela como en otros países. Es importante destacar que el actor sólo prestó sus servicios en Venezuela durante 5 años, 2 meses y 25 días.

1.2 ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

La extinta Corte Suprema de Justicia de Venezuela (CSJ) había decidido reiteradamente, desde el 16 de enero de 1985 en el caso *Fernando Gonçalves Rodríguez vs Transportes Aéreos Portugueses (TAP) S.R.L.* (en lo sucesivo “Sentencia TAP”), que a los efectos de la legislación laboral patria los servicios prestados por trabajadores internacionales tanto en Venezuela como en el exterior, a compañías que forman parte de un mismo grupo económico, aun cuando dichas compañías estaban constituidas y operaban en forma independiente en diferentes países, se consideraban servicios continuos prestados a un solo patrono. Por lo tanto, los expatriados tenían derecho al pago de las prestaciones sociales establecidas en la legislación laboral venezolana, correspondiente a todos los años de servicios laborados para las compañías del referido grupo económico patronal, tanto en Venezuela como en el exterior.⁵

La CSJ basaba su interpretación en una teoría, en nuestra opinión poco acertada, sobre: i) la territorialidad de la legislación laboral venezolana;

⁵ El criterio doctrinario de la Sentencia TAP fue reiterado pacíficamente por la CSJ en los siguientes casos: i) *Digno Tomás Caballero Hurtado de Mendoza vs Procter & Gamble de Venezuela, C.A.*, de fecha 17 de diciembre de 1986; ii) *J. Rojas vs Iberia Líneas Aéreas de España, S.A.*, de fecha 9 de diciembre de 1993; y iii) *Juan F. Casabonne vs Bank of America National Trust and Savings Association and Robert A. Capwell*, de fecha 10 de noviembre de 1993; y fue acogido igualmente por los tribunales de instancia creándose jurisprudencia uniforme en ese sentido.

ii) la naturaleza de orden público de las normas laborales y su necesaria aplicación; y iii) el principio de la unidad jurídico-laboral del patrono, hoy conocido como grupo de empresas, y su consecuente continuidad en relación con los servicios prestados por los expatriados, pues el beneficiario era considerado siempre el mismo grupo patronal.

La jurisprudencia comentada de la CSJ se limitaba a la aplicabilidad de la legislación patria a los expatriados en relación únicamente a las prestaciones sociales, sin tomar en consideración el resto de los beneficios laborales (*i.e.* participación en los beneficios o utilidades, vacaciones, bono vacacional, entre otros) a los cuales también podía haber tenido derecho, de acuerdo con el criterio imperante para la fecha. No obstante lo anterior, en la Sentencia TAP se señaló que también se pudo haber ordenado el pago de los intereses sobre las prestaciones sociales, pero como no se solicitó en la demanda, no se condenó al respectivo pago.

Siempre consideramos, y así lo habíamos señalado en múltiples opiniones escritas durante el ejercicio profesional de la abogacía, que el criterio de la Sentencia TAP era erróneo y no soportaba un análisis legal de sus propios fundamentos. En efecto, aplicar a los servicios prestados en el exterior la legislación venezolana, tendría como consecuencia necesaria: i) la aplicación de la legislación laboral venezolana extraterritorialmente, pues extendía su ámbito de aplicación a servicios no prestados en el territorio nacional; ii) el desconocimiento del orden público internacional que también debe ser seriamente considerado para la aplicabilidad de las legislaciones laborales de otros países; iii) la ausencia de basamento legal para la aplicación del criterio del grupo económico, con el consecuente levantamiento del velo corporativo; y iv) el desconocimiento de la adquisición periódica de los derechos laborales venezolanos, y como consecuencia, la falta de aplicación de la diferencia entre el nacimiento de un derecho o su causa y la exigibilidad de su cumplimiento, lo que conllevaba la aplicación retroactiva de la ley, prohibida constitucionalmente en este supuesto. Además tanto en la Sentencia TAP como en la Sentencia Oxy, donde también se pueden reflejar varias de las críticas comentadas en la Sentencia TAP, se observa una importante inobservancia de las normas de Derecho Internacional Privado (en lo sucesivo DIP) aplicables al supuesto de expatriados que

prestan sus servicios en distintos países y bajo ordenamientos jurídicos también diferentes.

1.3 LA DECISIÓN

La Sentencia Oxy, acogiendo un nuevo criterio de territorialidad más acorde con el texto literal del artículo 10 de la LOT,⁶ limita la sujeción de los expatriados a la legislación laboral venezolana, al tiempo efectivo en que el trabajador prestó sus servicios en Venezuela, es decir, en el caso que nos ocupa en la Sentencia Oxy, sólo por los servicios efectivamente prestados en Venezuela: 5 años, 2 meses y 25 días. En este sentido, citamos extractos que en nuestro criterio son los más relevantes de dicha decisión:

...el artículo 10 de la Ley Orgánica del Trabajo conlleva en sí mismo una doble noción de territorialidad, la cual está sometida en primer término al territorio como delimitación geográfica del Estado, en donde rige al mismo tiempo el principio de soberanía, el cual permite al mismo tiempo la creación y el cumplimiento de leyes; y en segundo lugar, el sometimiento de dichas normas al lugar donde se suscitan las situaciones jurídicas que la misma ley regula, es decir, aquellas surgidas con ocasión del trabajo prestado o convenido en el territorio nacional venezolano...(…)...para el caso de trabajadores extranjeros que hayan sido contratados en el exterior y posteriormente trasladados a Venezuela, país éste donde finaliza la relación laboral, al realizarse el cálculo de lo que corresponda al trabajador por concepto de prestaciones sociales, deberá tomar en cuenta única y exclusivamente para dicho cálculo el tiempo de servicio efectivamente prestado en el territorio nacional, *“sin poder en ningún caso, hacerse extensivo al período o lapso*

⁶ Artículo 10 de la LOT: “Las disposiciones de esta Ley son de orden público y de aplicación territorial; rigen a venezolanos y a extranjeros con ocasión del trabajo prestado o convenido en el país y en ningún caso serán renunciables ni relajables por convenios particulares, salvo aquellas que por su propio contexto revelen el propósito del legislador de no darles carácter imperativo. Los convenios colectivos podrán acordar reglas favorables al trabajador que modifiquen la norma general respetando su finalidad”.

de duración de la prestación de servicio que haya realizado el trabajador en otro u otros países distintos a Venezuela. (Cursivas nuestras).

1.4 NUEVO CRITERIO DEL TSJ SOBRE LA TERRITORIALIDAD DE LAS NORMAS LABORALES PARA LOS EXPATRIADOS. LOS VENEZOLANOS COMO EXPATRIADOS

La Sentencia Oxy recoge plenamente la opinión de Rafael Alfonzo-Guzmán, quien en la más reciente edición de su obra “Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo”,⁷ se pronuncia acerca del principio de la territorialidad de la LOT, consagrado en el artículo 10 *ejusdem*, limitándolo en el tiempo y en el espacio, y llegando a las siguientes conclusiones: “i) La Ley venezolana no es aplicable más que a lo servicios prestados o convenidos en Venezuela (Artículo 10 LOT); y ii) La solidaridad, como nexo entre deudores de una misma obligación, no proviene más que de pacto expreso o de regla legal”. El TSJ también analizó el sentido y el alcance gramatical de la redacción del artículo 10 de la LOT para fundamentar su cambio de criterio.

Claro está que la Sentencia Oxy sólo hace referencia al expatriado que es contratado en el exterior y termina su relación de trabajo en Venezuela; sin embargo, pensamos que su fundamento es exactamente aplicable cuando se trate de venezolanos, contratados en Venezuela y que son transferidos a prestar sus servicios al exterior, a quienes sólo les

⁷ Alfonzo-Guzmán, Rafael J., *Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo*, Editorial Melvin, Decimoprimer Edición, Caracas, 2000, pp. 61 y ss. En este sentido, el referido autor señala expresamente que “...influidos por un mal entendido principio de favor al trabajador, así como por un exacerbado criterio sobre el valor de lo nacional, nuestros tribunales han recurrido a una supuesta solidaridad entre las diferentes empresas a las cuales alega el trabajador haber servido. La solidaridad no debe confundirse con la subsidiaridad. La primera es cualidad de un derecho o de una obligación comunes a varios acreedores o deudores, de modo que el pago hecho por uno de los deudores liberte a los otros, o que el pago total a uno de los acreedores liberte al deudor para con todos (Art. 1.221 Código Civil), mientras que subsidiaridad es condición de lo que es parte accesoria de algo principal, de lo cual depende...(...)...¿Luce coherente con la seguridad jurídica y con el principio de orden público territorial propio de la ley laboral de cada país, que ningún derecho causado según la legislación extranjera pueda tenerse como cierto y seguro hasta que el mismo sea revisado a la luz de la legislación venezolana? ¿No se ve claro que aplicar la ley nacional al tiempo transcurrido bajo la vigencia de otras leyes de idéntico carácter imperativo, pero distintos efectos, es atribuible a la ley venezolana una naturaleza supranacional que no posee?”

debe aplicar la LOT por los servicios efectivamente prestados en el territorio nacional.

Sobre la transferencia de venezolanos al exterior, debe tomarse en consideración lo previsto en este caso particular en el artículo 78 de la LOT⁸ que señala, además de ciertos requisitos formales para su celebración, que como parte integrante de este tipo de contrato, “b) Se aplicarán las disposiciones de la legislación social venezolana”. En nuestro criterio este artículo se refiere solamente a que el trabajador y su patrono deberán seguir aportando al sistema de seguridad social venezolano, lo cual es perfectamente admisible y comprensible para posteriores casos como contingencias ocupacionales o jubilaciones naturales en los contratos laborales. Aunque reconocemos que el lenguaje utilizado por la LOT no fue el más feliz, no creemos que sea posible admitir que la expresión “las disposiciones de la legislación social venezolana” pueda entenderse como la legislación laboral, pues esta idea descabellada contraría los principios desarrollados en el presente artículo, así como las ideas de una economía laboral globalizada que quiere imponer su legislación sobre la de otros países que forman parte de la comunidad mundial organizada.

En nuestro criterio, la relación laboral entre un patrono y su trabajador venezolano que se va como expatriado a prestar sus servicios al exterior, queda simplemente suspendida, configurándose una de las causales de suspensión de la relación de trabajo prevista en el artículo 94 de

⁸ El artículo 78 de la LOT expresamente establece lo siguiente: “Los contratos de trabajo celebrados por trabajadores venezolanos para la prestación de servicios fuera el país deberán extenderse por escrito, ser autenticados ante funcionarios competentes del lugar donde se celebren y legalizados por un funcionario consular de la nación donde deban prestar sus servicios. El patrono deberá otorgar fianza o constituir depósito en un banco venezolano, a entera satisfacción de la Inspectoría del Trabajo, por una cantidad igual al monto de los gastos de repatriación del trabajador y los de su traslado hasta el lugar de residencia.

Además, serán parte integrante de dichos contratos las estipulaciones siguientes:

a) Los gastos de transporte y alimentación del trabajador y todos los que se originen por el cumplimiento de obligaciones sobre inmigración u otro concepto semejante, serán por cuenta del patrono; y

b) Se aplicarán las disposiciones de la legislación social venezolana.

El trabajador deberá recibir el patrono, antes de su salida, información escrita sobre las condiciones generales de vida y requisitos a que deberá someterse en el país donde va a prestar sus servicios”.

la LOT⁹ en concordancia con el artículo 39 del Reglamento de la LOT.¹⁰ Esta suspensión de la relación de trabajo sería aplicable con todas sus consecuencias legales, entre la que destaca que durante la suspensión laboral el trabajador no está obligado a prestar sus servicios ni el patrono a pagar el salario, pero se deja a salvo las prestaciones establecidas por la seguridad social (artículo 95 de la LOT).¹¹

En efecto, de acuerdo con el literal g) del artículo 94 de la LOT, la relación laboral puede suspenderse, con el otorgamiento al trabajador de una licencia para realizar estudios en el exterior o para cualquier otro propósito de su interés. Asimismo, según lo dispuesto en el artículo 39 del Reglamento de la LOT, la relación laboral puede también suspen-

⁹ El Artículo 94 de la LOT señala expresamente lo siguiente: “Serán causas de suspensión:

- a) El accidente o enfermedad profesional que inhabilite al trabajador para la prestación del servicio durante un periodo que no exceda de doce (12) meses, aun cuando del accidente o enfermedad se derive una incapacidad parcial o permanente;
- b) La enfermedad no profesional que inhabilite al trabajador para la prestación del servicio durante un periodo equivalente al establecido en el ordinal a) de este artículo;
- c) El servicio militar obligatorio;
- d) El descanso pre y postnatal;
- e) El conflicto colectivo declarado de conformidad con esta Ley;
- f) La detención preventiva a los fines de averiguación judicial o policial, cuando el trabajador no hubiere incurrido en causa que la justifique;
- g) La licencia concedida al trabajador por el patrono para realizar estudios o para otras finalidades en su interés; y
- h) Casos fortuitos o de fuerza mayor que tengan como consecuencia necesaria, inmediata y directa, la suspensión temporal de las labores”. (cursivas y resaltado nuestro).

¹⁰ “Artículo 39: Supuestos. Además de las previstas en el artículo 94 de la Ley Orgánica del Trabajo, son supuestos de suspensión de la relación de trabajo:

- a) El mutuo acuerdo de los sujetos de la relación de trabajo, expresado por escrito. El Inspector del Trabajo le impartirá su homologación al convenio, si las partes así lo solicitaren; y
- b) La medida disciplinaria adoptada por el empleador siempre que:
 - I) No excediere de quince (15) días continuos.
 - II) Estuviere prevista en la convención, acuerdo colectivo o reglamento interno que rijan en la empresa.
 - III) Se fundamentare en conducta imputable al trabajador de las previstas en el artículo 102 de la Ley Orgánica del Trabajo.

IV) Fuere debidamente notificada por escrito, antes de que hubieren transcurrido treinta (30) días continuos desde aquel en que el patrono haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que constituya causa justificada para aplicar la medida disciplinaria; y

V) Se garantice al trabajador el derecho a la defensa”. (cursivas y resaltado nuestro)

¹¹ El artículo 95 de la LOT señala lo siguiente “Durante la suspensión, el trabajador no estará obligado a prestar el servicio ni el patrono a pagar el salario.

Quedan a salvo las prestaciones establecidas por la Seguridad Social o por la convención colectiva y los casos que por motivos de equidad determine el Reglamento, dentro de las condiciones y límites que éste fije”.

derse por el acuerdo mutuo de las partes que se puede expresar por escrito, aunque ello no es una formalidad requerida para tal suspensión. Las partes pueden solicitar, si así lo desean, que su acuerdo sea avalado por la Inspectoría del Trabajo. La posibilidad de suspender la relación laboral por mutuo acuerdo entre las partes, ha sido debidamente reconocida y aceptada por varios países y autores, como en Argentina¹² y México.¹³ Igualmente, el autor nacional, Napoleón Goizueta Herrera,¹⁴ señala que la relación laboral puede suspenderse por mutuo acuerdo entre el empleador y su empleado, especialmente en el caso que el empleado desee realizar estudios u otra actividad de su interés. Asimismo, en su opinión que compartimos, un empleado puede prestar servicios para otro empleador durante la suspensión de la relación laboral, teniendo en cuenta que de acuerdo con la legislación venezolana, la relación laboral no es exclusiva.

Cuando se suspende la relación de trabajo, también se suspenden las obligaciones principales derivadas de dicha relación, tales como el pago del salario y la obligación del empleado de prestar servicios, hasta que la suspensión de la relación de trabajo concluye. La única obligación que se mantiene es de contribuir con la seguridad social o aquellas previstas en la convención colectiva si existiere. También es oportuno señalar que de conformidad con el artículo 97 de la LOT, el período de suspensión no deberá tomarse en consideración para la antigüedad del trabajador con su patrono.

En conclusión, creemos que el criterio de la Sentencia Oxy también le es aplicable a todos los trabajadores, independientemente de su nacionalidad, que sean contratados en Venezuela para la prestación de sus servicios como expatriados en el exterior, a quienes no les será aplicable la LOT por la prestación de servicios fuera del país de contratación. Además, en el caso de este tipo de relaciones laborales sólo

¹² Cabanellas, Guillermo. *Tratado de Derecho Laboral*. Editorial Heliasta, S.R.L. Argentina 1988, p. 515.

¹³ De Buen, Néstor. *Derecho Laboral*. Editorial Porrúa, S.A. México 1996, pp. 77-78.

¹⁴ Goizueta Herrera, Napoleón. *Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento*. Editorial Jurídicas Rincón. 2001, pp. 86-92

persistirá la obligación de las contribuciones debidas a la seguridad social (*Vgr.* aportes al sistema de seguridad social), pues su contrato laboral se encontrará suspendido como consecuencia de la normativa legal anteriormente señalada.

1.5 LA NORMATIVA APLICABLE DE ACUERDO CON LAS REGLAS DE DIP

Reconociendo el gran avance jurisprudencial que representa la Sentencia Oxy, pensamos que la misma basa su criterio únicamente en el principio de territorialidad previsto en el artículo 10 de la LOT, sin tomar en consideración la normativa vinculante de acuerdo con las reglas de DIP, tales como: i) la Ley de Derecho Internacional Privado (“Ley de DIP”),¹⁵ cuya aplicación es perfectamente válida a los casos de trabajadores internacionales; ii) la Convención Interamericana Sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado; iii) la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDACI);¹⁶ y iv) el Código de Derecho Internacional Privado (“Código Bustamante”), entre otros. Toda esta normativa es determinante si los Estados en que se prestó los servicios subordinados lo han acogido como Derecho Nacional, como lo es el caso en Venezuela; y para el caso que no sean Estados aceptantes de la referida normativa, los jueces venezolanos siempre podrían aplicar sus mandamientos analógicamente, como principio de derecho internacional privado generalmente aceptado.

Estas normas de DIP generalmente establecen que los jueces y autoridades de los Estados estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia

¹⁵ *Ley de Derecho Internacional Privado*, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* (“GORV”) N° 36.511, de fecha 6 de agosto de 1998.

¹⁶ La *Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, GORV (E) N° 4.974, de fecha 22 de septiembre de 1995, determina el Derecho aplicable a los contratos internacionales, es decir, aquellos celebrados entre partes con residencia habitual o con su establecimiento en Estados diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte. De acuerdo con su artículo 7°, el Derecho aplicable se determina por la voluntad de las partes, y a falta de elección el contrato se regirá por el Derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos.

y contenido de la ley extranjera invocada. En este sentido, y citando como ejemplo el artículo 7 de la CIDACI, el derecho aplicable se debe determinar por la voluntad de las partes, y a falta de elección el contrato debe regirse por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos.

Debemos tomar en consideración que nuestra doctrina patria ha reconocido el carácter privado al derecho del trabajo.¹⁷ De hecho, las propias normas de DIP recogidas en convenciones internacionales ratificadas por Venezuela han extendido su aplicación al área laboral. Tal es el caso de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros cuya Ley Aprobatoria establece en su artículo 1º que tendrá aplicación en materia laboral.

La aplicación de las normas de DIP podría en el plano lógico traer como consecuencia i) la aplicabilidad de otro derecho sustantivo aplicable distinto al venezolano, que incluso pudiera ser más favorable para el trabajador; y ii) la posible falta de jurisdicción de los tribunales venezolanos. Estos puntos serán desarrollados más adelante en nuestros comentarios a la Sentencia Monarch.

1.6 EXCEPCIÓN DEL DERECHO MÁS FAVORABLE - EL DERECHO APLICABLE

De no existir un contrato escrito que regule los supuestos servicios prestados en el extranjero, se podría aplicar lo dispuesto por la CIDACI y la propia Ley de DIP (según se señala su Exposición de Motivos), y por ello el contrato laboral también podría regirse por el derecho de aquel Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. Todas estas observaciones serán explicadas seguidamente al tratar la Sentencia Monarch.

¹⁷ Ver: Alfonzo-Guzmán, Rafael J., *Ob. Cit.*, pp. 15. En este orden de ideas, el Doctor Ernesto Krotoschin afirma "El derecho positivo del trabajo, como todo derecho positivo, sólo vale dentro de determinados límites personales, espaciales y temporales. Las reglas generales del derecho internacional privado y público, y las de la retroactividad de las normas jurídicas, se le aplican del mismo modo, en principio, que a otras disciplinas de derecho...(...)... Los problemas que se presentan con respecto a la aplicación de las normas laborales en el espacio, forman lo que puede llamarse el derecho internacional privado del trabajo..." (Krotoschin, Ernesto. *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Tomo I. Ediciones de Palma. 2ª Edición. Buenos Aires, 1963, pp. 71 y ss.).

1.7 LA JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES VENEZOLANOS

En nuestro criterio no existe jurisdicción exclusiva de los tribunales venezolanos en materia laboral, pues la única excepción venezolana en materia de derecho privado es la relativa a las acciones sobre bienes inmuebles ubicados en el territorio nacional. La materia laboral es susceptible de transacción y no creemos que se puedan vulnerar los principios fundamentales del orden público venezolano, de acuerdo con la noción de orden público internacional consagrada en la Ley de DIP, esto es, la violación manifiesta de principios fundamentales o esenciales del sistema venezolano. En este sentido, se puede revisar el criterio que en materia de arbitraje internacional laboral fijó la SPA del TSJ, en fecha 10 de octubre de 2001, en la sentencia N° 2159, recaída en el caso *Miguel Delgado Bello vs Rust Environment & Infrastructure INC. y otras*.¹⁸ No obstante lo anterior, en materia de arbitraje nacional, la misma Sala señaló que los tribunales venezolanos sí tienen jurisdicción para resolver las controversias a pesar de cláusulas arbitrales excluyentes (*J. Texeira vs Shell Venezuela Productos, C.A.*, de fecha 19 de febrero de 2002), y condenó en costas a la parte demandada que solicitó la respectiva declinatoria de conocimiento.

Tal y como lo señalamos posteriormente, se declinó la jurisdicción de un caso laboral a un tribunal extranjero porque el demandado se encontraba domiciliado en el exterior (Sentencia de la SPA de la CSJ de fecha 21 de enero de 1999, *L. Charry vs Reuters Limited*).

Incluso en casos donde se demandaba laboralmente a otros países, la SPA cambió la jurisprudencia imperante hasta esa fecha y admitió que nuestros tribunales tienen jurisdicción, pues los referidos Estados estaban actuando como personas de derecho privado en la relación laboral mantenida en el país (ver: *M.C. López vs Gran Al Yamahiria Árabe Libia Popular Socialista (conocida como Nación Libia)*, de fecha 19 de septiembre de 2001; y *A.M. Chacón vs República de Perú*, de idéntica fecha).

¹⁸ En otros casos de arbitraje comercial también se ha pronunciado la SPA del TSJ sobre la declinatoria de la jurisdicción de los tribunales venezolanos (ver: *Computación Bull de Venezuela, C.A. vs Societe Bull, S.A.*, de fecha 26 de enero de 1988, y *Embotelladora Caracas, C.A. y otros vs Pepsi Cola Panamericana, S.A.*, de fecha 9 de octubre de 1997).

1.8 EL NACIMIENTO PERIÓDICO DE LOS DERECHOS LABORALES Y SU EXIGIBILIDAD

Las sentencias anteriormente señaladas no estudian la problemática del nacimiento periódico de los derechos laborales de acuerdo con la LOT. En efecto, de acuerdo con el artículo 108 de la LOT, la prestación de antigüedad, así como la mayoría de los beneficios laborales, se adquiere periódicamente durante la vigencia del contrato de trabajo. Antes de la reforma de la Ley del Trabajo realizada en 1974, las prestaciones sociales se adquirirían únicamente en la fecha de terminación del contrato de trabajo. Probablemente la razón para que la Sentencia TAP se produjese después del año 1985, coincida con la aplicación retroactiva del método de cálculo de las prestaciones sociales resultante de la reforma de la Ley del Trabajo del 12 de julio de 1983, que a su vez fue consecuencia del criterio que en sentido contrario había fijado la propia CSJ en fecha 21 de abril de 1983, en el caso *Felipe Bozo Finol vs Elga de Venezuela, C.A.*

La prestación de antigüedad, así otros beneficios laborales, es un derecho causado o nacido periódicamente durante la relación laboral. No obstante, la LOT dispone que su pago será exigible al concluir la relación de trabajo. De manera que la LOT prevé una distinción entre el nacimiento o causa del derecho del trabajador, y el momento en que el patrono está obligado a pagar el monto que le corresponde por tal derecho. En conclusión, el significado de la expresión “causadas” se corresponde con el de la palabra “devengadas” o “adquiridas”, en el sentido que aquélla denota el momento en el cual todas las condiciones precedentes al reconocimiento legal o contable de los derechos y obligaciones correlativos han sido cumplidas, sin importar la fecha en la cual la obligación es de hecho pagada o pagadera. Sin embargo, las sentencias comentadas nada señalan sobre este asunto que creemos de suma importancia en los supuestos de hecho de normativas sujetas a distintos ordenamientos jurídicos.

2. JURISDICCIÓN LABORAL: LA SENTENCIA MONARCH Y SUS IMPLICACIONES

De la Sentencia Monarch inferimos claramente el criterio del TSJ sobre la posibilidad de declinatoria de la jurisdicción de los tribunales venezo-

lanos a extranjeros, en casos de trabajadores internacionales o expatriados. En efecto, aunque la Sentencia Monarch afirma la jurisdicción de los tribunales venezolanos para conocer la causa objeto de ese litigio, en nuestro entender la SPA deja entrever de su texto, sin señalarlo expresamente, que si el contrato de trabajo del expatriado hubiese establecido que a los fines de controversias se hubiese acogido un foro distinto al venezolano, es probable que se hubiese declinado el conocimiento de la causa al tribunal extranjero seleccionado, tal y como lo prevé la normativa pertinente establecida en la vigente Ley de Derecho Internacional Privado (“Ley de DIP”).¹⁹

2.1 PLANTEAMIENTO FÁCTICO

El actor, ciudadano de nacionalidad canadiense, alegó que fue contratado por las demandadas, Monarch Minera Suramericana, C.A. y Monarch Resources Investments Limited, para la prestación de sus servicios en Venezuela a partir del 1° de mayo de 1993. Como consecuencia de la terminación de su contrato y/o relación de trabajo, el actor demandó por concepto de prestaciones sociales y demás beneficios laborales previstos en la LOT. Las demandadas, en lugar de contestar al mérito de la causa, opusieron cuestiones previas, específicamente la establecida en el ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil (CPC),²⁰ es decir, la falta de jurisdicción de los tribunales venezolanos en beneficio de tribunales extranjeros, probablemente los de las Islas Bermudas donde estaba domiciliada una de las demandadas. Pareciera, aunque no está completamente claro en la Sentencia Monarch, que el apoderado de las demandadas señaló que los tribunales venezolanos no tenían jurisdicción para conocer la referida causa, y que el derecho aplicable era el de las referidas islas, alegándose entonces también un problema de derecho aplicable. El Tribunal de Primera Instancia declaró la cuestión previa “Sin Lugar”, y señaló que los tribunales venezolanos pueden ser “perfectamente competentes para solucionar conflictos aplicando normas de Derecho Extranjero, el hecho de que pudiera resultar éste el aplicable al caso de autos no es criterio excluyente de jurisdicción terri-

¹⁹ *Ley de Derecho Internacional Privado*, GORV N° 36.511, de fecha 6 de agosto de 1998.

²⁰ *Código de Procedimiento Civil*, GORV N° 3.694, de fecha 22 de enero de 1986.

torial” (*sic.* de la sentencia) en aplicación de la normativa vinculante de conformidad con la Ley de DIP. Luego, sin embargo, el referido Tribunal aplicó la normativa prevista en el CPC (artículos 40 y 41) para afirmar la jurisdicción de los tribunales venezolanos para resolver la causa. En otras palabras, se utilizaron dos textos legales diferentes para afirmar la competencia en cuanto a derecho aplicable, pero no se usó el texto legal indicado (Ley de DIP) para lo relativo a la jurisdicción. Las demandadas solicitaron la correspondiente regulación de jurisdicción.

2.2 NUESTRA OPINIÓN: SU INTERPRETACIÓN

Nos parece un avance significativo de la Sentencia Monarch el hecho que se pueda inferir lógicamente de su decisión que si el contrato de trabajo hubiese estipulado un Tribunal Extranjero, a los fines de los reclamos que pudiesen haber existido entre las partes, quizá el TSJ hubiese declinado su jurisdicción a los referidos tribunales. No obstante lo anterior, no compartimos que la base para su decisión hubiese sido únicamente el artículo 10 de la LOT, puesto que la Ley de DIP, que constituye un estatuto especial y posterior a la LOT, fija las reglas de atribución de jurisdicción en el presente caso. Adicionalmente, puesto que una de las sociedades demandadas no estaba domiciliada en el país, la SPA ha debido decidir con lugar la declinatoria del conocimiento, tal y como lo realizó en la sentencia de la misma SPA de la extinta CSJ de fecha 21 de enero de 1999, en el caso *Luis Carlos Charry vs Reuters Limited*. En este sentido, notamos que la Sentencia Monarch limita su decisión al criterio superado de territorialidad previsto en el referido artículo 10 de la LOT, sin tomar en consideración la normativa vinculante de acuerdo con las reglas de DIP, puesto que como señalamos en este artículo confiamos que la Ley de DIP es perfectamente aplicable para los casos de trabajadores internacionales, en cuyas contrataciones sería válida la derogación convencional de la jurisdicción de los tribunales venezolanos, pues están perfectamente presentes los elementos necesarios de extranjería; así como otra normativa vinculante del DIP que señalamos anteriormente al comentar la Sentencia Oxy.

La aplicación de las normas de DIP podría en el plano lógico traer como consecuencia i) la aplicabilidad de otro derecho sustantivo distinto al venezolano, que incluso pudiera ser más favorable para el trabajador; y

ii) la falta de jurisdicción de los tribunales venezolanos. Esto porque la jurisdicción de todo Estado tiene límites en consideración a los demás Estados debido a i) razones políticas o de soberanía estatal; y ii) razones y principios procesales vinculados a la recta administración de justicia.²¹

2.3 LA NORMATIVA APLICABLE DE ACUERDO CON LAS REGLAS DE LA LEY DE DIP Y DE LA LOT

La posibilidad de derogar la jurisdicción de los tribunales venezolanos a favor de tribunales extranjeros se puede lógicamente deducir de la Sentencia Monarch, y creemos además que esta posibilidad encuentra sólido soporte en la normativa expresamente prevista en el artículo 47 de la Ley de DIP. En esta Ley se clarifica que la derogabilidad es la regla general²² y mejora significativamente la redacción del derogado artículo 2 del Código de Procedimiento Civil,²³ eliminando la inútil referencia a los tratados internacionales. En este sentido, el artículo 47 de la Ley de DIP señala:

Artículo 47.- La jurisdicción que corresponde a los tribunales venezolanos, según las disposiciones anteriores, no podrá ser derogada convencionalmente en favor de tribunales extranjeros, o de árbitros que resuelvan en el extranjero, *en aquellos casos en que el asunto se refiera a controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República, o se trate de materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten los principios esenciales del orden público venezolano* (cursivas nuestras).

Por cuanto el tema que aquí comentamos, el contrato y/o la relación laboral de trabajadores internacionales, no se refiere a controversias

²¹ Guerra Hernández, Víctor Hurgo, *Un caso práctico de "Trabajador Internacional" resuelto a través del DIP*, en *Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001, p. 348.

²² Hernández-Bretón, Eugenio, *Algunas Cuestiones de Derecho Procesal Civil en la Ley de Derecho Internacional Privado*, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, Caracas, 2000, p. 95.

²³ Artículo 63 de la Ley de Derecho Internacional Privado: "Se derogan todas las disposiciones que regulen la materia objeto de esta Ley".

relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República, es importante determinar entonces si la materia laboral puede ser sujeta a transacciones o si en algún modo afecta los principios esenciales del orden público venezolano.

Por lo que respecta a las transacciones en materia laboral, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela²⁴ (“Constitución vigente”) establece expresamente en su artículo 89, la irrenunciabilidad de los derechos laborales así como la nulidad de toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos. No obstante, prevé también la posibilidad de celebrar transacciones y convenimientos al término de la relación laboral, de conformidad con los requisitos que para ello establezca la ley. De lo anterior, resulta lógico apreciar que existen ciertas normas y disposiciones laborales sobre las cuales la propia Carta Magna ha permitido convenciones y transacciones entre patronos y trabajadores. Igualmente, el artículo 3 de la LOT establece que en ningún caso serán renunciables las normas y disposiciones que favorezcan a los trabajadores, al tiempo que el párrafo único de dicha disposición prevé expresamente la posibilidad de celebrar transacciones bajo una serie de condiciones.

Sobre el orden público en materia de Derecho Laboral, tenemos que el artículo 10 de la LOT establece que las disposiciones de dicha ley son de orden público y de aplicación territorial. Por ello, se podría pensar entonces que el carácter de orden público que tienen las disposiciones de la LOT conduce inmediatamente a la consecuencia prevista en el artículo 6 del Código Civil²⁵ que señala que no pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres. Sin embargo, no todas las disposiciones de la LOT son de orden público, toda vez que el carácter que otorga el artículo 10 *in comento* a las disposiciones allí contenidas no fue dado en forma absoluta. En efecto, el artículo 10 de la LOT exceptúa a aquellas normas “que por su propio contexto revelen

²⁴ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (“GORBV”) N° 5.453 (E), de fecha 24 de marzo de 2000.

²⁵ Código Civil de la República de Venezuela, GORV N° 2.990 (E), de fecha 26 de julio de 1982.

el propósito del legislador de no darles carácter imperativo”. No obstante, según la más reconocida doctrina, serían bastante escasas las disposiciones de la LOT que no tienen carácter de orden público,²⁶ siendo dicho carácter la regla general.²⁷ Así, a título de ejemplo se señalan como de orden público: los pagos por concepto de horas extraordinarias y vacaciones, las reglas establecidas para la tramitación de los juicios laborales, la prórroga y reapertura de los lapsos probatorios en materia laboral, el pago del salario mensual o semanalmente, según se trate de obreros o empleados; la protección a la mujer embarazada,²⁸ así como las normas relativas a la jornada nocturna y a la higiene y seguridad en el trabajo.²⁹

Ahora bien, la inderogabilidad surgida como consecuencia del carácter de orden público de las disposiciones de la LOT sólo debe surtir efectos “con relación a aquellas partes o contratos de trabajo en donde se menoscaben o perjudiquen los derechos que la ley concede a los trabajadores, pero nunca en aquellas otras en donde los mismos derechos sean mejorados”.³⁰

En este orden de ideas, vale observar que habiendo establecido que existen excepciones al carácter de orden público de las disposiciones contenidas en la LOT en el ámbito de las relaciones laborales nacionales, debemos afirmar, como lo señala la doctrina nacional,³¹ que dichas excepciones se deben presentar con mayor fuerza en el ámbito de las relaciones laborales internacionales, es decir, en aquellas que se relacionan con más de un ordenamiento jurídico.

Si bien es cierto que algunas decisiones judiciales han establecido, a nuestro entender, con bastante desatino, que todas las normas previstas

²⁶ Jaime Martínez, Héctor Armando en Bernardoni, Bustamante, Carballo, Díaz, Goizueta, Hernández, Iturraspe, Jaime, Rodríguez, Villasmil y Zuleta: *Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo*, Barquisimeto, 1998, p. 12.

²⁷ Caldera, Rafael, *Ob. Cit.*, p. 180.

²⁸ Petzold Rodríguez, María, *La Noción de Orden Público en el Derecho Civil venezolano - doctrina y jurisprudencia*, en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998, p. 301.

²⁹ Caldera, Rafael, *Ob. Cit.*, p. 181.

³⁰ Hernández Tovar, Vicente, *Curso de Derecho del Trabajo*, Valencia, 1975, p. 142; TOSTA, María Luisa, *La Renuncia de las Leyes en Venezuela*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1976, p. 197.

³¹ Guerra Hernández, Víctor Hurgo, *Ob. Cit.*, p. 351.

en la LOT tienen carácter de orden público,³² recientes decisiones emanadas del TSJ, han dejado entrever la posibilidad de que en materia laboral se permitan los convenios que sometan a la jurisdicción de tribunales extranjeros las reclamaciones surgidas con ocasión de relaciones laborales.

Aunque el punto fue tratado de manera tangencial, la Sentencia Monarch estableció expresamente lo siguiente:

Ahora bien, visto que se está en presencia de una reclamación hecha por un trabajador extranjero que desempeñó labores en el territorio de Venezuela, durante 4 años y 11 meses, para las empresas demandadas y, *visto que no consta en autos que se haya convenido someterse, a los fines de las reclamaciones surgidas de esa relación laboral, a la jurisdicción de Tribunales Extranjeros*, la misma se encuentra supeditada a la jurisdicción de los tribunales venezolanos. Así se decide (cursivas nuestras).

Con arreglo a la jurisprudencia transcrita, se observa que efectivamente no existe jurisdicción exclusiva de los tribunales venezolanos en materia laboral, permitiéndose incluso que las partes sometan previamente la posible controversia a tribunales extranjeros.

En este mismo sentido, al fijar criterio en materia de arbitraje internacional laboral,³³ la SPA del TSJ señaló:

La Ley de Derecho Internacional Privado admite la posibilidad de la derogación convencional de la jurisdicción venezolana en favor de tribunales extranjeros o de árbitros que resuelvan en el extranjero, tal como está previsto en el ar-

³² Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia de fecha 21 de enero de 1999, recaída en el caso *Luis Carlos Charry Sánchez vs Reuters Limited* (sin embargo, en esta sentencia se declinó la jurisdicción de un caso laboral a un tribunal extranjero porque el demandado se encontraba domiciliado en el exterior)

³³ Sentencia N° 02159 de la SPA del TSJ de fecha 10 de octubre de 2001, en el caso de *Miguel Delgado Bello vs Rust Environment & Infrastructure INC.* y otros

título 47 del citado cuerpo normativo, estableciéndose tres excepciones claramente descritas:

Artículo 47.- La jurisdicción que corresponde a los tribunales venezolanos, según las disposiciones anteriores, no podrá ser derogada convencionalmente a favor de tribunales extranjeros, o de árbitros que resuelvan en el extranjero, en aquellos casos en que el asunto se refiera a controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República, o se trate de materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten los principios esenciales del orden público venezolano.

El asunto bajo examen, no está referido a controversias sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República, *tampoco se circunscribe a materias que no admitan transacción, ni afecta el orden público interno; ello podría llevar a la conclusión lógica de declarar la validez de la derogación de la jurisdicción venezolana a favor de tribunales arbitrales, siempre que se verifique, se reitera, que tal derogatoria ha sido expresamente convenida por ambas partes* (cursivas nuestras).

Adicionalmente es pertinente señalar que algunos autores patrios³⁴ han venido señalando que ni la LOT ni la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimiento del Trabajo, ni la recientemente publicada Ley Orgánica Procesal del Trabajo,³⁵ contemplan prohibiciones en materia de arbitraje laboral, y que no existen fundamentos de peso para afirmar que las controversias individuales de origen laboral no pueden ser sometidas al conocimiento y decisión de árbitros. De hecho, el artículo 138 de la recientemente promulgada Ley Orgánica Procesal del Trabajo permite expresamente que el Juez de la causa, a petición de las partes, ordene la realización de un arbitraje que dirima la controversia, a fin de estimular los medios alternativos de resolución de conflictos.

³⁴ Hung Vaillat, Francisco, *Comentarios a las propuestas de normas reguladoras del arbitraje en un Anteproyecto de Código Orgánico Procesal Laboral*, en *Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001, p. 421.

³⁵ *Ley Orgánica Procesal del Trabajo*, GORBV N° 37.504, de fecha 13 de agosto de 2002.

Claro está que no en todos los casos será procedente convenir la derogación de la jurisdicción venezolana a favor de tribunales extranjeros, toda vez que al menos un elemento de extranjería debe existir en la relación jurídico laboral. En nuestra opinión, deben estar presentes al menos alguno de los siguientes elementos: i) que el domicilio del trabajador se encuentre en el extranjero; ii) que el domicilio del patrono se encuentre en el extranjero; iii) que el contrato se hubiese celebrado en el exterior; iv) que los servicios del trabajador se hubiesen prestado en el extranjero; y v) que la relación laboral hubiese culminado en el exterior. Como se puede fácilmente observar, varios de estos elementos se encuentran presente en el caso de los contratos laborales de los expatriados.

2.4 *ALGUNAS SENTENCIAS LABORALES SOBRE JURISDICCIÓN O COMPETENCIA PROCESAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES VENEZOLANOS*

A continuación enumeramos y reiteramos algunas sentencias relevantes sobre el punto objeto de discusión en este artículo, y observaremos cómo las decisiones no han sido uniformes, por decir lo menos, sobre asuntos tan similares. Así, en materia de arbitraje, se puede revisar el criterio que en materia de arbitraje internacional laboral fijó la SPA del TSJ, en fecha 10 de octubre de 2001, en la sentencia N° 2159, recaída en el caso *Miguel Delgado Bello vs Rust Environment & Infrastructure INC. y otras*.³⁶ No obstante lo anterior, en materia de arbitraje nacional, la misma Sala señaló que los tribunales venezolanos sí tienen jurisdicción para resolver las controversias a pesar de cláusulas arbitrales excluyentes (*J. Texeira vs Shell Venezuela Productos, C.A.*, de fecha 19 de febrero de 2002), y condenó en costas a la parte demandada que solicitó la respectiva declinatoria de conocimiento, a pesar que el contrato establecía expresamente la solución por vía arbitral. Es decir, que el tratamiento de este asunto no ha sido tratado uniformemente por el TSJ.

³⁶ En otros casos de arbitraje comercial también se ha pronunciado la SPA del TSJ sobre la declinatoria de la jurisdicción de los tribunales venezolanos (ver: *Computación Bull de Venezuela, C.A. vs Societe Bull, S.A.*, de fecha 26 de enero de 1988, y *Embotelladora Caracas, C.A. y otros vs Pepsi Cola Panamericana, S.A.*, de fecha 9 de octubre de 1997).

En otra ocasión se declinó la jurisdicción de un caso laboral a un tribunal extranjero porque el demandado se encontraba domiciliado en el exterior (*Luis Carlos Charry Sánchez vs Reuters Limited*).

En casos donde se demandaba laboralmente a otros países, la SPA admitió que nuestros tribunales tienen jurisdicción, pues los referidos Estados estaban actuando como personas de derecho privado en la relación laboral mantenida en el país (ver: *M.C. López vs Gran Al Yamahiria Árabe Libia Popular Socialista (conocida como Nación Libia)*, de fecha 19 de septiembre de 2001; y *A.M. Chacón vs República de Perú*, de idéntica fecha).

Además, la jurisdicción de los tribunales venezolanos, a pesar de existir criterios formales que la pueden afirmar como son el domicilio del demandado y el lugar del cumplimiento parcial de la relación laboral, podría rechazarse alegándose argumentos de justicia del caso concreto, encontrando esta afirmación su asidero en la doctrina internacional de foro no conveniente.

2.5 EXCEPCIÓN DEL DERECHO MÁS FAVORABLE - EL DERECHO SUSTANTIVO APLICABLE

Además de lo anteriormente señalado sobre la “irrenunciabilidad” de las normas laborales, creemos pertinente señalar que aunados a las implicaciones en cuanto a la jurisdicción internacional que se generan por la vinculación de una relación laboral con más de un ordenamiento jurídico, surgen inmediatamente algunas implicaciones en lo que respecta al derecho sustantivo aplicable a la relación, las cuales pensamos que también pueden ser resueltas atendiendo a las disposiciones previstas en la Ley de DIP.³⁷ Dicho texto legal consagra en su artículo 29 el principio de la plena autonomía de la voluntad de las partes para la escogencia del derecho aplicable a las obligaciones convencionales.

La doctrina del derecho más favorable y la aplicación del derecho extranjero podría conducir a una situación más favorable que la de la LOT

³⁷ Guerra Hernández, Víctor Hurgo, *Ob. Cit.*, p. 346.

para el expatriado que así lo reclamare, tal y como lo señala la Sentencia TAP,³⁸ pero desafortunadamente nada señala esta última sentencia en relación con cuál debe ser el parámetro de comparación para determinar qué debe ser considerado como “el derecho más favorable”. La doctrina venezolana clásica y reconocida ha establecido la tendencia que en esta materia conlleva la aplicación de la norma más favorable.³⁹ El Derecho aplicable a los casos de trabajadores internacionales no debe corresponderse simplemente con el principio de la territorialidad. Otras soluciones, como lo propone cristalinamente Guerra Hernández en su trabajo tantas veces citado y seguido por nosotros, pueden proponerse para determinar en un conflicto de leyes cuál sería el Derecho aplicable (*i.e.* vínculos más estrechos, el escogido libremente por las partes de manera contractual). Consideramos que la solución correcta es la escogencia por las partes al momento de la celebración del contrato de trabajo, pues ello permitiría el funcionamiento de la autonomía de la voluntad. En defecto de la escogencia contractual la noción de los vínculos más estrechos permitiría el funcionamiento y respeto de eventuales normas venezolanas de aplicación necesaria, o incluso de normas de aplicación necesaria extranjeras.

No obstante, en materia de Derecho del Trabajo la autonomía de la voluntad de las partes se ve seriamente limitada por la disposición contenida en el artículo 10 de LOT y la interpretación que le dan los jueces laborales venezolanos, al señalar que las disposiciones de dicha ley rigen a los venezolanos y extranjeros con ocasión del trabajo prestado o convenido en el país y en ningún caso serán renunciables ni relajables por convenios particulares.

³⁸ La Sentencia TAP señalaba expresamente lo siguiente: “La territorialidad en referencia, según la doctrina, no excluye, *empero, que puedan ocurrir situaciones excepcionales en las cuales pueda admitirse la aplicación de una Ley extranjera*, lo que en principio pudiera ocurrir cuando el contrato de trabajo se ejecute, en forma pasajera, dentro del territorio nacional... (*omissis*) ... En efecto, de no haberse ejecutado parcial y permanentemente el contrato en Venezuela, y, de no haber el mismo terminado también en la República, no hay dudas de que en el caso en especie, para hechos pasados y con relación a consecuencias jurídicas también pasadas derivadas de tales hechos es forzoso concluir que sería aplicable el ordenamiento jurídico correspondiente, bien el del lugar de celebración el contrato, el de su ejecución o el de su terminación, por lo que hasta el momento del traslado del trabajador a Venezuela, el ordenamiento jurídico vigente para el contrato de trabajo, sería aplicable uno distinto al nacional”. (cursivas nuestras).

³⁹ Caldera, Rafael, *Manual de Derecho Laboral, Derecho del Trabajo*. Segunda Edición, T.I., Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1960, pp. 197-200.

Ahora bien, haciendo valer nuevamente las consideraciones planteadas anteriormente, en cuanto a que la inderogabilidad surgida como consecuencia del carácter de orden público de las disposiciones de la LOT sólo debe surtir efectos en relación con las convenciones o contratos en donde se menoscaben o perjudiquen los derechos que la LOT concede a los trabajadores, es nuestro criterio que la derogación de la legislación laboral venezolana a favor de un ordenamiento jurídico extranjero es posible siempre que éste sea más beneficioso para el trabajador, con base en la doctrina del derecho más favorable.⁴⁰

En tal sentido, la jurisprudencia patria ha establecido que el principio de territorialidad a que hace referencia el señalado artículo 10 de la LOT, no excluye que puedan ocurrir situaciones excepcionales en las cuales pueda admitirse la aplicación de una ley extranjera.⁴¹ Desafortunadamente, nada se ha señalado en relación con cuál debe ser el parámetro de comparación para determinar el derecho más favorable. Por otro lado, y para los casos en que el derecho aplicable no hubiese sido acordado por las partes, el juez competente deberá, según las normas de derecho internacional venezolanas, aplicar el derecho que se considere más estrechamente vinculado al contrato de trabajo.⁴² Ello, sin embargo, no tendrá importancia alguna en el poco probable caso de que las legislaciones en conflicto resuelvan la controversia de la misma manera.⁴³

Creemos firmemente que también debe tenerse presente el origen o causa de la legislación laboral en nuestro país. No creemos que hubiese sido creado para proteger a trabajadores internacionales que vienen como expatriados a prestar sus servicios temporalmente a Venezuela; y cuyas condiciones laborales (*i.e.* dotación de vivienda, vehículos, celulares, planes de acciones de la casa matriz, dotación de acción en club

⁴⁰ Caldera, Rafael, *Ob. Cit.*, pp. 197-200; Sentencia del Juzgado Superior Tercero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas de fecha 26 de junio de 1995, recaída en el caso *José Ribeiro Rodríguez vs Transporte Aéreo Portugueses, S.R.L.*

⁴¹ Sentencia de la extinta Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de fecha 16 de enero de 1985, recaída en el caso *Fernando Goncalves Rodríguez vs Transportes Aéreos Portugueses (TAP) S.R.L.*

⁴² Artículo 30 de la Ley de DIP.

⁴³ Parra-Aranguren, Gonzalo, *Curso General de Derecho Internacional Privado*, Caracas, 1998, p. 29.

social, pasajes aéreos anuales a su país de origen, salarios elevados y en moneda fuerte, servicios de seguridad, chofer, etcétera) suelen ser muy superiores y exceder a las condiciones de los trabajadores locales, quienes sí tendrían derecho entonces a recibir los beneficios previstos en la LOT, a diferencia de los expatriados.

3. EL RECURSO DE INTERPRETACIÓN Y LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO

La última sentencia comentada en este artículo es la identificada como R.I. N° 01-337 de la SCS del TSJ, de fecha 26 de julio de 2001, en la que se declaró “Con Lugar”, y sin voto salvado, el recurso de interpretación interpuesto por el ciudadano Liborio Guarulla, en su condición de Gobernador del estado Amazonas. Como fue señalado al principio de este artículo, en lo sucesivo nos referiremos a esta sentencia objeto de estudio como “La Sentencia Recurso de Interpretación”. En el recurso interpuesto se le solicitó a la SCS que se pronunciara sobre una convención colectiva de trabajo celebrada por el Gobernador saliente del referido estado, con las organizaciones sindicales que representan a los educadores de la mencionada Entidad Federal, cuyos educadores, de conformidad con la Ley de Educación, se rigen por la LOT.

3.1 LA PRETENSIÓN EN EL RECURSO DE INTERPRETACIÓN

El recurso planteado pretendió fundamentarse en i) el principio de legalidad presupuestaria previsto en la Constitución vigente; ii) la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario Nacional;⁴⁴ iii) la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario del estado Amazonas. Con base en la referida normativa se le solicitó al TSJ que interpretara puras *situaciones de hecho* que ocurrieron en la celebración y suscripción de la mencionada convención colectiva, tales como: 1) si el Inspector del Trabajo (“Inspector”) podía fijar la oportunidad para el inicio de las negociaciones sin haber recibido el informe económico comparativo; 2) si el Inspector podía homologar un convenio colectivo de trabajo del sector público sin disponer del informe económico comparativo y sin constar si el compro-

⁴⁴ Ley de Régimen Presupuestario, GORBV N° 36.916, de fecha 22 de marzo de 2000.

miso no excedía de los límites técnicos y financieros; 3) si un Gobernador puede contratar sin disponer del informe de la Dirección de Planificación, Proyectos y Presupuesto, donde conste que el compromiso no excede de los límites financieros; 4) los alcances del principio de la legalidad presupuestaria en la convención colectiva; y específicamente si se puede convenir entre las partes y homologar el Inspector una convención sin existir la disponibilidad presupuestaria; 5) si en una negociación colectiva de la Gobernación puede crearse compromisos para otras personas jurídicas territoriales (República y municipios) que no son partes en ella; y 6) si un dirigente sindical que originalmente era miembro de la comisión negociadora de la convención colectiva, que accede al cargo del empleador (Gobernador) puede suscribir el contrato en nombre de esta última o está obligado a inhibirse ante el conflicto de intereses.

3.2 LA COMPETENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA PARA DECIDIR RECURSOS DE INTERPRETACIÓN

La Constitución vigente consagró de manera expresa el conocimiento del TSJ de los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de textos legales en los términos establecidos en la ley; a diferencia de la derogada Constitución de 1961⁴⁵ bajo cuya vigencia el mencionado recurso resultaba limitado en los casos en que la legislación infraconstitucional así lo preveía.

En efecto, el numeral 5 de la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución vigente prevé que la Asamblea Nacional deberá dictar, en el término de un año a partir del momento de su instalación (disposición ésta que todavía no se ha cumplido), la legislación referida al Sistema Judicial, comprendiendo al TSJ por disposición del artículo 253 *ejusdem*, pero hasta tanto se dicte la Ley Orgánica que regirá el TSJ, continúan vigentes las normas atributivas de competencia previstas en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.⁴⁶

⁴⁵ Constitución de la República de Venezuela, GORV N°662 (E), de fecha 23 de enero de 1961.

⁴⁶ Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, GORV N° 1.893 (E), de fecha 30 de julio de 1976.

De acuerdo con el artículo 266 numeral 6 de la Constitución vigente, es atribución del TSJ conocer de los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales, en los términos contemplados en la ley. Esta atribución es ejercida por las diversas Salas del TSJ. Asimismo, el artículo 262 de la Constitución vigente establece que el TSJ funcionará en Sala Plena y en Sala Constitucional, Político Administrativa, Electoral, de Casación Civil, de Casación Penal y de Casación Social, cuyas integraciones y competencias serán determinadas por su ley orgánica. La SCS abarca lo referente a la casación agraria, laboral y de menores. Puesto que como se señaló previamente, el caso versa sobre la suscripción de una convención colectiva a trabajadores a quienes le aplica la LOT, la SCS del TSJ señaló que tenía competencia para decidir el recurso interpuesto, según dispuso expresamente Sentencia sobre Recurso de Interpretación aquí estudiada.

3.3 *EL RECURSO DE INTERPRETACIÓN EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA. REQUISITOS. JURISPRUDENCIA*

Bajo la vigencia de la Constitución vigente, en la sentencia N° 01166 de fecha 19 de mayo de 2000, caso *Gobernador del estado Nueva Esparta*, la SPA del TSJ sostiene que según la jurisprudencia pacífica y sostenida, los requisitos esenciales al recurso de interpretación, además de la legitimidad de la parte que lo solicita, son los siguientes:

- 1) Que la norma a ser interpretada sea de rango legal;
- 2) Que la ley a cuya interpretación se solicita contemple una disposición que permita el ejercicio de este tipo de recurso; y
- 3) Que exista conexión de la norma con un caso concreto como presupuesto consagrado con el doble propósito de legitimar al recurrente y permitir al intérprete apreciar objetivamente la existencia de la duda alegada.

Es menester señalar que respecto al primero de los requisitos, la Sentencia sobre Recurso de Interpretación aquí comentada destaca que la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en su artículo 42, nume-

ral 24, aplicable para este caso por las razones antes comentadas, contempla dentro de las competencias del Máximo Tribunal, la de conocer del recurso de interpretación respecto al “alcance e inteligencia de los textos legales”. La Sala estimó que “texto legal” debe entenderse en sentido sustancial, es decir, como la norma que tiene las características de objetividad, indeterminación, generalidad y no-agotamiento en el caso concreto. Sin embargo, jurisprudencia anterior limitaba el “texto legal” a la ley concebida en sentido formal. En sentencia publicada por la misma Sala en fecha 5 de agosto de 1992, caso *Alfredo Flores*, se declaró expresamente que “no sería posible interpretar un texto sublegal aunque la norma originaria en la cual ésta se fundamenta permita el recurso de interpretación”. De manera contraria, la SPA admitió que en el caso de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, el recurso de interpretación contemplado en la misma sí es extensible a normas de otras leyes que versen sobre materia electoral (sentencia de fecha 25 de agosto de 1998, caso *Asdrúbal Aguiar*; y sentencia de fecha 17 de mayo de 1995 caso *Ovidio González*).

La jurisprudencia venezolana ha sido cambiante en cuanto a los caracteres y alcance del recurso de interpretación. En sentencia N° 01320 del 3 de julio de 2001, caso *PDVSA Petróleo y Gas S.A.*, se hace referencia a la evolución del criterio sostenido por el TSJ con respecto al recurso de interpretación. La tendencia inicial es la que limitaba dicho recurso a los casos de leyes que contemplasen el recurso de interpretación. Son ejemplos de este criterio las sentencias de la SPA, de fecha 14 de marzo de 1998 (caso *Concejo Municipal del Distrito Bruzual del estado Yaracuy*), del 5 de agosto de 1992 (caso *Alfredo Flores Valera*), del 12 de mayo de 1992 (caso *Gilberto Gripa Acuña*) y la de fecha 15 de marzo de 1990 recaída en el caso *Ley Tutelar del Menor*. Posteriormente se da una tendencia que puede denominarse de “flexibilización”, por la cual, no sólo se admite la procedencia del recurso de interpretación sobre textos normativos que expresamente no lo previeran, siempre que estuvieran estrechamente relacionados con otro que sí lo contemplare, sino también, susceptible de tener como objeto, el alcance, sentido e inteligencia de normas aún de rango sublegal. En sentencias de fecha 21 de abril de 1993 (caso *Banco Central de Venezuela*), 16 de mayo de 1995 (caso *Corte Marcial*) y 3 de julio de

1996 (caso *Luis Antonio Nahim Pachá*) se evidencia tal tendencia de “flexibilización”. Posteriormente se dijo que la interpretación de una ley por vía de remisión de otra que sí consagrara tal recurso, era procedente, sólo respecto de aquellos artículos directamente relacionados con la ley que autorizara la interpretación [(sentencias de fecha 14 de mayo de 1998 (caso *Juan Nepomuceno Garrido*), 25 de agosto de 1998 (caso *Asdrúbal Aguiar I*), 5 de noviembre de 1998 (caso *Henrique Salas Feo*) y más recientemente la sentencia de fecha 19 de mayo de 2000 (caso *Juan Abraham Martínez*)]. Finalmente, se determinó que la petición por la cual se pretendiese la interpretación de un texto legal, tenía que estar orientado a solventar un caso concreto y específico (sentencias de fecha 10 de noviembre de 1994, caso *Bing Bang Games*, y 27 de septiembre de 1994, caso *Jesús María Galíndez*).

Recientemente ha sido decisión reiterada la inadmisibilidad de recursos de interpretación por falta de previsión en las leyes a las cuales se refieran. Tenemos pues sentencia N° 275 del 7 de noviembre de 2001, en el caso *H. López*, en la cual se declara inadmisibile el recurso de interpretación del artículo 398 de la LOT, porque la LOT no establece tal recurso, lo cual en nuestra opinión, ha debido ser el criterio aplicado en la comentada Sentencia sobre Recurso de Interpretación. En este mismo orden de ideas, en sentencia de fecha 26 de julio de 2001, se declaró inadmisibile el recurso de interpretación del literal “b” del artículo 383 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, porque la referida Ley no establece dicho recurso y, además, no está planteado en relación con un caso concreto. En esta última sentencia se hace mención nuevamente a los requisitos de admisibilidad del recurso de interpretación haciéndose mención a la sentencia de fecha 31 de mayo de 2001, caso *Sonia Luz Salazar Harlepp, Prefecto del Municipio Autónomo Guacaipuro*. En fecha 7 de marzo de 2001 en sentencia de la SPA, caso *Presidente del Consejo Legislativo del Estado Falcón*, igualmente se declaró la inadmisibilidad del recurso de interpretación porque en la Constitución del Estado Falcón, no se encontraba norma alguna que previera de manera expresa la posibilidad del mencionado recurso de interpretación.

Contrario a los criterios anteriormente expuestos tenemos la Sentencia sobre Recurso de Interpretación aquí señalada, en la que se admite y se

decide sobre un recurso de interpretación sobre los “textos legales, en los términos contemplados en la ley”, siendo estos textos legales la LOT y su Reglamento. Adicionalmente esta sentencia pretendió fundamentarse en el ordinal 24 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia cuando hace referencia al recurso de interpretación. Sin embargo, la SCS invoca el artículo 194 de la mencionada ley para entender las características del recurso de interpretación lo cual consideramos equivocado, ya que el mencionado artículo se refiere a la interpretación de la propia Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Por último, somos de la opinión que las normas de la LOT y del Reglamento de la LOT no son susceptibles de ser objeto del recurso de interpretación, y mucho menos creemos que pueda ser declarado “Con Lugar” tal y como lo señala la Sentencia sobre Recurso de Interpretación comentado. En este sentido, es curioso que la decisión que transcribe Sentencia sobre Recurso de Interpretación estudiada, como fundamento del recurso de interpretación y que debe fijar sus pautas, no se comparece con la decisión tomada. Se cita la jurisprudencia de la SPA de la antigua CSJ, sentencia de fecha 27 de septiembre de 1984, donde se estableció cristalinamente que la labor del recurso de interpretación está limitada a resolver “las dudas que puedan presentarse en casos concretos en cuanto a la inteligencia, al alcance y aplicación de la Ley”. En modo alguno le está permitido al Tribunal adelantar opinión sobre la cuestión discutida. Las conclusiones que derivan entonces de su función interpretativa son: a) Que la conexión con un caso concreto tiene un doble propósito. Por una parte, legitimar al recurrente, y por la otra, permitir a su vez a la Corte apreciar objetivamente la existencia de la duda que se alega como fundamento del recurso; b) Que no se trata de una acción de condena, ni siquiera de una mera declarativa, y por tanto, ningún pronunciamiento podría hacer la Corte sobre el caso concreto; y c) Que su decisión se producirá como una opinión en abstracto sobre la interpretación, como la que podría expresar cualquier doctrinario del derecho, con la sola diferencia de la autoridad que le imprime el órgano judicial de que emana y el respaldo de la norma legal habilitante.

3.4 *LAS CONVENCIONES COLECTIVAS EN EL SECTOR PÚBLICO EN VENEZUELA*

Las convenciones colectivas de trabajo en el sector público se han enraizado en la doctrina, los usos y la legislación nacional. La doctrina nacional no es extensa en este punto y nos enfocaremos entonces a estudiar este asunto en cuanto a la relación que tiene con el principio de legalidad presupuestaria.

El artículo 314 de la Constitución vigente establece que no se hará ningún tipo de gasto que no haya sido previsto en la Ley de Presupuesto, y sólo podrán decretarse créditos adicionales a esta ley para atender gastos no previstos, o cuyas partidas resulten insuficientes, siempre que el Tesoro cuente con recursos para cubrir la respectiva erogación. A su vez la LOT en su artículo 527 establece que cuando en virtud de una convención colectiva se llegue a acuerdos que envuelven erogaciones del sector público no previstas en el presupuesto vigente, se entenderá que los incrementos acordados se harán efectivos en el próximo ejercicio fiscal, a menos que se asegure la disponibilidad de los requeridos para su cumplimiento inmediato.

La normativa de la LOT y su Reglamento contestan expresamente la mayoría de preguntas contenidas en el petitorio del recurso propuesto. En efecto, de la mencionada normativa laboral se desprende que el Inspector del Trabajo, para dar inicio a las negociaciones y luego para homologar la convención colectiva; y los funcionarios involucrados, para contratar, deben contar con el informe del órgano que haga las veces de Unidad de Coordinación y Planificación de la Gobernación, donde conste que el compromiso que se pretende asumir no excede los límites técnicos y financieros establecidos por la Gobernación del Estado. La situación respecto a la disponibilidad presupuestaria es diferente, pues de no estar disponibles los fondos en el presupuesto que se esté ejecutando, existen dos alternativas: puede tramitarse un crédito adicional o diferirse la aplicación de las cláusulas económicas para el siguiente año fiscal. De la normativa vinculante vigente resulta obvio que una Gobernación no puede unilateralmente crear compromisos para el Gobierno Nacional o para las municipalidades del Estado, por el contrario, dada la

dependencia financiera de estos entes, para comprometerse a la futura ejecución del contrato colectivo deberá contar con la aprobación del Consejo de Ministros, para la futura provisión de fondos que no provengan de ingresos propios.⁴⁷

Menciona Alfonso-Guzmán en su *Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo* que las convenciones colectivas sobre condiciones de trabajo en el sector público son contratos sometidos a la *condición impropia* de que existan, provistos por los mecanismos constitucionales y legales, los recursos económicos suficientes para permitir el cumplimiento de las estipulaciones convenidas. Así, de acuerdo con la Constitución vigente y en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública (que establece el límite de acción del Ejecutivo Nacional para la ordenación de los gastos) entre otras, un contrato (de la naturaleza que fuere) celebrado por el Ejecutivo no debe considerarse perfecto más que cuando ha sido satisfecha la exigencia que subordina la validez del acuerdo. Continúa Alfonso-Guzmán haciendo mención al artículo 188 del Reglamento de

⁴⁷ Podemos precisar que la normativa objeto del recurso comentado está señalada en los artículos 527 de la LOT y 182 al 192 del Reglamento de la LOT que expresamente indican que las negociaciones colectivas que involucren a gobernaciones, se someterán al régimen previsto para los órganos del Poder Nacional, en cuanto fuere compatible. De acuerdo con el Reglamento de la LOT, los criterios técnicos y financieros para la negociación serán fijados por el Gobernador; los estudios que correspondan a la Oficina Central de Coordinación y Planificación de la Presidencia de la República, serán elaborados por la unidad a la que corresponda ejercer funciones análogas en el ámbito de la respectiva Gobernación; y los intereses de la Gobernación serán representados por el Procurador del estado. El procedimiento comienza con la presentación del proyecto de convención colectiva ante el Inspector competente, quien remitirá copia a la Gobernación y solicitará la remisión del estudio económico comparativo, con base en las normas fijadas por la Unidad de Coordinación y Planificación de la Gobernación, que evidencie los costos de las condiciones de trabajo establecidas y de las previstas en el proyecto. El Inspector del Trabajo solicitará a la Gobernación y a la organización sindical la designación de sus representantes, quienes discutirán el convenio en negociaciones presididas por el Inspector del Trabajo, y en ellas participará un representante de la Procuraduría General del Estado. Una vez recibido el informe económico, el Inspector del Trabajo fijará la oportunidad para el inicio de las negociaciones que no excederán de 180 días, prorrogables por otros 90 días. La Gobernación no podrá suscribir la convención colectiva hasta disponer del informe emitido por referida Unidad, donde conste que el compromiso que se pretende asumir no excede los límites técnicos y financieros establecidos por la Gobernación del Estado. De exceder el proyecto esos límites, la Unidad en cuestión deberá pronunciarse sobre los ajustes necesarios y devolver el proyecto al Inspector del Trabajo, a fin de que la Gobernación negocie los ajustes, conforme a las observaciones realizadas. El incumplimiento de esta normativa dará lugar a la responsabilidad de los funcionarios involucrados, de conformidad con la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, que regula las responsabilidades administrativas, penales y civiles en que puedan incurrir dichos funcionarios.

la LOT el cual establece que, en caso de sobrepasar las partes los límites trazados por el Ejecutivo al costo de la convención que se negocia se deberá devolver el texto del acuerdo al Inspector del Trabajo, a fin de que el ente empleador efectúe los ajustes necesarios. Sin la aprobación de la Oficina de Coordinación y Planificación de la Presidencia de la República no podrá suscribirse la convención colectiva.

Adicionalmente, creemos pertinente señalar que las normas previstas en el Reglamento de la LOT son suficientemente claras en cuanto a los requisitos de validez que para una convención colectiva celebrada por la República o por las gobernaciones y/o municipalidades. En efecto, y sin entrar a discutir la potestad del Ejecutivo Nacional para dictar este tipo de normas (lo cual sería objeto de otro tipo de análisis), para la validez de las mencionadas convenciones colectivas existen ciertos requisitos esenciales que deben a su vez cumplir con las disposiciones establecidas en la Constitución y en las leyes especiales por la materia, no pudiendo así el ente contratante excederse en su presupuesto a la hora de contratar con los trabajadores de los referidos entes del sector público. Ciertamente también dudamos sobre la validez de las sanciones de salvaguarda que sobre esta materia prevé el Reglamento de la LOT,⁴⁸ pues en nuestro criterio ello ha debido hacerse por ley especial, manteniéndose el principio de reserva legal previsto en la Constitución vigente.

CONCLUSIONES

1. En la Sentencia Oxy, y posteriormente en la Sentencia Foster Wheeler, quedó claro que la LOT es aplicable a los expatriados únicamente por el tiempo en que prestaron sus servicios en Venezuela. Esta sentencia abandona la doctrina que hasta la referida fecha había sostenido el máximo Tribunal de Justicia sobre la aplicación de la legislación laboral

⁴⁸ El artículo 189 del Reglamento de la LOT expresamente establece lo siguiente: “Responsabilidad de los representantes del este empleador. El incumplimiento, tanto de las instrucciones técnicas y financieras que establezca el Ejecutivo Nacional como de las presente disposiciones, por parte de los representantes de los entes del sector público involucrados, dará lugar al establecimiento de su responsabilidad de conformidad con la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, penales y civiles a que hubiere lugar”.

venezolana a los trabajadores internacionales por los servicios prestados en el exterior. El criterio y el fundamento de la Sentencia Oxy también es perfectamente aplicable para el caso de trabajadores venezolanos contratados como expatriados para la prestación de sus servicios en el exterior, a quienes sólo les sería aplicable la LOT por los servicios efectivamente laborados en Venezuela.

2. No obstante lo anterior, creemos que puede válidamente incluirse en los contratos de trabajo de los expatriados una cláusula que derogue convencionalmente la jurisdicción de los tribunales venezolanos en asuntos laborales en favor de un tribunal extranjero. Esta derogación sólo sería permisible cuando estén presentes ciertos elementos de extranjería, que consideramos se encuentran establecidos en las relaciones laborales de los trabajadores internacionales y que mencionamos anteriormente.

3. La derogatoria convencional de las normas sustantivas previstas en la LOT, legislación laboral venezolana aplicable a los expatriados por el tiempo de servicios en Venezuela, en favor de un ordenamiento jurídico extranjero sólo sería posible, por la interpretación jurisprudencial venezolana hasta la fecha, si el régimen seleccionado es más beneficioso para el expatriado que el régimen previsto en la LOT. Creemos que el estudio sobre el sistema más beneficioso debe realizarse en su conjunto, comparando todos los beneficios que usualmente reciben los trabajadores internacionales con el régimen que protege en Venezuela los trabajadores locales.

4. No compartimos el criterio expuesto en Sentencia sobre Recurso de Interpretación comentado, puesto que i) el recurso de interpretación solicitado no cumple con los requisitos de admisibilidad necesarios para su procedencia, debido a que la LOT y el Reglamento de la LOT no establecen la posibilidad de que se interponga el recurso de interpretación sobre sus normas; ii) no interpreta realmente la legislación en la que se basó el recurso, sino que simplemente se limita a copiar textualmente la normativa vigente sobre las convenciones colectivas del sector público y sus requisitos legales y reglamentarios, sin aportar criterio alguno que señale su verdadero contenido y alcance, como cualquier doctrinario del derecho; y iii) pareciera una decisión en la que se pre-

tende dar un ejemplo a las Inspectorías del Trabajo y a las gobernaciones regionales sobre los gastos que pueden incurrir cuando celebran convenciones colectivas, y las responsabilidades a que quedan sujetos de acuerdo con la legislación patria, convalidando entonces las normas que en este sentido estableció el Reglamento de la LOT.

BIBLIOGRAFÍA

ALFONZO-GUZMÁN Rafael: *Estudio Analítico de la Ley del Trabajo Venezolana*. Segunda Edición (aumentada y corregida) 1985. Coordinación de la Edición: Tabaré Guerere. Caracas, 1985.

_____: *Nueva didáctica del Derecho del Trabajo*, 11 ed., Editorial Melvin, Caracas, 2000.

Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales: *Ley de Derecho Internacional Privado*. Derogatorias y Concordancias, Obra colectiva coordinada por la Doctora Maekelt. Caracas, 1999.

CABANELLAS, Guillermo: *Compendio de Derecho Laboral*. Tomo I. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires., 1968.

CALDERA, Rafael: *Manual de Derecho Laboral, Derecho del Trabajo*. Segunda edición, T.I., editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1960.

CARBALLO MENA, César Augusto y VILLASMIL PRIETO, Humberto: *Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento Anotado y Concordado*. Primera edición, Universidad Católica Andrés Bello. Montalbán, La Vega, Caracas, 1999.

CARIBAS, Alejandro: *Comentarios al Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo*. Paredes Editores, Caracas, Venezuela, 1999.

COVA ARRIA, Luis: *La Doctrina del Forum Non Conveniens en el Derecho Anglo-Americano y las Bases e la Jurisdicción en Venezuela, Estudio comparado especialmente referido a asuntos marítimos*, artículo publicado en Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez-Covisa, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975.

DE LA CUEVA, Mario: *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, Tomo I. Segunda edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1974.

GUERRA HERNÁNDEZ, Víctor Hurgo: *Un caso práctico de "Trabajador Internacional" resuelto a través del DIP*, en Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001.

- HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio: *Algunas Cuestiones de Derecho Procesal Civil en la Ley de Derecho Internacional Privado*, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, Caracas, 2000.
- HERNÁNDEZ TOVAR, Vicente: *Curso de Derecho del Trabajo*, Valencia, 1975.
- HERRERA MENDOZA, Lorenzo: *Estudios Sobre Derecho Internacional Privado y Temas Conexos*. Edición Conjunta para Estudiantes del Quinto Año de Derecho, Editorial El Cojo, S.A. Caracas, 1960.
- HUNG VAILLAT, Francisco: *Comentarios a las Propuestas de Normas Reguladoras del Arbitraje en un Anteproyecto de Código Orgánico Procesal Laboral*, en *Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001.
- JAIME MARTÍNEZ, Héctor Armando: *Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo*, Barquisimeto, 1998.
- KROTOSCHIN, Ernesto: *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*. Tomo I. Ediciones de Palma. Segunda Edición. Buenos Aires, 1963.
- PARRA-ARANGUREN, Gonzalo: *Normas de Derecho Procesal Civil Internacional*. Conferencias sobre el Nuevo Código de Procedimiento Civil. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1986.
- PETZOLD RODRÍGUEZ, María: *La Noción de Orden Público en el Derecho Civil venezolano – doctrina y jurisprudencia*, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, Caracas, 1998, p. 301.
- RENGEL ROMBERG, Aristides: *La Competencia Procesal Internacional en el Derecho Venezolano*. Libro Homenaje a la Memoria de Lorenzo Herrera Mendoza, Tomo I., Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1970.
- SÁNCHEZ-COVISA, Joaquín: *La vigencia temporal de la ley en el ordenamiento jurídico venezolano*. Obra jurídica de Joaquín Sánchez-Covisa. Ediciones de la Contraloría General de la República de Venezuela, Caracas, 1976.
- TOSTA, María Luisa: *La Renuncia de las Leyes en Venezuela*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*, Caracas, 1976.
- Universidad Central de Venezuela (varios autores): *Convenios Internacionales del Trabajo, los derechos de los trabajadores en la era de la mundialización*. Cuadernos Electrónicos Laborales, Caracas, 1999.
- Varios autores: *Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo*, Tipografía y Litografía Horizonte C.A., 2ed., Barquisimeto, 1999.
- WOLF, Martin: *Derecho Internacional Privado*. Bosh, Casa Editorial. Barcelona, 1958.

Aspectos de una Tutela Judicial Ambiental Efectiva

Mariolga QUINTERO TIRADO*

SUMARIO:

1. El debido proceso: 1.1 *Introducción.* 1.2 *¿Por qué una tutela judicial efectiva?*
2. El factor tiempo. Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.
3. La legitimación.

* **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 **Baumeister & Brewer Abogados Consultores**. Para mi maestro **José Andrés Fuenmayor**: Naturalmente todavía están en mí Tus palabras que como polvo de estrellas Colección de sabidurías Ricas en humor y anécdotas divertidas Y libres de cárceles y cautiverio Dialogaban sin melancolía En la magia de nuestra Facultad Sobre una casación viva y candorosa Y cercana a la dignidad humana. ¿Por qué me haces tanta falta en mi soledad docente?

4. Los interdictos**5. Amparo Constitucional.**

6. De la responsabilidad objetiva: **6.1** *Del régimen y su aplicación al suceso ambiental de hidrocarburos.* **6.2** *De los requisitos de la responsabilidad objetiva según el convenio de Bruselas de 1969:* **6.2.1** El daño. **6.2.2** La relación de causalidad. **6.2.3** La indemnización: **6.2.3.1** Se trata de una responsabilidad limitada. **6.2.3.2** Se trata de una indemnización a ser cancelada a prorrata.

7. La prueba

8. Las medidas de tutela: **8.1** *Las medidas típicas y el arresto o interdicción del buque.* **8.2** *Medidas Anticipativas y Autosatisfactivas.* **8.3** *Tratamiento*

9. Del arbitraje**10. Propuesta de la Fundación Jurídica Venezolana para la defensa de la calidad de vida a la Asamblea Nacional Constituyente.****Conclusión****1. EL DEBIDO PROCESO****1.1 INTRODUCCIÓN**

Al fin del Derecho, por la naturaleza de las actuaciones tendentes a ese mismo norte, formado en su conjunto un historial de la situación jurídica planteada, le antecede también un cúmulo de valores jurídicos elevados a principios, entre los cuales se encuentra el debido proceso.

De origen anglosajón, el *Due process of law* se impone de manera eminentemente pragmática al participar en toda infraestructura procedimental para cumplir con la meta de todo proceso. Como un reflejo de las expectativas de los sujetos intervinientes en el mismo, surge como garantía de la legalidad y constitucionalidad. Por tanto, un proceso justo es en síntesis aquel que, respetando la legalidad de las formas se instaura ante el juez independiente, imparcial, natural, idóneo y competente, respetándose la defensa, incluyendo el derecho de prueba, la dilación indebida, una sentencia razonada en derecho y la cosa juzgada, como mínimas garantías para poder dar cauce a cualquier pretensión que se deduzca, en ejercicio, a su vez, de la garantía de acceder a la jurisdicción (que también comprende).

Los artículos 26 y 49 de la Constitución venezolana consagran los contenidos fundamentales del *derecho constitucional al debido proceso*, según la terminología empleada en ese texto legal, también denominado, *derecho a la tutela judicial efectiva, un juicio justo, un proceso con garantías* o a un *proceso equitativo*; normas que se complementan en el ordenamiento constitucional venezolano con lo establecido en los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) aprobadas por Ley de 1978 y 1977, respectivamente, y que conforme con el artículo 23 de la Constitución, se integran en el ordenamiento constitucional de los derechos inherentes a la persona humana.

En este sentido, debe señalarse que la extinta Corte Suprema de Justicia, en Corte Plena, actuando como contralor de la constitucionalidad de las leyes, en sentencia de 5 de diciembre de 1996 (caso: Inconstitucionalidad de la Ley de División Político Territorial del estado Amazonas), reconoció expresamente que las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y de la Convención Americana de los Derechos Humanos, son: “instrumentos formales de derecho, ratificados por Venezuela y que forman parte integrante del ordenamiento jurídico venezolano”. (Consultada en original).

El origen de este derecho constitucional al debido proceso está, como se indicó, en el artículo 39 de la *Magna Charta* de 1215, que es el antecedente más remoto de toda declaración de derechos fundamentales, la cual estableció que “Ningún hombre libre puede ser capturado o sometido a prisión... o exiliado o en alguna forma destruido excepto mediante un juicio justo llevado por sus pares y conforme a la ley del país” (*law of the land*).

Desde sus inicios, el enfoque de este derecho ha estado en el procedimiento mismo, al contrario de otros derechos, que se refieren más a la sustancia y al ámbito de protección de los derechos.

Agregamos, además, que estas garantías del derecho al debido proceso, son tan antiguas, salvo excepciones, como el propio constitucionalismo

venezolano, pues en la Declaración de Derechos del Pueblo adoptada por el Congreso General de Venezuela el 1° de julio de 1811, días antes de la Declaración de Independencia, se estableció:

Artículo 11.- Ninguno debe ser acusado, preso, ni detenido, *sino en los casos determinados por la Ley.*

Artículo 12.- Todo acto ejercido contra un ciudadano *sin las formalidades de la Ley*, es arbitrario y tiránico.

Artículo 13.- El magistrado que decrete y haga ejecutar *actos arbitrarios* será castigado con la severidad de la Ley.

Estos prismas básicos fueron recogidos en Venezuela a partir de la Declaración de Derechos de la Constitución de 1811 y repetidos, en diversas formas y enunciados en los textos constitucionales posteriores (1819, 1821, 1830, 1857, 1858, 1864, 1874, 1881, 1891, 1893, 1901, 1904, 1909, 1914, 1922, 1925, 1928, 1929, 1931, 1936, 1945, 1947, 1953, 1961 y 1999).

En la Constitución Venezolana de diciembre de 1999, con acentuada orientación penal en el ámbito del debido proceso (artículo 49), se dispone lo siguiente:

Artículo 21. Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia:

1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

(...).

Artículo 26.- Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

Artículo 49.- El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley.

2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.

3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.

4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguno

na persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.

5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.

8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados.

Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas

De otro lado, hay un correctivo puntual que expresa:

Artículo 22.- La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.”

Recordemos, a su vez, que el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, dentro de este contexto, consagra lo siguiente:

Artículo. 11.- *(Derecho al proceso).*

11.1. Cualquiera tiene derecho acudir ante los Tribunales a plantear un problema jurídico concreto u oponerse a la solución reclamada y a ejercer todos los actos procesales concernientes a la defensa de una u otra posición procesal y el Tribunal requerido tiene el deber de proveer sobre sus peticiones.

11.2. Para proponer o controvertir útilmente las pretensiones, es necesario invocar interés y legitimación en la causa.

11.3. El interés del demandante puede consistir en la simple declaración de la existencia o inexistencia de un derecho, aun cuando éste no haya sido violado o desconocido o de una relación jurídica o de la autenticidad o falsedad de un documento: también podrá reclamarse el dictado de sentencia condicional o de futuro.

11.4. Todo sujeto de derecho tendrá acceso a un proceso de duración razonable que resuelva sus pretensiones (curativas más).

En nuestros nuevos textos legales se filtra en forma expresa este principio, puesto que todo proceso debe moldearse a su semejanza.

Así, por ejemplo, el artículo 1º del Código Orgánico Procesal Penal reza:

Juicio previo y debido proceso. Nadie podrá ser condenado sin un juicio previo, oral y público, realizado, sin dilaciones indebidas, ante un juez imparcial, conforme a las disposiciones de este Código 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.

Y el artículo 450 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente incluye una serie referentes orientadores que se encuadran dentro del principio del debido proceso.

El debido proceso constituye, en definitiva, la garantía procesal constitucional esencial y se erige en un derecho humano.

En consecuencia:

No puede surtir efectos jurídicos un proceso que viola la Constitución; y es violatorio de la Constitución todo procedimiento que vulnera o desconoce los principios que garantizan la legalidad procesal. Entre ellos como está universalmente admitido, la garantía plena del derecho a la defensa. Se trata de un derecho inviolable en todas las etapas del proceso. En la instrucción, en la acusación y durante el juzgamiento, el acusado como principal protagonista del proceso penal, está severamente protegido y escudado en la inviolabilidad de su pleno derecho a defenderse dentro de los lineamientos legales del estatuto procesal. Si no fuera así, se habría renegado de una sana y adecuada política en esas materias. Dicho principio, que aureola toda la norma sobre el DEBIDO PROCESO, es la única dignificación y espiritualización del derecho procesal. En nuestro procedimiento penal, ese derecho a la defensa surge desde el mismo momento en que se tiene noticia de la existencia de un proceso en su contra y en el cual obren imputaciones sobre la comisión de un hecho punible. Los fines de la Ley sobre este particular no pueden ser más claros y definidos. Se busca ante todo, que quien va a ser sujeto de la relación procesal pueda empezar a ejercer su defensa, a través de la declaración o del interrogatorio en calidad de indiciado, desde el mismo momento en que se ha tenido noticia del proceso incoado en su contra. Constituye igualmente una garantía orientada a no permitir que a espaldas de un acusado se levante una acusación penal que sólo se deje trascender en una etapa avanzada de la misma, cuando el inculcado se le haga más difícil ejercer su derecho de defensa. Como sería el caso en que sólo se diera una orden de captura o citación para el interrogatorio con el subsiguiente auto de privación de la libertad. En cuya hipótesis, de una manera desleal se habría privado al imputado de la oportunidad de presentar sus propios descargos en momentos

más propicios para su defensa y a solicitar la recepción de pruebas a su favor.¹

Por otra parte, y como se pudo observar de los anteriores comentarios y de su consagración en el derecho constitucional positivo, el derecho al debido proceso se presenta como un derecho estructurado en forma *compleja*, conformado por un *numeroso grupo de variados derechos* –los cuales constituyen sus componentes o elementos integrantes–, y *rodeado de garantías* que se refieren, ya sea a la estructura y características del tribunal, al procedimiento que éste debe seguir y a sus principios orientadores, o a las garantías con que debe contar la defensa. Esta naturaleza compleja del derecho a un juicio justo o a un proceso equitativo ha sido debidamente apreciada por la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha sostenido que los derechos y garantías consagrados en el artículo 6, párrafo 3, de la Convención Europea de Derechos Humanos equivalente a las normas con aplicación en Venezuela, no son sino algunas “*aplicaciones específicas*” del principio general que debe orientar al derecho a un juicio justo.

Esta complejidad del derecho al debido proceso, refiriéndose al equivalente en España, de derecho a la tutela judicial efectiva, la ha destacado el Tribunal Constitucional español, en diversas decisiones, en las cuales ha señalado:

El derecho a la tutela judicial efectiva tiene un *contenido complejo* que incluye, entre otros, la libertad de acceso a los Jueces y Tribunales, el derecho a obtener un fallo de éstos y (...) también el derecho a que el fallo se cumpla y a que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiese lugar a ello, por el daño sufrido.²

Ahora bien, entre otras, dentro del conjunto de garantías constitucionales al debido proceso que, por lo demás, han sido reguladas en el orde-

¹ Sentencia del Juzgado Superior Décimo Tercero en lo Penal, 05-03-90, *Diario de Tribunales*, N° 4.624, p. 14.

² STC. 26/1983, FJ2° Véase en Francisco Rubio Llorente, *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (Doctrina Jurisprudencial)*, Barcelona 1995, p. 266.

namiento procesal, están en primer lugar, *la garantía constitucional al acceso a la jurisdicción y a la cosa juzgada*, es decir, a la inmutabilidad de las decisiones judiciales; en segundo lugar, *la garantía constitucional a la competencia judicial*, es decir, que quien administre justicia en nombre del Estado, tenga la competencia legal para ello, y al juez natural, independiente, imparcial y autónomo; en tercer lugar, *la garantía constitucional a la estabilidad de las actuaciones procesales* y de los juicios; en cuarto lugar, *la garantía constitucional a la defensa* en todo estado y grado del proceso, a la asistencia de abogado, a las pruebas y a que las sentencias sean motivadas y congruentes, con análisis de todo el acervo probatorio; en quinto lugar, *la garantía constitucional a la igualdad de las partes* en los procesos; en sexto lugar, *la garantía constitucional contra la absolución de la instancia y la denegación de justicia* por los Tribunales; en séptimo lugar, *la garantía constitucional a no ser juzgado sino por los jueces naturales*; y por último, *la garantía constitucional a que se le presuma inocente, a no declarar contra sí mismo y a no ser juzgado, de nuevo, por los mismos hechos* de un proceso anterior ya sentenciado.

En el marco jurídico normativo del debido proceso, algunos autores incluyen, además, como una garantía adicional la transparencia procesal (artículo 26 de la Constitución venezolana).

Es nuestra opinión, que la transparencia implica ausencia de vicios y valores éticos, y que por ende guarda correspondencia con el deber de lealtad o principio de probidad, que asumimos como una proyección u otra caracterización de las garantías que se acuñan en el principio de un proceso justo.

El proceso ambiental también se encuentra arropado por este principio. Por una parte, la legalidad de las formas aparece como un indicativo del régimen de las actuaciones procesales a favor de la legitimidad, que conduce al ordenamiento del tiempo, modo y lugar de la producción, oposición y evacuación de actuaciones judiciales.

La violación de procedimientos es el ejemplo más claro del quebrantamiento de la legalidad de las formas. En sentencia del 13 de julio de 1999 se declaró con lugar la apelación interpuesta contra un fallo inter-

locutorio que, en aplicación del artículo 8 de la entonces Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios en concordancia con el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, tal y como lo solicitó la actora, decreta una medida cautelar de protección a la cosecha. Los fundamentos de la alzada reposan sobre la base de una contradicción al principio del poder cautelar general, contenida en la decisión del *a quo*, “dado que la medida no puede ser a favor de las partes, ni puede ser sobre un hecho futuro indeterminado”.

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.

Conforme a esta norma, el *ad quem* señaló que al juez en materia agraria no se le permitía lo realizado, puesto que de ser así en este caso (querella interdictal restitutoria) “se le estaría dando al querellante, con la medida preventiva o precautelativa, la posesión definitiva de la parcela, y no se estaría protegiendo ninguna cosecha y, en consecuencia, se conseguiría con la medida, lo que se busca con el fallo definitivo, lo cual no es procedente (...). Por lo cual, el juez (...) no cumplió con el procedimiento previo necesario, para establecer la existencia del cultivo que pretende proteger, y no le fue probado por la parte solicitante de la medida por intermedio del depositario judicial, y no le fue probado por la parte solicitante de la medida por intermedio del depositario judicial, la existencia de desmejoramiento, ruina o destrucción de la cosecha o de los recursos naturales renovables (...)”, ni tampoco analizó los supuestos para decretar la medida conforme al Código de Procedimiento Civil.

Por otra parte, independientemente del fundamento del juez que dictó el fallo apelado y del Juez Superior, podemos apreciar también cómo un tema de índole ambiental, en vista del desmejoramiento que pueda sufrir la parcela, se puede convertir en un problema de índole social, como lo estableció el *a quo*, sobreponiendo el interés de la parte actora al de la sociedad venezolana, ya que según el juez de primera instancia, al perderse una cantidad muy alta de producción agrícola al no realizarse la

recolección de dicha cosecha se le estaría causando un daño irreparable a la sociedad venezolana, la cual en estos momentos sufre de escasez de alimentos de primera necesidad o de la cesta básica, lo cual es de eminente orden público y social. Sin embargo, tal argumento se vio desplazado por el incumplimiento de la legalidad de las formas.

Otro aspecto importante dentro del proceso ambiental se refiere a los pronunciamientos sobre constancias y licencias para la explotación de recursos naturales renovables. A la solicitud de tales permisos le son aplicables los mismos principios que en materia administrativa en cuanto a la carencia de actividad de la Administración. El 12 de junio de 1997 la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo declaró sin lugar un amparo constitucional fundado en la violación del artículo 67 de la Constitución de 1961 que consagraba el derecho de petición, alegando que se les restituyera la situación jurídica infringida por haberse cumplido el silencio positivo. Aduce la accionante que la respuesta dada por el órgano ambiental (Dirección General Sectorial de Planificación y Ordenación del Ambiente) no otorgaba ni negaba las autorizaciones solicitadas, sino más bien aplazaba la decisión hasta que se produjera la aprobación del Plan de Ordenación del Territorio del estado Bolívar. Llegado el momento de la aprobación de dicho Plan, todavía no se había obtenido respuesta, lo que consideró como un silencio positivo, equivalente a la aprobación expresa de las mismas. Este argumento se encontró débil al confrontarse con la opinión de la Corte, ya que al haber un acto expreso, éste debió controlarse con los recursos pertinentes.

Sobre el punto, indicó:

La competencia también es muy importante, dada la diversidad de objetos que se extienden en materia ambiental. Una de las materias que se involucran con el medio ambiente es el Derecho Agrario, el cual contiene particulares características, siendo el poder de dirección formal del juez, una de las más resaltantes, ya que existe una elevada actividad oficiosa y la competencia objetiva también. “De las normas transcritas se deduce que los tribunales agrarios sólo tienen competencia para conocer de los recursos de anulación contra actos dictados por órganos administrativos agrarios y acciones o controver-

sias surgidas del uso, aprovechamiento, fomento y conservación de los recursos naturales renovables. Por lo tanto, no tiene competencia para conocer del recurso contencioso administrativo de anulación contra actos como el (...) dictado por una autoridad ambiental; por tal razón, de conformidad con el artículo 185, ordinal 3° de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, es esta CPCA el Tribunal competente para conocer de esta causa”.

1.2 ¿POR QUÉ UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA?

*Para esta Sala de Revisión, la protección al ambiente no es un ‘amor platónico hacia la madre naturaleza’, sino la respuesta a un problema que de seguirse agravando al ritmo presente, acabaría planteando una auténtica cuestión de vida o muerte: la contaminación de los ríos y mares, la progresiva desaparición de la fauna y la flora, la conversión en irrespirable de la atmósfera de muchas grandes ciudades por la polución, la desaparición de la capa de ozono, el efecto invernadero, el ruido, la deforestación, el aumento de la erosión, el uso de productos químicos, los desechos industriales, la lluvia ácida, los melones nucleares, el empobrecimiento de los bancos genéticos del planeta, etc., son cuestiones tan vitales que merecen una decisión firme y unánime de la población mundial. (Se destaca) (**Gaceta Constitucional**, Tomo 2, junio de 1992, p. 269). Sala Cuarta de Revisión T-411 de 1992.*

El medio ambiente y su situación mundial no sólo es un problema de índole social, económico y político, también se extiende a lo jurídico. Al seguir el presente fragmento jurisprudencial comparado podemos notar claramente la constitucionalización del derecho a un medio ambiente sano, razón que permite a los ciudadanos recurrir a los órganos de justicia para la defensa de sus intereses, que por demás, en el caso ambiental, deben ser de orden público. Ciertamente, al solicitarle al Estado medidas que resguarden el ambiente y los derechos de los ciudadanos que se relacionen con aquél, una de las prioridades que éste no puede obviar es el derecho a un ambiente sano, incluyendo actividades que

aparenten menos importancia. El ruido, por ejemplo, como agente contaminante del medio ambiente, es fenómeno capaz de vulnerar la integridad del ser humano y, en consecuencia, se puede conseguir su reducción o supresión mediante la protección que brinda la tutela efectiva ambiental, ya que tal agente contaminante ataca la salud del hombre, y tan importante derecho no puede ser violentado al existir laberintos procedimentales que menoscaben el derecho a una jurisdicción oportuna.

Sobre la base de lo expuesto, podríamos decir que existe una tutela judicial efectiva aplicada a la conservación y recuperación del medio ambiente y mantener una calidad de vida óptima, por ello se han desarrollado políticas ambientales y convenciones sobre el asunto.

En el ordenamiento ambiental se encuentra vigente el esquema planteado por Picó,³ según el cual la tutela judicial efectiva está integrada por el derecho de acceso a la jurisdicción, a obtener una sentencia fundada en derecho congruente, a la efectividad de las resoluciones judiciales y a un recurso legalmente previsto.

En materia ambiental, así como en líneas generales en todo proceso, la aplicación más importante de esta tutela judicial efectiva se observa en el desarrollo de medidas cautelares y de ejecución anticipada o autosatisfactivas que cierran la necesidad objetiva del cuidado del medio ambiente y la necesidad subjetiva de satisfacer una pretensión. A esto se le agrega una sentencia congruente y motivada que colabore con el derecho de defensa. Todo ello responde a la necesidad conservacionista del ecosistema, que refleja su quebrantamiento en los inatendibles derechos del ciudadano al plantearse el tan debatido tema de los intereses difusos, ya que “en el fondo, la defensa procesal constituye la implementación en el proceso de la participación de los propios interesados, es decir, de aquellos que podrán verse afectados por la decisión jurisdiccional (...)”,⁴ y a la falta de celeridad en los procesos, y allí es cuando surge el planteamiento del orden público y el criterio social que se

³ Picó I. Junoy, Joan. *Las garantías constitucionales del Proceso*. J.M. Bosch Editor. Barcelona, 1997. p. 40.

⁴ Carocca Pérez, Alex. *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*. J.M. Bosch Editor. p. 9.

coloca por encima del criterio individual, tal y como lo quiso presentar el juez *a quo* en uno de los casos señalados anteriormente.

Por otra parte, no debe confundirse la pluralidad de intereses con los objetivos jurídicos y más concretamente, las metas procesales, éstas siempre estarán subordinadas al interés social y económico. Por ejemplo, uno de los conceptos que más pueden ayudar en este sentido es la responsabilidad por daño ambiental. “La responsabilidad por daño ambiental (...) hace recaer las consecuencias de las actividades contaminantes en quienes las realizan. Detrás de este concepto existe un elemental principio de justicia, pero también subyace una correcta asignación de los recursos económicos, al evitarse que sean otros sobre quienes recaiga la obligación de subsanar el daño causado”.⁵

No obstante, el concepto de indefensión se refiere a la posibilidad de la víctima de enfrentarse con éxito al origen del problema. No se ocupa de las diversas alternativas para afrontar los efectos molestos o dañosos. Esto es obvio, si se tiene en cuenta que, prácticamente siempre, las víctimas de las contaminaciones o poluciones podrían, por ejemplo, irse del lugar afectado y, así, se llegaría a una situación –contradictoria de la ley– en la que jamás se daría la indefensión.

Así pues, es perfectamente factible el ejercicio de tal derecho para la protección de las garantías constitucionales. La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo declaró con lugar la apelación de una sentencia de amparo ordenándose a un órgano de la Administración municipal responder la solicitud de habitabilidad que le fuese formulada por la empresa accionante, por considerar que tal certificación en nada se vincula con un procedimiento administrativo abierto para dilucidar las implicaciones legales relacionadas con una averiguación penal ambiental que cursaba por ante otro tribunal, tomándose en cuenta los siguientes motivos:

1. La resolución que oficia la apertura del procedimiento administrativo no se vincula con la constancia de habitabilidad,

⁵ Ruiz Piracés, Roberto. *La responsabilidad por daño ambiental*. Diplomacia. N° 68, junio-diciembre, 1995. p. 61. Santiago de Chile.

puesto que en ella no se mencionan los posibles delitos contra el ambiente que se pretendían imputar a la accionante, ni se indica la mera cómo la averiguación penal abierta pudiera influir en el otorgamiento de la constancia de habitabilidad.

2. Los actos autorizatorios en materia urbanística son actos reglados y no discrecionales según la LOPA y LOOU, en virtud de tales normas le corresponde a la autoridad municipal verificar la adecuación e identidad entre lo construido y las variables urbanas aprobadas, no pudiendo la autoridad agregar o exigir requisitos adicionales a los inicialmente determinados.

3. No se señalaron expresamente las objeciones concretas que la conducen a determinar la improcedencia de la autorización.

Ahora bien, si el procedimiento de amparo constitucional, o la acción de tutela, como se le llama en Colombia,⁶ procede en lo absoluto al existir el cúmulo de elementos atinentes a su admisibilidad, la tutela judicial efectiva y con mayor razón en materia ambiental, es más que un extremo legal y hace que el régimen se flexibilice en aras de la justicia. En efecto, uno de los requerimientos para interponer un amparo constitucional es el agotamiento de los recursos ordinarios. Sin embargo, si éstos son insuficientes o no remedian la situación jurídica infringida, entonces se atenderá a la vía breve y sumaria que nos ofrece el amparo constitucional.

⁶ Artículo 86 de la Constitución de 1991: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para aquel respecto de quien solicita tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afectare grave y directamente el interés colectivo o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

Con esto podemos decir que el proceso ambiental no está abierto a todo tipo de implicaciones, al contrario, existen limitaciones separadas por la legalidad y un sistema objetivo de pretensiones; en consecuencia, no puede abarcar toda clase de aspectos:

De otro lado, el contencioso administrativo está teniendo auge el sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, por falta de servicio o por sacrificio particular y dentro del mismo hallamos los casos de daños no accidentales causados por sustancias tóxicas, contaminantes, etc., que requieren un juicio por los interesados y en donde tienen derecho a gozar de una tutela efectiva, aun cuando existiese un acto administrativo válido y eficaz.

Igualmente, apegado a los principios de fácil acceso a la jurisdicción, se impone también dentro del marco ambiental la flexibilidad probatoria, como herramienta que permita la defensa y el derecho de prueba, muchas veces obstaculizado por las desventajas y dificultades probatorias por problemas de traslado y situación jurídica en que se encuentra el sujeto de la carga.

Finalmente, debemos decir que la protección judicial tiene un doble destinatario, el ambiente, y los derechos del sujeto que reclama su participación sana en él. Es por ello, que debe reglarse a nivel interno todos los principios posibles en pro de un desarrollo jurídico más concreto y extenso a la vez que permita un avance en materia ambiental, y no depender simplemente de los postulados originados en las Convenciones, que tampoco deben quedarse atrás, siendo necesario el crecimiento de un Derecho Internacional privado ambiental, tal como lo sugiere, Piracés.⁷

2. EL FACTOR TIEMPO. DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS

De regla es que cada trámite procedimental llevado, en nuestro caso, ante un órgano jurisdiccional se encontrará afectado por el paso del

⁷ *Ob. Cit.*, pp. 61-64.

tiempo sin que resulte satisfecha la necesidad de justicia que se insta, por lo que es de realidad objeto de atención revisar el tema de las dilaciones indebidas en lo tocante al proceso ambiental, sin que ello implique darle el total tratamiento que este derecho impone pues supera indudablemente los límites y objeto de este trabajo.

De rigor es indicar que en el novísimo texto constitucional venezolano, encontramos con una especial redacción, pues fue establecido por el constituyente, una distinción entre el requerimiento dictado en tiempo oportuno y lo que la dilación indebida del proceso reporta a la esfera jurídica del justiciable, que al distinguirla entre derecho y garantía nada obsta para denominarla igual, como dilaciones indebidas. Veamos esos términos, en la siguiente cita:

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 judicial efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idóneas, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

La distinción entre este procedimiento en el cual la pretensión ambiental requiere precisamente la celeridad, bien porque en ella se persigue la defensa, protección o conservación del ambiente, significa apriorísticamente por la calidad del daño o su inminencia que la providencia sea inmediata en su cautelar o al fondo, pero sin que ello nos parte que se trata de un derecho y su paralela garantía con destino jurisdiccional así que en definitiva cualquiera sea la sede de competencia material es

deber del juzgador procurarla o al menos –dada la situación de nuestra orgánica judicial– hacer todo para que así sea.⁸

De otro lado, cierto es que debemos vencer el precepto de que la infracción a esa garantía siempre tiene lugar, puesto que la construcción doctrinal de la duración normal de los procesos reclama superación en esta área del conocimiento jurídico, por dos circunstancias que si bien presentes en todo cauce judicial, aquí revisten una particular trascendencia. Una de carácter eminentemente procesal que atañe a la masa probatoria y es que debe ser recolectada de inmediato, dada la proximidad cronológica de los hechos que suponen una infracción constitucional de esta especie y otra que la satisfacción de la petición ambiental debe recibir pronta solución, porque se trata usualmente de que el objeto del enjuiciamiento tiene relevancia no sólo para quien impetre la solicitud de reparación, sino para la humanidad y específicamente para el conglomerado directamente afectado.

Si bien es cierto que las actividades procesales deben desarrollarse en un tiempo, la verdad es que una eficaz y racionalizada administración de la justicia ambiental, para no caer de nuevo en un debilitamiento de confianza y en un afianzamiento de la frustración, exige con énfasis una intervención temprana de los jueces, con la finalidad de anticipar de algún modo, tanto el giro probatorio como el resultado del proceso o las prestaciones cuyo cumplimiento se exige. No obstante, atendiendo a la necesidad de una probanza fundamentalmente técnica debe ser asumi-

⁸ “El incumplimiento de los plazos imputable, personal y directamente, a la conducta del juez, puede dar lugar a una responsabilidad disciplinaria, civil o incluso penal. (...) Si bien es cierto que hablamos de plazos judiciales en aquellos supuestos en los que la ley marca un determinado período para que el juez realice la actividad que sólo a él le compete –como podría ser dictar una sentencia–, existen otros actos jurisdiccionales cuyo cumplimiento compete conjuntamente al juez y al secretario. Por ello, consideramos como justa contrapartida a esta obligación de impulso de oficio la corresponsabilidad del secretario judicial cuando el plazo que se incumpla corresponda a un acto de impulso del proceso. La inobservancia de los plazos judiciales, no implica ineficacia del acto procesal en el que se contiene; si puede generar, no obstante, como acto irregular que es, la responsabilidad del juez a quien competen”. Riba Trepas, Cristina. *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*. J.M. Bosch Editor. Barcelona, 1997. pp. 215-216
En Venezuela, la norma fundamental de 1961 y la ya citada de 1999, ha tomado como previsión la responsabilidad de los jueces agregando en el reciente texto la personal siendo concordante con su artículo 49.

do que tiene especial duración la fijación del tiempo en que las resultados de esa actividad serán presentadas al tribunal, de forma que sin sacrificar ni la exactitud o calidad de la prueba imponiendo al experto la urgente necesidad de evitar dilaciones indebidas como el cumplimiento del trámite en cuanto a su presencia en el proceso, tampoco cabría empañarlo con exigencias de mero trámite (la oportunidad de darse por notificado y aceptación del cargo, retiro de honorarios, actuaciones sólo en días de despacho para ese auxiliar de justicia) de tal forma que corresponderá el equilibrio entre el tiempo que exige el juicio y la realización de garantías jurisdiccionales, colocándonos en los ámbitos de la dirección formal del proceso y de las medidas modernas que atienden a las modalidades anticipatorias y de satisfacción inmediata (autosatisfactivas).

El tema del tiempo en el proceso sobre la materia ambiental,⁹ en su especialidad involucra nociones de teoría general, sin olvidar que aún siendo la disputa respecto a un bien de titularidad universal, en el tránsito de su estudio integrado al debido proceso en la vía de la efectividad de la tutela judicial, determina como toda actuación en sede jurisdiccional el elemento de su eficacia temporal.

3. LA LEGITIMACIÓN

No es menester explicaciones consabidas respecto de que son intereses difusos o colectivos, sino relieves que nuestro ordenamiento constitucional se ha afiliado a la tendencia de dar respuestas satisfactorias en su abanico protector (artículo 26), a las demandas de justiciabilidad en ese sector, lo cual conlleva una solución moderna de especial significancia para la pretensiones de corte ambiental, doctrina que empieza a tener alcance pleno en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Dice el procesalista Paolo Longo en su obra no publicada *La tutela constitucional de los intereses supraindividuales*:

⁹ Ello no es ajeno al derecho procesal penal ambiental, en efecto, si damos lectura al catálogo de medidas encontramos que muchas de ellas y aquéllas para las que es conferido al juzgador un poder general suponen que reflejan una identidad en todo o en parte a lo que se persigue con la reparación civil.

En cuanto en cuanto al trámite a seguir, la Sala Constitucional, en sentencia de fecha 22 de agosto de dos mil uno, abrió una conveniente ventana hacia una mayor tutela de los intereses colectivos y difusos, decidiendo utilizar el trámite procesal del juicio oral previsto en el Código de Procedimiento Civil; no obstante, al establecerlo, el fallo se refiere a otros puntos que entrañan algunas contradicciones, si se coligen con las afirmaciones de la misma Sala en otras sentencias precedentemente comentadas.

En efecto, en esta oportunidad la Sala reitera que *“desde sus primeros fallos ha venido sosteniendo que las normas constitucionales, en particular los Derechos Humanos, los Derechos que desarrollan directamente el Estado Social, las Garantías y los Deberes, son de aplicación inmediata, sin que sea necesario esperar que el legislador los regule, por lo que, en ese sentido, no actúan como normas programáticas”*. El fundamento surge de *“la letra del artículo 335 constitucional, por ser el Tribunal Supremo de Justicia el máxime garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales y, además, por ser las interpretaciones de la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales, vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República”*. En otras palabras, distinto como lo afirmó en el caso de la legitimación de los entes sin personalidad jurídica, en el caso de *“alguna infracción constitucional, la Sala ha ejercido la jurisdicción en forma normativa, dándole vigencia inmediata a la norma constitucional, y señalando sus alcances o formas de ejercicio, así no existan leyes que la desarrollen directamente”* (En este caso, sin embargo, la Sala intenta ofrecer la debida consistencia al señalar que la interpretación que hace de la norma es restringida por ausencia de legislación y refiere textualmente lo siguiente: *“Se trata de interpretaciones vinculantes que obran como una normativa restringida, hasta que la Asamblea Nacional legisle sobre la materia”*. *“Por esta vía no sólo se han colmado normas constitucionales que carecían de cualquier desarrollo legal,*

como ocurrió en los fallos que tratan sobre los derechos e intereses difusos o colectivos (Casos: Defensoría del Pueblo del 30-06-00; William Ojeda del 31-08-00; Veedores de la UCAB del 23-08-00); o el que se refirió a la legitimación en juicio de la sociedad civil (Caso: Gobernadores del 21-11-00); o el que resolvió lo relativo al *habeas data* (Caso: Insaca del 14-03-01), sino que en casos donde había que aplicar leyes que chocaban con la Constitución, se dejaron sin efecto artículos de dichas leyes, y jurisprudencialmente se sustituyeron las normas inconstitucionales, por interpretaciones de cómo se debía actuar, a fin que la institución prevista en la Constitución pudiera aplicarse. Esto último sucedió, por ejemplo, con el procedimiento de amparo (Caso: José Amando Mejía del 01-02-00). Este ejercicio de la jurisdicción con efecto normativo provisorio, ha funcionado cuando se ha planteado un caso de violación constitucional concreto que ha de ser resuelto, no siendo ello posible, cuando lo que se pide es una interpretación constitucional en abstracto, si es la ley aún no dictada quien debe desarrollar la norma constitucional (sentencia del 5 de octubre de 2000, Exp. 00-1236, Caso: Hermann Escarrá). A esta especie de ejercicio de la jurisdicción se le critica que es fuente de incertidumbre, que no se encuentra prevenida en la ley, y que afecta la seguridad jurídica por falta de predictibilidad. Sobre la crítica, la Sala considera que el artículo 335 Constitucional permite la jurisdicción normativa, sobre todo con relación a normas programáticas existentes dentro de la Carta Fundamental, que quedarían en suspenso indefinidamente hasta que el legislador tuviere a bien desarrollarlas, quedando en suspenso su efectividad en el tiempo. Por ello, tal inmovilismo constitucional ha sido rechazado por esta Sala, por aplicación inmediata de los principios constitucionales (ver sentencia José Amando Mejía)”.

La Sala, igualmente, distingue entre materias constitucionales reguladas por la ley, y materias constitucionales que aún carecen de desarrollo legal, por no existir leyes especiales que las rijan e incluyen en este último grupo a los casos de situaciones fundadas en intereses difusos y colectivos.

Ahora bien, la Sala indicó que, *“en este último supuesto, al igual que otros aún no desarrollados por la ley, como lo son, por ejemplo, instituciones como la revisión o la interpretación constitucional, la Sala, con el fin que dichas instituciones o acciones se apliquen de inmediato, ante el silencio legal, no se guía estrictamente por los postulados del principio dispositivo contenidos en el Código de Procedimiento Civil y otras leyes procesales como el Código Orgánico Procesal Penal, ya que por encima de ellos se encuentra la aplicación directa de los derechos constitucionales, ni asume para los procesos que hayan de tener lugar con relación al ejercicio de esos derechos, el formalismo establecido en el Código de Procedimiento Civil, ya que es deber de la Sala, debido al mandato Constitucional, contenido en el artículo 26 del Texto Fundamental, implementar para estos procesos aun no establecidos en la ley, el proceso oral, con las características que exige el citado artículo 26 constitucional”*.

Pues bien, con base en el razonamiento anterior, la Sala señala que en los casos de solicitudes de tutela judicial de intereses colectivos y difusos, que no entrañen lesión constitucional directa, no debe utilizarse la vía del amparo constitucional, sino el trámite previsto para el juicio oral contenido en el Código de Procedimiento Civil, apoyándose en un particular fundamento jurídico constitucional. (“Conforme a esta posición, que ya ha sido sostenida por la Sala desde el fallo del 1° de febrero de 2000, la Sala no sólo puede reformar y aplicar procesos ya existentes, adaptándolos al artículo 26 citado, sino que ante los efectos extensivos de una declaratoria sobre los alcances de la norma constitucional, que puede perjudicar a terceros, siendo lo lógico llamarlos a juicio, puede ordenarlo, así el accionante ni siquiera los haya mencionado, pero siempre que el Juez Constitucional tenga certeza de que puedan verse afectados en sus derechos e intereses, debido a los efectos *erga omnes* del fallo, o considere que deben participar en alguna forma en el proceso por ser necesariamente coobligados en la prestación que se demanda. Así mismo, ante la ausencia de procedi-

mientos señalados en las leyes, y la necesidad de adaptar el proceso a las previsiones del artículo 26 de la vigente Constitución, la Sala, a fin de que dicho artículo tenga vigencia, ha implantado a procesos ya existentes, los requisitos de oralidad, gratuidad, celeridad, ausencia de dilaciones indebidas y formalismo inútiles (no esenciales), que informan a nivel constitucional la administración de justicia, como ya lo hizo con el procedimiento de amparo en sentencia del 1º de febrero de 2000 (Caso: José Amando Mejía). De la doctrina antes transcrita se desprende que las acciones de amparo fundamentadas en derechos e intereses difusos, no pueden ser utilizadas con fines diferentes a los netamente restablecedores. *“...Las acciones provenientes de derechos e intereses difusos y colectivos, son siempre acciones de condena, o restablecedoras de situaciones, y nunca mero declarativas o constitutivas...”*, y por tanto, si la acción se fundamenta en el resarcimiento de los daños sufridos por los lesionados, o en la pretensión de cumplimiento de obligaciones, entre otros, diferentes a la simple restitución de una situación jurídica particular, que es la finalidad del amparo constitucional, la acción debe ser interpuesta por la vía ordinaria, en el entendido de que esta Sala, por aplicación analógica al caso del artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y de los principios antes aludidos, utilizará el procedimiento que crea conveniente, y así se declara. Al efecto, esta Sala observa que los accionantes solicitan específicamente que se obligue a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras y al Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y Usuario (INDECU) a cumplir los actos a que se contraen las obligaciones que le señalan los artículos denunciados como violados, y por ello se ordene a los bancos a *“cesar en la celebración de esos créditos por poner en peligro la estabilidad de los Bancos y las Entidades de Ahorro y Préstamo C.A. y así mismo el Tribunal Supremo de Justicia ordene la paralización de todos los procesos judiciales instaurados por los bancos y las entidades de ahorros y préstamo c.a. contra sus deudores por créditos contratados bajo la modalidad de crédito indexado mexicano, flexicrédito o cualquier otro nombre que se le haya dado al ofrecer dicho pro-*

ducto financiero al mercado de los usuarios de esos créditos, y ordene a los bancos... omissis... no continuar cobrando a los prestatarios de esos créditos las cuotas mensuales y las especiales establecidas en los contratos contentivos de esas operaciones, cuotas éstas que en definitiva ese Tribunal Supremo ordene subsecuentemente al Banco Central de Venezuela fijar los montos máximos que pueden cobrarse a los usuarios de esos créditos por el período comprendido desde el momento de la celebración de esos créditos hasta el de su definitiva cancelación por el usuario prestatario. Asimismo solicitamos que el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional ordene al Fiscal General de la República abrir de conformidad con el Código Orgánico Procesal Penal una investigación tendiente a determinar las responsabilidades penales a que hubiere lugar, individualizándose, con motivo de la contratación del crédito mexicano indexado a los bancos y entidades de ahorro y préstamo c.a., autores del Delito Económico de Usura... ”. La anterior solicitud no encuadra en lo que la doctrina establecida por esta Sala ha señalado respecto a los efectos de la pretensión de amparo constitucional con fundamento en los derechos e intereses difusos, sino más bien, se refiere a la concreción de actividades hacia el futuro; esto es, al cumplimiento de una obligación tendiente no a restablecer sino a impedir que el daño denunciado se consolide y se extienda, y tal pretensión, como se ha señalado, debe ser activada mediante la vía ordinaria. Es por ello, que esta Sala, en vista de la situación de autos, procede a modificar la calificación de la acción ejercida, y por tanto la trata como una demanda a ventilarse por una vía procesal ajena al amparo, por derechos e intereses difusos, y así se declara. Estas modificaciones en la calificación de la acción incoada, son propias del juez constitucional, y así lo ha señalado esta Sala en sentencias del 1° de febrero de 2000 (Caso: José Amando Mejía), y 19 de octubre de 2000 [Caso: Ascánder Contreras Uzcátegui], ratificado dicho criterio en sentencias del 9 de marzo de 2000 [Exp. 00-0126, Caso: José Alberto Zamora Quevedo], y del 14 de marzo de 2001 [Exp. 00-2420, Caso: Claudia Ramírez Trejo]”).

Como se observa, los problemas que se ha planteado la Sala Constitucional no son distintos a los que tradicionalmente han acompañado las más agudas discusiones doctrinarias; por un lado, diferenciar ambos tipos de interés jurídico, especialmente para esclarecer el confuso panorama de la legitimación, definiendo si la legitimación procesal para hacer valer solicitudes de tutela basadas en intereses colectivos es la misma que posibilita la solicitud de tutela sostenida en intereses difusos, o si, en cambio, partiendo de sus diferencias materiales, tal legitimación procesal es especial en cada una de las situaciones planteadas; por otra parte, precisar si se debe prever un trámite especial, pero común para ambos tipos de intereses o si puede desenvolverse el respectivo proceso a través de cualquier tipo de procedimiento, incluyendo el amparo constitucional; finalmente, determinar cual es el alcance de las decisiones que se obtienen ante dichas solicitudes de tutela, concretamente entorno al efecto de *res iudicata*.

4. LOS INTERDICTOS

Preciso es admitir que la preeminencia de la celeridad, en cuanto a las pautas procesales, no es una característica del juicio interdictal y menos con la reciente jurisprudencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 22 de mayo de 2001 con ponencia del Magistrado Carlos Alberto Vélez, ni siquiera el ambiental, salvo en lo que se refiere al de naturaleza prohibitivo.

Sin embargo, precisamente, uno de los procesos especiales, por su propias características, que pudiera tener mayor fuerza para lograr la efectividad jurisdiccional en lo ambiental, es el modelo legal procesal interdictal, por la brevedad y concentración del debate judicial y la ejecución inmediata de la sentencia de primera instancia, tendencia que se prosigue en el moderno derecho adjetivo.

5. AMPARO CONSTITUCIONAL.

Es evidente que ante la nueva tendencia jurisprudencial en materia interdictal, en el ejercicio de esa función esencial que es la de mantener

la vigencia y supremacía de la Constitución, la pretensión de amparo de este rango (artículo 27) es una herramienta jurídica de extraordinaria utilidad para el justiciable con el objeto de proteger de sus derechos ambientales (artículos 127 al 129).

6. DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

6.1 *DEL RÉGIMEN Y SU APLICACIÓN AL SUCESO AMBIENTAL DE HIDROCARBUROS*

El principio de la tutela judicial efectiva y el sistema probatorio, en la órbita y acción del derecho ambiental, se asocia al marco de la denominada responsabilidad objetiva.

Visto esto, centrándonos en la pretensión que se deduce en virtud del Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por los hidrocarburos, adoptada en Bruselas (al que en lo adelante, para abreviar, denominaremos indistintamente “Convenio de Bruselas”, “Convenio de 1969” o “Convenio de Bruselas de 1969”), debe basarse en un régimen de responsabilidad objetiva, que obliga, *ipso jure* a todo propietario de un barco que haya causado un daño por contaminación de las aguas del mar debida a derrames o descargues de hidrocarburos transportados por dicho buque.

No hay duda sobre la naturaleza de la responsabilidad establecida por el Convenio de Bruselas, cuyo artículo III.1 dispone que:

... el propietario de un barco, al ocurrir un siniestro o al ocurrir el primer acontecimiento si el siniestro consistiera en una serie de acontecimientos, será responsable de todos los daños por contaminación causados por los hidrocarburos derramados o descargados desde el barco a resultas del siniestro.

Esta norma contiene, a no dudarlo, un principio de responsabilidad objetiva. Y habría que agregar, entonces, de que de allí no se puede arribar a la conclusión de que el fiador del propietario del buque está obligado a pagar a quien se pretenda víctima del daño la totalidad de la suma afianzada, porque tal afirmación significa un craso desconocimiento del con-

cepto, elementos y fundamentación de la responsabilidad objetiva, tanto en el Derecho interno como en su dimensión internacional.

Es conocido que para que surja la responsabilidad civil es necesaria la concurrencia de tres elementos, a saber: la culpa, el daño y la relación de causalidad. Es decir, el civilmente responsable debe haber incurrido en una conducta ilícita, que ha causado un perjuicio material o moral determinado o determinable a una víctima también identificada. En tal supuesto, la víctima tiene derecho a reclamar y a obtener del autor del hecho ilícito (o de su asegurador o fiador), un resarcimiento que restituya íntegramente el daño causado.

Sin embargo, siendo ese el principio general de la responsabilidad civil, dentro de las distintas ramas del derecho, el régimen jurídico de la responsabilidad fundada sobre la culpa, o en términos más amplios, sobre la infracción de una norma imputable al responsable, ha experimentado transformaciones más o menos importantes a partir de la constatación de la existencia de daños cuya causa puede situarse en la actividad o industria del hombre en general, pero que no es posible vincular con una actuación culposa o antijurídica. Cuando la importancia, gravedad o frecuencia de los perjuicios, o las características peculiares de las víctimas, hicieron pensar en la necesidad de un mecanismo que asegurase su reparación, aun en ausencia de culpa o de conducta ilícita de la persona a la que podía imputarse el daño, los diversos sistemas de derecho interno fueron estableciendo, a través de leyes especiales o por la obra de la jurisprudencia, ciertas soluciones fundadas sobre los principios de la responsabilidad objetiva, es decir, surgida del hecho mismo de que una persona había sufrido un perjuicio como consecuencia del hecho de otra, aunque ese hecho no pudiera ser calificado como ilícito y sin requerir que se comprobase la culpa del autor del daño, obligado así *objetivamente* a repararlo.

De este modo, se crearon vínculos de responsabilidad sobre bases simplemente causales, que no implicaban ningún juicio de valor relativo a la conducta del civilmente responsable. Éste debería reparación en lo adelante por el solo hecho de tener a su cargo la actividad o la cosa causantes de daño, y ello en presencia del más alto grado de diligencia de su parte. El fundamento más usualmente dado a esta solución es por de-

más simple: quien recoge el provecho suministrado por una cosa o una actividad más o menos peligrosas, debe en contrapartida soportar los riesgos engendrados por ellas: *ubi emolumentum, ibi onus*.

Incluso, a principios de este siglo, cierta doctrina (Josserand, Saleilles) propuso el rango de régimen de derecho común para la responsabilidad objetiva (un estudio detenido de esos antecedentes puede verse en Mazeaud-Tunc: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, sexta edición, Montchrestien, París, 1965, §§ 66-95). También en ese tiempo, Fauchille, entre otros autores, propuso la extensión de dichos principios al dominio de la responsabilidad internacional, es decir, aquella que obliga a un Estado a indemnizar a otro. Ninguna de dichas iniciativas prosperó y continúa siendo regla general la que exige que la fuente del daño sea un hecho ilícito para que surja la responsabilidad y la consiguiente obligación de repararlo.

Sin embargo, la complejidad del mundo moderno y la peligrosidad de ciertas actividades, han estimulado la adopción de diversos géneros de convenciones internacionales que establecen un régimen de responsabilidad objetiva. Sin pretender profundizar en el asunto, esas convenciones pueden clasificarse en cuatro grupos, que obedecen a distintos supuestos:

- a) Cuando una convención internacional persigue informar o coordinar dos o más regímenes de responsabilidad de derecho interno, como sucede con las convenciones referentes a la seguridad del tránsito automotor o sobre la aviación civil, cuyo fin no es, en el fondo, otro que el de asegurar el mejor funcionamiento de los distintos sistemas nacionales.
- b) Cuando el derecho internacional, por medio de una convención, regula las consecuencias de ciertos accidentes producidos en lugares que escapan a la competencia exclusiva de un Estado, y que pueden tener por víctimas a personas de cualquier nacionalidad, como sucede con la contaminación accidental del alta mar, precisamente es el caso del Convenio de Bruselas de 1969. Formalmente dicho régimen debe ser considerado como de derecho internacional, pero, en el fondo, poco

puede distinguirse del que cada Estado podría establecer para el mismo tipo de hecho generador, cuando éste se produjere dentro de su competencia territorial.

c) Cuando el derecho convencional regula la situación de quien explota ciertas industrias, como la atómica, cuya naturaleza y valor estratégico se vinculan profundamente con el interés del Estado. De allí, que las mismas, aun en el caso de estar a cargo de un particular, tengan un carácter cuasi-estatal, en cuanto su régimen de derecho interno supone, al menos, un control administrativo particularmente severo, en contrapartida de lo cual se establece una responsabilidad subsidiaria –u obligación de indemnizar– a cargo del Estado, por los daños debidos a accidentes en tales actividades.

d) Cuando una convención internacional establece una relación de responsabilidad internacional objetiva, que obliga a una Estado a indemnizar a otro por daños causados en actividades originadas bajo la jurisdicción del primero, como ocurre con la Convención sobre la responsabilidad internacional por los daños causados por objetos espaciales, del 29 de Noviembre de 1971.

Ahora bien, el hecho de que la responsabilidad objetiva esté establecida en un tratado no modifica en nada su naturaleza o sentido: producido el daño, la víctima tiene derecho a ser indemnizada sin necesidad de probar culpa o conducta ilícita alguna del autor de aquél, quien deberá dicha indemnización a menos que demuestre la existencia de una causal excepcional de exoneración prevista en la ley o, en su caso, en la convención internacional.

Tratando de aplicar estos conceptos a los casos ambientales de reciente trámite, ejemplificamos una demanda que hacía valer la exorbitante y absurda pretensión, que parecía partir de dos premisas absolutamente infundadas. Según la primera de ellas, “la existencia misma del siniestro determina la responsabilidad del propietario”. Según la otra, como la fianza se establece para reparar daños derivados de una responsabilidad objetiva, la reparación de dichos daños no está sujeta a excepciones ni defensas y “se puede hacer efectiva aún (*sic*) sin sentencia judicial”.

Respecto de la primera de dichas premisas, sin negar que, dentro de un régimen de responsabilidad objetiva, la superveniencia del siniestro determina la responsabilidad, **en el sentido de que no es necesario demostrar la culpa del llamado a resarcir**, *ello no permite afirmar que dicho siniestro configure por sí solo la responsabilidad, pues, por una parte, es necesario establecer la relación de causalidad (que no se presume), así como la cuantía y naturaleza de los daños a ser indemnizados*. El único elemento que no es necesario comprobar dentro del supuesto de responsabilidad objetiva es la culpa del responsable. Todos los demás están sujetos al derecho común. Por otra parte, aun producido el siniestro, existen causales excepcionales de exoneración, hasta en los más severos sistemas de este tipo de responsabilidad.

En el caso del Convenio de Bruselas, el artículo III, párrafos 2 y 3, establece los supuestos en los que el propietario puede ser exonerado, en los siguientes términos:

2. No podrá imputarse responsabilidad alguna al propietario si prueba que los daños por contaminación:

a) resultaron de un acto de guerra, hostilidades, guerra civil e insurrección de un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible, o

b) fue totalmente causado por una acción u omisión intencionada de un tercero para causar daños, o

c) fue totalmente causada por la negligencia u otro acto lesivo de cualquier Gobierno u otra autoridad responsable del mantenimiento de luces u otras ayudas a la navegación en el ejercicio de esa función.

3. Si el propietario prueba que los daños por contaminación resultaron total o parcialmente de una acción u omisión intencionada para causar daños por parte de la persona que sufrió los daños, o de la negligencia de esa persona, el propietario podrá ser exonerado total o parcialmente de su responsabilidad frente a esa persona.

El propietario del buque sí tiene, entonces, medios de defensa y excepciones que podría oponer en juicio.

De hecho, siguiendo con el caso antes indicado, la República de Venezuela había demandado ante un Juzgado con competencia Penal y de Salvaguarda, para la reparación de los daños causados por el siniestro, juicio que está en curso. Abstracción hecha de la procedencia de las excepciones opuestas por los demandados en dicho juicio, habrá que tener claro que será la sentencia definitiva de ese proceso la que resolverá sobre la responsabilidad de los demandados y el monto de la indemnización, si fuere del caso. Como toda sentencia en materia de responsabilidad, de encontrar el juzgador que el demandado ha incurrido en ella, sería una sentencia de condena y no mero declarativa.

En cuanto a la segunda de dichas premisas, es contrario a toda lógica que, sin haber quedado establecida la responsabilidad del propietario, pueda exigirse la ejecución de la fianza y, mucho menos, que una sedicente víctima se arrogue el derecho de demandar el pago de una fracción predeterminada de la suma afianzada, siendo que el artículo V.4 del Convenio de 1969 expresamente dispone que “el fondo será distribuido entre los acreedores *a prorrata* de sus respectivas reclamaciones *previamente aceptadas*”.

Por lo demás, aunque no es el caso de autos, si bien el artículo VII.8 del Convenio de Bruselas de 1969 (CLC-69) autoriza a que la presunta víctima interponga acción directa contra el asegurador o contra toda persona que provea la garantía financiera para cubrir la responsabilidad del propietario, ello no exonera al demandante de comprobar esta última, es decir, que se reúnen los extremos previstos en el mencionado Convenio para que el propietario pueda ser tenido como deudor del pago de una indemnización a la persona del demandante. Nuevamente resalta la cuestión fundamental: *la responsabilidad objetiva no es una presunción de responsabilidad, sino un sistema de responsabilidad* sin que sea preciso establecer la culpa o el hecho ilícito del presunto responsable, pero que no exonera al demandante de la prueba de los daños indemnizables y de la relación de causalidad.

6.2 DE LOS REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA SEGÚN EL CONVENIO DE BRUSELAS DE 1969

El texto del referido Convenio de 1969 indica claramente que debe establecerse la existencia de determinado tipo de daños, que debe haber una relación de causalidad entre el siniestro y dichos daños, y que, establecidos dichos supuestos, se debe pagar una indemnización de naturaleza muy particular y en determinadas condiciones a quienes demuestren ser víctimas de los mencionados daños.

6.2.1 El daño

Según los términos del Convenio de Bruselas de 1969 el *principio*, es que sólo procede la reparación de daños que son efectos directo e inmediato de “la contaminación *resultante* de derrames o descargas procedentes del barco”. El único daño indirecto reembolsable es el originado en el costo de las medidas preventivas y las pérdidas y daños causados por tales medidas preventivas. Ciertamente, en un sistema de responsabilidad objetiva, si el interés de la víctima impone un deber de reparar a quien no ha cometido hecho ilícito, esto es por la simple circunstancia de que el daño es producto de su actividad lícita, el interés del explotador de la actividad peligrosa impone la exclusión de la obligación de reparar cuando dicha actividad *no ha bastado* para la producción del daño. Ello es, por lo demás, la confirmación de la regla contenida en el artículo 1.275 del Código Civil.

Un criterio edificado sobre bases semejantes debería aplicarse a los llamados daños imprevisibles: en la medida en que el riesgo puede considerarse como un *costo del transporte marítimo de hidrocarburos*, al punto que el Convenio de Bruselas de 1969 obliga a la contratación de un seguro, no puede ponerse a cargo del responsable, daños superiores a los que él habría podido objetivamente prever y económicamente afrontar. Esto explica, como lo destacaremos luego, que el montante máximo de la reparación debida según el Convenio de 1969 se encuentra limitado. Esta es, de nuevo, la solución dada a la cuestión de la indemnizabilidad de los daños imprevisibles por el artículo 1.274 del Código Civil, que sólo obliga a repararlos en caso de dolo del responsable.

El libelo de la demanda no identifica con precisión tales daños directos y previsibles, sino que se limita a hacer afirmaciones genéricas respecto a la disminución de la pesca en la región y a consecuencias indirectas que la materia habría tenido sobre las actoras, pero omite toda relación causal que establezca que esos supuestos hechos y perjuicios son efecto directo e inmediato de “la contaminación *resultante* de derrames o descargas procedentes del barco”.

Esto nos sitúa ante una pretensión vacía de contenido fáctico y, por ende, destinada a no prosperar y frente al elemento crucial de la responsabilidad objetiva, como lo es todo lo referente a la causalidad, pues la responsabilidad por riesgo se basa sobre la relación causal entre la actividad desplegada por el responsable y el daño sufrido por la víctima.

6.2.2 La relación de causalidad

Esta es una compleja materia de teoría jurídica que no parece necesario abordar *in extenso*, dadas las particulares formulaciones del libelo de la demanda. Por lo pronto basta destacar que, además de lo que sobre esta materia enseñan, en general, los principios que rigen la responsabilidad civil, existen numerosas disposiciones en el Convenio de Bruselas de 1969 que exigen el establecimiento de un vínculo causal entre el siniestro y el daño causado a la presunta víctima, todo lo cual ignora el escrito libelar en desmedro de la propia posición de la parte actora.

Así, en el Preámbulo de dicho Convenio, los Estados Partes proclaman estar

Convencidos de la necesidad de garantizar una indemnización suficiente a las personas que sufran *daños causados* por la contaminación resultante de los derrames o descargas de hidrocarburos procedentes de los barcos, (cursivas añadidas).

Nuestro anterior argumento sobre el daño por contaminación concreta el mismo concepto causal, que subyace también en el párrafo 7 del mismo artículo I del Convenio de Bruselas, que se refiere a las medidas tendentes a disminuir o a evitar que se causen daños:

“*Medidas preventivas*” significa todas la medidas razonables tomadas por cualquier persona después de ocurrir un

siniestro con objeto de prevenir o minimizar los daños por contaminación.

Reproducimos, igualmente, el artículo III.1 del Convenio de Bruselas de 1969, donde se establece la responsabilidad objetiva y se evidencia que la causalidad es un elemento esencial en dicho régimen:

1. Salvo cuando se den las circunstancias previstas en los Párrafos 2 y 3 de este artículo, el propietario de un barco, al ocurrir un siniestro o al ocurrir el primer acontecimiento si el siniestro consistiera en una serie de acontecimientos, será responsable de todos *los daños por contaminación* causados por los hidrocarburos derramados o descargados desde el barco a resultas del siniestro (cursivas añadidas).

De allí que tildemos de aventurada la afirmación del libelo según la cual “la existencia misma del siniestro determina la responsabilidad objetiva del propietario”. No. Para que la responsabilidad del propietario quede comprometida es necesario establecer que el siniestro causó un daño a quien demanda, y que ese daño es indemnizable en los términos de Convenio de Bruselas de 1969.

Otro componente relevante de la responsabilidad del propietario en los términos del referido Convenio de Bruselas viene dado por la naturaleza, extensión y forma de pago de la indemnización.

6.2.3 La indemnización

6.2.3.1 Se trata de una responsabilidad limitada

El principio de derecho común, tanto en el ámbito interno como en el internacional, es la reparación total del daño causado, la *restitutio in integrum*. Sin embargo, en los regímenes de responsabilidad objetiva, particularmente en diversas convenciones internacionales que la establecen, la regla es la de la limitación de la responsabilidad.

La idea de limitación se corresponde perfectamente con los principios de responsabilidad por riesgo. La suma máxima a la que podría quedar obligado, representa para el explotador de la actividad peligrosa el costo

del riesgo, que puede quedar así incorporado objetivamente a sus costos de producción mediante la contratación de la póliza de seguro adecuada; para la víctima, el tope máximo de la reparación, significa la contrapartida de las ventajas que le ofrece el mecanismo de la responsabilidad objetiva, que la exonera de demostrar la culpa o el hecho ilícito del autor del daño. Además en el orden simplemente práctico, la limitación del monto del resarcimiento presenta numerosos aspectos positivos, pues ella proporciona un cierto grado de seguridad a quien explota la actividad económica peligrosa, quien podrá conocer de antemano la medida efectiva del riesgo al cual queda expuesto, lo que evita la incertidumbre y el desaliento para actividades que son útiles y necesarias. Por otra parte, la limitación permite asegurar la totalidad del riesgo, lo cual interesa tanto a la víctima, quien estará mejor garantizada del pago de la indemnización, como al explotador, quien podrá de ese modo pagar por anticipado el costo-riesgo.

En conexión con ello, el artículo V, párrafos 1 y 3, del Convenio de Bruselas de 1969 establecen:

1. El propietario de un barco tendrá derecho a limitar su responsabilidad en virtud de ese Convenio, con respecto a cada siniestro, a una cuantía total de 2.000 francos por tonelada de arqueo del barco. Esa cuantía no excederá en ningún caso de 210 millones de francos.

3. Para poder beneficiarse de la limitación prevista en el Párrafo 1 de este artículo, el propietario tendrá que constituir ante el tribunal u otra autoridad competente de cualquiera de los Estados Contratantes en los que se interponga la acción en virtud del artículo IX, un fondo cuya cuantía ascienda al límite de su responsabilidad. El fondo podrá constituirse consignando la suma o depositando una garantía bancaria o de otra clase reconocida por la legislación del Estado Contratante en el que se constituye el fondo y considerada suficiente por el Tribunal o cualquier otra autoridad competente.

Por su parte, el artículo VII.1 del mismo Convenio establece:

El propietario de un barco que esté matriculado en un Estado Contratante y transporte más de 2.000 toneladas de hidrocarburos a granel como cargamento *tendrá que suscribir un seguro u otra garantía financiera* de un banco o un certificado expedido por un fondo internacional de indemnizaciones, por el importe a que asciendan los límites de responsabilidad previstos en el artículo V, Párrafo 1, para cubrir su responsabilidad por daños causados por la contaminación con arreglo a este Convenio”. (Cursivas añadidas).

El alcance de estas disposiciones ha quedado parcialmente modificado por el CONVENIO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIÓN DE UN FONDO INTERNACIONAL DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS CAUSADOS POR LA CONTAMINACIÓN DE HIDROCARBUROS (FONDO 71) Y SUS PROTOCOLOS DE ENMIENDAS DE 1976 Y 1984 (Complementario de Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por los hidrocarburos de 1969), mediante el cual se crea un fondo internacional para indemnizar, entre otros, perjuicios que excedan los límites de responsabilidad establecidos en este último Convenio.

Dos disposiciones del Convenio de Bruselas de 1969 se explican en virtud de la limitación de responsabilidad, que impide la *restitutio in integrum* de los perjuicios causados. Así, en el preámbulo se expresa, que frente a los daños causados por la contaminación del mar por derrames de hidrocarburos, los Estados Partes están:

Deseosos de adoptar a escala internacional reglas y procedimientos uniformes para dirimir toda cuestión de responsabilidad y prever una *indemnización equitativa* en tales casos. (Cursivas añadidas).

Por su parte, el ya citado artículo V.4 del Convenio de Bruselas de 1969, dispone: “4. El fondo será distribuido entre los acreedores a prorrata de sus respectivas reclamaciones previamente aceptadas”.

En el caso de autos, el propietario está asegurado, según el artículo VII.1 antes citado, y constituyó, a través de nuestra mandante, la ga-

rantía bancaria a la que se refiere el artículo V.3. Su responsabilidad se encuentra, entonces, limitada en los términos de Convenio de Bruselas de 1969, de modo que será necesario esperar a que las reclamaciones respectivas sean “aceptadas”, para proceder a su distribución “a prorrata” y se asegure el fin de Convenio de proveer a los damnificados de una indemnización equitativa.

Es esta otra razón para despojar de fundamento a la inusitada pretensión de las actoras de que se les indemnice directamente de la garantía otorgada por nuestra representada, sin que haya todavía sido establecida la medida de la responsabilidad del propietario ni el monto total de las indemnizaciones debidas. Dicha pretensión es un medio para burlar la distribución a prorrata de una indemnización legalmente limitada y de impedir que otros obtengan una indemnización equitativa. Se trata, pues, de un subterfugio para pretender violar, sin derecho alguno, por lo demás, el Convenio de Bruselas de 1969.

6.2.3.2.1 Se trata de una indemnización a ser cancelada a prorrata

Como antes se ha citado el artículo V.4 del Convenio de 1969 expresamente dispone que “*el fondo será distribuido entre los acreedores a prorrata de sus respectivas reclamaciones previamente aceptadas*”. Esto, forzosamente, implica la apertura de un procedimiento concursal, para indemnizar proporcionalmente a las víctimas que hayan interpuesto sus reclamaciones dentro de los lapsos prescritos por el Convenio de Bruselas, una vez que dichas demandas hayan sido “aceptadas”. El monto de la indemnización, que es, como acaba de expresarse, **limitado**, se reparte entre los damnificados conforme lo establecen las convenciones internacionales, aplicables a través de las leyes nacionales. Es pertinente recordar a este propósito que el artículo IX.2 del Convenio de Bruselas, estipula que “cada Estado Contratante hará lo oportuno para garantizar que sus tribunales gocen de la *necesaria* jurisdicción para entender de tales acciones en demanda de indemnización”.

A tal efecto, pensamos que se debe invocar la aplicación analógica de las disposiciones del Derecho interno venezolano que rigen los procedimientos concursales, como lo son el artículo 792 del Código de Procedimiento Civil, relativo a la cesión de bienes, y el artículo 942 del Código

de Comercio, que regula las acciones que se intenten contra el fallido. En ambos casos, la Ley ordena la acumulación procesal, a fin de asegurar las resultas del procedimiento concursal. Esta acumulación, que es a todas luces procedente respecto de las demandas intentadas contra el deudor principal y el asegurador, lo es, con más razón, respecto de las demandas intentadas contra el fiador, cuya obligación está sujeta a que se establezca previamente el monto de los daños y perjuicios y la relación de causalidad entre el hecho lesivo y dichos daños, conforme lo ordenan las reglas que rigen la responsabilidad objetiva, tal como se ha argumentado en este escrito.

7. LA PRUEBA

Partiendo del principio de que en materia ambiental priva la responsabilidad objetiva, se rompe el esquema tradicional de la carga de la prueba regulándose bajo la regla: *A quien se le imputa el hecho de contaminar, debe desvirtuar el hecho imputado*. Esto viene a ser una inversión de la carga probatoria debido a la existencia de una presunción de culpa que recae sobre el autor del daño, el cual deberá probar su propia diligencia.

Ahora bien, el proceso ambiental no escapa de la estricta observancia del principio defensivo, lo cual supone que sea la oportunidad de afirmar, probar, alegar y recurrir y, en consecuencia, que la sentencia se halle adecuadamente motivada y se dicte congruencia a los medios de persuasión abusivos, analizado bajo el *prima* de las máximas de experiencia y de los criterios de la sana crítica.

Mas, es cierto que el tema apasionante ambiental nos confronta tal como lo hemos señalado anteriormente con el tema de la oficiosidad de la prueba, con la necesidad de que ingrese la prueba anticipada y, en consecuencia, con el marco de un proceso urgente, pero nunca de mero Derecho. Teniendo en cuenta la filosófica cuestión tratada, es cierto que cobra virtualidad los puntos atinentes a la prueba científica y su apreciación, y la búsqueda de una solución que sea racional. Ello implica que debe ser preterido el peso de la prueba legal y relevar el valor probatorio de los dictámenes técnicos y del testimonio pericial, y obviamente hacer más gravitante el campo de acción de los indicios y presunciones. Por tanto, en este orden jurídico, en lo que se refiere al proceso civil

ambiental, habría que repensar el principio dispositivo, ya atenuado en otras áreas del derecho, descalificar un exceso de rigor formal que violenta el derecho a la tutela judicial efectiva y abrir el abanico de la prueba de informes.

Se insiste, en consecuencia, que queda el juez, en el ámbito de lo ambiental, despojado de las esposas de la pasividad y de la neutralidad, dado el interés general activado en el programa de proceso que se desarrolla y sus resultas, en el cual necesariamente, además del deber genérico de las partes de colaborar en la producción de la prueba, se articula el nuevo principio de la cargas dinámicas.

Ello invoca, por otra parte, que el juez puede dar por ciertas las afirmaciones debatidas en el proceso, si las circunstancias fácticas contempladas en el dispositivo legal están razonablemente sustentadas por los medios probatorios; claro, respetando los principios básicos de que las partes participan del poder de producirlas, contraatacarlas, discutir acerca de su pertinencia y eficacia y gozar de la prerrogativa recursiva.

Tratando específicamente el punto de la carga dinámica, ello significa, en este espacio jurídico, la inclinación del *onus probandi*, tomando en cuenta las condiciones en que se encuentren las partes. Ya no va a depender de las afirmaciones sino que la carga se impondrá a aquella que esté en mejores condiciones para probar el hecho controvertido. Tal imposición deviene del juez, que en el caso concreto debe actuar atendiendo al principio que le sirve de fundamento, denominado “flexibilidad probatoria”, o favor *probationis*, el cual persigue la atenuación de las rígidas formalidades probatorias en caso de dudas o dificultad probatoria, flexibilizando las normas de admisibilidad, conducencia y eficacia probatoria. Por tanto, el juez deberá estudiar en cada caso los extremos que definan la dificultad de prueba, para lo cual podrá utilizar otras pruebas, máximas de experiencia y libre convicción. Kielmanovich, en desarrollo de esta tendencia, advierte que la *difficilioris probationis* tiene lugar cuando existan dificultades de impresionabilidad o traslatividad.¹⁰ Añadimos a este señalamiento que la duda también in-

¹⁰ Kielmanovich, Jorge L. *Teoría de la Prueba y medios probatorios*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1996. p. 63.

gresa al juego probatorio y al existir dudas sobre la causa del daño, igualmente será el demandado quien tenga la carga de probar el daño, pero ya no como producto de la inversión, sino como resultado de la aplicación de las cargas dinámicas. Debemos aclarar que la carga dinámica no implica inversión del *onus probandi*, ya que hasta el mismo sujeto que prueba como consecuencia de la inversión que gira y reposa sobre él, y éste se encuentra en problemas de traslatividad, será la parte contraria quien deberá probar.

Bajo la inspiración de la colaboración de las partes para llegar a la verdad, agregamos que las cargas dinámicas las puede admitir el juez, toda vez que las pruebas son comunes y están bajo su control y el proceso necesita de evidencias independientemente de quién las aporte y si deriva o no de una carga o inversión de la misma. Estas nuevas posturas doctrinarias nos hacen reflexionar sobre el contenido y fin del proceso en relación a la tutela judicial efectiva, porque si el demandante por daños y perjuicios contra una empresa o industria que al contaminar un río lo ha perjudicado, está en una situación de dificultad probatoria, allí es entonces cuando se mira la ventaja del demandado en aportar los instrumentos técnicos a los cuales difícilmente tendría acceso la víctima, lo que conduce además a relacionar este principio con el fin de tener acceso a la prueba.

El tema de las presunciones juega un papel fundamental en este sentido, ya que si la parte que no tiene la carga clásica de probar debe hacerlo por orden del juez y no procede a ello, sería una presunción *hominis* de culpabilidad.

8. LAS MEDIDAS DE TUTELA

La constitucionalización del proceso en general y específicamente de los atinentes a los daños ambientales, el principio de tutela judicial efectiva y de que no se perjudique a quien tiene la razón, nos imponen conceptualizar la tutela preventiva de los procesos del mar dentro de la óptica moderna de la ciencia procesal.

8.1 *LAS MEDIDAS TÍPICAS Y EL ARRESTO O INTERDICCIÓN DEL BUQUE*

El tema a tratar no es propiamente el del embargo ejecutivo, porque éste se reduce a la existencia de un título ejecutivo y consiste en el procedimiento previo a la venta del buque.

El tema tampoco es el del embargo preventivo, en su criterio tradicional restrictivo, como se recepciona en nuestro país, por las limitaciones derivadas de su tratamiento conforme al derecho común, que impone el cumplimiento de las condiciones previstas en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil y la mayoría de las veces el otorgamiento de una caución, conforme a las determinaciones del artículo 590 *eiusdem*.

8.2 *MEDIDAS ANTICIPATIVAS Y AUTOSATISFACTIVAS*

En una noción constitucionalizada de los procesos del mar, hay que conjugar criterios para abordar la utilización de la técnica de la tutela anticipatoria y autosatisfactiva, que se vincula con el principio de que la justicia se debe proveer en un tiempo razonable y asegurar la eficacia de las prestaciones jurisdiccionales y hacer una nueva lectura de las medidas cautelares típicas y genéricas.

Ciertamente que, en principio, para incorporar la actividad jurisdiccional dirigida a la tutela anticipatoria y autosatisfactiva, se requiere hacer su ingreso legislativo.

Empero, de la normativa imperante es factible acercarnos a esa nueva forma de hacer justicia, si tenemos en cuenta que la medida precautoria debe adecuarse a lo pretendido en el mérito.

Para adentrarnos en el tema, tendríamos que entender que se conciben como medidas de tutela anticipada aquellas facultades de que goza el juzgador para ordenar decisiones anticipadas, después de una cognición sumaria sobre lo mismo de la tutela pretendida (Beri, p. 7), confirniendo a una de las partes, actor o reconviniente, el bien de vida objeto mediato de la pretensión en disputa, para impedir un daño irreparable que se inferiría por la demora (Beri), por ello se configura en una tutela anticipatoria provisional.

En cuanto a las medidas autosatisfactivas, dispensan a través de un proceso urgente una satisfacción o efectividad inmediata y definitiva, que agota y consume la *litis* (B), p. 16, es decir, el juez dirime ***in limi-nen** sobre el fondo mismo de la pretensión, porque así lo impone la singularidad del objeto litigioso, por la inevitable frustración del derecho que habría devenir.*

8.3 TRATAMIENTO

En cuanto al embargo del buque y demás elementos que la integran, es obvio que, al amparo de las medidas innominadas, y reinterpretando el régimen procesal civil, conforme a las normas de las leyes ambientales, es posible ordenarlo inmediatamente, no sólo como elemento contaminante, sino como objeto para satisfacer la pretensión indemnizatoria, ya que el extremo del *periculum in mora* surge de la propia naturaleza movable del bien y de su destino, además de cualquier elemento de convicción adicional como la petición de zarpe.

Si bien no está regulado en Venezuela el sistema de interdicción de la nave, su detención o arresto, es posible acudir también al tema de las innominadas, aunque se exagere a veces en su aplicación, por ejemplo, ordenar la restauración para evitar la continuidad de la lesión, peligro de infructuosidad.

Respecto de las medidas de tutela anticipada y autosatisfactivas, sirve de estribo la previsión del ordinal 5° del artículo 2 de la Ley Orgánica del Ambiente que establece, que el funcionario competente podrá tomar medidas tendentes a corregir y reparar los daños causados y evitar la continuación de los actos perjudiciales al ambiente.

En este sentido, basta leer las condenas adicionales que puede imponer el juez penal en el artículo 26 de la Ley Penal del Ambiente.

9. DEL ARBITRAJE

Frente al problema social que involucra la solución jurídica ambiental, a los potenciales justiciables se le debe abrir paso a los medios alternos, específicamente al arbitraje.

Esta fórmula de remedio jurisdiccional, siempre que se preserve el interés social involucrado en el tema debatido, seguiría –salvo tratado especial– las formas y procedimientos aplicables según el modelo del Código de Rito.

En todo caso, si revisamos el Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino de la Región Gran Caribe (Ley Aprobatoria 25-07-85 (G.O. N° 33.498 del 25-96-86)),¹¹ nos topamos con este medio de solución de los conflictos ambientales, para determinar la responsabilidad y la indemnización por los daños resultantes de la contaminación de la zona de aplicación del Convenio.

¹¹ Artículo 1

Salvo que en el acuerdo a que se hace referencia en el artículo 23 del Convenio se disponga otra cosa, el procedimiento de arbitraje se regirá por los artículos 2 a 10 *infra*.

Artículo 2

La parte demandante notificará a la Organización que las partes han convenido en someter la controversia a arbitraje, de conformidad con el párrafo 2 o el párrafo 3 del artículo 23 del Convenio. En la notificación se indicará el objeto de la controversia y, en particular, los artículos del Convenio o del Protocolo cuya interpretación o aplicación sea objeto de controversia. La organización comunicará las informaciones recibidas a todas las Partes Contratantes en el Convenio o en el Protocolo de que se trate.

Artículo 3

El tribunal arbitral estará compuesto de tres miembros. Cada una de las partes en la controversia nombrará un árbitro; los dos árbitros así nombrados designarán de común acuerdo el tercer árbitro, quien asumirá la presidencia del tribunal. Ese último árbitro no deberá ser nacional de ninguna de las partes en la controversia, ni tener su residencia habitual en el territorio de ninguna de esas partes, ni estar al servicio de ninguna de ellas ni haberse ocupado ya del asunto bajo ningún otro concepto.

Artículo 4

1. Si dos meses después de haberse nombrado el segundo árbitro no se ha designado Presidente del tribunal arbitral, el Secretario General de las Naciones Unidas, a petición de cualquiera de las partes, procederá a su designación en un nuevo plazo de dos meses.

2. Si dos meses después de la recepción de la demanda una de las partes en la controversia no ha procedido al nombramiento de un árbitro, la otra parte podrá dirigirse al Secretario General de las Naciones Unidas, quien designará al presidente del tribunal arbitral en un nuevo plazo de dos meses. Una vez designado, el Presidente del tribunal arbitral pedirá a la parte que aún no haya nombrado un árbitro que lo haga en un plazo de dos meses. Transcurrido este plazo, el Presidente del tribunal arbitral se dirigirá al Secretario General de las Naciones Unidas, quien procederá a dicho nombramiento en un nuevo plazo de dos meses.

Artículo 5

1. El tribunal arbitral dictará su laudo de conformidad con el derecho internacional y con las disposiciones del presente Convenio y del Protocolo o los protocolos de que se trate.

2. Cualquier tribunal arbitral que se constituya de conformidad con el presente anexo adoptará su propio reglamento.

Artículo 6

1. Las decisiones del tribunal arbitral, tanto en materia de procedimiento como sobre el fondo, serán adoptadas por mayoría de sus miembros.

Así, con respecto del arreglo de las controversias, acerca de la interpretación y aplicación del Convenio y de sus protocolos, se sigue la corriente que las partes procuren resolverlas mediante negociaciones o cualquier medio pacífico de su elección. Y si las partes no logran un acuerdo, y salvo que se disponga otra cosa en los protocolos de la Convención, las partes se comprometen a someterla de común acuerdo a arbitraje, con arreglo a las condiciones establecidas en el anexo sobre arbitraje.

Al respecto, sintetizamos lo siguiente:

- a) Aunque no lleguen a este acuerdo de sumisión al arbitraje, no quedan exentas de su obligación de seguir procurando una solución pacífica.
- b) Cualquier parte respecto de otra contratante que acepte la misma obligación, puede declarar en cualquier momento que reconoce como obligatoria *ipso facto* y sin convenio especial, la aplicación del procedimiento de arbitraje, debiéndose notifi-

2. El tribunal podrá adoptar las medidas apropiadas para determinar los hechos. A petición de una de las partes, podrá recomendar las medidas cautelares indispensables.

3. Las partes en la controversia darán todas las facilidades necesarias para el desarrollo eficaz del procedimiento.

4. La ausencia o no comparecencia de una parte en la controversia no interrumpirá el procedimiento.

Artículo 7

El tribunal podrá escuchar las contrademandas que dimanen directamente de la materia objeto de la controversia y resolver sobre ellas.

Artículo 8

Salvo que, debido a las circunstancias particulares del caso, el Tribunal arbitral determine lo contrario, los gastos del Tribunal, incluida la remuneración de sus miembros, serán sufragados por las partes en la controversia a partes iguales. El Tribunal llevará un registro de todos sus gastos y presentará a las partes un estado final de los mismos.

Artículo 9

Toda Parte Contratante que tenga un interés de carácter jurídico en la materia objeto de la controversia que pueda resultar afectado por el laudo podrá intervenir en las actuaciones con el consentimiento del tribunal.

Artículo 10

1. El Tribunal dictará su laudo dentro de los cinco meses siguientes a la fecha que se establezca, a menos que juzgue necesario prolongar ese plazo por un período que no debería exceder de cinco meses.

2. El laudo del Tribunal arbitral será motivado. Será definitivo y obligatorio para las partes en la controversia.

Cualquier controversia que surja entre las partes relativa a la interpretación o ejecución del laudo podrá ser sometida por cualquiera de las partes al Tribunal arbitral que lo haya dictado o, si no es posible someterla a éste, a otro tribunal constituido al efecto de la misma manera que el primero.

car esa declaración por escrito al Depositario, el cual se lo comunicará a las demás partes contratantes.

Y la ejecución se haría por la vía de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras y por la Ley de Arbitraje comercial.

10. PROPUESTA DE LA FUNDACIÓN JURÍDICA VENEZOLANA PARA LA DEFENSA DE LA CALIDAD DE VIDA A LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

La Fundación Jurídica Venezolana para la Defensa de la Calidad de Vida (FUJUCAVI), es una institución propia del sector ambientalista de la sociedad civil del país, que se define como una organización no gubernamental (ONG) de carácter eminentemente profesional, sin fines de lucro, sin afiliación política ni religiosa, que reúne –para el ejercicio de una labor interdisciplinaria– a una serie de profesionales de diferente orientación, fundamentalmente abogados, pero también politólogos, ingenieros, biólogos, geógrafos, arquitectos y otros, casi todos con estudios superiores en Derecho Ambiental, manejo de recursos naturales y ecología, o en áreas afines del conocimiento, o al menos con una clara vocación y sensibilidad ambiental, con la finalidad esencial de facilitar y fomentar la implementación de mecanismos jurídicos que aseguren el disfrute pleno del derecho humano de todos a un ambiente sano y ecológicamente adecuado; es decir, a beneficiarse de condiciones ambientales aptas para el desarrollo de la vida, a través del acceso a la información ambiental, de la participación en los procesos de toma de decisiones y de la disposición de acciones judiciales eficaces.

En este sentido, por medio de nuestras actividades promovemos la aplicación efectiva del derecho ambiental en Venezuela, prestando asesoría jurídica especializada y, lo que es muy importante, enseñando que existe esta normativa y sus efectos, gracias a los talleres, eventos, congresos y otras actividades académicas que realizamos.

Estamos llenando un vacío que existía en Venezuela, pues las organizaciones no gubernamentales ambientales que existen se ocupan fundamentalmente de la investigación científica, del monitoreo y recuperación ambiental y de la educación ambiental. Además, salvo honrosas excep-

ciones, no hay especialistas en las firmas de abogados, pues nuestras universidades no están formando de manera global y sistemática, en pre o postgrado, en esta novedosa materia del Derecho Ambiental.

Ahora bien, desde 1994 venimos organizando el Congreso Venezolano de Derecho Ambiental, que este año arribará a su VI edición, que ha tenido frutos importantes, donde podemos destacar la redacción y aprobación en plenaria de un artículo modelo para la Constitución de la República, relativo a la consagración explícita del derecho humano al ambiente. Dicho texto, ha sido presentado ante la Asamblea Nacional Constituyente y es transcrito a continuación:

Artículo ... Toda persona tiene el derecho irrenunciable a gozar de un ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida. Asimismo, a defender, preservar de manera integral, y a utilizar racionalmente los recursos naturales y el paisaje.

El Estado, las demás personas jurídicas de derecho público o privado y las naturales, deberán conservar un ambiente sano, proteger las áreas de importancia ecológica y fomentar toda educación orientada a la creación y el fortalecimiento de una conciencia colectiva cuyo propósito sea el cumplimiento de este mandato.

El Estado protegerá particularmente la diversidad biológica y genética, así como el patrimonio natural, cultural, arquitectónico, arqueológico y paleontológico de la Nación. A tal efecto, propiciará que los recursos naturales del país sean utilizados en beneficio común, en base a criterios de desarrollo sustentable.

Parágrafo Único: Para el mejor disfrute del derecho y cabal cumplimiento del deber previstos en este artículo, la ley establecerá los procedimientos legales de índole administrativa y judicial necesarios para asegurar a los individuos y a sus organizaciones no gubernamentales:

1.- El derecho a informarse previa y ampliamente sobre los planes, permisos, medidas o actividades que puedan afectar direc-

ta o indirectamente la salud de las personas y la integridad del ambiente y los recursos naturales y culturales, sobre los niveles de contaminación, la calidad y estado de los mismos.

2.- El derecho a participar en la definición de políticas y la adopción de medidas y decisiones administrativas o judiciales relativas al ambiente y a los recursos naturales y culturales, que puedan afectarlos; y

3.- El derecho a exigir y a ejercer directamente una acción rápida y eficaz ante la justicia en defensa de los intereses difusos vinculados con la conservación del ambiente y de los recursos naturales y culturales del país.

CONCLUSIÓN

Tenemos que pensar que bajo la perspectiva del proceso constitucionalizado, el de naturaleza ambiental, sin escapar del carril legal, es un juicio que se flexibiliza con una plausible expansión de los poderes del juez, que no está encajonado en las barreras de un método cerrado.

Por ello, debemos percibirlo como un mecanismo que sea rendidor, tanto en el tiempo, como para la satisfacción de las pretensiones debatidas, donde se debe atender al requerimiento procesal urgente que se invoca y que se abastece de pruebas técnicas y donde los indicios y las presunciones reinan. Y donde la valla de la carga probatoria, deja de ser un estorbo y se entrona el principio de las cargas dinámicas.

Donde impedir y remediar el daño y preservar el ambiente debe hacerse pronto.

Donde la eficacia debe triturar la regla de la tardanza, porque está comprometido un bien que, en definitiva, es de la humanidad.

*Miro el azul del agua
confundirse con el cielo
y me quedo esperando la otra orilla.*

(Luis José Oropeza)

El Proyecto Genoma Humano y sus Implicaciones en el Ámbito Penal

**(Especial referencia a la obtención coactiva de material genético,
como medio de prueba en el proceso penal venezolano)**

Dilia María RIBEIRO SOUSA *

Contrariamente a lo que nosotros pudiéramos creer, no es a partir de la biología que se puede formar una cierta idea del hombre. Por el contrario, sólo a contar de una idea del hombre podemos utilizar la biología al servicio del mismo.

Gros, Jacob y Roger

SUMARIO:

Introducción

1. Consideraciones preliminares: 1.1 El Proyecto Genoma Humano y sus implicaciones en el ámbito penal: 1.1.1 En cuanto a

* **Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Privado, Sección de Derecho Civil, Investigadora-docente.**

El presente trabajo tuvo su origen en un Seminario (*El Derecho y El Proyecto Genoma Humano*), dictado por el Doctor Rafael Bernard Mainar, en el curso de Doctorado en Ciencias, Mención Derecho, de la Universidad Central de Venezuela.

manipulación genética. **1.1.2** En cuanto a predisposiciones delictivas. **1.1.3** En cuanto a materia de prueba: **1.1.3.1** Su aplicación para la determinación de la paternidad. **1.1.3.2** Identificación de cadáveres o desaparecidos. **1.1.3.3** Casos de agresiones sexuales. **1.1.3.4** Otros delitos **1.2** *Los datos genéticos y la identificación de personas.* **1.3** *Los bancos de datos genéticos.* **1.4** *Los medios de prueba en el proceso penal.*

2. La obtención coactiva de material genético como medio de prueba en el proceso penal venezolano: **2.1** *Generalidades.* **2.2** *Del registro de personas:* **2.2.1** De la inspección de personas (cateo o requisa). **2.2.2** Del examen del cuerpo. **2.3** *Argumentos en contra de la obtención coactiva de medios de prueba.* **2.4** *Argumentos a favor de la obtención coactiva de medios de prueba.*

Conclusiones

INTRODUCCIÓN

Exponer las diversas e interesantes implicaciones jurídicas que se generan en el ámbito penal como consecuencia del Proyecto Genoma, y de manera especial, la posibilidad de obtención coactiva de material genético como medio de prueba en el proceso penal venezolano, fue sin duda un reto que nos aventuramos en investigar y que ahora presentamos.

Es necesario confesar que este estudio resultó una labor delicada, ya que por una parte, no somos especialistas en el área penal, y por la otra, son variados los supuestos que pueden plantearse al pretender ingresar los medios de prueba así obtenidos dentro de un proceso determinado.

Igualmente, es preciso advertir que las ideas que se expresan no pretenden en modo alguno constituir un estudio exhaustivo sobre la materia. Por el contrario, nuestra intención consiste simplemente en presentar el tratamiento que la doctrina, la legislación y jurisprudencia nacional y extranjera han señalado con ocasión a este medio de prueba y lo que a nuestro juicio sería su tratamiento en el ordenamiento jurídico venezolano.

Con plena conciencia de lo anterior nos atrevemos a abordar el tema, para ello acudimos tanto a la investigación documental como a páginas *web*, a fin de analizar la problemática y presentarla tal como la conciben los autores contemporáneamente.

A tal efecto, distribuimos este estudio en dos (2) partes: La primera expone algunas consideraciones preliminares relativas al Proyecto Genoma Humano y sus implicaciones en el ámbito penal. La segunda, referida a la obtención coactiva de material genético y la posibilidad de su inclusión como medio de prueba en el proceso penal venezolano.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1.1 *EL PROYECTO GENOMA HUMANO Y SUS IMPLICACIONES EN EL ÁMBITO PENAL*

El descubrimiento del ADN ha sido uno de los avances más notables en la historia de la ciencia. La demostración de los genes o factores biológicos como responsables de los mecanismos hereditarios contenidos en dicha sustancia y la posterior comprobación de sus estructuras químicas en forma de doble hélice, constituyen los antecedentes que motivaron la puesta en marcha del denominado Proyecto Genoma Humano.¹

Por genoma humano se entiende el código genético particular de cada ser humano, distinto e individualizado que cada persona lega a sus descendientes. El objetivo central del Proyecto es realizar la progresiva identificación de los genes que componen el mapa genético, a fin de proporcionar el conocimiento que cada uno de ellos representa en las características y desarrollo de cada hombre.

Ahora bien, del estudio del genoma se deriva una amplia gama de implicaciones jurídicas dentro de las cuales se encuentran algunas referidas al ámbito penal. En efecto, la necesidad de tipificar delitos relativos a la manipulación genética y regular aspectos concernientes a materia de prueba son temas de profunda reflexión por parte de especialistas a nivel mundial.

En este sentido, con el propósito de facilitar y agilizar su promulgación, se ha sugerido que no sólo se incluyan normas en las respectivas legislaciones penales, sino que además su regulación pueda configurarse

¹ Bernard Mainar, Rafael: *Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello. 2000, p. 137.

dentro de las disposiciones transitorias de leyes referidas a salud o medio ambiente y en el mejor de los casos ser recogidas por una Ley Orgánica de Biotecnología.

1.1.1 En cuanto a manipulación genética

A pesar de las reconocidas bondades que puede ofrecer el conocimiento de la identificación de los genes que componen el mapa genético del hombre para comprender el origen de enfermedades, anomalías de transmisión hereditaria y albergar esperanzas ante la posibilidad de nuevas terapias de prevención y curación de ciertas malformaciones; se ha generado al mismo tiempo en la comunidad internacional una enorme preocupación ante la eventual manipulación descontrolada de dicha información, la cual utilizada de manera irresponsable pudiera poner en peligro el patrimonio genético de la humanidad.

Para evitar tal situación, se ha hecho indispensable la búsqueda de consensos en torno a las controversias suscitadas respecto a la experimentación, uso desviado y establecimiento de límites a la manipulación abusiva del genoma.² En este sentido, algunos países ya han comenzado a legislar sobre la materia,³ haciendo énfasis en la penalización de conductas como la clonación,⁴ procesos selectivos de raza, ya sea mediante una procreación selectiva, esto es, la eliminación de aquellos embriones o fetos vistos como inferiores o a través de la búsqueda de modos de mejoramiento cualitativo de la próxima generación (prácticas

² Véanse en este sentido: “Declaración de Valencia sobre Ética y el Proyecto Genoma Humano 1990”; “Declaración de Bilbao sobre el Derecho ante el Proyecto Genoma Humano 1993”; “Convenio de Asturias de Bioética ‘Convención para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina: Convención sobre los derechos humanos y la Biomedicina’”. (Aprobado por el Comité de Ministros el 19 de Noviembre de 1996 y abierto a la firma, en Oviedo, el 4 de abril de 1997)”; “Declaración Universal de la UNESCO sobre el genoma humano y los derechos humanos 1998” y la “Declaración de Murcia sobre biomedicina y nuevas tecnologías 2001”, entre otras.

³ España (Código Penal Arts. 162 a 167) y Alemania (Ley Alemana Sobre Protección del Embrión ‘Gesetz zum Schutz von Embryonen’. Embryonenschutzgesetz - ESchG, n. 745/90 del 13/12/90).

⁴ El bien jurídico que tiende a proteger es la identidad e irrepetibilidad del ser humano, prohibiéndose en consecuencia la creación de seres humanos idénticos. Para la configuración del delito será necesario la consumación de la conducta punitiva, no admitiendo por ende grado de tentativa.

eugenésicas),⁵ fecundación de óvulos humanos con fines no reproductivos,⁶ reproducción asistida no consentida, experimentación e investigación en embriones sobrantes y la producción de armas biológicas.

Desde luego, el objeto material que se pretende tutelar es el gen humano. Para lograrlo, se ha propuesto castigar con penas de privación de libertad y/o inhabilitación del ejercicio de la profesión a aquellas actuaciones dolosas que estén encaminadas a su manipulación arbitraria,⁷ o que en virtud de su ejecución pueda concurrir con otro tipo de delitos, tales como el aborto, lesiones, etc.

Como es de suponer, éste es un aspecto de gran interés para la ciencia penal, debido a la trascendencia de los bienes jurídicos a proteger. Intentándose con este tipo de regulación, orientar los avances de la biotecnología en beneficio del hombre y evitar que su desenvolvimiento obedezca simplemente a satisfacer intereses económicos.

1.1.2 En cuanto a predisposiciones delictivas

Por otra parte, hay quienes sostienen que del estudio de los datos genéticos podrá aportarse información importante, a fin de dilucidar si existe la posibilidad que algún tipo de genes produzca predisposiciones delictivas.

En el pasado, era frecuente tratar de dar una explicación genética a la perpetuación de actos delictivos; por el contrario, las teorías modernas buscan explicaciones más sociológicas y psicológicas de la delincuencia. En este sentido, se ha señalado que el análisis genómico ayuda únicamente a detectar estructuras vagas del comportamiento humano.

⁵ El bien jurídico a proteger es la integridad o invariabilidad del patrimonio genético del ser humano, así como todas aquellas prácticas que conlleven a dicho resultado. Condenándose entonces la creación de nuevas razas o tipos humanos. Es de advertir que pueden coexistir o concurrir de manera simultánea el delito de clonación y la práctica eugenésica.

⁶ Resulta necesario para que se configure el delito el que se haya producido la fertilización de gametos femeninos con un fin distinto a su reproducción. Siendo el bien jurídico a proteger: el embrión humano y la posibilidad de su desarrollo.

⁷ Se dejan a salvo, aquellos casos justificados en donde se exima de responsabilidad por permitir la propia ley su práctica (*Vgr.* escogencia del sexo por sospecharse predisposición genética a ciertas enfermedades ligadas al mismo, tales como cáncer de mama, próstata o hemofilia).

A menos, que del estudio realizado se pueda determinar que el individuo sufría síntomas de enfermedades que se corresponden con ciertas anomalías genéticas, de modo que se pueda establecer un diagnóstico acerca de la existencia o no de los requisitos biológicos de culpabilidad, como es el caso de enfermedades mentales, deficiencias mentales, etc.

Sin embargo, en cuanto a la posible pertinencia de los instrumentos analíticos de genes en la investigación de la responsabilidad penal, consideramos que los métodos de análisis de genes no llegarán a sacudir los fundamentos del concepto de culpabilidad y presumiblemente desempeñarán una función de importancia secundaria en la valoración forense de la capacidad jurídico-penal.

1.1.3 En cuanto a materia de prueba

Otro de los ámbitos donde el Proyecto Genoma Humano ha adquirido singular importancia es el área probatoria. En efecto, luego que se determinara que la descodificación del ADN no sólo brinda información genética de las características internas y externas de un individuo, sino que además tiene como cualidad la de ser *único, inmutable e irreplicable* en cada ser humano,⁸ ha convertido a los análisis genéticos en ineludible instrumento de investigación en los campos de la criminalística y la medicina legal.

Basta tan sólo con localizar una pequeña muestra susceptible de aportar material genético (piel, sangre, saliva, sudor, residuos orgánicos o un simple pelo) proveniente de un individuo con vida o un cadáver, para que una vez analizado su ADN se pueda demostrar con extraordinaria certeza la identidad de una persona.⁹

⁸ A excepción, de los gemelos idénticos e individuos clonados.

⁹ “La técnica estandarizada consiste en la utilización de los llamados VNTR (siglas inglesas de “Variaciones en Tandem en Número variable”). Estos VNTR generan un patrón sencillo de dos alelos por cada región polimórfica de ADN analizada. El tamaño de estos alelos o fragmentos de ADN varía considerablemente entre individuos y son heredados de forma mendeliana. Cuando se analizan distintas regiones del genoma, la probabilidad de certeza que se puede alcanzar es mayor de 99.9999%” (De La Parra Trujillo, Eduardo: *Consecuencias Jurídicas del Proyecto Genoma Humano*. En: <http://morgan.ia.unam.mx/usr/humanidades/189/ARTICULOS/DELA-PARRA.html> y <http://www.peritajes.com/medicina/informacion/4.htm>).

Como comenta Eduardo de la Parra, el aporte que estas nuevas técnicas de biología molecular pueden brindar a las investigaciones criminales y forenses es realmente formidable, entre otras se pueden mencionar:¹⁰

1.1.3.1 Su aplicación para la determinación de la paternidad

Con los análisis genéticos se puede determinar la paternidad no sólo cuando se dispone de muestra de la madre y del presunto padre, sino a través de parientes próximos, restos óseos o muestras de biopsias incluidas en parafina si el presunto padre ha fallecido. Igualmente, este tipo de análisis se puede aplicar a embriones de embarazos producto de una violación o en mujeres con varios compañeros sexuales. Así mismo, se puede emplear en las maternidades como garantía de que no hay mala asignación de un niño a su madre.

1.1.3.2 Identificación de cadáveres o desaparecidos

Estos exámenes resultan de gran utilidad para la identificación de cadáveres difíciles de reconocer (accidentes aéreos o cadáveres en avanzado estado de putrefacción), se realiza a partir de familiares próximos. En distintos ejércitos occidentales se ha elaborado una base de datos con el ADN de aquellos militares destinados a zonas en guerra para poder ser identificados en el caso de que fallezcan y sus restos no puedan ser identificados, evitando los problemas legales derivados de estos “Soldados Desconocidos”.

1.1.3.3 Casos de agresiones sexuales

En estos casos la muestra de semen presente en la vagina de la mujer agredida está mezclada con las células de la mucosa vaginal. El perfil de ADN de la evidencia se compara con el perfil de ADN de la víctima y del sospechoso, mostrando si éste es el que cometió la agresión.

¹⁰ *Ídem.*

1.1.3.4 Otros delitos

En el caso de que un asaltante u homicida deje restos biológicos (ya sea sangre, piel, pelos, etc.), el perfil de ADN puede identificar si coinciden con el del sospechoso. Se han analizado casos de chantaje o secuestros a partir de los restos de células bucales encontrados en el sello o sobre remitidos a la víctima o familiares.

1.2 LOS DATOS GENÉTICOS Y LA IDENTIFICACIÓN DE PERSONAS

La justicia penal en su afán por descubrir la verdad de los hechos y la aplicación del derecho, intenta agotar todas las vías posibles para la identificación de los presuntos culpables. Como bien apunta Yván Figueroa,¹¹ la lucha judicial se circunscribe a la determinación de si una persona es inocente o culpable de un hecho punible; siendo el fin del proceso la protección y reparación del daño causado a la víctima del delito.¹²

Resulta imperioso para el Estado descubrir al autor del delito y juzgarlo prontamente, de modo que la sociedad pueda hallar tranquilidad y sosiego. La identificación de personas constituye entonces, la meta a alcanzar por los órganos de investigación criminal. Para conseguirlo, tanto la criminalística como la medicina forense han requerido a través del tiempo del auxilio de los más novedosos avances científicos y tecnológicos en procura de que su labor resulte lo más efectiva y confiable.

En este sentido, muchos han sido los criterios adoptados para obtener el reconocimiento de un individuo, a saber: la identificación nominal, retrato o descripción, tatuaje, marcas criminales, fotografía, reseña judicial, método antropométrico, dactiloscopia, odontoscopia, grafología, voz, entre otros.¹³

¹¹ Figueroa Ortega, Yván: *Alcances con relación a la persona humana del principio de obtención coactiva de los medios de prueba*. En: *Revista de Derecho Probatorio*, N° 3, Caracas, Edit. Jurídica Alva, S.R.L., 1994, p. 38.

¹² Art. 115 Código Orgánico Procesal Penal (COPP).

¹³ En este sentido véase: Himiob Santomé, Gonzalo: *Particularidades probatorias relativas a la identificación personal en materia penal*. En: *Revista de Derecho Probatorio*, N° 7, Caracas, Editorial Jurídica Alva, S.R.L., 1996, pp. 237 a 372.

De los métodos mencionados quizás los más conocidos, debido a su exactitud, son la odontoscopia y la dactiloscopia (o estudio de las huellas dactilares). El primero, consiste en el estudio de la carta dental; al ser los dientes la estructura del cuerpo humano que más dura y tener como característica la de ser única e irrepetible en los individuos, se procede a efectuar un cotejo de los datos dentales que tenía el individuo en vida (ya sea en su configuración ósea, restaurativa o patológica), con la que se obtienen de un cadáver para así establecer su identidad. El segundo método, se obtiene de las impresiones que dejan los pulpejos de los dedos manchados con tinta, sudor u otros líquidos, sobre una superficie pulimentada. Están constituidos por surcos y crestas que dan lugar a figuras siempre diferentes, gracias a lo cual permiten la identificación de las personas. En aquellos casos en que la descomposición del cuerpo no permite tomar las huellas dactilares se realiza un tratamiento de pulpejo que consiste en retirar la dermis de los dedos, desde la segunda falange, y luego se lleva al laboratorio para hidratarla y recuperar las huellas digitales.

La importancia de este medio de identificación se encuentra en el alto nivel de certeza en sus resultados, pues no se ha encontrado dos personas con huellas dactilares idénticas, ni aún en los casos gemelos univitelinos. Por otra parte, se presta a una clasificación coherente y a su ordenación en archivos de sencilla localización.¹⁴

Sin embargo, existen situaciones en donde identificar a una persona resulta una labor casi imposible, verbigracia cuando los victimarios destruyen los dedos o dientes de sus víctimas con el fin de hacer más lento y difícil el proceso de identificación. Es entonces, cuando la aplicación de los análisis de ADN en casos forenses se convierte posiblemente en la única opción para el reconocimiento de un individuo.

En este sentido, la criminalística ha desarrollado en la última década uno de sus mayores avances en relación a la identificación criminal, la denominada *huella dactilar genética o huella del ADN*.

¹⁴ (Galton, 1892; Henry, 1900; Jiménez Jerez, 1913).

Ciertamente, se trata de un nuevo proceso de prueba científica obtenido del material genético contenido en todas las células nucleares del cuerpo. Como ya mencionamos *supra*, el ADN es el material básico y fundamental de los cromosomas y lleva consigo el código genético que determina las características particulares de cada individuo. Su estructura química es exclusiva y absoluta en cada persona, haciendo por ende a cada ser único y diferente de los demás.

Comenta Eduardo De la Parra, que la aplicación del análisis de ADN a casos forenses se inició en 1987 a partir de una colaboración entre el Doctor Alec Jeffreys (Universidad de Leicester) y el Laboratorio Forense del Ministerio del Interior Británico. El término “*Huella Genética*” se acuñó para definir la técnica que aporta un altísimo contenido genético.¹⁵

No hay duda, que la identificación por medio de pruebas genéticas comporta una serie de ventajas. Pues por una parte, tiene un nivel de exactitud mucho mayor que las huellas dactilares, ya que aquéllas están solamente en las manos, mientras que el ADN está en todas y cada una de las células del cuerpo y se puede practicar su estudio sobre cantidades mínimas de cualquier indicio biológico. Por otra, dado a que las secuencias de las regiones hipervariables presentes en el genoma humano son heredables, permiten además de llevar a cabo estudios referentes a paternidad, efectuar comparaciones a partir de un registro previo o bien de familiares biológicos a aquellos tejidos humanos provenientes de desastres o delitos en masa (terremotos, inundaciones, siniestros de aviación, atentados, etc.) y lograr así su identificación.

Igualmente, el ADN mantiene su estabilidad durante largo tiempo y en delitos violentos resulta fácil la ubicación de residuos biológicos donde puede determinarse la genética de los participantes en el hecho delictivo para su posterior identificación.¹⁶

Así mismo, resulta una técnica útil a la hora de conocer si un mismo individuo es el responsable de diversos crímenes o violaciones. Ya que,

¹⁵ De la Parra, Eduardo: *Ob. Cit.*

¹⁶ Himiob Santomé, Gonzalo: *Ob. Cit.*, p. 319.

el perfil de ADN de criminales se puede almacenar, a semejanza de las huellas dactilares, en una base de datos a partir de la cual se comprobará si corresponden con las muestras de nuevos crímenes o de otros previos de los que se dispongan muestras.

En cualquiera de los casos, es de advertir que los distintos métodos de identificación humana utilizados por la criminalística y la medicina forense, siempre se tratan de un proceso de comparación. Confrontar el resultado obtenido en el análisis con otros cuyo origen es conocido, en caso de ser iguales, servirán para ir confirmando que se trata de la misma persona, de lo contrario, permitirá su descarte. Por lo tanto, la identificación se logra por vía indirecta a través de la individualización y exclusión de sospechosos.

1.3 LOS BANCOS DE DATOS GENÉTICOS

El primer país donde se consideró la posibilidad de hacer una base de datos de tipo criminal fue en Estados Unidos, quienes comenzaron a trabajar con una base de datos controlada por la Oficina Federal de Investigaciones de ese país (FBI), muy restringida y que principalmente contenía datos de crímenes contra la libertad sexual, es decir, cometidas por violadores en serie, donde la policía estaba segura que por el tipo de *modus operandi*, una violación cometida en un extremo del país y otra acontecida en el otro extremo, eran producto de una misma persona.¹⁷

A pesar de esto, el primer país que dio un paso adelante en crear una base de datos amplia fue Gran Bretaña, pues se incluyen delitos que en otros países pueden considerarse menores en cuanto a la incidencia que pueden tener sobre las personas o los bienes. En la legislación británica,

¹⁷ En una reunión efectuada en Boston, Estados Unidos, una Comisión que estudia el futuro del ADN como evidencia, concluyó que realizar pruebas de ADN a todos los arrestados probablemente está permitida por la Constitución de ese país. Actualmente están trabajando en analizar y agregar a la base de datos federal el ADN de 1.4 millones de personas condenadas por crímenes serios. Esta recomendación le preocupa al FBI, porque si se añaden todos los arrestados, unos 15 millones por año, se congestionarían las labores actuales. Pero estarían dispuestos a apoyarlas una vez se terminen los trabajos actuales. Las bases de datos de ADN sirven para comparar vía computadoras el ADN dejado en la escena del crimen en sangre, semen u otros tejidos. De 1992 a 1998, el FBI ha encontrado coincidencias en más de 425 crímenes.

cualquier delito o cúmulo de delitos que se haya cometido en algún momento, que pueda llevar a una condena a prisión de esa persona y que eso conste en sus antecedentes penales, hace que a ella se le pueda tomar una muestra de saliva y que ésta sea introducida en la base de datos. Por lo tanto, Inglaterra tiene la más grande base de datos, desde el punto de vista del número de personas que forman parte de la misma.

Como dato curioso, los policías británicos (*Scotland Yard*.) crearon un fichero desde abril de 1995, con el apoyo de grupos de mujeres favorables a las tecnologías que pudieran permitir la rápida identificación de los violadores. Debido, a que estudios habían revelado que a menudo los violadores tenían un prontuario judicial por delitos de menos importancia, y en razón de tal petición el fichero fue ampliado. Este fichero centraliza actualmente los códigos de barras de unos 700.000 individuos y debería llegar a contener cinco millones de fichas de aquí a 2010, sobre una población de 58,6 millones de británicos. En cinco años, este banco de datos ha permitido ya realizar miles de aproximaciones, que han llevado a la identificación de “más de 260 asesinos, 400 violadores y 2.500 ladrones”.

Como ya se señaló, en el Reino Unido a toda persona detenida o sospechosa puede pedírsele una muestra de saliva para poder trazar su ficha de ADN. En los lugares donde hay base de datos, se ha ayudado a resolver crímenes que habían quedado sin solución, sobre todo, porque se llega a detener a personas que habían cometido más de un crimen antes de ser detenidas, entonces, no sólo se acusa a una persona por el último crimen que haya cometido, sino que se les imputa –en casos de abuso a la libertad sexual– de las demás violaciones que haya cometido.

En Latinoamérica existen también en funcionamiento bancos de datos genéticos, así por ejemplo, el Banco Nacional de Datos Genéticos de Argentina, creado por la Ley 23.511, que brinda asistencia técnica para esclarecer genéticamente vínculos biológicos cuestionados en sede judicial o a nivel particular.¹⁸ En Chile, el Servicio Médico Legal (SML), practica cada vez con mayor periodicidad exámenes de ADN, pero úni-

¹⁸ (Véase: Recio C., Vega J, Mnez. León M.: *Aplicaciones de la ingeniería genética en medicina legal y forense*. En: <http://www.med.uva.es/~mlf/areas/criminalistica/geneticaforense.htm>).

camente cuando es necesario para la determinación de la paternidad o para establecer la identidad de restos de detenidos desaparecidos. Sin embargo, se introdujo ante el Congreso Nacional un Proyecto de Ley en donde se propone la creación de un Registro Nacional de ADN, cuyo propósito es el de facilitar el esclarecimiento de aquellos hechos que sean materia de una investigación criminal en términos de la identificación de quienes sean responsables del delito.

Sin negar los valiosos beneficios que pueden ofrecer los llamados bancos de huellas genéticas para la investigación de la identidad de delinquentes, su implementación genera una serie de controversias, siendo las de mayor interés aquellas referidas a:

a) *El derecho de la privacidad genética*, pues aunque se trate de un delincuente o un sospechoso, se debe respetar dicha información por ser de carácter confidencial. En efecto, la confidencialidad de la información genética ha sido reconocida en instrumentos jurídicos internacionales como, tales como: “Declaración de Valencia sobre Ética y el Proyecto Genoma Humano 1990”;¹⁹ “Declaración de Bilbao sobre el Derecho ante el Proyecto Genoma Humano 1993”;²⁰ “Convenio de Asturias de Bioética ‘Convención para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina: Convención sobre los derechos humanos y la Biomedicina’”;²¹ “Declaración Universal de la UNESCO sobre el

¹⁹ Numeral 7: “Como principio general, la información genética sobre un individuo debería ser obtenida o revelada sólo con la autorización de dicho individuo o de su representante legal. Cualquier excepción a este principio requiere una fuerte justificación legal y ética”.

²⁰ Este instrumento además de hacer mención al respeto irrestricto a la dignidad humana como fundamento o esencia de todo derecho humano, hace mención especial a derechos concretos como lo son, el derecho a la intimidad personal, el consentimiento informado como requisito indispensable para interferir en su sus datos genéticos; no siendo éste necesario únicamente por vía excepcional y previo control judicial en aquellos casos donde medien motivos de interés general (Num. 3). A este respecto, la Declaración es muy clara al señalar que la técnica genética aplicada a la identificación personal siendo susceptible de suministrar más información de la estrictamente necesaria, deberá restringirse a la exigencia indispensable de cada caso concreto (Num. 5). Por otra parte, condena cualquier tipo discriminación basada en datos genéticos (Num. 7), y se reafirma el derecho a la confidencialidad de los datos que se generen de los mismos (Num. 3).

²¹ Siempre será necesario el consentimiento informado como requisito indispensable para interferir en su sus datos genéticos, así como el poder retirarlo libremente en cualquier momento (Art. 5), no siendo éste necesario únicamente por vía excepcional y previo control de una autoridad en aquellos casos donde medien los motivos que establece el Convenio (Arts. 6 al 9).

genoma humano y los derechos humanos 1998”²² y “Declaración de Murcia sobre biomedicina y nuevas tecnologías 2001”.²³

b) *El establecimiento del tiempo en que permanecerán los datos de una persona dentro de la base de datos:* Existe la posibilidad de que éstos se mantengan mientras la persona esté condenada, por un período de años específico, durante toda la vida, hasta que salga en libertad condicional, etc.; y hasta el momento, lo único claro que hay es que si la persona es exculpada por no cometer un determinado crimen, debería salir de la base de datos.

c) *La custodia de los datos genéticos:* En varios países existe un problema de carácter técnico y que tiene que ver con la manipulación criminal que se puede hacer del uso de ADN. Uno de los grandes problemas que presentan las bases de datos, es la minuciosa y perfecta cadena de custodia que se debe tener a la hora de generar datos de manera anónima. La calidad de un laboratorio que genera bases de datos, debe ser aún mayor que la de uno que no lo esté haciendo, lo que a través de una buena legislación no debería ser difícil, siempre y cuando las autoridades estén conscientes de eso, aunque signifique un aumento en los costos, ya que es un problema práctico muy importante. Además se deben salvaguardar una serie de barreras informáticas, por lo tanto es un sistema de control informático. En caso de aceptarse, debería estar probablemente establecido en un Reglamento, ya que son aspectos cambiables desde el punto de vista de las instancias de seguridad que se quieran cubrir. Es por eso que los legisladores deben dejar completamente establecido por ley, quiénes son los que tendrán acceso a esta información.

²² “Artículo 7: Se deberá proteger en las condiciones estipuladas por ley la confidencialidad de los datos genéticos asociados con una persona identificable, conservados o tratados con fines de investigación o cualquier otra finalidad”.

²³ Numeral 2. “... Los avances en el conocimiento e intervención sobre el genoma humano deberán ajustarse a los principios y normas contenidas en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos. La intervención sobre el Genoma Humano sólo deberá tener una finalidad terapéutica, nunca eugenésica, y regirse en todo momento por el principio de precaución. Habrá que disponer de los medios legales oportunos para preservar la intimidad en el conocimiento del propio genoma y evitar cualquier forma de discriminación por razón de la dotación genética”.

d) *El temor racional de la fuga de información:* Básicamente lo que se discute es que no se adquieran o utilicen también resultados relativos a enfermedades ocultas o futuras, o a características de la personalidad condicionadas genéticamente, debiéndose descartar todos los procedimientos de prueba que pudieran dar lugar a informaciones de este tipo,²⁴ ya que los mismos puedan ir a parar a conocimiento de compañías de seguros o grandes empresas empleadoras, quienes al conocer los resultados genéticos pudieran usar dicha información para realizar algún tipo de discriminación.

En este sentido, hay quienes sugieren que las muestras sean destruidas una vez concluida la investigación o condena del presunto imputado, para despejar de esta manera el temor a que puedan ser mal utilizadas. Mientras que otros se niegan a que la información sea destruida y se muestran partidarios a su registro y archivo de manera indefinida, obviamente sometida a controles de seguridad que se creen al efecto. Sus partidarios señalan que hay que tener confianza en que este registro es sólo para el tema de la identificación de personas, y no busca otros fines.²⁵ Además, sostienen, que los datos genéticos archivados en el banco material, no está relacionado con ningún carácter expresado en el individuo y por ello no presenta el inconveniente de poder ser asociado con desventajas patológicas, ni tampoco con ninguna otra característica de tipo ventajoso, de manera que los resultados de estos análisis no vulneran los intereses individuales. Afirman, que es un ADN que no codifica los genes, es decir, no es la clave de información que tienen los genes, que son la forma que tienen de manifestarse las personas, cual-

²⁴ En este sentido véase: (Recio C., Vega J., Mnez. León M.: *Aplicaciones de la ingeniería genética en medicina legal y forense*. En: <http://www.med.uva.es/~mlf/areas/criminalistica/geneticaforense.htm>).

²⁵ Para prevenir este riesgo algunos países como Alemania, Austria, Finlandia, Suecia, Dinamarca y los Países Bajos decidieron destruir las muestras una vez elaborada la ficha. Otros optaron por la conservación (ilimitada en el Reino Unido, durante cuarenta años en Francia en el fichero que se está constituyendo; variable según los estados en Estados Unidos) por las autoridades policiales, por los laboratorios o por ambos. El argumento que suele invocarse es la necesidad eventual de nuevos peritajes o de verificaciones.

En estos últimos países, ONG y comités de ética denuncian la multiplicación de “pequeños ficheros” genéticos, de los laboratorios (es cierto que debidamente aprobados por el Estado) o de las empresas privadas más o menos autorizadas a llevarlos según la legislación nacional.

quier característica de la persona está dentro de los genes. Es un ADN que tiene otras funciones. Debido a esto, no cabe la posibilidad de obtener información acerca de la persona y, menos aún en las bases de datos, en que la información queda manifestada como números y letras. De manera que no existe posibilidad de intromisión en la vida de las personas.²⁶

En relación a este aspecto, una Resolución adoptada en junio de 1997 por el Consejo de Ministros de la Unión Europea alienta “la creación de base de datos de ADN nacionales” y “los intercambios de resultados de análisis de ADN”, por estimar que pueden aportar una contribución importante a las investigaciones penales, a condición de que contengan “datos procedentes de segmentos no codificantes” del ADN, “que puede suponerse que no contienen informaciones sobre características hereditarias específicas”.

Señala además, que “incumbe a cada Estado miembro decidir en qué condiciones y por qué delitos los resultados de análisis de ADN pueden almacenarse en una base de datos nacional”. Igualmente, precisa la resolución que “cuando se tomen muestras de ADN cuyos resultados hayan de ser almacenados, deberá darse garantías destinadas a proteger la integridad física de las personas afectadas”. Por último, estima que “la crea-

²⁶ El ADN no es todo igual, hay distintos tipos de ADN y éstos tienen relación con su génesis y su ubicación en las células. Una primera distinción es aquel que está en el núcleo, y otro que está en las mitocondrias, específicamente en el citoplasma. Este último ADN viene solamente de la madre y por eso se usa en la identificación de detenidos desaparecidos, ya que es el que mayor tiempo perdura. Respecto del ADN que está en el núcleo, hay otro ácido que instruye a las proteínas que hay en las células para que produzcan más proteínas y esas son las que determinan las características hereditarias de las personas. Es decir, que ese segmento de ADN codificante es el que dice el color de ojos, el tipo de nariz, etc.

Además, hay otro tipo de ADN muy amplio y que hasta ahora se desconocen sus funciones (ADN no codificante) y se estima que podrían ser muy secundarias, por lo tanto, no entregaría información sensible de la persona. No determina cualidades. Además presenta características muy distintas entre un individuo y otro. Desde el punto vista médico legal tiene dos utilidades, es decir, permite individualizar perfectamente a una persona (99,9878%) y no dice nada más de ella, salvo que es ella y por lo tanto no se puede mal utilizar. (Recio C., Vega J, Mnez. León M.: *Aplicaciones de la ingeniería genética en medicina legal y forense*. En: <http://www.med.uva.es/~mlf/areas/criminalistica/geneticaforense.htm>).

ción de una base de datos de ADN europea habrá de considerarse como una segunda etapa, que se cumplirá una vez reunidas las condiciones (técnicas) necesarias para el intercambio de los análisis de ADN”.²⁷

Además de las controversias mencionadas que se suscitan en virtud de la creación de bancos de huellas genéticas, a este tipo de archivo se le adjudican otro serie de desventajas, dentro de las cuales podemos citar: *lentitud en los reconocimientos*, pues si se trata de una base de datos muy amplia se pierde mucho tiempo en descartar a distintos sospechosos; *el costo de los análisis*, si bien es cierto que en los últimos tiempos el precio ha bajado considerablemente, actualmente un examen de perfil general se encuentra aproximadamente en los 50 dólares en Estados Unidos y el Reino Unido, y alrededor de 90 dólares en Francia y por último, *lo sensible de sus resultados*, ya que si un solo gen está contaminado, los resultados no pueden ser interpretados, requiriendo pruebas de confirmación y reconfirmación, lo que interfiere con la rapidez de las investigaciones y el costo de las mismas.

Como hemos tenido la oportunidad de revisar, éstas son apenas algunas de las implicaciones que el genoma humano puede generar en el ámbito penal. A continuación, pasaremos a analizar lo concerniente a los medios de prueba en el proceso penal, para luego culminar con el estudio de uno de los aspectos más interesantes que se plantean desde el punto de vista procesal con relación a esta materia: la posibilidad de obtención coactiva de material genético como medio de prueba en el proceso penal.

1.4 LOS MEDIOS DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Al igual que sucede en el Código Procesal Civil (CPC),²⁸ el artículo 215 del Código Orgánico Procesal Penal (COOP) establece la liber-

²⁷ Véase: http://www.unesco.org/courier/2000_04/sp/ethique.htm.

²⁸ En virtud del artículo 395 del CPC: son medios probatorios susceptibles de ser admitidos en juicio, no sólo los determinados por dicho instrumento normativo, el Código Civil y otras leyes de la República, sino cualquier otro no prohibido expresamente por vía legislativa y considerado conducente, es decir, pertinente a la demostración de las pretensiones deducidas en el proceso. Por lo que el juzgador tiene el deber (Art. 398 *eiusdem*) de admitir las pruebas legales y procedentes y desechar las manifiestamente ilegales o impertinentes. Pudiéndose decir entonces, que la regla es la admisión de las pruebas, siendo la inadmisión la excepción. En razón de lo anterior, serán causas de inadmisibilidad de un medio de prueba, la impertinencia y la ilegalidad.

tad de los medios de prueba a fin de demostrar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso a esclarecer, teniendo como límite el que los mismos no se encuentren expresamente prohibidos por la ley.

Así mismo, contempla el artículo 215 del COOP que 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.

No obstante, hay que advertir que las nociones de medios de prueba y de medios de obtención de la prueba son netamente diferentes. En efecto, como tendremos oportunidad de señalar, la inspección corporal no es una *prueba* sino un *medio de obtención de la prueba*, por lo que es un error incluir en el término prueba –entendida cómo fuente de convicción– el medio a través del cual la prueba misma es obtenida para ser luego ofrecida al Juez a los fines de la decisión.

De esta manera, los elementos de convicción sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al proceso conforme a las disposiciones de ese Código, por lo que no podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, en la correspondencia, 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. Tampoco podrá apreciarse la información que provenga directa o indirectamente de un medio o procedimiento ilícitos.²⁹

Todas estas reservas intentan dar contenido concreto a garantías constitucionales tales como, la inviolabilidad del domicilio, la protección a la reputación, honor y vida privada, además del respeto a la dignidad personal (Art. 10 COPP).

²⁹ Véase: Art. 214 COOP.

Así las cosas, la interrogante que se plantea en materia penal es la siguiente: *¿será posible admitir en el proceso una prueba cuyo modo o procedimiento de adquisición fue realizado de manera ilícita, tomando en cuenta que ésta será quizás la única vía para lograr enjuiciar al culpable?*

Sin duda, el tema de la prueba ilícita ha sido tanto desde el punto de vista teórico como práctico, uno de los más importantes y debatidos del proceso penal. Determinar en qué consiste la ilicitud probatoria (la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales), sus causas y efectos, tanto propios como derivados, son cuestiones básicas y esenciales muchas veces resueltas por los Tribunales de forma insatisfactoria y lo que es peor, contradictoria.

En este sentido, es preciso saber diferenciar entre prueba irregular, prueba ilícita y prueba prohibida. La prueba irregular sería aquella generada con vulneración de las normas de rango ordinario que regulan su obtención y práctica. Por prueba ilícita se entiende aquella en la que en su origen o desarrollo se ha vulnerado un derecho o libertad fundamental y prueba prohibida sería finalmente la consecuencia de la prueba ilícita, esto es, aquella prueba que no puede ser traída al proceso puesto que en su génesis se han vulnerado derechos o libertades fundamentales.³⁰

Ahora bien, para hallar respuesta a dicha interrogante, Kielmanovich comenta que han surgido varias posiciones:³¹

a) *Tesis del siglo pasado*: Para algunos la prueba es admisible y válida con independencia del origen de la misma.

b) *Tesis tradicional*: Cardozo –citado por Kielmanovich– es partidario de esta posición, señala que la prueba ilícitamente obtenida es sin embargo, válida y eficaz aun cuando el sujeto que perpetró el acto que

³⁰ Rives Seva, Antonio Pablo: *La prueba ilícita penal y su efecto reflejo. Análisis Jurisprudencial*. Albacete-España, 9 de abril de 2000. En Internet: www.derecho.org.

³¹ Kielmanovich, Jorge L.: *La Grabación Subrepticia de una Conversación Telefónica como Prueba en el Proceso Civil*: En: *La prueba en el Proceso Civil (Cuestiones de Derecho Probatorio Nacional y Comparado)*. Abeledo-Perrot, Gráfica Pafernor S.R.L., 1985, p. 19.

condujo al descubrimiento del crimen mismo (particulares o funcionarios públicos), es también sancionado. La prueba es admisible y válida, pero debe castigarse al autor de la ilicitud, en caso de que su conducta sea punible.³²

c) *Tesis del interés público*: El Juez debe considerar si el interés público resulta mejor servido admitiendo o excluyendo la prueba de los hechos que se desprenden como resultado de ella, y por medios o acciones ilegales, y la respuesta a la interrogante depende de la consideración de todas las circunstancias.³³ Por lo general, los países del *common law* (a excepción del Derecho norteamericano) hacen prevalecer el interés público en la obtención de la verdad de la prueba procesal sobre la posible causa ilícita de la prueba.

d) *Para otros la prueba es en sí repudiable, pero serán estimables las consecuencias probatorias de los hechos que fueron obtenidos por la prueba ilícita, haciéndose éstos independiente del medio promovido los cuales se valorarán sólo en cuanto favorezcan al demandado*.

e) *Tesis moderna*: Los seguidores de la denominada tesis moderna, afirman que toda prueba obtenida por medios ilícitos es inadmisibile. Dicha posición es compartida por varios autores siguiendo al Juez norteamericano Holmes, y señalan que tales pruebas deben excluirse absolutamente del proceso, aún para el caso de la prueba *indirectamente* obtenida como consecuencia del acto ilícito anterior, ya que aprecia como un mal menor el de que algún criminal haya de escapar a la justicia, que el que las autoridades representen un papel innoble en la búsqueda de las pruebas por medios ilícitos.

La doctrina de la prueba ilícita se desarrolló principalmente en los Estados Unidos por la jurisprudencia de su Tribunal Supremo, en la que pue-

³² *Ídem*.

³³ Esta posición fue admitida en Irlanda en el caso: *The People (AG) vs O'Brien* (1965) y reseñada por el T.C.E., Sent. N° 114, del 29/11/1994. En: Palazzi, Pablo A. y Sergio L. Amadeo: *Reseña de jurisprudencia: Actividad probatoria en violación a garantías constitucionales (Derecho Argentino y Comparado)*: Internet: http://www.ulpiano.com/Atema_ProcPenal_Pruileg.htm, Sents. Nos. 84 y 86.

den distinguirse distintos períodos, desde el inicial de expansión de la *exclusionary rule*, que prohibía la utilización de la prueba obtenida de forma ilícita, que llega en 1961 a constituir una prohibición absoluta; pasando después por la introducción de ciertos elementos correctores que reducen su alcance: primero la *balancing-test*, que pone en el arbitrio judicial la capacidad de sopesar en cada caso los supuestos en los que se debe aplicar la *exclusionary rule*; y desde 1984 con la *good-faith exception*, que admite la validez procesal de ciertas pruebas obtenidas por los agentes de policía, siempre que su actuación haya sido razonable y en la creencia de obrar de forma legal. Especial interés tiene la doctrina sentada por aquel Tribunal en relación con la extensión de los efectos reflejos de la prueba ilícita, conocida como *fruit of the poisonous tree doctrine* (doctrina de los frutos del árbol envenenado), que ha sido asumida tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo de esa Nación.³⁴

El radio de acción de la prohibición de obtener pruebas ilícitamente no se restringe a los hechos directamente conocidos mediante la prueba original prohibida (*original evidence*), sino que llega a las adquiridas de forma derivada (*derivative evidence*) a partir de aquélla, con arreglo a la doctrina conocida como de los frutos del árbol envenenado (*taint o fruit of poisonous tree doctrine*).³⁵

El fundamento de lo que el derecho americano llama doctrina del “*fruto del árbol venenoso*”, radica en impedir que un Tribunal se valga de pruebas que son la consecuencia de un procedimiento ilegal, lo que vulneraría la garantía de la defensa en juicio. Al mismo tiempo, el principio reconoce un fin utilitario cual es el de erradicar determinadas prácticas policiales consistentes en valerse de medios espurios para iniciar una investigación y luego presentar –una vez anuladas las primeras actuaciones pero tomado por esa vía el hilo de la investigación– las pruebas necesarias para fundar la imputación. Tal sería el caso, en el cual la prevención mediante un allanamiento ilegal por carecer de orden judi-

³⁴ Rives Seva, Antonio Pablo: *Ob. Cit.*

³⁵ Sentencias *Silverthorne Lumber Co. vs U.S.*, 251 U.S. 385, 40, 1920; *Nardone vs U.S.*, 308 U.S. 338, 1939; *Wong Sun vs U.S.* 371 U.S. 471, 1963; y *Harrison vs U.S.*, 329 U.S. 219, 1968. En: Palazzi, Pablo: *Ob. Cit.*, Sent. 98.

cial previa, se hace de la fotocopia de una partida de nacimiento a raíz de la cual investiga adulteración del original de la misma, cuestionándose en consecuencia, la filiación de una menor.³⁶

En virtud de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, respecto de la *evidence wrongfully obtained* y de las *exclusionary rules*, en términos generales no puede admitirse judicialmente el material probatorio obtenido con violación a la IV Enmienda a la Constitución. La regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda, tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación de la misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada.³⁷

La doctrina expuesta no deja de presentar dificultades cuando se desciende al caso concreto, ya que esta teoría del árbol podrido que todo lo contamina puede conducir a abusos, pues de aceptarse al pie de la letra ese principio nos encontraríamos constantemente con situaciones de verdadera impunidad, que chocarían con la lógica de la realidad y con el respeto que ha de tenerse a conseguir una verdadera justicia material. Por ello, y dentro del más exquisito respeto a las garantías constitucionales, siempre se debe distinguir entre pruebas que conculcan esas garantías y pruebas que se obtienen dentro de ellas, sin que lo ilegal de aquéllas tenga que contaminar necesariamente a éstas.³⁸

Se puede concluir, que para quienes defienden esta tesis, carecen de eficacia todas aquellas pruebas que han sido fruto de otras pruebas originarias obtenidas ilegítimamente. Si en el proceso existe un sólo cauce de investigación y éste estuvo viciado de ilegalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquél.³⁹

³⁶ C. Nac. Crim. y Corr. Fed., Sala 2ª, 10/7/86, “Rodríguez de Palmieri, Mabel”, JA 1987-II-525. En: Palazzi, Pablo A.: *Ob. Cit.* Sent. N° 24.

³⁷ Corte Suprema de los Estados Unidos, Caso United States vs Janis (1976). *Idem*, Sent. N° 95.

³⁸ Véase: LA STS de 8 de octubre de 1996 -RJA 1996, 7136. En: Rives Seva, Antonio Pablo: *Ob. Cit.*

³⁹ BGHSt 32, 68 y CS, 22/12/94, “Daray, Carlos A.”). En: Palazzi, Pablo A.: *Ob. Cit.* Sents. Nos. 114 y 10, respectivamente.

f) *Tesis elaborada por la jurisprudencia Alemana (RFA)*: Excluye a la prueba ilegítimamente obtenida salvo, cuando el procedimiento en cuestión constituya el “único modo razonable” de salvaguardar otro valor constitucional.

Partiendo de la teoría del entorno jurídico (*Rechtskreistheorie*), se diferencian dos áreas objeto de protección de distinta intensidad: Hay un núcleo totalmente intangible, cuya vulneración comporta la absoluta imposibilidad de aprovechamiento del material probatorio que pueda llegar a lograrse. Así acontece con las declaraciones obtenidas mediante los métodos de interrogatorio prohibidos por la Ley Procesal Penal (malos tratos, agotamiento, violencias corporales, administración de fármacos, tortura, engaño o hipnosis, o que menoscaben la memoria o capacidad de comprensión), independientemente del consentimiento del inculcado. Resta, luego, una esfera de menor protección, en la que hay que considerar si la violación de la prohibición probatoria afecta esencialmente al entorno jurídico del recurrente, o si esa violación ha sido para él algo secundario o sin importancia.⁴⁰

En definitiva, le corresponderá al Juez considerar entre dos valores constitucionalmente enfrentados cuál de ellos tiene mayor relevancia, correspondiéndole únicamente a él tomar la decisión de admitir o excluir la prueba de ciertos hechos que fueron resultado de un procedimiento ilícito.

g) *Para otros, la prueba se rechazará cuando las circunstancias para su formación atenten contra los derechos individuales o garantías constitucionales o sean violatorios del orden público y las buenas costumbres*: El canon según el cual al juez le está permitido apreciar según su experiencia el valor del material probatorio, presupone que no se trate de pruebas prohibidas por la ley.⁴¹ No siendo posible aprovechar pruebas obtenidas con desconocimiento de garantías constitucionales, pues ello importaría una violación a las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio, que exigen que todo habitante sea

⁴⁰ BGHST, 214, 215, Auto de 21/1/1958. *Ídem*, Sent. 110.

⁴¹ T.C. Italiano, Sentencia N° 175, de 02/12/1970. En igual sentido: T.S. Italiano, Sent. 14-18/5/1970. *Ibidem*, Sent. N° 119.

sometido a un juicio en el marco de reglas íntegras que permitan descubrir la verdad, partiendo del estado de inocencia, de modo tal que sólo se reprima a quien sea culpable, es decir, a aquel a quien la acción punible le pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente.⁴²

La prohibición de admisión de la prueba obtenida con infracción de un derecho fundamental se desprende ineluctablemente de la dimensión objetiva de todos y cada uno de los derechos fundamentales, que en cuanto normas esenciales de todos los procedimientos seguidos por el Poder Público en el Estado democrático de Derecho y en particular de los judiciales, les impone su debida observancia, de forma que esos procedimientos, bien de creación de normas jurídicas o de su aplicación, quedando privados de toda legitimidad constitucional si transcurren al margen o sin respetar los derechos fundamentales, o si amparan sus menoscabos. Esta exigencia derivada de la dimensión de los derechos fundamentales, posee una particular incidencia en los procesos penales donde su observancia debe ser aún más rigurosa y severa, si cabe, que en los restantes, ya que dicho proceso es el cauce normal a través del cual se apela y, según el caso, se somete al individuo al uso más intenso y extremo del *ius puniendi* del Estado.⁴³

Cuando un Tribunal llegue a la conclusión de que la prueba fue obtenida de manera que infringió o desconoció derechos o libertades garantizados por la Carta Magna, la prueba quedará excluida, si no se establece que, teniendo en cuenta todas las circunstancias, su admisión en el procedimiento repercutiría en el descrédito de la Administración de Justicia. Por lo tanto, es reprobable, y por ende, debe condenarse el empleo de medios probatorios desleales.⁴⁴

Sólo un camino, el legal, es al cual recurrir para el descubrimiento de la verdad real, pues la verdad de los hechos no se pueden establecer de

⁴² C.S., 4/10/88, “Gordon, Aníbal y otro s/ privación ilegal de la libertad”, Fallos 311-2045. *Ídem*, Sent. N° 15.

⁴³ SSTC 81/1998, de 2 de abril y 239/1999, de 20 de diciembre. En: Rives Seva, Antonio Pablo: *Ob. Cit.*

⁴⁴ Caso Therens, 1985, 4, WWR, 286. En igual sentido, Rothman vs R., 1981, 59, CCC. Jurisprudencia de Canadá, y Tribunal de Casación Francés, Sentencia de 12/6/1952. En: Palazzi, Pablo A.: *Ob. Cit.*, Sents. Nos. 75 y 122, respectivamente.

cualquier modo, sino de la manera como la Ley la indica, es decir por las vías jurídicas.⁴⁵ Además, hay que decir que no cabe hablar de pruebas lícitas que procedan de una prueba ilícita. Si la prueba lícita ha llegado al Tribunal gracias a conocimientos conseguidos de forma ilícita, esta prueba es nula.⁴⁶

En Venezuela, el artículo 19 del COPP establece el deber que corresponde a los jueces de velar por la incolumidad de la Constitución de la República, imponiéndoles la obligación de atenerse a la norma constitucional cuando la ley cuya aplicación se pida colidiere con ella. Es decir entonces, que en cuanto a la ilegalidad de la prueba, las partes pueden hacerse valer cualquier medio probatorio no prohibido por la Ley, ni obtenido en forma ilícita, pues de ser tal caso las pruebas así obtenidas serán inadmisibles. Ello deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y de su condición de inviolables, por lo que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violando los derechos o libertades fundamentales. Sin embargo, esos derechos no son irrestrictos, así lo establece la propia Constitución y las leyes, pues no se trata de que tales derechos no sean protegidos, será la ausencia de protección la que origine la ilegitimidad de la prueba. Por tanto, no existirá violación cuando su vulneración no sea ilegal o arbitraria, ya que si existe justificación legal, no habrá ilegitimidad de la prueba.

Consideramos, en razón de lo anteriormente expuesto que esta última teoría es la que más se adapta a la realidad procesal venezolana, ya que como apuntábamos *supra*, será de todo punto de vista ilegal la obtención de un medio de prueba que viole derechos y garantías constitucionales del no promovente o terceros.

Por otra parte, surge una nueva pregunta: *¿qué sucede con las pruebas derivadas de otras ilícitas, esto es, cuando se trata de determinar la validez constitucional de pruebas que, siendo lícitas por sí*

⁴⁵ Véase: TSJ/SCP, Sent. 18-02-2000, Exp. N° 99-0129. Sent. 152.

⁴⁶ T.S.E., Auto 18/6/1992, En: Palazzi, Pablo A.: *Ob. Cit.*, Sent. N° 92.

mismas, pueden resultar contrarias a la Constitución, por haber sido adquiridas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneraron directamente un derecho fundamental? Aquello que la doctrina ha denominado el efecto reflejo de la prueba ilícita.

En este sentido, hay quienes sostienen que previamente habrá que establecer si entre unas y otras existe una conexión de antijuricidad. Dependiendo de la existencia o inexistencia de dicha conexión, desde *una primera perspectiva interna*, de la índole y características de la vulneración, así como de su resultado, condicionándola, por regla general, a lo que determinase un juicio de experiencia, a llevar a cabo, en principio, por los jueces y tribunales ordinarios, acerca de si el conocimiento derivado hubiera podido adquirirse normalmente por medios independientes de la vulneración. Pero, también la afirmación o negación de la conexión de antijuricidad debe verse de *una perspectiva complementaria*, que pudiéramos llamar externa, la de las necesidades de tutela del derecho fundamental, que cabría inferir de la índole del derecho vulnerado, de la entidad de la vulneración y de la existencia o inexistencia de dolo o culpa grave, entre otros factores.⁴⁷

Sin embargo, nosotros pensamos que el establecimiento de la supuesta conexión de antijuricidad (ya sea desde una perspectiva interna o complementaria), resulta muy peligrosa, pues su determinación queda restringida única y arbitrariamente al criterio subjetivo del Juez, por lo que somos partidarios de quienes sostienen que los actos ejecutados con desprecio de los derechos fundamentales del ciudadano, no pueden ser aceptados como justificación y fundamento de actos procesales de quien haya padecido aquella actividad constitucional ilegítima. Es reprochable, y por ende, debe condenarse el empleo de medios de pruebas desleales.⁴⁸

⁴⁷ Véase STC 81/1998. En: Rives Seva, Antonio Pablo: *Ob. Cit.*

⁴⁸ Esta posición fue sostenida por el TCI, Sent. N° 34, 6/4/1973 y por el TCF, Sent. 12/6/1952. En: Palazzi, Pablo: *Ob. Cit.*, Sents. Nos. 120 y 122, respectivamente.

2. LA OBTENCIÓN COACTIVA DE MATERIAL GENÉTICO COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO

2.1 GENERALIDADES

Sin entrar en disquisiciones, pues para ello sería necesario todo un estudio que no es el objeto de este trabajo, se puede decir que la finalidad que persigue el proceso penal es investigar las transgresiones a la ley y castigar a sus respectivos responsables. Dicho en otras palabras, al Juez penal se le ha encargado la tarea de buscar y alcanzar la verdad.

Ahora bien, para hallar la verdad el único medio con que cuenta el Juez son las pruebas, pruebas que en ocasiones son difíciles de encontrar, pues por una parte los delincuentes han afinado tanto sus métodos para la comisión de los delitos que pareciera casi imposible localizar algún rastro que pueda comprometerlos; y por otra, existen límites legales para la actuación del órgano jurisdiccional, que tienen que ver con el respeto a la esfera reservada del presunto indiciado y que no pueden transgredirse por tratarse de garantías y derechos constitucionales inherentes a toda persona humana.

Precisamente, este respeto a la esfera reservada muchas veces era alegado por los presuntos culpables para liberarse de su responsabilidad, ya que los objetos o elementos de prueba que pudieran servir para su inculpación eran llevados a ésta, en un intento por burlar a la justicia y quedar impune delitos donde perfectamente quedaría demostrada su autoría si se hubiese levantado tal reserva.

Para evitar lo anterior, se admite en diversas legislaciones el principio de la obtención coactiva de los medios de prueba. Según el cual, debe otorgarse al Juez (obviamente tomadas todas las previsiones legales pertinentes), la posibilidad de inspeccionar y registrar lugares, cosas e incluso la persona física de los sospechosos, cuando éstos se relacionen con los hechos del proceso. Donde los investigados no podrán negarse a que se practiquen los mismos, pues éste halla su fundamento en el deber que tiene todo ciudadano de colaborar con la justicia; en caso de negativa, serán coaccionados mediante la fuerza pública para tales efectos.

Así, por esta vía le está permitido al Juez –a través de sus órganos competentes– efectuar allanamientos, recabar informaciones, aprehender bienes, realizar inspecciones y exámenes corporales, pues sería absurdo que al Juez se le niegue tales facultades para obtener pruebas cuando la suerte del proceso y de la justicia dependen precisamente de las mismas.⁴⁹

En Venezuela, es permitido en materia penal que tanto el Ministerio Público como la policía de investigaciones penales hagan uso de la coacción para la obtención de medios de prueba, ello a fin de recabar evidencias que les permitan avanzar en sus investigaciones y las cuales podrán ser llevadas con posterioridad a un eventual juicio.

Así lo establece el Art. 217 del COPP.

Art. 217 COPP: “*Registro* Cuando sea necesario inspeccionar lugares, cosas o **personas** (*resaltado nuestro*), porque existen motivos suficientes para sospechar que se encontrarán rastros del delito, o se presume que en determinado lugar se oculta el imputado o alguna persona evadida, se procederá su registro, previa autorización del juez de control.

Mediante la inspección de la policía o del Ministerio Público, se comprobará el estado de las personas, lugares, cosas, los rastros y otros efectos materiales que existan, de utilidad para la investigación del hecho o la individualización de los participantes en él. De ella se levantará acta que describirá detalladamente esos elementos y, cuando fuere posible, se recogerán y conservarán los que sean útiles.

Si el hecho no dejó rastros, no produjo efectos materiales, si desaparecieron o fueron alterados, se describirá el estado actual, procurando consignar el anterior, el modo, tiempo y causa de su desaparición y alteración, y la fuente de la cual se obtuvo ese conocimiento; análogamente se procederá cuando la persona buscada o se halle en el lugar.

⁴⁹ Devis Echandía, Hernando: *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires, Zabalia, 1981, Tomo I, p. 135.

Se solicitará para que presencie la inspección a quien habite o se encuentre en el lugar donde se efectúa, o, cuando esté ausente, a su encargado y, a falta de éste, a cualquier persona mayor de edad, prefiriendo a familiares del primero. Si la persona que presencia el acto es el imputado y no está presente su defensor, se pedirá a otra persona que asista.

El registro se realizará en presencia de dos testigos hábiles, en lo posible vecinos del lugar, que no deberán tener vinculación con la policía; bajo esas formalidades se levantará un acta”.

Ahora bien, la obtención de medios de prueba por esta vía no puede ser realizada de manera discrecional o arbitraria por parte de los funcionarios competentes, sino que por el contrario, únicamente podrán efectuarse en ciertos casos siempre y cuando previamente se hayan tomado todas las previsiones y sean cumplidas las formalidades establecidas por la ley, esto a fin de garantizar la máxima protección a las garantías y derechos constitucionales y legales que serán vulnerados.

Dentro de las diligencias que la ley autoriza sean practicadas de manera coactiva a fines pesquisatorios y probatorios se encuentran:

1. Obtención de Informaciones por el Ministerio Público o la policía según los casos.
2. Registro de lugares, cosas y personas.
3. Apreensión de bienes.

A este respecto resulta necesario advertir, que dichas diligencias no son por sí mismas probatorias, sino que se tratan de mecanismos o procedimientos que sobre la base de los resultados que arrojen podrán posteriormente servir de guía para que sean practicados los correspondientes medios de prueba idóneos para aprehender determinados hechos.⁵⁰

⁵⁰ Cabrera Romero, Jesús Eduardo: *Algunas apuntes sobre el sistema probatorio del COOP en la fase preparatoria y en la intermedia*. En: *Revista de Derecho Probatorio*. Caracas, Ediciones Homero, N° 11, 1999, p. 115.

Para los efectos del presente trabajo nos interesa desarrollar el aspecto relativo al registro de personas, ya que de él depende la obtención de material probatorio que será objeto de posterior análisis genético, a fin de establecer la autoría del presunto imputado en los hechos delictivos. Por esta razón, descuidamos de manera voluntaria el estudio referido a la obtención de informaciones por el Ministerio Público o la policía, el registro de lugares y cosas, así como la aprehensión de bienes.

2.2 DEL REGISTRO DE PERSONAS

El artículo 217 del COPP contempla el registro de personas, como uno de los supuestos para ejercer la obtención coactiva de medios de prueba. Sin embargo, dicha inspección sólo será posible en aquellas situaciones en que sea necesario, por existir motivos suficientes para sospechar que se encontrarán rastros del delito y sean de utilidad para la investigación del hecho o la individualización de los partícipes en él. En estos casos la negativa del sospechoso a someterse al registro no impedirá que éste se lleve a cabo, a menos que medien causas legalmente justificadas (*Vgr.* funcionarios que gocen de inmunidad, tales como diputados o agentes diplomáticos).

Ahora bien, el registro de personas puede ser de dos tipos:

2.2.1 Relativo a la inspección de personas

2.2.2 Referido al examen del cuerpo.

2.2.1 De la inspección de personas (cateo o requisa)

Este tipo de registro está regulado en el artículo 220 del COPP,⁵¹ como se desprende del texto de la norma dicha inspección tendrá lugar en aquellos casos en los cuales existan justificadas sospechas (motivos su-

⁵¹ Art. 220. “*Inspección de personas.* La policía podrá inspeccionar una persona, siempre que haya suficiente para presumir que oculta entre sus ropas o pertenencias o adheridos a su cuerpo, objetos relacionados con un hecho punible. Antes de proceder a la inspección deberá advertir a la persona acerca de la sospecha y del objeto buscado pidiéndole su exhibición”.

ficientes y perfectamente razonables)⁵² que la persona objeto del registro oculta sobre su cuerpo cosas relacionadas con un delito. Dicha inspección está dirigida únicamente a revisar a la persona desde el punto de vista externo (lo que no lleva consigo el examen del cuerpo) y sólo procede para el caso de captura.⁵³ Consiste en registrar sus ropas y objetos que con ella se encuentren (bolsillos, medias, zapatos, carteras, bolsos u otros objetos de uso personal), para comprobar si efectivamente oculta entre ellas, o tiene adherido al cuerpo, algún objeto proveniente o que guarde conexión con el delito investigado.

2.2.2 Del examen del cuerpo

El examen del cuerpo es la otra forma de efectuar el registro de personas, su regulación está contemplada en el artículo 224 del COPP, y es precisamente este tipo de examen al que dedicaremos especial reflexión por ser el que nos interesa conocer a los efectos del presente trabajo:

Artículo 224. “*Examen corporal y mental.* Cuando sea necesario se podrá proceder al examen corporal y mental del imputado, cuidando el respeto a su pudor. Si es preciso, el examen se practicará con el auxilio de expertos.

Al acto podrá asistir una persona de confianza del examinado; éste será advertido de tal derecho.

Estas reglas también son aplicables a otras personas, cuando sea absolutamente indispensable para descubrir la verdad”.

Como podemos apreciar, la situación prevista en esta norma difiere de la inspección de personas regulada en el artículo 220 del COPP y que comentáramos anteriormente. En efecto, como su nombre lo indica este registro podrá ser efectuado, ya sea mediante inspección o a través de un peritaje médico legal. Está referido al examen del cuerpo o al de la

⁵² Los cuales deberá explicar en el acta que se levante a tal efecto.

⁵³ Obviamente también en casos de flagrancia y otros en que la ley disponga la posibilidad de inspección corporal por razones de seguridad pública, tales: las requisas efectuadas en terminales aéreos, marítimos, entrada a ciertas oficinas públicas, cárceles, etc.

mente, el cual se podrá realizar tanto al imputado como a otras personas (informantes, testigos, víctimas, etc.) y tiene como fin ayudar a descubrir la verdad.

Según la norma, se trata por una parte de un examen exterior del cuerpo humano, el cual puede conllevar a la desnudez de sectores o de la totalidad del cuerpo, de allí el respeto al pudor; y por otra, el examen mental el cual será el resultado de test psicológicos, pruebas psiquiátricas, psicológicas o similares, que sólo podrán practicarse por medio expertos.⁵⁴

Ante esta posibilidad legal, surge la pregunta: *¿será necesario una orden judicial previa para poder practicar el examen del cuerpo?*

Al intentar hallar respuesta en el COPP, nos topamos con una contradicción, pues el artículo 217 entra en conflicto con el artículo 224, debido a que este último no hace mención a la necesidad de orden judicial.

Ante tal dilema, nos manifestamos partidarios de la opinión del Doctor Cabrera quien señala, que al no darle facultad el artículo 224 al Ministerio Público ni a sus auxiliares para proceder al examen basándolo en sospechas y presunciones, como ocurre con la inspección de personas (Art. 220 COPP), aquí tiene que privar el principio del artículo 217 COPP, por lo tanto será necesaria autorización del Juez de control para proceder.⁵⁵

Ahora bien, una vez autorizado por el Juez *¿qué sucederá si el investigado se niega a ser inspeccionado?, ¿acaso podría ser coaccionado mediante fuerza pública para tal fin? Esto es, ¿será posible a los efectos de una investigación criminal, donde media una orden judicial para lograr la identificación de un posible delincuente estar obligado el sospechoso a someterse al análisis de su ADN, so pena de su constreñimiento por vía forzosa?*

Es menester previamente aclarar que los efectos jurídicos para someter a una persona a una identificación humana en el campo de la medicina

⁵⁴ Cabrera Romero, Jesús Eduardo: *Algunas apuntes...*, Ob. Cit., pp. 146 y 147.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 146.

forense serán diferentes dependiendo de si el reconocimiento se solicita por vía civil o por vía penal. Ciertamente, el artículo 210 del C.C. establece que a falta de reconocimiento voluntario por parte del supuesto padre, la filiación del hijo concebido y nacido fuera del matrimonio puede ser establecida judicialmente con todo género de pruebas, incluidos los exámenes o las experticias hematológicas y heredo-biológicas que hayan sido *consentidos* por el demandado (resaltado nuestro). La negativa de éste a someterse a dichas pruebas se considerará *como una presunción en su contra*. Esta presunción no se contempla para el caso de sospechosos de haber cometido un supuesto delito y se niegan a aportar la muestra por vía voluntaria o consentida.

La inquietud se mantiene: *¿se podrá previa orden judicial, constreñir a un sospechoso para que se realice un examen genético, del cual eventualmente podría demostrarse su participación o autoría en el delito imputado?*

Pues bien, a este respecto existen posiciones encontradas:

2.3 ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA OBTENCIÓN COACTIVA DE MEDIOS DE PRUEBA

Los detractores de la obtención coactiva de medios de prueba argumentan, que aceptar tal posibilidad iría en contra del principio de la autonomía corporal, pero sobre todo, sería una erogación del derecho constitucional de no declarar contra sí mismo.

Para fundamentar su posición hacen valer las normas constitucionales y legales en virtud de las cuales, a quien se le impute la comisión de un hecho punible tiene derecho a que se le presuma inocente y a que se le trate como tal, mientras no se establezca su culpabilidad mediante sentencia firme (Arts. 49, Num. 2 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) y 8 COPP, respectivamente); e igualmente, el derecho a ser impuesto del precepto constitucional que lo exime de declarar y, aun en caso de consentir a prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento, (Arts. 49, Núm. 5 CRRV y 122 COPP Ord. 9°).

En este mismo sentido se pronuncia Leopoldo Zambrano, quien comenta que la obligatoriedad de efectuarse esta clase de pruebas, es completamente inconstitucional, dado a que la mayoría de las Cartas Magnas contienen garantías del derecho a la intimidad, a la integridad física e incluso el derecho de no declarar en contra de sí mismo. Sostiene, que el hecho de obligar coactivamente a alguien a aportar su propio cuerpo para determinadas pruebas genéticas es una flagrante violación de los nombrados principios.⁵⁶ Domínguez Guillén se manifiesta en términos generales contraria a la práctica forzosa de un examen corporal a los fines de no violentar la integridad física y considera que la salida jurídica es la consagración de las presunciones en contra del implicado.⁵⁷

Tales garantías –apunta Yván Figueroa– adquieren su justificación en un Estado respetuoso de los derechos del hombre y del ciudadano, más aún, si se considera que el indiciado (sujeto pasivo del proceso) es el protagonista y el eje central en torno del cual gira el proceso y que merece ser juzgado bajo el amparo de la Ley, de lo contrario el Estado podría ser tildado de autoritario. Agrega el autor, que la búsqueda de la verdad tiene limitaciones, y aunque las partes tengan el deber de colaborar al aporte probatorio, los derechos fundamentales del indiciado trazan el límite de actuación jurisdiccional y deben prevalecer; más aún, cuando el propio indiciado resulta ser el objeto de la prueba.⁵⁸

⁵⁶ Zambrano E., Leopoldo: En Internet: <http://clubs.terra.com.mx/xfiles/articulos/ciencia/4071/Pagina4.htm>

⁵⁷ Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Innovaciones de la Constitución de 1999 en materia de derechos de la personalidad*. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 119, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2000, pp. 29 y 30. Señala la autora: “En relación, a los exámenes médicos o científicos sin el consentimiento, en las circunstancias que determine la ley, también se debe ser cauteloso. Pues ante la imposibilidad de violentar la integridad física y el pudor de una persona, por querer practicar en forma forzosa un examen físico, se consagra sabiamente las presunciones en contra de quien sostiene tal negativa. Dicha presunción permite evitar las cómodas evasiones del implicado y a su vez no violentar el derecho a la integridad psicofísica. Existen exámenes que requieren la colaboración del afectado y sería penoso y hasta humillante en algunos casos el uso de la fuerza”. (*Idem*). Véase el mismo comentario en: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil*. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Nuevos Autores N° 1, 2001, p. 481.

⁵⁸ Figueroa, Yván: *Ob. Cit.*, pp. 32 y 31, respectivamente.

Por lo tanto, consideran que aun existiendo una orden judicial que autorice la revisión externa del imputado, donde se le solicite revisar su cuerpo, se le tomen huellas dactilares o para que forme parte de una rueda de individuos para ser reconocido; si éste se niega, la misma no podrá ser efectuada; y en el caso de haberse realizado por vía de la fuerza, dichos medios de prueba serían ilegales, por ser ilícita su obtención, pues han sido violadas normas constitucionales y legales.

Sostienen, que nadie puede ser obligado a prestar juramento, ni constreñido a rendir declaración o reconocer culpabilidad, por lo que cuando un sujeto es llamado a aportar material probatorio en su contra, debe respetarse su capacidad de autodeterminación en el caso de que no quiera hacerlo. Todas las hipótesis que anteriormente han sido mencionadas pueden ser consideradas como declaraciones, aunque no verbales igualmente servirían para comprobar su culpabilidad y obligarlo a ello no es más que reconocer su culpabilidad.⁵⁹

En lo que se refiere al examen de material genético proveniente del interior del cuerpo (semen, sangre, orina, etc.), se hace valer el derecho que tiene el indiciado a no ser sometido a tortura u otros tratos crueles o degradantes de su dignidad personal, ni ser objeto de técnicas o métodos que alteren su libre voluntad, incluso con su consentimiento (Art. 122 COPP Ords. 10° y 11°, respectivamente).

Los partidarios de esta tesis negativa, consideran que para practicar este tipo de exámenes siempre será necesario el consentimiento del imputado, pues la falta de voluntad de los prevenidos, extraerles sangre, tornaría imprescindible la conculcación física de aquéllos, es decir, lisa y llanamente, privarles a esos fines de su autonomía corporal, resultando improcedente la medida coercitiva que involucra la decisión del juez en ese sentido, pues –asimismo– se trataría de constreñir a los prevenidos para que decidan facilitar la realización de un medio de prueba que podría contener un factor probatorio en su contra.⁶⁰

⁵⁹ *Ibidem*, p. 39

⁶⁰ C.Acusación, Córdoba, 30/4/80, “Peralta de Santos, Petrona P. y otro”, “B.J.C.”, XXIV-145. *Ibidem*, Sent. N° 73.

Este criterio fue sostenido en una sentencia dictada por una Corte de San Francisco⁶¹ la cual señaló, que debe admitirse la oposición del imputado a que se le extraigan muestras de sangre destinadas a los exámenes periciales basados en los sistemas del H. L. A. y/o D. N. A., solicitado por la parte civil con la finalidad de investigar la autoría del delito de violación que se le incriminara y el consecuente embarazo. Lo que trajo como consecuencia, dejar sin efecto la realización de dichas pericias, acogidas por el tribunal, y las designaciones de peritos efectuadas sin costas, atento la naturaleza de la cuestión debatida. Así mismo, se ha esgrimido la anterior argumentación en aquellos casos de sus negativas, no corresponde someter a los imputados a prueba de histocompatibilidad genética a los fines de determinar si un menor es hijo de ellos o no.⁶²

Se puede concluir que quienes se niegan a la obtención coactiva de material genético como medio de prueba en el proceso penal, se fundamentan en derechos constitucionales y legales, referidos a la integridad física,⁶³ derecho a la intimidad genética, libertad de movimientos,⁶⁴ derecho a no declarar contra sí mismo, derecho a no declararse culpable y derecho a la presunción de inocencia.

2.4 ARGUMENTOS A FAVOR DE LA OBTENCIÓN COACTIVA DE MEDIOS DE PRUEBA

Por otro lado, están quienes sostienen –incluyendo al Doctor Cabrera– que tratándose de órdenes judiciales que deben ser cumplidas, el uso de la fuerza pública no se descarta si la persona no colabora con la prueba. El artículo 5 COPP junto con el 11 el artículo de la Ley Orgánica del

⁶¹ Criminal en C.Crim. y Correc. San Francisco, 17/5/91, “Martínez, Alberto”, “L.L.C.”, 1991-720. *idem*, Sent. N° 72.

⁶² Jdo. Fed. N° 1 Mendoza, 6/12/93, “Castro, José y otro s/querella”, La Revista del Foro de Cuyo, T.13, 1994-142). En: *Idem*, Sent. 69.

⁶³ En cuanto a la integridad física, se ha señalado que la Declaración Universal de los Derechos Humanos recoge que nadie puede sufrir una lesión en contra de su voluntad, por leve que ésta sea.

⁶⁴ En lo que se refiere al derecho de libertad de movimientos la Comisión Europea (D. 8278/78 de 13-12-79) se pronunció en este sentido, afirmando que la “ejecución forzosa de exámenes de sangre a una persona constituye una privación de libertad, incluso en el caso de que dicha privación sea de corta duración”.

Poder Judicial sirven de base legal para ello, así como otras normas del COPP que prevén el uso de la fuerza pública para obligar a las personas a prestar su colaboración a la justicia.⁶⁵

El que a una persona se le obligue a formar parte de una rueda de individuos para su reconocimiento, tomarle huellas y realizarse una inspección corporal, es sólo una forma de aprehensión de caracteres físicos y de modo alguno es un constreñimiento para obtener un reconocimiento expreso de su culpabilidad, por lo que no se viola ningún tipo de normas ni constitucionales ni legales.⁶⁶

En cuanto a las supuestas lesiones a la integridad física, realmente esto no cierto, pues para la realización del examen de ADN no es necesario recurrir a muestras que impliquen lesión alguna, ya que basta cualquier resto orgánico, saliva, pelos, sudor, etc., que son suficientes y quizás requiere menor esfuerzo que una impresión dactilar.

En cuanto al problema de la libertad de movimiento, éste podría pasar a segundo plano en la investigación criminal, ya que si existen indicios y elementos suficientes como para poder establecer la realización de una prueba en contra de la voluntad del sospechoso, eso será suficiente para poder establecer la privación de libertad como fase previa a la recogida de la muestra.

Por otro lado, quienes afirman la obtención coactiva de los medios de prueba, sostienen que sí es posible realizar estos exámenes incluso en contra de la voluntad de las personas que el Juez ordena. A este respecto señalan, que el órgano jurisdiccional puede disponer la realización coactiva de la extracción de sangre en los imputados y otras personas, porque las disposiciones de la Constitución Nacional no amparan una negativa a impedir la búsqueda de la verdad por parte del Juez, si la medida resulta proporcional al objeto de la pesquisa, conducente al es-

⁶⁵ Cabrera Romero, Jesús Eduardo: *Algunas apuntes...*, Ob. Cit., p. 147. En este mismo sentido Fallo de la Cámara Federal de Casación Penal, con fecha 24 de marzo del año 2000.

⁶⁶ En este sentido señaló una sentencia Argentina: La identificación en rueda de presos no resulta violatoria de la cláusula que veda la exigencia de declarar contra sí mismo (CS, "Cincotta", Fallos 255:18 y 311:2325). En: Palazzi, Pablo: Ob. Cit., Sent. N° Sent. 53.

clarecimiento de los hechos y se cumplirá por personal idóneo a los efectos de evitar daños innecesarios en la salud.

Quienes están a favor de la obtención coactiva de medios de prueba piensan que la prohibición de compeler a un hombre a atestiguar contra sí mismo en un proceso criminal y la prohibición del uso de la fuerza física o moral para obtener su declaración, no excluye a su cuerpo como evidencia cuando sea de tipo material.⁶⁷

En lo que se refiere a muestras genéticas provenientes del interior del cuerpo humano, comentan que la extracción de sangre para establecer por ejemplo, el grado de alcoholización de un sujeto protagonista de un accidente de tránsito es un medio de investigación lícito y constituye una operación rutinaria que no es violatoria del debido proceso, por lo que puede ser cumplido aun contra la voluntad del imputado.⁶⁸

En este sentido, el Tribunal Constitucional Español se ha pronunciado sobre las intervenciones corporales en el ámbito penal en Sentencia 37/89 de 15/02/89, considerándolas admisibles si son ordenadas por el Juez mediante resolución motivada y respeten el principio de proporcionalidad, incluso a pesar de la ausencia de regulación legal al respecto.⁶⁹

Resulta interesante señalar que la jurisprudencia venezolana ha mantenido silencio en cuanto al valor probatorio de este tipo de medios de prueba. Sin embargo, el Tribunal Supremo alemán, en su sentencia de 12 de agosto de 1992, después de cuestionar las bases del examen pericial y ante un nivel de probabilidades de acierto de un 99,986% señala que, en todo caso, la prueba del DNA ha de ser tratada como un indicio, que se ha de constatar junto con otros, para llevar al tribunal a la convicción sobre la culpabilidad del acusado (Sentencia del Tribunal Supremo Alemán, 1992).⁷⁰

⁶⁷ (CS Estados Unidos, "Holt vs US", 218 U.S. 245). En: Palazzi, *Ob.Cit.*, Sent. 102.

⁶⁸ Véanse: Jdo. Fed. San Carlos de Bariloche, 13/9/94, causa 1727/94, ED 161-223; (CNCrim., Sala I, JA 1992-III-23) y Caso Breithaupt vs Abram (342 U.S. 165). En: Palazzi, *Ob.Cit.*, Sents. N°s 70, 66 y 101. Igualmente, se ha dicho que es constitucional la extracción de muestras de sangre de detenidos seleccionados, de quienes se sospecha que consumen estupefacientes. ("Ferguson vs Cardwell", 392 F.Supp 750 (1975). *Ibidem*, Sent. N° 105.

⁶⁹ Este pare ser también el criterio de la Comisión Europea de Derechos Humanos en su Art. 15.

⁷⁰ Recio C, Vega J, Mnez. León M.: *Ob. Cit.*

Por nuestra parte consideramos, que el examen externo del cuerpo no puede considerarse una violación al principio de no declarar contra sí mismo, pues se trata de una simple inspección que tiende a percibir o capturar ciertas señales físicas que no implican un reconocimiento de culpa a quien se le practica, sino un deber de colaboración para con la justicia impuesto por razones de interés público, el cual si no presta voluntariamente podrá ser obtenido por la vía de la coacción, sin que ello signifique una violación de norma jurídica alguna.

En esta materia somos partidarios de reconocer la legitimidad de actos de investigación coactiva, siempre que sean coherentes con el principio de proporcionalidad, de manera que tales actuaciones nunca podrán configurar un riesgo para la salud del destinatario y dicha obtención cuente con una orden judicial donde se protejan todas las garantías constitucionales y legales.

El énfasis social y político por el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas ahora también tiene repercusión en el mundo de la medicina, pero ésta no es ajena a la del derecho. En efecto, expresiones como: consentimiento informado, principio de independencia o respeto a la autonomía del paciente, si bien son nuevas en el lenguaje médico, ya hace mucho tiempo que el ordenamiento jurídico las venía tutelando, por ser el paciente una persona humana con valores fundamentales y determinados.⁷¹

Las técnicas de identificación genética generan conflictos con los derechos fundamentales amparados en la Constitución, por lo que la obtención por vía coactiva de muestras obtenidas del exterior del cuerpo humano, deben estar orientadas por principios de proporcionalidad. Pues, la identificación genética supone siempre la afectación del derecho a la intimidad.

En cuanto a la utilización de muestras genéticas provenientes del interior de cuerpo, no compartimos su obtención de manera coactiva como

⁷¹ Clotet, Joaquim: *¿Por qué Bioética?* En: *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, N° 1/2, 1994, Volumen 23, p. 410.

medios de prueba.⁷² Consideramos que los derechos y garantías constitucionales y legales referidos al debido proceso y a la dignidad humana son tan sensibles, que ante la duda de saber si un sospechoso es culpable o no y la transgresión de tales normas, resulta mejor darle el beneficio al reo que el Estado cometa un acto indigno.

Por otra parte, en vista de la ratificación hecha por Venezuela de la Declaración Universal de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de 1998, y aun cuando la misma no tiene fuerza de ley, sin duda alguna compromete moralmente a los Estados firmantes (alrededor de 85), a precisar los medios para aplicar los objetivos que fija dicho texto.

Como es sabido, dicho instrumento se caracteriza por la relevancia que se atribuye a la actividad científica, recalcando que el rigor, la prudencia, la honestidad intelectual y la integridad de los científicos, así como las investigaciones y la utilización de sus resultados, deben ser objeto de una atención particular, por cuanto le ha sido otorgado a las secuencias de nuestro ADN el *status de Patrimonio de la humanidad*. Sin duda, la Declaración constituye una iniciativa en la materia no sólo por su carácter universal sino por su voluntad de instrumentalizar sus propuestas; propuestas que siempre exhortan al reconocimiento de la dignidad y diversidad del hombre y a la defensa irrestricta de sus Derechos Humanos.

Antes de concluir, me permito señalar otro de los dilemas que enfrentan las pruebas genéticas. Si bien es cierto que aún hoy en día para los jueces es difícil aceptar como plena prueba un análisis de ADN para condenar como culpable a un sospechoso de haber cometido un delito.⁷³ Sin embargo, la situación es completamente a la inversa cuando con la prueba de ADN lo que se desea es dejar en libertad a personas inocentes que estaban condenadas, incluso algunas habían sido sentenciadas con pena de muerte y finalmente quedaron en libertad. Lamentablemente, otras no corrieron con la misma suerte, pues las penas fueron

⁷² Véase en este sentido: Domínguez Guillén, *Innovaciones de la Constitución de 1999...*, pp. 29 y 30. Véase el mismo comentario en: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, p. 481.

⁷³ (Basta con recordar el famoso caso de O.J. Simpson).

ejecutadas y los resultados de los análisis genéticos dieron cuenta que en nada tenían relación con el caso.

A. B. Butler fue uno de los condenados que pudo demostrar su inocencia gracias a los análisis genéticos. Fue liberado el 7 de enero de 1999 y luego absuelto, tras haber pasado dieciséis años encarcelado en Tyler (Texas). Este norteamericano de color había sido condenado a 99 años de presidio por el rapto y la violación de una muchacha blanca en 1983. En cuanto tuvo noticias de la existencia de las pruebas de ADN, las reclamó por su cuenta, pues sabía que la policía había conservado restos de esperma del agresor de la joven. En 1999, tres laboratorios confirmaron que sus huellas genéticas no tenían nada que ver con las del violador.

Desde que en 1989 el FBI empezó a utilizar los análisis de ADN, éstos permitieron demostrar la inocencia de por lo menos 54 detenidos injustamente condenados a penas muy graves, las más de las veces en procesos por violación. Treinta y cinco de ellos fueron defendidos por la Escuela de Derecho de la Universidad Yeshiva de Nueva York, en el marco de la operación Innocence Project (IP) lanzada en 1992 por el profesor Barry Scheck. El objetivo de dicha operación fue ayudar a aquellos presos que clamaban su inocencia y no tenían los medios necesarios para pagar los servicios de un buen abogado, para ello se realizaron estudios de sus análisis genéticos y se compararon con la información genética que se había conservado en las supuestas pruebas de su culpabilidad en el proceso donde fueron condenados. Lo que estaba en juego era esencial: pues seis de los presos liberados gracias a los esfuerzos de los estudiantes y profesores participantes en ese proyecto estaban condenados a muerte.

Otro ejemplo de lucha por exonerar a un inocente es el caso de Joseph O'Dell, quien fuera ejecutado hace dos años en Virginia, Estados Unidos, pero la batalla legal por declararlo inocente aún no ha terminado. O'Dell fue condenado en 1986 por la violación y asesinato de Helen Schartner. Once años más tarde se cumplió la sentencia. Grupos de opositores a la pena de muerte demandan la realización de nuevas pruebas de ADN con muestras obtenidas del cuerpo de Schartner. Estas pruebas no estaban disponibles cuando se hizo el juicio y podrían probar que el Estado ejecutó a un hombre inocente. Los fiscales dicen que

O'Dell fue condenado por numerosas evidencias y que todas las apelaciones en los últimos años obtuvieron el mismo resultado, por lo tanto no desean que el caso se reabra.

Estos casos muestran un creciente problema que tiene el sistema judicial, tratando de ir a la par con las nuevas tecnologías forenses. Las pruebas de ADN eran poco usadas hace 15 años y ahora miles de prisioneros están presionando a las cortes para reabrir sus casos. El Departamento de Justicia norteamericano dice que en los últimos doce años, 62 convictos han sido absueltos por pruebas de ADN, algunos de ellos estaban condenados a muerte.⁷⁴

Son estos casos los que nos mueven a la reflexión y donde realmente valoramos el inmenso poder que tiene el ADN, ya que puede ser la única vía para condenar a un culpable o absolver a un inocente.

CONCLUSIÓN

Hemos tenido oportunidad de apreciar el análisis del DNA con fines de identificación forense, es un método de enorme valor si se realiza con rigor. No obstante, los resultados obtenidos de su examen a efectos de la valoración por parte del Juez, sólo ofrecen una ayuda adicional de convicción, siendo necesario presentar otras pruebas para que se declare la culpabilidad de un sospechoso.

Como es sabido, el Derecho resulta perturbado cada vez que un descubrimiento de la ciencia y la tecnología intenta afianzarse dentro del ámbito social. Más aún, si lo que está en juego es el patrimonio genético de la humanidad y la posible identificación de los autores o participantes de un hecho punible con un grado de certeza jamás alcanzado.

El uso de muestras genéticas como medio de prueba en el derecho penal, es de gran importancia para el esclarecimiento de cómo y quién cometió el delito, pero tales medios deben estar previamente regulados por la Ley y su utilización sólo debe emplearse cuando resulte impres-

⁷⁴ Véase: http://www.encl.net/gacetajudicial/1999/70/derechos_administrativo.htm.

cindible y proporcional a los hechos investigados, de lo contrario, se podrían ocasionar graves perjuicios a la dignidad humana de los sospechosos. Si bien aceptamos que debe darse paso a nuevos medios para la obtención de pruebas con miras a la búsqueda de la verdad, no hay que olvidar que a quien se juzga es a una persona humana, la cual merece respeto a todos sus derechos y garantías constitucionales.

En este sentido, nos manifestamos partidarios de la obtención coactiva del examen externo del cuerpo, únicamente si son ordenadas por el Juez mediante resolución motivada, con respeto al principio de proporcionalidad y donde se ofrezcan todas las garantías necesarias a la hora de su consecución. A nuestro parecer, tal práctica no puede considerarse una violación al principio de no declarar contra sí mismo, pues se trata de una simple inspección que tiende a percibir o capturar ciertas señales físicas que no implican un reconocimiento de culpa a quien se le practica, sino un deber de colaboración para con la justicia impuesto por razones de interés público.

En cuanto a la utilización de muestras genéticas provenientes del interior de cuerpo, no compartimos su obtención de manera coactiva, puesto que los derechos y garantías constitucionales y legales referidos al debido proceso y a la dignidad humana son tan sensibles, que ante la duda, resulta mejor darle el beneficio al reo.

Es en verdad deseable que los delincuentes resulten descubiertos y que cualquier prueba existente sea utilizada para este fin, pero también es deseable que el gobierno no se ponga al mismo nivel que aquéllos, y pague por otros delitos, ni que éstos sean los medios para obtener la prueba de los perseguidos inicialmente. Es necesario elegir, y, por lo que a mí concierne, prefiero que algunos delincuentes escapen a la acción de la justicia, antes que el gobierno desempeñe un papel indigno.

(Suprema Corte de los Estados Unidos, Caso: “*Olmstead vs U.S.*”. (1928), voto disidente del Magistrado Oliver Wendell Holmes).

BIBLIOGRAFÍA

- BANCHIO, Enrique C.: *La libertad del hombre y el genoma*. En *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Universidad Nacional de Córdoba, N° 1, 1993, Volumen 1, pp. 353-364.
- BERNARD MAINAR, Rafael: *Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2000.
- CABRERA ROMERO, Jesús Eduardo: *Algunas apuntes sobre el sistema probatorio del COOP en la fase preparatoria y en la intermedia*. En: *Revista de Derecho Probatorio*. Caracas, Ediciones Homero, N° 11, 1999.
- CLOTET, Joaquim: *¿Por qué Bioética?* En: *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, N° 1/2, 1994, Vol. 23.
- DE LA PARRA TRUJILLO, Eduardo: *Consecuencias Jurídicas del Proyecto Genoma Humano*. En: <http://morgan.ia.unam.mx/usr/humanidades/189/ARTICULOS/DELA-PARRA.html> y <http://www.peritajes.com/medicina/informacion/4.htm>.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires, Zabalia, 1981, Tomo I.
- DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Innovaciones de la Constitución de 1999 en materia de derechos de la personalidad*. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 119*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2000, pp. 17-44.
- _____: *Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil*. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Nuevos Autores N° 1, 2001.
- FIGUEROA ORTEGA, Yván: *Alcances con relación a la persona humana del principio de obtención coactiva de los medios de prueba*. En: *Revista de Derecho Probatorio*, N° 3, Caracas, Editorial Jurídica Alva, S.R.L., 1994.
- FROSINI, Vittorio: *Derechos humanos y bioética*. Colombia, Editorial Temis, S.A., 1997.
- HIMIOB SANTOMÉ, Gonzalo: *Particularidades probatorias relativas a la identificación personal en materia penal*. En: *Revista de Derecho Probatorio*, N° 7. Caracas, Editorial Jurídica Alva, S.R.L., 1996, pp. 237 a 372.
- KIELMANOVICH, Jorge L.: *La grabación subrepticia de una conversación telefónica como prueba en el Proceso Civil*. En: *La prueba en el Proceso Civil (Cuestiones de Derecho Probatorio Nacional y Comparado)*. Abeledo-Perrot, Gráfica Pafemor S.R.L., 1985.

- NEZER de LANDAETA, Isis: *Trascendencia jurídica de las nuevas tecnologías de reproducción humana y de la investigación genética*. En: *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia*. Caracas, Publicidad Gráficas León, S.R.L., 1994, Tomo I.
- PALAZZI, PABLO A. y Sergio L. Amadeo: *Reseña de jurisprudencia: Actividad probatoria en violación a garantías constitucionales (Derecho Argentino y Comparado)*: Internet: http://www.ulpiano.com/Atema_ProcPenal_Pruileg.htm, Sents. Nos. 84 y 86.
- PONTE, Alicia: *Proyecto genoma*. En: *Revista de Postgrado de Farmacia*. Facultad de Farmacia UCV, 1990.
- RECIO C., Vega J., Mnez. León M.: *Aplicaciones de la ingeniería genética en medicina legal y forense*. En: <http://www.med.uva.es/mlf/areas/criminalistica/geneticaforense.htm>
- RIVES SEVA, ANTONIO Pablo: *La prueba ilícita penal y su efecto reflejo. Análisis Jurisprudencial*. Albacete-España, 9 de abril de 2000. En Internet: www.derecho.org.
- SESSAREGO, Carlos: *La libertad y genoma humano* (Ponencia presentada al Congreso Internacional: El Proyecto Genoma Humano). Bilbao, Fundación BBV, 1993.
- VÁZQUEZ, Rodolfo: *Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas actuales*. México, Editorial ITAM, 1999.
- ZAMBRANO E., Leopoldo: En: Internet: <http://clubs.terra.com.mx/xfiles/articulos/ciencia/4071/Pagina4.htm>.
- ZARRALUQUI, Luis: *El genoma humano: estatuto jurídico*. En: *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia*. Caracas, Publicidad Gráficas León, S.R.L., 1994. Tomo I.

Aspectos Constitucionales del Proceso

Rodrigo Antonio RIVERA MORALES*

SUMARIO:

- 1. Generalidades**
- 2. Fundamentos constitucionales del proceso: 2.1 Caracterización de la justicia en la Constitución.**
- 3. El modelo constitucional del proceso.**
- 4. El debido proceso.**
- 5. El proceso civil y penal en el marco de la Constitución: 5.1 *El Proceso Civil*. 5.2 *El Proceso Penal*. 5.3 *Normas Internacionales con relación al proceso penal*. 5.4 *Normas constitucionales acerca del proceso*: 5.4.1 Derecho de defensa. 5.4.2 Presunción de inocencia. 5.4.3 Derecho a ser oído. 5.4.4 Derecho al Juez natural. 5.4.5 Derecho a no confesar contra sí mismo. 5.4.6 Principio de la legalidad. 5.4.7 Principio *Non bis in ídem*. 5.4.8 Principio de la responsabilidad del estado por error judicial.**
- 6. Las nulidades procesales nacen en la Constitución.**

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado. Especialización en Metodología de la Investigación, Maestría en Planificación y Desarrollo Regional. **Universidad Católica del Táchira**, Diplomado en Derecho Constitucional y en Derecho Procesal Civil, *Facultad de Derecho, Escuela de Derecho*, Profesor desde 1971. Diversas obras y artículos difundidos en revistas especializadas.

1. GENERALIDADES

Desde el punto de vista histórico, el sentido de la Constitución era, básicamente, proteger ciertas libertades inherentes al individuo. Se le asignó, también, una función organizativa, puesto que diseñaba la estructura orgánica de poder del Estado; lo que significó en la evolución constitucional, como un propósito de limitar el poder público. Puede inferirse que la esencia de la Constitución radicaba, pues, en el espíritu protector de los derechos del individuo, lo cual repercutía en el plano de la organización política y que exigía como garantía de la libertad, la separación de los poderes.

Históricamente, se puede constatar que conjuntamente con la separación de los poderes, los revolucionarios franceses intentaron asegurar la vigencia de los derechos naturales:* reservar a la ley, por tanto, a la voluntad general, la toma de decisiones que implicasen limitaciones de tales derechos, principio que se conoce como “*reserva legal*”. Bajo la inspiración del pensamiento rouseauniano, se negó que el hombre, en el disfrute de sus derechos innatos, pudiera ser sometido a restricciones distintas a las que él mismo hubiera consentido a través de sus representantes y, en último término, de la ley.* Este postulado del gobierno de la ley constituye la base para la conexión de los conceptos de Constitución y del Estado de Derecho. La idea subyacente que informaba ese postulado era la del imperio del Derecho, la del ejercicio del poder conforme a las reglas generales preestablecidas y la de la exclusión de los privilegios y arbitrariedades, todo lo cual debía contribuir a la protección de los derechos individuales. Los mitos sobre los cuales la primacía de

* NOTA: En la lucha contra el absolutismo, cada movimiento liberal proclamaba una carta de derechos, entre las más trascendentes están: el decreto de Alfonso IX en las Cortes de León de 1188; la Carta Magna del rey Juan II de Inglaterra de 1215; el *Bill of Rights* de 1689, pacto entre Guillermo De Orange y el Parlamento; la declaración de Derechos del Estado de Virginia (USA) en 1776 y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de Agosto de 1789.

* NOTA: La visión liberal proclamaba un Estado neutro, bajo el principio de “*dejar hacer, dejar pasar*”, que conducía al “*estado policía*”, por ello toda la actividad del estado debía limitarse a la creación y aplicación de leyes, las cuales representaban el interés común (visto como la suma de los intereses particulares) o de la voluntad general (tesis de Rousseau).

la ley se apoyaba fueron, no obstante, lo suficientemente poderosos como para que la ley misma terminará usurpando el papel protagónico propio de los derechos. El legiscentrismo característico del estado liberal-burgués condujo a un sobredimensionamiento del valor de la ley, en virtud del cual los derechos proclamados sólo regían y en la medida en que ésta lo regulase.¹

Paralelamente a esta situación del Imperio de la ley, se fue generando el proceso del constitucionalismo moderno. Bajo esta nueva visión surge la Constitución como un instrumento protector de las libertades individuales, que se sirve de técnicas organizativas y normativas, como la separación o división de los poderes y la reserva legal. De esta manera, ella contribuye a la unidad política y a la unidad del ordenamiento jurídico del que forma parte, al proporcionarle principios rectores que informan las distintas áreas del ordenamiento y operan como ejes o elementos de articulación de sus componentes.*

Los derechos son ilusorios sino hay una efectiva realización de los mismos. Por eso, el planteamiento del constitucionalismo se centra en que es primordial asegurar la plenitud y efectividad de la tutela judicial de los derechos fundamentales, pues éstos sólo pueden traducirse en límites infranqueables al ejercicio del poder cuando tienen a su servicio medios procesales adecuados para lograr su protección oportuna ante instancias realmente independientes e imparciales. Esos medios proce-

¹ Zagrebelsky, Gustavo. *El Derecho dúctil*, Edit. Trotta. Madrid, 1995, pp. 21-23 y 93-121.

* NOTA: El nacimiento del estado liberal-burgués produjo un crecimiento económico y una gran expansión de los mercados, pero a su vez arraigo las desigualdades sociales e instaló un sistema de explotación humana que violentaba los derechos más elementales de la persona humana. Bajo la teoría liberal de las leyes naturales de la economía se impuso un furioso individualismo y la ley del mercado como componedor de los desequilibrios sociales; recordemos que todo se sometía a la ley de oferta y demanda, por supuesto, allí caían los salarios, de manera que no había salarios dignos y justos, sino conforme la dictaba el mercado. Las contradicciones sociales y políticas que se generaron incentivaron el surgimiento de ideologías y movimientos que perseguía superar el modelo liberal. Así surgen revueltas y revoluciones: La revolución Mexicana, la Revolución Rusa y otros tantos movimientos. Al finalizar la I Guerra Mundial (1924) el proletario conquista importantes reivindicaciones. Pero, en el plano del derecho, es después de la crisis (*crash*) de 1929 que se esboza una teoría distinta al estado liberal-burgués, sobre la base de una responsabilidad social del Estado y es el teórico alemán Herman Heller que enarbola la consigna del “Estado Social de Derecho”.

sales establecen los mecanismos mediante los cuales, el derecho sustancial es real y eficazmente tutelado, sostenido, progresivo, protegido o restablecido. No habrá derecho efectivo si no hay garantías procesales. Esto no significa de ninguna manera que se deba caer en el culto al procesalismo.

Ya Couture, lo decía. “El proceso es, por sí mismo, un instrumento de tutela del derecho. Lo grave, se ha dicho, es que más de una vez, el derecho sucumbe ante el proceso y el instrumento de tutela falla en su cometido”.² Es un poco como la reafirmación del imperio de la ley, encubierta bajo el formalismo de los procedimientos, que impide el disfrute real de los derechos consagrados constitucionalmente. Los derechos sin una efectiva tutela no son sino simples derechos de papel. Agregaba el insigne maestro “es menester, entonces, una ley tutelar de las leyes de tutela, una seguridad de que el proceso no aplaste al derecho, tal como se realiza por aplicación del principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley procesal”.³

Desde hace unos treinta años se inició un proceso que se ha llamado “*constitucionalización del derecho*”. Como fenómeno muy reciente, la constitucionalización del derecho apenas comienza a estudiarse, pero de antemano debemos subrayar que a menudo es fuente de confusión y malentendido.* El jurista francés Favoreau, comenta que en efecto “a veces se considera que hay una identidad entre la existencia de bases constitucionales y la constitucionalización del derecho. Sin embargo, si

² Couture, Eduardo. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Edic DEPALMA, Buenos Aires, 1978, p. 148.

³ *Ídem*.

* NOTA: Debe recordarse que es sólo a partir del fin de la II Guerra Mundial que se produce una oleada de constituciones (Venezuela desde su independencia mantuvo un ritmo de cambios formales de la constitución, un poco para responder a los deseos de los gobernantes de turno) que consagran el estado de derecho y el estado de bienestar (*Welfare State*), algunos de ellas como la Alemana, la Española se definieron como estado de derecho, democrático y social. Lo traumático de la Guerra Mundial y las luchas sociales internas en los estados, condujeron a que se revisará el ordenamiento jurídico con relación a los derechos de los ciudadanos. En Venezuela, no obstante la constitución de 1961 que consagraba los derechos civiles, políticos, sociales y económicos de los ciudadanos no se incorporaron principios procesales; sólo es en la Constitución de 1999 que se acuña la expresión *estado democrático y social de derecho y de justicia* y se incorporan principios procesales.

bien las dos situaciones a menudo coinciden, no siempre es así, pues se trata de dos fenómenos distintos”.⁴ Las bases constitucionales son valores o principios y derechos que se consagran en protección de las libertades y que reconocen la primacía del ser humano. La constitucionalización del derecho es el proceso de incorporación en la ley suprema de normas de derecho que limitan el poder del estado y que establecen parámetros superiores a las leyes, especialmente, a la ley procesal para que sea efectiva la realización de las libertades y la tutela de los derechos de las personas.

En la actualidad, mediante ese proceso de constitucionalización del derecho, las normas relativas a los derechos y las normas procesales son de aplicación directa y no necesitan de una ley para ser “*operativas*”. Puede decirse, entonces, que las normas constitucionales no pudieron realmente alimentar las diferentes ramas del derecho sino cuando fueron reconocidas como reglas susceptibles de ser aplicadas a los individuos o de ser invocadas por ellos en cualquier momento e instancia.⁵

Expresaba Couture “las constituciones del siglo XX han considerado, con muy escasas excepciones, que una proclamación programática de principios de derecho procesal era necesaria, en el conjunto de los derechos de la persona humana y de las garantías a que ella se hace acreedora”.⁶ Efectivamente, en muchas de ellas aparecieron tímidas iniciativas, aunque en algunas limitadas con la coletilla que su “alcance sería determinado por la ley”. Simultáneamente, a nivel internacional en diversos documentos se incorporaron normas procesales, por ejemplo, en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, están:

8°. Toda persona tiene un recurso para ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución o por la ley.

⁴ Favoreau, Louis. *Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2000. p. 37.

⁵ *Ibidem*. p. 42.

⁶ Couture, E. *Ob. Cit.* p. 151.

10° Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

No existía una teoría general de la tutela constitucional del proceso, en el sentido de enumeración conclusiva de soluciones. La tesis sentada para un derecho positivo, puede no tener validez para otro. En todo caso, esta teoría consiste en determinar la relación entre el ámbito de validez de una Constitución, en sentido positivo, y la forma dada a un proceso por una ley dictada dentro del mismo derecho positivo. Sin embargo, en ese proceso de elaboración se han ido fijando normas procesales mínimas como una forma de tutela efectiva de los derechos de la persona. Tradicionalmente, se ha entendido que los derechos deben tener una protección procesal, pues, es el proceso un instrumento tutelar de los derechos y, por tanto, de realización de la justicia.

Couture⁷ expresa que algunas de las soluciones tratadas o que conforman unos principios tradicionales pueden resumirse:

- La citación para juicio y oportunidad de emplazamiento.
- Tutela del derecho a ser oído.
- Tutela al derecho de probar.
- Tutela de la doble instancia.
- Tutela de la idoneidad del Juez.

En las constituciones latinoamericanas, un poco por su aceptación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, incorporaron un conjunto de principios de derecho procesal, otros por el desarrollo del derecho, así tenemos por ejemplo, que en la Constitución venezolana de

⁷ *Ibidem.* pp. 151-161.

1961 se consagraban los siguientes derechos: al amparo en el goce y ejercicio de los derechos y garantías (Art. 49 CNV); la progresividad de los derechos (Art. 50); a la defensa (Art. 60, Ord. 1 y Art. 68); la confesión voluntaria y nulidad de la obtenida por coacción (Art. 60, Ord. 4º); derecho a ser oído (Ord. 5º); derecho de acceso a la justicia (Art. 68); derecho a los jueces naturales (Art. 69). No obstante, primaba el legalismo y el formalismo y no se cumplían a cabalidad tales enunciados constitucionales.⁸

Hoy día, con el proceso de constitucionalización del derecho, aquellos principios tradicionales han tomado una dimensión más amplia. Todos estos principios se han concentrado en la Constitución bajo el derecho del denominado “**debido proceso**”, que no sólo responde al concepto formal de cómo se debe tramitar un procedimiento, sino que reconoce un aspecto sustancial.* El debido proceso se estatuye como una garantía y un derecho fundamental. Como garantía en cuanto recoge el proceso como tutela efectiva de los derechos y que aquél debe movilizarse bajo la legalidad del obrar y la fundamentación adecuada de cada una de sus resoluciones. Como derecho en cuanto pertenece a la esfera fundamental de la persona y constituye un mandato para los jueces y

⁸ Combellas, Ricardo. *El Estado Social de Derecho y la Constitución de 1961*. Venezuela: un sistema político en crisis. pp. 17-38. “Si bien es cierto que la Constitución de 1961 no define explícitamente nuestro estado como un Estado democrático y Social de Derecho, no es menos cierto que el estudio sistemático del texto como del orden de valores que lo preside, se puede identificar como un marco de acción que permite legitimar un proceso de profundización de contenidos sociales y económicos que configuren nuestro Estado como un Estado Social”. Es conveniente advertir, que si bien la constitución de 1961, consagró una exhaustiva lista de derechos civiles, económicos, sociales y políticos ello no bastaba para definir el Estado como estado social y democrático. Expresaba el autor “la constitución como decisión política fundamental no basta ni es suficiente para definir a un Estado como Estado Social”. Agregaba: “1) Como norma suprema de la acción estatal, la Constitución es el principio orientador de la actividad legislativa y administrativa por medio de la cual se despliega el Estado Social. 2) El orden de valores contenidos en la Constitución es objeto de protección por parte del juez, en su función de control de la constitucionalidad y de la legalidad de los actos estatales. Como bien lo ha apuntado Brewer-Carías para el caso de la administración venezolana: “frente al reto de la consolidación de un Estado democrático y social de derecho en el esquema formal del Estado de Bienestar de Derecho, debe incorporarse un proceso de democratización del control judicial de la Administración, de manera que la sumisión de ella a la legalidad sea efectiva y pueda exigirse su responsabilidad por todas las actuaciones que lesionen ilegítimamente los derechos económicos sociales”, 3) como marco de acción legítima, posibilita la proyección y profundización de los valores en ella contenidos”.

* NOTA: Esa doble visión arranca del derecho anglosajón: *due process procesal* y *due process sustantivo*.

cualquiera otra autoridad (poder), sea de la naturaleza que sea, abarcando incluso las relaciones entre particulares.⁹

Diversas convenciones y tratados de carácter supranacional indican un mínimo de garantías procesales que pueden incluirse en el concepto de debido proceso. Estos tratados han sido acogidos en las constituciones nacionales, por ejemplo, en los artículos 93 y 94 de la Constitución de Colombia (1991), y en los artículos 22 y 23 de la Constitución de Venezuela (1999). La orientación no agrega fundamentos a una línea de principios fundamentales, sino antes bien, por la jerarquía constitucional que ellos tienen, ponen un horizonte de interpretación que ni la ley suprema ni los altos tribunales locales pueden variar. Esto significa que las normas procesales constitucionalizadas no sólo imponen conductas a los órganos jurisdiccionales, sino que los gobiernos y sus altos tribunales no pueden limitar o privar arbitrariamente a los individuos de ciertos derechos fundamentales contenidos en la Constitución. Hay un doble espectro: la jurisdiccional y la garantista.

En esa dirección se puede apuntalar que las garantías constitucionales procesales pueden resumirse así:

- El proceso como garantía fundamental.
- Libre acceso a la jurisdicción.
- Derecho de defensa.

⁹ Garrido de Cárdenas, Antonieta. *El debido proceso como derecho fundamental en la constitución de 1999 y sus medios de protección*. Bases y principios del sistema constitucional venezolano. 2 Tomos. Ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional. San Cristóbal, 2001. Tomo I, pp. 127-143. “El debido proceso, debe entenderse como *derecho fundamental*, que en materia procesal constituye piedra angular del Estado de Derecho. Cuenta con una doble finalidad: por una parte proteger los derechos fundamentales dentro de una relación procesal; y por la otra obtener del órgano al que compete una decisión no solo justa y razonable sino fundamentalmente confiable. Tal como está diseñado en la Constitución de 1999, el debido proceso bajo una óptica **material**, se erige como un derecho garantizador, y valga la redundancia, de garantías procesales, en consecuencia, es un límite frente al actuar de los órganos procedimentales (inclúyase en esta denominación administrativos y/o jurisdiccionales), y bajo una óptica **formal**, se consuma por la exigencia del cumplimiento de ciertos actos dentro del proceso cualesquiera sea su oportunidad y naturaleza. p. 130.

- Presunción de inocencia.
- Presunción de buena fe.
- Independencia e imparcialidad del juez.
- El juez natural.
- Derecho a proceso público.
- Derecho a probar.
- Impugnación de la sentencia.

Finalmente, en este punto debe decirse que las garantías constitucionales procesales que conforman el debido proceso están íntimamente conectadas con la satisfacción del modelo político que las inspiran, esto es, con el estado democrático; por supuesto, con el modelo jurídico-político del estado democrático y social de derecho y de justicia; lo que significa que basta que ande mal dicho modelo, y ello se reflejará en el proceso. Por ejemplo, si hay irrespeto a la autonomía e independencia del poder judicial y del juez, es posible, entonces, la genuflexión y no existirá una justicia imparcial.

2. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO

En el artículo 2 de la Constitución Nacional se configura Venezuela como un Estado Democrático y Social de Derecho y Justicia, un poco siguiendo la tendencia del constitucionalismo contemporáneo, tal como está expresado, en diversas constituciones, así: en la Constitución de España (artículo 1º), en la Constitución de Colombia (artículo 1º) y en la Constitución de la República Federal de Alemania (artículo 20, ordinal 1º).¹⁰

El estado democrático y los principios que él involucra fundamentan toda la organización institucional y su actuación. Venezuela desde su

¹⁰ Brewer-Carías, Allan R. *La Constitución* de 1999. Caracas, 2000.

independencia se constituyó en República y ha guardado esa tradición. La república ha sido la forma de régimen político contrario a la Monarquía Absoluta. En esa forma política están contenidos un conjunto de principios. Así tenemos que el jefe de Estado no es vitalicio, sino temporal y electo por diferentes procedimientos. La república no es dirigida por una única persona física, sino por cuerpos, algunos colegiados, quienes representan jurídicamente, no físicamente, el poder del Estado. El jefe de Estado es responsable y alternativo.

En la historia de la humanidad se han conocido diferentes formas de república, tales como: corporativa, aristocrática, oligárquica y democrática. Con relación a la distribución de los poderes puede ser presidencialista o parlamentarista. Sobre esa base política se construye el ordenamiento jurídico y su aplicación. Comenta la profesora Cardona¹¹ que:

Del régimen republicano, se deriva indefectiblemente la idea de varias ramas del Estado, es decir, donde se acoja un régimen republicano necesariamente habrá división de poderes, órganos, ramas o funciones... (...*omissis*) de la independencia se desprende la imparcialidad y la exclusividad de la función jurisdiccional, la primera da cuenta de la ausencia de interés del juez sobre la *litis* que se somete a su conocimiento y decisión; lo segundo consiste en que el Estado moderno se arroga de manera exclusiva y excluyente la función de resolver la *litis*. (*Omissis*).

Indudablemente que los regímenes políticos, determinan la aplicación de las normas del ordenamiento, por supuesto también a los principios procesales, nótese que hay una diferencia en la realidad de la administración de justicia, entre autoritarismo y democracia. En el régimen republicano se instalan en el pensamiento las ideas liberales de igualdad y libertad, se proclaman los derechos del hombre, lo que deviene en principios procesales de igualdad de las partes en el proceso, la imparcialidad del juez, el principio dispositivo, la economía procesal y el principio de la legalidad. Con la República se facilita el tránsito a la forma de gobierno democrático.

¹¹ Montaña de Cardona, Julia V. *Ob. Cit.* pp. 23-32.

La democracia como poder del pueblo contiene en sí misma los principios de igualdad, libertad y justicia. Significa que éstos son consustanciales a la idea democrática. Ellos influyen decididamente a las normas procesales, puesto que éstas deben garantizarlos. Comenta la autora colombiana Cardona¹² que “La democracia se basa en la libertad, reciprocidad e igualdad, propugnando el equilibrio entre estado y comunidad... (*Omissis*)”. Contiene un conjunto de valores y principios que determinan la actuación del poder público, los funcionarios y ciudadanos. Tales principios que la rigen, podemos resumirlos así:

- Soberanía radicada en el pueblo.
- Ejercicio del poder en manos del pueblo.
- Igualdad.
- Libertad.
- Subordinación de las minorías a la mayoría.
- Reconocimiento de derechos y libertades.
- Consagración de mecanismos de protección a los derechos y las libertades reconocidas.
- Salvaguardia a la autonomía de la persona humana.
- Principio de legalidad (La norma vincula y ata a todos).

En el cumplimiento de ellos surge el Estado de derecho: En un Estado de derecho todo poder deviene del pueblo, poder que al mismo tiempo es regulado y controlado por la ley, para evitar arbitrariedades; asimismo, todo poder debe estar separado y delimitado, como garantía de la libertad propia del constitucionalismo.

¹² *Ídem*.

Hoy, está en vigencia el llamado Estado constitucional democrático, consecuencia del modelo intervencionista, pero en una visión mejorada del problema de las garantías, las limitaciones del poder y la participación ciudadana en la gestión social y pública, todo ello supone una amplia consagración de garantías y derechos no sólo individuales, sino además sociales, culturales y económicos, así como los mecanismos reales que los garanticen. Esto significa que el Estado está sometido a la soberanía popular (artículo 5) y supremacía constitucional (artículo 8), en consecuencia los órganos del Poder Público deben sujetarse al mandato de la Constitución y las leyes (artículo 137); sus actuaciones están sujetas al control de constitucionalidad (artículos 334 y 336) y al control de legalidad y de administración (artículo 259).¹³

Se puede asegurar que la convergencia de los principios y valores producto del constitucionalismo que se ha desarrollado en los últimos años en Venezuela, ha impregnado con su contenido todo un modelo de Estado Democrático Social de Derecho Justicia. La Exposición de Motivos de la Constitución Bolivariana de Venezuela señala que:

El Estado tiene asignada la procura existencial de los habitantes del país y está obligado a crear las condiciones mínimas y la igualdad de oportunidades para que todos los ciudadanos puedan desarrollar libremente su personalidad, su destino, disfrutar de sus derechos humanos y buscar su felicidad.

Es ésta, la justicia posible y realizable, resultante de la unión de valores y principios que han de ser desarrollados por el Estado. Vemos pues,

¹³ Brewer-Carías, A.R. Debates Constituyentes. Expresa el autor: El *Estado Democrático* es lo que fundamenta toda la organización política de la Nación en los principios fundamentales, que se inicia por el ejercicio de la soberanía mediante el mecanismo de la democracia directa y de la democracia representativa. *Estado social* es aquel que tiene como objetivo la búsqueda de la justicia social, que lo lleva a intervenir en la actividad económica como estado prestacional. *Estado de derecho* es el que está sometido al imperio de la ley, es decir, a la legalidad, lo cual se enlaza con el principio de supremacía constitucional del artículo 7, con el del sometimiento de los órganos del Poder Público a la Constitución y las leyes, contenido en el artículo 137, a los sistemas de control de constitucionalidad, que se mencionan en los artículos 334 y 336 y de control contencioso administrativo, como lo prevé el artículo 259. Finalmente, *Estado de justicia* es el que tiende a garantizar la justicia por encima de la legalidad formal, lo que lleva a regular expresamente el principio de tutela judicial efectiva y de acceso a la justicia. Tomado de Rondón de Sansó, Hildegard. *Análisis de la Constitución Venezolana de 1999*. p. 62.

cómo la Constitución Nacional diseña un modelo de estado social y de justicia. Pero de nada serviría establecer los derechos en la Constitución sino se garantiza judicialmente su efectividad. Es por eso que la Constitución dispone en su artículo 26 lo siguiente:

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.

Conforme a la disposición precedente transcrita, se reconoce el derecho de acceso de todos los venezolanos, sin excepción alguna a los órganos que conforman la administración de justicia, con el fin de que hagan valer sus derechos e intereses, tanto colectivos como difusos, que puedan obtener una solución a los problemas o controversias que se les puedan presentar, esta solución debe ser integral y eficaz y para ello el sistema de justicia debe ser igualitariamente accesible a todos y debe estar encaminado a que su funcionamiento sea socialmente justo.^{Juris}

El acceso a la justicia es uno de los derechos humanos más importantes en un sistema que propugna como uno de sus fines supremo, la igualdad sin discriminaciones ni subordinación alguna. Claro está, que el reconocimiento de estos derechos nada vale, si no se proporcionan los medios legales para que éstos puedan ser ejercidos.

Es por todo esto que el acceso a la justicia debe ser entendido como las facultades de todos los habitantes de un país para dirigirse ante las autoridades competentes para hacer valer en condiciones de igualdad sus derechos e intereses. Pero esta facultad no se refiere solamente a la posibilidad de acceder físicamente a los órganos de administración de justicia, sino a la garantía de salir de ellos con una decisión justa y oportuna.

Juris. TSJ. Sala Constitucional. Sent. 1-06-2001. Magistrado ponente: Jesús E. Cabrera R. "El artículo 26 constitucional, garantiza el acceso a la justicia, para que las personas puedan hacer valer sus derechos e intereses, y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. Tal derecho de acceso a la justicia se logra mediante el ejercicio de la acción, que pone en movimiento a la jurisdicción, la cual no garantiza una sentencia favorable, y que comienza a desarrollarse procesalmente desde que el juez admite o inadmite la demanda, la petición, el escrito o cualquier otra forma de inicio del proceso.

tuna. Señala Useche¹⁴ que “las palabras “acceso a la justicia”” no se definen con facilidad, pero sirven para enfocar dos propósitos básicos del sistema jurídico por el cual la gente puede hacer valer sus derechos y resolver sus disputas, bajo los auspicios generales del Estado, a través de la función jurisdiccional”.

La titularidad del derecho de acceso a la justicia corresponde a cualquier persona venezolana o extranjera que pretenda hacer valer algún interés individual o que invoque un derecho o interés compartido con la ciudadanía general o con un sector de ella.^{Juris}

En este orden de ideas resulta procedente examinar los diferentes factores que puedan disminuir el acceso a la justicia.

En primer lugar encontramos el problema vinculado con la administración de justicia penal, ya que en la organización y funcionamiento de ésta se encuentra una de las grandes barreras que enfrentan los que tratan de acceder a ella para poder resolver sus controversias y que quieren reivindicar sus derechos; aquí se encuentra el problema de la impunidad, ya que en la mayoría de los casos no se investiga hasta el fondo del asunto sino que se aparenta una investigación para cumplir

¹⁴ Useche, Judith. *El acceso a la justicia en el nuevo orden constitucional venezolano. Bases y principios del sistema constitucional venezolano*. 2 Tomos. Ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional. San Cristóbal, 2001. Tomo I, pp. 29-73.

* **NOTA:** A mi juicio, no se trata de definir palabras, pues, “acceso a la justicia” es un concepto jurídico complejo y no un conjunto de términos lingüísticos. De manera, que debe entenderse la autora citada que trata de definir es tal concepto.

^{Juris}. JTR. Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo. Sent. 24-05-2000. magistrado Ponente: Rafael Ortiz- Ortiz. “la acción que viene a ser la posibilidad jurídico-constitucional de plantear pretensiones ante los órganos de administración de justicia y, en consecuencia, no hay técnicamente requisitos de la acción, salvo la de ser persona humana... de modo que, en el momento en que la propia Constitución establece el derecho de accionar (derecho de acceso a los órganos de administración de justicia), entendido como una garantía “universal” e “incondicional” y como tal un “valor de aplicación” inmediata en los casos particulares. Toda limitación legal o doctrinal al ejercicio de este derecho entonces debe reputarse que existe una interpretación antinómica en virtud de la cual debe prevalecer el mandato constitucional en razón de la supremacía constitucional y así debe ser entendido... La acción no encuentra más requisito que ser persona humana y por ello mismo se trata de un “derecho fundamental” que debe ser respetado y garantizado como verdadera obligación de los órganos del Poder Público (artículo 19 constitucional), y al cual debe dársele una tutela judicial “efectiva” sin formalismos no esenciales (artículos 26 y 257 constitucional).

con algunos requisitos legales para justificar la presencia de un expediente en alguno de los órganos de administración de justicia. Al respecto, de todo esto hay que dejar claro que el sistema de administración de justicia constituye la última frontera donde nosotros los ciudadanos percibimos si nuestros derechos son efectivamente garantizados y respetados, o que simplemente, son principios plasmados en una norma, pero sin ningún tipo de aplicación. Por estos motivos, el Estado debe facilitar y favorecer, no sólo el acceso a la justicia, sino un acceso efectivo a la misma. En lo civil encontramos una acumulación gigantesca de causas, en tribunales con deficiencias de personal, tecnológicas y espacios adecuados, lo que se traduce un “hacinamiento judicial” y un escaso conocimiento del juez sobre lo específico de los litigios.

El segundo problema lo constituye la lentitud, en los procesos judiciales, debido a la falta de recursos para detectar con prontitud las causas que dieron origen a un proceso; en Venezuela encontramos los tribunales repletos de casos sin resolver, existen deficiencias en las técnicas de investigación policial, los gobiernos de turno no se preocupan por dotar materialmente el sistema de administración de justicia lo que conlleva a largos y costosos procesos, lo cual no puede nunca representar un adecuado y eficaz acceso a la justicia. En lo civil, la lentitud y lo enmarañado de los procedimientos, que posibilita las argucias, hace interminables las causas.

Finalmente, pero no menos importante, tenemos los problemas relacionados con los afectados en sus derechos, más que todo cuando éstos son sometidos de alguna manera a exclusión social por distintos motivos tales como la raza, el sexo, el credo o la condición social.¹⁵ Especialmente, en los momentos actuales que la gran mayoría de la población está sometida a condiciones de empobrecimiento, que lo excluye del aparato productivo y del disfrute de los bienes sociales, lo cual los hace vulnerables al abuso del poder.

Estas dificultades deben ser superadas, ya que es en la administración de justicia donde podemos definir la vigencia de nuestros derechos fun-

¹⁵ www.todoelderecho.com

damentales, donde se prueba si las libertades y garantías tienen o no aplicación, ya que en buena medida los derechos humanos cobran eficacia y validez sólo desde el momento en que los reclamos concretos son resueltos efectivamente y con la debida celeridad establecida en la norma procesal.

Todos estos problemas antes descritos no pueden ser considerados en una forma aislados, ya que éstos no pueden ser corregidos individualmente. Por el contrario, muchos de los problemas del acceso a la justicia se encuentran interrelacionados, por este motivo, hay que atacarlos en una forma conjunta para así poder materializar un sistema de justicia acorde con los principios de un Estado democrático de derecho. Esto, por cuanto el estado de derecho encierra un orden axiológico, cuya finalidad esencial es la de garantizar las libertades públicas y la seguridad jurídica.

Dentro del marco constitucional se encuentran diversas formas que encierran preceptos que fundamentan el libre acceso a la justicia, tales como el artículo 21 que dispone lo siguiente:

Todas las personas son iguales ante la ley, en consecuencia:

1. No se permitirán discriminaciones fundadas, en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.
2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ella se cometan.

(Omissis)

De acuerdo con el artículo antes transcrito se puede observar que en el ordinal 1º se prohíbe la discriminación por una serie de circunstancias que son de carácter enunciado, ya que el propio legislador ha establecido que la discriminación no puede ocurrir en ninguna de las circunstancias enumeradas, ni cualquier otra que tengan por objeto anular o menoscabar el reconocimiento goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona; por tal razón, este ordinal no debe ser entendido como un tipo cerrado de tipificación que excluya cualquier otra situación de discriminación diferente de las precisadas en nuestra carta fundamental.

Por otro lado, el ordinal 2, establece que la ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas, para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva, y para ello el Estado debe ser imperativo en el principio de la igualdad de oportunidad, ya que la igualdad sólo llega a ser operante cuando en el plano de los hechos todos los seres humanos son tratados como corresponde, una sola naturaleza disfrutan del mismo sistema de oportunidades.

Para una real y efectiva igualdad, el mismo ordinal prevé que se adoptarán medidas a favor de grupos que puedan ser discriminados o marginados, se trata de acciones, posturas de las autoridades cuya finalidad es otorgar ventajas y prerrogativas a ciertos sectores de la población.

En cuanto a este principio es importante hacer un pequeño recorrido en el tiempo, ya que en las civilizaciones antiguas, los filósofos y juristas defendieron con múltiples argumentos la idea de la desigualdad natural entre los hombres. Por ejemplo, Aristóteles decía que era evidente, algunos hombres eran libres por naturaleza, otros esclavos y que para estos últimos es conveniente y justa la esclavitud. La primera defensa de la igualdad humana estuvo a cargo de la filosofía estoica. Zenón de Citio, fundador del estoicismo, consideraba a todos los hombres como sus connacionales y conciudadanos. De igual manera en los evangelios y las epístolas se proclamó la igualdad esencial de todos los seres creados a imagen y semejanza de Dios: “Ya no importa el ser judío o griego, esclavo, o libre, hombre o mujer”, escribió San Pablo en su carta a los Galatas (Galatas; 3,28). Para la Doctrina Cristiana los hombres son iguales por naturaleza y comparten el origen y destino.

En declaración de derecho de Virginia del 12 de junio de 1776, se enfatizó que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes.

A partir de todos estos antecedentes, una de las principales formas de consagrar jurídicamente la noción de la igualdad, la constituye el principio de la igualdad ante la ley y es a través del cumplimiento de este principio que podemos lograr un verdadero acceso a la justicia. No obstante, debe mirarse que ese principio, consagrado en la ley, es de carácter formal, pues, ello implica una relación con otro en un contexto determinado.¹⁶ En materia procesal, la igualdad, además de formal, en el sentido que no puede haber leyes o actos arbitrarios o discriminatorios, sin embargo, ello no excluye la aplicación del principio de distinción donde deba distinguirse (por ejemplo, no pueden igualarse el empleador y el trabajador, por ello la ley privilegiará en cierto sentido al trabajador. Debe recordarse que no hay peor injusticia que considerar iguales a los desiguales); debe ser real y efectiva, en el sentido que todas las personas que participen en el proceso deben tener igualdad de oportunidades

La Constitución dispone en el artículo 49 ordinal 2º, lo siguiente:

(Omissis)

Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad...

La expresión “toda persona tiene derecho a ser oída”, instituye, sin lugar a dudas, el principio de libre acceso a la justicia.

¹⁶ Garronera Morales, Ángel. *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*. Citado por Madriñán Rivera, Ramón Eduardo. *El estado Social de Derecho*. Dice el autor: “...no se puede entender el principio de igualdad en su escueta y originaria versión liberal, como simple producto de la condición de “generalidad” que debe predicarse de la relación que liga a la ley con el ciudadano. Ni ... como interdicción de toda diferenciación jurídico-formal,...(*omissis*)... carece de sentido en el seno del vigente Estado social de Derecho donde precisamente el legislador, cada día más, se ve obligado a realizar el valor “igualdad” distinguiendo entre situaciones que merecen ser distinguidas”. p. 121.

La Constitución Nacional también consagra el acceso a los órganos internacionales para dirigir nuestras peticiones y hacer valer nuestros derechos. Este acceso a los organismos internacionales está contemplado en el artículo 31, así:

Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones, sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo de sus derechos...

(...*Omissis*)

En este artículo, se puede ver, una vez más, el amplio contenido que abarca el acceso a la justicia. Es interesante destacar que el problema de la justicia legal en la solución de controversias, ha tomado un giro nuevo, con base a la amplitud del concepto “acceso a la justicia”, pues, radicando la potestad de juzgamiento en la soberanía popular, es posible que haya medios dentro de la misma sociedad, diferentes al litigio, para conseguir la solución a los conflictos.

En este sentido debe destacarse que la Constitución Nacional (artículo 253), formula otras alternativas de solución de los conflictos, tales como: la conciliación, el arbitraje la justicia de paz, lo cual conlleva a lograr una justicia más transparente y rápida, ya que existe una clara ausencia de formalismo. La justicia de paz abre nuevas opciones para la solución de conflictos jurídicos sin el desgaste que eventualmente puede suponer el desarrollo de un proceso judicial formal.

Además de la garantía constitucional, de acceso a la justicia, el artículo 26 *ejusdem* consagra, de manera expresa el derecho a la tutela judicial efectiva, conocida también como la garantía jurisdiccional, el cual encuentra su razón de ser en que la justicia es uno de los valores fundamentales presente en todos los aspectos de la vida social, por lo cual debe impregnar todo el ordenamiento jurídico y constituir uno de los fines del Estado.

Según Ortiz Álvarez (1998)¹⁷ la tutela efectiva:

Es de la esencia de todo estado de derecho el que los ciudadanos tengan derecho a que se les haga justicia en el entendido que tal justicia sea efectiva, pues resultaría ilógico pensar que los ciudadanos tienen derecho a una justicia ineficaz. Puede que en la práctica alguien pueda decir que cuando los ciudadanos acuden a los tribunales están ejerciendo más un derecho a la injusticia que a la verdadera justicia, pues las limitaciones y concepciones jurisprudenciales restrictivas a todos los niveles del proceso, desde su acceso hasta su ejecución, sumando esto a la extraordinaria lentitud, hacen del proceso, una especie de caricatura de la justicia. Sin embargo, desde todo plano práctico y real puede decirse que en todo estado de Derecho los ciudadanos tienen un derecho fundamental a una tutela judicial efectiva.

Como se observa, el derecho a la tutela comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses en los términos y condiciones establecidos por la ley. La titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva corresponde a cualquier persona venezolana o extranjera.

Este derecho de la tutela judicial efectiva está integrada por una serie de principios dentro de los que se destacan:

1. El libre acceso a los juzgados y tribunales.
2. El derecho de toda persona a dirigirse a los órganos jurisdiccionales con la pretensión de que actúen.
3. El obtener un fallo de los tribunales sobre el fondo de la cuestión debatida y ateniéndose a lo establecido en la ley.

¹⁷ Ortiz Álvarez, Luis A. Ortiz, Luis. *Tutela Judicial Efectiva y Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo*. Editorial Sherwood. Caracas, Venezuela, 1998. p 17.

González Pérez¹⁸ citado por Ortiz escribe que “el derecho a la justicia a la tutela jurisdiccional efectiva, viene impuesto a todo estado por principios superiores... garantizar al ciudadano una administración de justicia eficaz es algo inherente a todo Estado”.

La tutela judicial efectiva, se materializa a través del proceso que, en los términos consagrados en nuestra Constitución, debe entenderse como un instrumento para la realización de la justicia y no susceptible de repeticiones y formalidades inútiles que sacrifiquen la justicia.

A propósito de este carácter no formalista del derecho, a la tutela efectiva, el artículo 27 de la Constitución rarifica la no sujeción a formalidades dentro del procedimiento de amparo, de donde podemos deducir que todas aquellas formas que impidan el ejercicio efectivo del derecho a la justicia, deben declinar por ser contrarias a las garantías consagradas en la Constitución Nacional.

La Constitución Nacional fortalece el derecho de acceso a la justicia y el derecho a una tutela judicial efectiva al consagrarlos normativamente, pero también refuerza, especialmente, la defensa de estos derechos fundamentales contenidos en ella mediante un recurso especial, de trámite rápido y público.

El artículo 27 *ejusdem* consagra lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales, sobre derechos humanos.

El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella.

¹⁸ González Pérez, citado por Ortiz Álvarez, Luis. *Ob. Cit.* p. 18

Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto.

La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona; y el detenido o detenida será puesto o puesta bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna... (... *Omissis*).

Esta norma instaure, el derecho a un recurso efectivo como garantía de los derechos y garantías de los derechos fundamentales; porque de nada serviría consagrarlos como tal, sino se adoptan los mecanismos o sistemas necesarios para su protección; ya que los ciudadanos asumimos que los derechos humanos muestran su vigencia cuando encontramos amparo a los reclamos que formulamos con motivo de sus violaciones. Siguiendo las pautas acordadas en los tratados internacionales en materia de derechos humanos la mayoría de países, en sus reformas constitucionales, han consagrado este recurso especial.^{L.C.}

Como puede apreciarse en estas constituciones extranjeras, al igual que la Constitución venezolana, se inscriben los mecanismos para la protección de nuestros derechos, ya que no basta consagrar los derechos en las normas constitucionales, sino que es necesario, además, instituir una serie de mecanismos para su defensa.

^{L.C.} Trasladándonos al contexto del Derecho Comparado, podemos observar como estos recursos también son utilizados para la protección de los derechos humanos, en algunas constituciones latinoamericanas, las cuales a continuación señalaremos: **Constitución de Colombia**, Artículo 86: Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública (...*omissis*). **Constitución de Panamá**, Artículo 50: “Toda persona contra la cual se expide o se ejecute, por cualquier servidor público, una orden de hacer o no hacer que viole los derechos y garantías que esta constitución consagra tendrá derecho a que la orden sea revocada a petición suya o de cualquier persona. El recurso de amparo de garantías constitucionales a que este artículo se refiere, se tramitará mediante procedimiento sumario y será de competencia de los tribunales judiciales. **Constitución de Perú**, El ordinal 2 del Artículo 200 nos señala una garantía constitucional: (...*Omissis*) “... La acción de amparo, que procede contra hechos u omisiones, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 20, incisos, 5, 6 y 7 de la Constitución. (...). **Constitución de Paraguay**, Artículo 134.- Del Amparo: “Toda persona que por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagradas en esta Constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudieran remediarse por la vía ordinaria, puede promover amparo ante el magistrado competente. El procedimiento será breve, sumario, gratuito y de acción popular para los casos previstos en la ley (...*Omissis*).

El derecho a la tutela judicial efectiva no sólo supone el derecho de acceso a la justicia y a obtener con prontitud la decisión correspondiente, sino que comporta también la obligación que tiene la administración de justicia, en respeto del derecho constitucional a la igualdad prevista en el artículo 21 de la Constitución de 1999, decidir una controversia de una manera imparcial y equitativa. En el derecho constitucional nacional ha existido una especie de tradición acerca del amparo, obviamente, ha ido evolucionando conforme al perfeccionamiento de las doctrinas de los derechos humanos.^{L.C.}

^{L.C.} Haciendo un recorrido por la evolución constitucional que ha tenido Venezuela se puede llegar a concluir que el Derecho de Acceso a la justicia y la tutela efectiva han sido reconocidos desde el siglo pasado, ya que como podemos observar en la Declaración de los Derechos del Pueblo de 1811 se estableció en uno de sus artículos la libertad de reclamar los derechos ante los depositarios de la pública autoridad, y de igual manera señala, que en ningún caso puede ser impedida ni limitada a ningún ciudadano. Pero en esta misma Declaración de 1811 se establece una gran limitación para hacer efectivo estos derechos, ya que como anteriormente hemos señalado que dentro de estos derechos se encuentra implícito la igualdad ante la ley, ya que para que la justicia tenga una verdadera aplicación, es necesario la existencia de un sistema legal igualitario para todos los ciudadanos y como se puede desprender de uno de los artículos de esta Declaración de los Derechos del Pueblo Venezolano de 1811 no existía tal igualdad, ya que en el artículo 7 establecía lo siguiente: “Todos los ciudadanos no pueden tener igual parte en la formación de la ley, porque todos no contribuyen igualmente a la conservación del Estado, seguridad y tranquilidad de la sociedad”. En cuanto a estas circunstancias es en la Constitución de 1811, donde se establece en la sección segunda, en lo referente a los Derechos del Hombre en Sociedad, específicamente en el artículo 154 lo siguiente: “La igualdad consiste en que la ley sea una misma para todos los ciudadanos sea que castigue o proteja. Ella no reconoce distinción de nacimiento ni herencia de poderes”. En la Constitución de 1857 también encontramos estos derechos pero de manera más limitada, ya que a diferencia de lo establecido en la Constitución de 1999 donde se establece el derecho de todos los ciudadanos de acceso a los órganos de administración de justicia, para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos y difuso, en la de 1857, en el artículo 116 establecía que: “Todo venezolano puede representar por escrito al Congreso, al Poder Ejecutivo y demás autoridades constituidas cuando consideren conveniente al bien general del Estado, pero ningún individuo o asociación particular, podrá hacer peticiones en nombre del pueblo ni menos arrogarse la clasificación de pueblo. “Cuando muchos individuos dirigieren peticiones al Congreso, al Poder Ejecutivo y demás autoridades todos serán responsables de la verdad de los hechos y los cinco primeros que suscriben quedan responsable de la identidad de todas las firmas...”. Como se desprende de la letra del mismo artículo en esta Constitución nadie podrá hacer valer ante las autoridades constituidas un derecho colectivo, esto estaba prohibido expresamente por este artículo y su inobservancia acarrearía responsabilidades. Este artículo 116 de la Constitución de 1857, esta en contradicción en mi criterio con el artículo 115 ejusdem, ya que este, establece que: “El derecho de petición en ningún tiempo será impedido ni limitado ejerciéndose con el respeto y el decoro debido a la autoridad...” En las Constituciones de 1854, 1874, 1881, 1891, 1901 esta garantía de petición permaneció inmutable, en estas constituciones se establecía que: “La nación garantizara a los Venezolanos (...*Omissis*) 10. La libertad de petición y el derecho de obtener resolución. Aquella podrá ser para ante cualquier funcionario, autoridad o corporación. Si la petición fuere de varios, los cinco primeros responderán por la autenticidad de las firmas y todo por la verdad de los hechos...” Ya para las Constituciones de 1928 y 1936, se modificó un poco el contenido de este derecho y se estableció que la nación optimizará a los venezolanos la libertad de petición ante cualquier funcionario público o corporaciones oficiales, con el derecho de obtener oportuna respuesta de la respectiva solicitud o representación, en estas constituciones, también encontramos diferencia con nuestra constitución vigente, ya que este derecho, puede ser ejercido por cualquier persona, indistintamente de que sea venezolano o extranjero. Vemos pues, como ha ido evolucionando la Constitución desde 1811, hasta nuestros días en cuanto al Derecho de Acceso a la Justicia y la tutela efectiva.

La Constitución pauta una serie de principios que van a caracterizar el sistema de justicia. El artículo 26 constitucional, en su segundo aparte, estatuye tales principios, exigibles, puesto que constituyen una garantía para el disfrute de los derechos constitucionales:

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 único aparte de este artículo, establece de forma clara y precisa una serie de condiciones que el Estado debe garantizar en la aplicación de la justicia y es con base a este artículo que se garantiza a los individuos que ocurren ante los órganos de administración de justicia, el ejercicio y la protección efectiva de sus derechos e intereses.

El juez tiene un papel fundamental en la aplicación y mejor funcionamiento de la justicia debido a que estos principios son vinculantes para él, tanto en la sustanciación y decisión de una causa. Por lo tanto, ningún tribunal puede alegar condiciones económicas, sociales, políticas, etc., para negar el acceso a la justicia. Además, tiene que velar porque se cumpla con las garantías fundamentales de los justiciables y corregir todo aquello contrario que pueda viciar el proceso.

Esto supone la verificación de un proceso donde se respete el derecho a intervenir en el mismo, utilizando los medios adecuados para resolver el conflicto, sin imposiciones ni retrasos indebidos, de manera ágil y rápida, con jueces que desempeñen su función independiente, imparcial y responsablemente.

2.1 CARACTERIZACIÓN DE LA JUSTICIA EN LA CONSTITUCIÓN

En la Constitución se define qué tipo de justicia debe imperar en su administración, para ello asigna al Estado la obligación de garantizar una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles. A continuación se presenta un análisis sobre estos principios caracterizadores del sistema de justicia. Los cuales están establecidos en el único aparte del artículo 26 constitucional.

2.1.1 Justicia Gratuita

Se desprende de la propia letra del mencionado artículo, la garantía de acceso a la justicia podría quedar vacía de contenido, si quienes carecen de recursos económicos no pueden acceder al sistema de justicia, de ello deriva, por tanto la proclamación de que la justicia gratuita debe reconocerse a quienes no puedan hacer frente a los gastos originados por un proceso sin dejar de atender a sus necesidades vitales y a las de su entorno familiar; es por ello, que nadie puede ser privado del acceso a la justicia por falta de recursos económicos, ya que una de las principales obligaciones del estado es la de proveer con sus medios los canales y sistemas para que cada persona pueda dirimir sus conflictos jurídicos y esclarecer sus pretensiones, sin que esto implique para él un costo total, que se convierta en un imposible su derecho de acceso a la justicia y que se menoscabe su Derecho de Defensa. Señalaba la profesora Useche¹⁹ “el alto costo que ha implicado para las partes formular sus pretensiones en la vía jurisdiccional, indudablemente ha constituido una barrera o traba en el acceso a la justicia”; con la consagración constitucional la actuación de los órganos jurisdiccionales es gratis y no podrán los jueces cobrar tarifas de ninguna especie. No obstante, no está claro los costos de los auxiliares.

Es, pues, un derecho que por mandato constitucional poseen los ciudadanos de acceder a la justicia, sin que se les imponga un pago por la utilización de los servicios judiciales. Esta gratuidad garantiza al individuo el ejercicio del derecho a la defensa y al debido proceso, ya que le permite actuar dentro del proceso en igualdad de condiciones ante los que se encuentran económicamente por encima de él.^{Juris}

¹⁹ Useche, Judith. *Ob. Cit.* Tomo I, p. 45.

^{Juris} Casación. TSJ. La Sala Constitucional ha dado un nuevo alcance de la justicia gratuita con el cambio de sistema aplicado en la Constitución de 1999 ...*Omissis*...) La norma transcrita consagra la justicia gratuita como un derecho constitucional otorgado a toda persona sin discriminación de edad, sexo, razón política o social. En justa correspondencia con lo anterior, el artículo 254 ejusdem, dispone (...*omissis*)”... El poder judicial no está facultado para establecer tasas, aranceles, ni exigir pago alguno por sus servicios”. Ahora bien, la consagración de este derecho modifica los presupuestos jurídicos que motivaron a la demandante a presentar su acción de amparo ya que para ese momento la justicia gratuita era un “beneficio” que se otorgaba a quienes reunían requisitos establecidos legalmente; en tanto que para el momento de decidir la presente acción de amparo, la justicia gratuita no es un beneficio otorgado a ciertas personas, sino un derecho a los usuarios del sistema de justicia, así como una característica de éste,... (*omissis*). Tomado en Pierre Tapia, O. JTSJ. Volumen N° 3 Año 2000, p. 109.

Por otro lado el artículo 254 de nuestra Constitución establece que el Poder Judicial no está facultado para establecer tasas, aranceles, ni exigir pago alguno por sus servicios, norma de la cual se desprende una vez más la gratuidad de la justicia venezolana y es por ello que en ningún caso puede resultar limitado el acceso a la justicia por razones económicas.

Acorde con lo establecido en la Constitución se encuentra el Código de Procedimiento Civil Venezolano vigente, que establece en su artículo 175 el beneficio de la justicia gratuita así:

Para los efectos de este capítulo la justicia se administrará gratuitamente a las personas a quienes el tribunal o la ley conceden este beneficio.

De igual manera el artículo 178 estipula:

Los tribunales concederán el beneficio de la justicia gratuita, para los efectos de este capítulo a quienes no tuvieran los medios suficientes, ya para litigar, ya para hacer valer de manera no contenciosa algún derecho.

El tratadista Emilio Calvo Baca²⁰ señala:

La justicia gratuita es concedida a las personas que carecen de las condiciones económicas para sufragar los gastos del proceso, honorarios de abogados, emolumentos a los funcionarios judiciales, timbres fiscales, papel sellado, derecho de registro, y otros, en general, para satisfacer los aranceles de la administración de justicia, por lo tanto, es un beneficio a favor de los jurídicamente pobres, que están privados de recursos económicos suficientes para sufragar los gastos que demanda la justicia esperada.

En el sistema anterior el impartir justicia gratuita era un beneficio concedido a algunas personas que reunían requisitos. Este beneficio estaba establecido legalmente. Ahora en la Constitución de 1999 se reconoce

²⁰ Calvo Baca, Emilio. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*. p. 123.

expresamente que es un derecho de todo ciudadano (no un beneficio para pocos). Por lo tanto, las causas que estaban tramitando en el momento del cambio del sistema de justicia han acogido la gratuidad como un derecho que les corresponde a los justiciables.*

2.1.2 Justicia Imparcial

La imparcialidad, al decir de Goldschmidt²¹ “Consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador. Éste debe sumergirse en el objeto, ser objetivo, olvidarse de su propia personalidad. La imparcialidad es en la esfera emocional lo que la objetividad es en la órbita intelectual”. El funcionario público, tanto en el ámbito judicial como administrativo, debe tener presente que el proceso se dirige a garantizar los derechos de todas las personas. De este modo la decisión sobre una causa debe fundamentarse, siempre y exclusivamente, con relación a los hechos alejados y probados en autos, de acuerdo con las exigencias del derecho.^{Juris}

* NOTA: La justicia es gratuita en tanto que el justiciable no debe pagar o hacer ninguna erogación en cuanto al servicio mismo de justicia. No obstante, debe advertirse que la gratuidad de la justicia tiene diversos matices, por ejemplo, debe ser total en los procesos que nacen de las acciones públicas, salvo la posible condena por temeridad en la acción. Hay gratuidad total, también, en los procesos penales y laborales, en los civiles en casos de amparo de pobreza. No debe olvidarse que hay normas, que obligan a la condena en costas. También, está el caso de los árbitros que son juzgadores no profesionales y son remunerados por las partes.

²¹ Goldschmidt, www.todoelderecho.com

^{Juris} Casación. TSJ. Sentencia N° 2546 de la Sala Constitucional del 6 de diciembre de 2001, con ponencia del magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, expediente N° 01-1710. A este respecto la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia observa: (...*Omissis*) “Ahora bien, tanto la decisión que resulto casada como la que, por consecuencia de dicha nulidad, hubo de ser dictada por la Corte Marcial, aparecen suscritas por los mismos jueces e, incluso, por la misma Secretaria. Tal actuación de los integrantes del referido órgano jurisdiccional infringió el deber de imparcialidad, que es característica del juez natural, como lo ha dejado establecido previamente este máximo tribunal, e impuesto, entre otros por los artículos 26 de la Constitución, XXVI de la vigente Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, y 8.1 de la igualmente vigente Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Por consiguiente, configuró una evidente violación del derecho constitucional al debido proceso, en los términos del artículo 49 de la Constitución, en concordancia con el artículo 26 *ejusdem*; infracción que condujo, necesariamente, a una situación de indefensión que condujo, necesariamente, a una situación de indefensión de los quejosos de autos, cuyas posibilidades de defensa procesal resultaron seriamente menoscabadas frente a quienes los habían pronunciado, previamente, culpables. Por tal razón, la Sala estima que resultó igualmente violado el derecho constitucional al debido proceso, en su particular manifestación del derecho a la defensa, reconocido en el artículo 49.1 de la Constitución”. Tomado de Pierre Tapia, Oscar, Tomo 12, Año 2001 (p. 340).

Los jueces deben actuar alejados de toda presión exterior como halagos, amenazas, influencias o manipulaciones. En cada proceso individualizado, siempre tiene que mantener un criterio objetivo de la situación, no debe dejar llevarse por prejuicios o hacer pronunciamientos anticipados.

El artículo 256 de la Constitución de 1999, establece:

Con la finalidad de garantizar la imparcialidad y la independencia en el ejercicio de sus funciones, los magistrados o magistradas, jueces o juezas, fiscales o fiscalas, del Ministerio Público y defensores públicos a defensorías públicas, desde la fecha de su nombramiento y hasta su egreso del cargo respectivo, no podrán, salvo el ejercicio del voto, llevar a cabo activismo político partidista, gremial, sindical o de índole semejante, ni realizar actividades privadas lucrativas ni ejercer ninguna otra función pública a excepción de los jueces o juezas no podrán asociarse entre sí.

Los funcionarios públicos, anteriormente mencionados, durante el ejercicio de sus funciones no pueden incorporarse o involucrarse en organizaciones que, de alguna manera entre sus objetivos o su finalidad, tengan una parcialidad política, económica, social, etc. También tienen prohibido la realización de actividades lucrativas personales y el mantener simultáneamente otro cargo público. Las únicas excepciones a esta regla constituyen el derecho al voto y la realización de actividades educativas en institutos públicos o privados. Así, pues, la neutralidad del juez es una de las bases fundamentales del estado de derecho. El funcionario judicial no puede formar parte de la controversia, aun cuando esté presente en ella, obviamente como director del proceso, garantizando los derechos de las partes.^{J.C.}

^{J.C.} España. Tribunal Constitucional. Sent. 15-11.1991: "...Específicamente sobre la imparcialidad de lo jueces como contenido esencial del derecho constitucional a un proceso con las debida garantías y sobre las consecuencia de su aplicación en el grupo normativo regulador del proceso penal español". Tribunal Constitucional. Sent. 13-10-1992: "Ha violado el derecho a un juez imparcial, inherente a las garantías del proceso debido (Art. 24.2 CE), como consecuencia de la acumulación en primera instancia de las facultades instructora y sentenciadora. Tomado de Useche, Judith. *Ob. Cit.* Tomo I, p. 49.

No obstante, es necesario advertir que el juez debe desarrollar su autoridad imparcial, que de ninguna manera significa quebrar el principio de neutralidad. Aquélla significa que el juez tiene potestades que debe ejercer, para desarrollar el proceso y satisfacer otros valores sociales y de justicia, como son: conducción y depuración del proceso, la investigación de la verdad, la prudencia y el equilibrio;²² además aquellas que son propiamente procesales como cumplimiento de sus mandatos y la ejecución de sus decisiones. El uso de esas facultades debe hacerse en el marco de los principios que hemos comentado. Obviamente, se corre el riesgo de una actuación parcial del Juez, que se concretaría si él ejercitase sus poderes en el interés exclusivo de una de las partes; pero este riesgo de alguna forma se minimiza con la “publicización del proceso”; por supuesto, también, con la diligencia de las partes que deben estar atentos y podrán impugnar cualquier actuación parcializada del juez.

2.1.3 Justicia Autónoma e Independiente

Las ramas del Poder Público tienen una serie de funciones propias, es decir, que cada órgano por mandato expreso de la Constitución y las leyes tienen asignadas diferentes competencias. El artículo 136 de la Constitución señala la división del Poder Público en Venezuela:

El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial; Ciudadano y Electoral.

Cada una de estas ramas del Poder Público tiene funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.

No significa que hay una separación absoluta entre los poderes, pues éstos sólo son divididos en razón de sus funciones, es la denominada “separación funcional”. Como consecuencia de esto, debe existir entre ellos relaciones de colaboración y cooperación, porque conjuntamente se trabaja mejor para materializar en la realidad los fines del Estado.

²² Gozaini, Osvaldo. *Ob. Cit.* p. 13.

Se reconoce que la función de administrar justicia corresponde, según la división de poderes, al Poder Judicial. De acuerdo a los artículos 253 y 254 de la Constitución sólo los tribunales son los encargados judicialmente de procesar conflictos que sean de su competencia y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias. En el ejercicio de sus funciones no están sometidos a la intromisión o dependencia de cualquier otro órgano del Poder Público, aunque pueden prestar su colaboración cuando los jueces lo requieran.

Precisamente la doctrina de la separación de poderes tuvo por objeto asegurar la independencia e imparcialidad de los jueces con el establecimiento de un poder judicial totalmente independiente del ejecutivo y del legislativo.^{L.C.}

Cuando se habla de independencia del Poder Judicial, también debe analizarse desde el punto de vista del juez, ya que la independencia de los jueces, constituye una garantía de los individuos que acceden a la justicia y para que ésta independencia puede darse, debe asegurársele al juez que nadie lo presionará.

A este respecto, el doctrinario Alberto M. Binder (1999)²³ señala que:

De acuerdo con este principio, los jueces son, en cuanto al ejercicio de su función y para la aplicación del Derecho al caso concreto, independientes de todos los demás poderes del Estado.

L.C. Naciones Unidas. Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura. Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Milán del 26 de Agosto al 6 de Septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus Resoluciones 40/32 de 29 de Noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de Diciembre de 1985. En los artículos 1 y 2 se estipula lo siguiente: 1. La independencia de la judicatura será garantizada por el estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura. 2. Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.

²³ Binder, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. 2ª Edición. p. 149.

Esta afirmación tiene múltiples consecuencias. En primer lugar, significa que la independencia es un atributo personal del juez. Al respecto, resulta necesario e importante distinguir la independencia de la institución judicial en cuanto a tal, de la independencia personal al juez.

El verdadero concepto de independencia judicial está ligado a este segundo punto de vista. Es el juez, personalmente, con nombre y apellido, quien no está subordinado a ninguna instancia de poder.

Por ello, y en ocasión de ver la operatividad de las normas constitucionales que consagran la autonomía e independencia del poder judicial, deberíamos preguntarnos ¿Son los jueces y los tribunales en Venezuela realmente independientes e imparciales? En mi criterio existen muchos elementos que distorsionan la independencia y autonomía, entre ellos: a) La forma de elegir a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 264 constitucional), está signada por la presencia de otros poderes, que de alguna forma significa relación de subordinación; b) Los jueces inferiores son designados por el Tribunal Supremo de Justicia (artículo 255 constitucional), lo que puede dar pie a subordinación; c) La supervisión de los jueces se hace a través de la Dirección de la Magistratura, que de hecho ejerce funciones disciplinarias (artículo 267 constitucional); d) La llamada “jurisprudencia obligatoria” es un factor perturbador de la independencia de los jueces y tribunales. Esa dictadura establecida por el Tribunal Supremo de Justicia, con base en el artículo 335 constitucional, indudablemente afecta la independencia y de alguna manera somete la decisión de los jueces. Debe hacerse notar que no hay juez de la República que no fundamente sus decisiones en una “jurisprudencia” del Tribunal Supremo de Justicia, en las diferentes materias. Así, salvo excepciones, los autos o fallos del Tribunal Supremo de Justicia son la manifestación más encumbrada de la arbitrariedad por cuanto el máximo tribunal es omnipotente que cuando *locuta* es la *vox dei*, son obligatorios *erga omnes* en contra de la disposición constitucional de independencia de los jueces. Debemos advertir que reconocemos la función unificadora de

la jurisprudencia, pero ella debe estar basada en la elaboración científica y siempre salvaguardando principios superiores.*

2.1.4 Justicia Responsable

El juez, en el desempeño de sus atribuciones, debe actuar de una forma correcta y debida. El jurista Cabanellas (1983)²⁴ refiriéndose a la responsabilidad civil de jueces y magistrados, expresa que: “La que recae sobre éstos cuando en el desempeño de sus funciones causan un daño o perjuicio infringiendo leyes por negligencia o ignorancia inexcusable”.

Esta responsabilidad de los jueces es personal, en los términos que determine la ley, de acuerdo con lo establecido en el artículo 255 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que en su último aparte expresa lo siguiente:

Los jueces o juezas son personalmente responsables, en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisiones injustificadas, por la inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación, parcialidad y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.

Este artículo está en concordancia con lo dispuesto en el ordinal 8° del artículo 49, que dispone la responsabilidad del Estado de restablecer o reparar la situación jurídica lesionada, sin perjuicio que el particular pueda exigir la responsabilidad personal de los magistrados o jueces, por lesión ocurrida por error judicial, retardo u omisión injustificados.

El Estado debe velar por la correcta aplicación de la justicia, y si ésta se encuentra viciada está en la obligación de remediar el daño causado, ya que, en razón de la tutela judicial efectiva, el Estado no puede desenten-

* NOTA: A diario vemos la inmiscuición de otros poderes en las decisiones del poder judicial. Sin tener elementos de juicio leemos en la prensa declaraciones de diputados sometiendo al escarnio público a jueces y presiona para que la Dirección de Magistratura tome medidas contra jueces. Puedo citar como ejemplo el caso del Juez Serrano en el Táchira.

²⁴ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Jurídico*. Tomo VII, p. 194.

derse del quebrantamiento de alguna norma constitucional o legal por parte del Juez.^{Juris}

La Sala Politicoadministrativa, aplicando la normativa constitucional acerca de la responsabilidad del estado y de los funcionarios por los hechos ilícitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, ha establecido lo siguiente:

Al disponer expresamente la Carta Magna la obligación que tiene el Poder Público, de sujetarse a sus normas y al consagrar todo el sistema de responsabilidad “general” a la Administración Pública e “individual” (penal, civil y administrativamente) de sus funcionarios, deben éstos últimos, por expresa disposición constitucional tomar muy en cuenta el enunciado contenido en el artículo 49 de la Carta Magna (*omissis*).

Los órganos jurisdiccionales que determinan violaciones de la normativa constitucional pueden condenar “patrimonialmente” a la Administración Pública y de manera solidaria —en caso de ser procedente— a los funcionarios públicos que han ocasionado los daños en los administrados, siempre y cuando, de las acciones ejercidas pueda derivarse la pretensión de condena formulada por la parte accionante. No obstante, siendo la jurisdicción contencioso-administrativa, ente controlador de los Poderes

^{Juris}. Casación. TSJ. Sala Constitucional. Sentencia del 27 de Noviembre de 2001: “... la Sala pasa a determinar si tal error constituye una infracción constitucional que afecte al accionante, y que permita fundamentar una acción de amparo, o si el mismo afecta al orden público, o si hacen necesarios algunos otros correctivos. Ahora bien, considera esta al error de juzgamiento advertido no configuró una violación al numeral 4 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que se puede constatar que quien juzgo la tercería fue el juez natural. Igualmente, tampoco se verificó una violación a las garantías establecidas en los numerales 1 y 3 del artículo 49 del texto constitucional, de modo tal que la Sala estima que no se subvirtió el orden procesal ni dejó de aplicarse. Por ello, la Sala considera que, al menos en lo que concierne a estos extremos, no se configuró violación alguna del derecho al debido proceso del accionante, y así se declara. No obstante, observa la Sala que el numeral 8 del mismo artículo 49 prevé el restablecimiento de la situación jurídica lesionada por error judicial. En este sentido, es criterio de la Sala que su intervención se haría necesaria ante un error judicial de tal entidad que elimine o enerve las instituciones legales, o que contenga un razonamiento totalmente absurdo sobre la aplicación de leyes, es decir, un error verdaderamente grosero o grotesco, que no pudiera ser pasado, por alto por esta Sala, en su condición de máximo centinela del orden constitucional que exige un Estado de Derecho y de Justicia. Tomado de Ramírez & Garay, Tomo CLXXXII, Año 2001. (p. 218).

Públicos e invocando los principios de responsabilidad señalados, pueden los órganos jurisdiccionales, determinar la infracción constitucional de los funcionarios públicos en la actividad administrativa denunciada en los autos del expediente (aunque no se deduzca pretensión de condena por la parte accionante) y a tal efecto, instar al Ministerio Público, mediante la remisión de la decisión judicial, a fin de que éste, haciendo uso de las atribuciones que le señala el artículo 285 de la Constitución, impulse la acción por responsabilidad contra el funcionario agravante.^{Juris}

Los órganos jurisdiccionales son los encargados de llevar a cabo el proceso por violaciones a la normativa constitucional, en caso de querrella por el particular lesionado, condenando patrimonialmente al Estado por las infracciones cometidas. Igualmente se prevé la responsabilidad solidaria de los funcionarios públicos cuando éstos han cometido hechos ilícitos en el ejercicio de sus funciones.

Después de decidida la causa condenatoria, las actuaciones judiciales se remiten al Ministerio Público a fin de que se tramite la acción de responsabilidad contra el funcionario público que infringió las normas.

Cuando incurre en accidentes u omisiones perjudiciales al proceso y a las partes, está obligado a reparar, en lo posible su falta. Una consecuencia de esto es que se hace responsable de los pronunciamientos que emita sobre la controversia. Referente a esto, el artículo 18 del Código de Procedimiento Civil establece: “Los funcionarios judiciales son responsables conforme a la ley de las faltas y delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones”.

2.1.5 Justicia expedita y sin dilaciones indebidas

Los tratados y convenciones antes indicados señalan la importancia del proceso como garantía irrenunciable para sostener y argumentar los derechos. Pero este proceso no ha de ser un simple procedimiento tomado de los ordenamientos procesales, es preciso que, para responder

^{Juris}. Casación. TSJ. Sala Políticoadministrativo. Sentencia N° 968, de fecha 2 de mayo de 2000, caso Elecentro. Tomado de www.tsj.gov.ve

al fin garantista que propone, cumpla al menos, dos principios esenciales: el de propiciar la eficacia del servicio jurisdiccional a través de un proceso sin restricciones (legitimación amplia, prueba conducente y efectiva, sentencia útil y motivada); y de lograr que el enjuiciamiento llegue en su tiempo, que no es otro que el de los intereses que las partes persiguen cuando ponen el conflicto en conocimiento de los tribunales. Ambos principios: eficacia y rapidez, han de trabajar en armonía.²⁵

El proceso debe desenvolverse debida y libremente de forma rápida y ágil; en donde no se interpongan obstáculos para alcanzar el fin del mismo, el cual es resolver la controversia planteada. Este principio se relaciona íntimamente con la celeridad procesal. Si el proceso se desarrolla con una tardanza excesiva e irrazonable, puede considerarse lesionado el derecho a un proceso expedito y sin dilaciones indebidas. Pero, también, puede ocurrir el exceso de celeridad y se salten formalidades o lapsos esenciales para el derecho de defensa o para satisfacer el debido proceso.

Es importante examinar los significados de proceso rápido, proceso sencillo y eficaz. El problema de la *rapidez* debemos vincularlo a plazo para solucionar el conflicto y no a dilación indebida. El plazo debe ser razonable, es decir, adecuado a las circunstancias de cada conflicto, pero siempre asociado a los principios pragmáticos de economía y eficacia procesal. Como expresa el argentino Gozaini²⁶ debe quedar claro que la rapidez no supone establecer una finitud perentoria, vencida la cual el proceso quedaría anulado. Solamente es un marco referencial que significa distribuir en cada etapa del procedimiento la mayor parte de actos de impulso y desarrollo, de modo tal que se permita, en el menor número de ellos, alcanzar el estado de resolver sin más trámites.^{L.I.}

²⁵ Gozaini, Osvaldo. *Ob. Cit.* p. 19.

²⁶ *Ídem.*

^{L.I.} En el Art. 6.1 del Convenio de Roma promovido por el Consejo de Europa, los Estados contrates coincidieron en atribuir la condición de derecho humano a la garantía procesal consistente en obtener una decisión judicial en plazo razonable; y consecuentemente, a sumieron la obligación de Derecho Internacional Público, de articular los mecanismos jurídicos necesarios para que las causas que se sustancien ante sus órganos jurisdiccionales sean resueltas en un plazo que, permitiendo el adecuado ejercicio del derecho de defensa, incorpore el factor temporal indispensable para no hacer ilusoria la tutela efectiva.

Nótese que en la doctrina internacional, la celeridad en el proceso, desde el punto de vista de plazo razonable para solucionar el conflicto, se asume como un deber de la jurisdicción y como una potestad del justiciable, por tanto tiene una doble configuración, a saber: como obligación jurisdiccional por la rapidez y como derecho esencial del hombre.

En resumen, el resultado de un proceso, bien sea para otorgar una satisfacción jurídica a las partes, ora para cumplir el deber jurisdiccional de resolver los conflictos intersubjetivos sometidos a su juzgamiento, debe ser pronunciado en un lapso compatible con la naturaleza del objeto litigioso; en caso contrario, la tutela judicial sería ilusoria, haciendo cierto el aforismo que dice “injusta la sentencia que juzga cuando ya no debe juzgar”.^{Juris}

No es compatible con los fines de justicia un proceso que se retarde indebidamente, si al finalizar cuando se le reconozcan sus derechos a una de las partes, ya poco valen porque en muchos casos, no se puede ejecutar la sentencia.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que un proceso determinado debido a su naturaleza o a las características del mismo, puede tomarse algún tiempo, tal como lo señala el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional:

Debe recordarse, no obstante, que el concepto de proceso sin dilaciones indebidas es un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido concreto deberá ser obtenido mediante la aplica-

^{Juris}. El Tribunal Supremo de Justicia en su Sala de Casación Civil. En Sentencia de la Sala de Casación Civil del 24 de febrero de 1999, Julio César Hernández Candiales, contra Estampados Carabobo C.A. Expediente N° 73 ha hecho una consideración sobre estos principios: (... *omissis*...) En efecto, es de la esencia de la administración de justicia el que, para ser justa, ésta tiene que ser rápida. Una justicia lenta, o que se retarde indebidamente, es –por sí sola injusta–. De nade le sirve al demandante o al demandado –en un proceso civil–, o al acusador o al acusado –en un juicio criminal–, que después de largo tiempo se acepten sus alegatos y se reconozcan sus derechos, si el mero transcurso del tiempo le ha ocasionado un daño irreparable, o si el haberse visto involucrado en un largo proceso ha perjudicado sus intereses, o incluso ha lesionado su reputación y la percepción que de él se tenga en el grupo social. Además, con mucha frecuencia, el que puede esperar es quien se sabe derrotado y que se beneficia con una decisión tardía; por el contrario, aquel a quien le asiste la razón y cuyos derechos han sido lesionados no dispone de tiempo, y no puede esperar eternamente a que se restablezca la justicia. www.tsj.gov.ve

ción, a las circunstancias específicas de cada caso, de los criterios objetivos que sean congruentes con su enunciado genérico. Podrían identificarse como ejemplo de tales criterios objetivos; la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, la conducta procesal del interesado y de las autoridades implicadas y las consecuencias que de la demora se siguen para los litigantes (subrayado nuestro). Así pues, criterios de razonabilidad pesarán sobre la decisión que se tome en cada caso concreto.^{Juris}

Se desprende de esta decisión que deben tomarse en cuenta algunos criterios en el momento de aplicar este principio a un proceso determinado, sin embargo, se deduce que si existe un retraso “indebido” que no se justifique en dicho proceso, entonces se incurriría en la violación de este principio, de rango constitucional, que se ha establecido en razón de que el transcurso del tiempo puede ocasionarle un daño irreparable a los particulares, que por la lentitud y demora siempre tienen incertidumbre y desconfianza en el sistema de administración de justicia. Un plazo no razonable o un retraso indebido son violatorios del derecho fundamental de obtener justicia, por tanto, susceptibles de recurso de amparo.

Finalmente, con relación a la eficacia, el otro elemento del aspecto de rapidez y sin dilaciones indebidas que se analiza, se debe decir que es un concepto pragmático. Se mide con resultados. Pero, es indudable que la eficacia debe valorarse desde una perspectiva constitucional. No hay un proceso debido por sí mismo. No se encuentra el derecho a proteger específicamente. El proceso se debe a la sociedad y cada individuo en particular, por eso, antes del conflicto es una garantía y puesto en marcha, “mide” su eficacia con relación a los derechos que viene a tutelar.²⁷ La eficacia en este sentido no tiene parámetros visibles sino en función de la utilidad que presta. No obstante, el jurista brasileño Barbosa Moreira,²⁸ ideó un modelo con cinco requisitos, así:

^{Juris} Casación. TSJ. Sentencia N° 2522 de la Sala Constitucional del 4 de diciembre de 2001, con ponencia del magistrado José M. Delgado Ocando, en el juicio de Eduardo Enrique Casellas Silva, expediente N° 00-2941. Tomado de Pierre Tapia, O. Tomo 12. Año 2002, p. 342.

²⁷ Gozaini, O. *Ob. Cit.* p. 21.

²⁸ Barbosa Moreira, J. C. *Temas de derecho procesal*. Edit. Universidad Libre EU. Buenos Aires.

- a) Todo proceso debe disponer de instrumentos de tutela adecuados, en la medida de sus posibilidades, para la defensa de los derechos de cualquier naturaleza.
- b) Esos instrumentos tienen que ser prácticamente utilizables por todos, sin perjuicio de las cuestiones de legitimación para obrar que en cada caso se presenten.
- c) No pueden faltarle al juez elementos de hecho y prueba que le impidan alcanzar la certidumbre necesaria para sentenciar.
- d) A quien logra la satisfacción de sus derechos debe asegurársele la posibilidad inmediata de restitución o cumplimiento de la sentencia.
- e) El proceso debe terminar con un mínimo dispendio de tiempo y energías.

Los criterios asumidos por nuestro más alto tribunal de justicia, están en esa misma tónica, pues, en diversas decisiones han dicho que el proceso en justicia no puede estar subordinado a formalismos inútiles, todo él debe conducir a la realización de aquélla.

Es importante destacar que la consagración constitucional del principio de justicia sin dilaciones indebidas, conlleva la instrumentalización del proceso dentro de los plazos establecidos en las leyes procesales correspondientes. Por ello, el juez como director del proceso, garante de los derechos fundamentales de los justiciables, es el primero quien debe respetar los lapsos procesales.

2.1.6 Justicia sin Formalismos

La formalidad en el proceso implica el cumplimiento de una serie de requisitos para que los actos procesales adquieran validez.

En el sistema de justicia anterior, si se omitía o incumplía con uno de estos requisitos se afectaban las actuaciones procesales. De suerte, que cualquier irregularidad, por ínfima que fuera, daba lugar irremediablemente a la declaratoria de ineficacia de los actos procesales. A ve-

ces estos errores u omisiones, no incidían sobre el fondo de la causa; sin embargo, esto constituía un impedimento u obstáculo para la consecución del proceso. Esto se transformó en un recurso “tramposo” para dilatar el proceso.

Es criterio del Tribunal Supremo de Justicia, que ha habido una transformación en el ordenamiento jurídico nacional con la supresión de la Constitución del 61 y entrada en vigencia de la Constitución de 1999.

Nuestro texto constitucional, sin dejar de lado esta discusión, propone que el proceso es un instrumento para realizar la justicia. Asumir que lo jurídico es social y que lo social es jurídico. En ese sentido, la finalidad última del proceso es la realización de la justicia solucionando los conflictos sociales y no la obtención de mandatos jurídicos que se convierten en meras formas procesales establecidos en las leyes sin dar satisfacción a la demanda social, quedando la justicia subordinada al proceso.^{Juris}

El proceso debe lograr su finalidad, resolver un conflicto sobre una relación jurídica material. Se convierte en un medio eficaz para la realización de los fines del Estado: la justicia, el bien común y la paz. Por lo tanto, no puede estar sometido a una serie de tecnicismos y formalidades que lo desvirtúen.

No obstante, por interpretación contraria del artículo 257 constitucional no puede omitirse el cumplimiento de aquellas formalidades que sean de carácter esencial dentro del proceso. Así lo señala el Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Civil, al establecer:

^{Juris} Casación. TSJ. Sentencia de la Sala de Casación Social el 9 de marzo de 2000, con ponencia del magistrado Omar Alfredo Mora Díaz, en el juicio de Luis Casas Bander contra Seguros La Metropolitana S.A., en el expediente N° 97-333, sentencia N° 26. Tomado de Pierre Tapia. O. Volumen 3. Año 2000, p. 9.

(Omissis)

En este orden de ideas, considera la Sala, oportuno dejar establecido que si bien es cierto que la preceptiva constitucional ex artículos 26 y 257 del texto fundamental, garantizan a los justiciables, el que los procesos judiciales se llevaran a cabo sin dilaciones indebidas, sin formalismos, ni reposiciones inútiles, no es menos cierto que también señala que la omisión de formalidades, lo será, siempre que ellas no sean esenciales; esta excepción alberga la necesidad de observarlas en la medida en que resulten ineludibles, y así ocurre con los requisitos esenciales que debe cumplir el escrito de formalización, pues la normativa prevista en los artículos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no debe convertirse en patente para que quienes acudan a esta sede casacional, presenten ante este Tribunal Supremo de Justicia, escritos reñidos hasta con la más (sic) elemental técnica jurídica; pues en estos casos, se repite, se estaría vulnerando la solemnidad que le es propia a este alto órgano, obligando a sus magistrados a realizar la tediosa labor de desentrañar las denuncias opuestas a efecto de comprender, que fue en definitiva lo que tuvo en mente impugnar el recurrente.^{Juris}

Sin embargo, no hay que exagerar en la observancia y aplicación de las formas, ya que lo más importante es conseguir la materialización de la justicia a través de una sentencia que decida sobre el mérito de la causa, lo cual de ninguna manera debe significar que no deba haber sujeción a las formalidades esenciales establecidas en las normas legales. Debe recordarse que en el sentido estricto “formalidad” es cumplir con cada uno de los requisitos para ejecutar una cosa o modo de ejecutar

^{Juris}. Casación. TSJ. Sentencia de la Sala de Casación civil del 2 de agosto de 2001, con ponencia del magistrado Carlos Oberto Vélez, en el expediente N° 01115, Sentencia N° RC-0233. Tomado de Pierre Tapia, O. Tomo 8, Año 2001. p. 420.

con exactitud un acto público.^{Juris} Debe entenderse, que el constituyente estableció, en forma general, el principio antiformalista, en el sentido que en la interpretación de la norma en los casos de “formalidades” se hiciera más favorable a los derechos humanos a fin de garantizar la realización de la justicia y por ende a la tutela judicial efectiva.

2.1.7 Justicia equitativa

Cuando hacemos referencia a una justicia equitativa entramos en la esfera de la equidad. Ella está ligada íntimamente a la justicia, ya que consiste en atribuirle a cada uno lo que, de acuerdo con la razón le corresponda.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, juzgar con equidad es aplicar la justicia natural, por oposición a la letra de la ley positiva. Tomado desde este punto de vista, el que se haya incluido en la Constitución la equidad como principio rector de nuestro Sistema Judicial, traería graves inconvenientes, tal como lo señala el doctrinario José Andrés Fuenmayor G.:

...el Estado al establecer las características que tiene el derecho a la justicia cometió el grave desliz de incluir dentro de ellas el que la justicia tiene que ser equitativa. Me pregunto ¿Mediría el constituyente venezolano el alcance de tal atributo de la justicia? Si ello es así debemos aceptar que con dicha calificación el propio Estado destruyó el Derecho Positivo Venezolano de un solo plumazo.

^{Juris}. Corte Contencioso Administrativa. Sent. 24-05-2000. Magistrado ponente: Rafael Ortiz-Ortiz. “Nuestro excesivo formalismo no esencial además de la existencia de los procesos, ha hecho que se afirme que para tramitar la demanda de nulidad es necesario que el demandante lo exprese con las palabras necesarias y adecuadas en su libelo de demanda, pareciera ser pues que volvemos a las abandonadas prácticas del procedimiento formulario romano donde las “formalidades” eran esenciales para tramitar la *Actio* y que de no pronunciarse expresamente las palabras, acompañadas con la gesticulación correspondiente, por ese solo hecho la *Actio* no era concedida... Nuestra actual constitución, en clara advertencia de esta situación ha establecido entonces que “el proceso constituye el instrumento fundamental para la realización de la justicia”, y que este valor nunca podrá sacrificarse por la omisión de formalidades no esenciales; este mandato siempre ha sido así, sólo la miopía intelectual de algunos operadores de justicia permitía que se cometieran los más claros abusos forjadores de una real insatisfacción jurídica que conllevó a la crisis de nuestro sistema. Existe una nueva manera de leer y desleír el derecho y tener la inteligencia suficiente para distinguir cuando una formalidad es o no esencial, para lo cual la jurisprudencia tiene una urgente y necesaria misión”. Tomado de Useche, Judith. *Ob. Cit.* tomo I, p. 69.

El juez sólo puede recurrir a la equidad, conforme a la facultad expresa que le otorga el Código de Procedimiento Civil, cuando dice: “La solución de una controversia con arreglo de equidad sólo puede efectuarse por acuerdo expreso de las partes” (Art. 13 del Código de Procedimiento Civil).

Ahora bien, la garantía constitucional de ser juzgado equitativamente es un derecho que está por encima de las otras leyes. ¿Debemos entonces considerar derogada alguna norma jurídica cuando el juez le dé preferente aplicación al derecho que otorga la Constitución de ser juzgado “equitativamente”?

Y agrega que:

Así el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, le ordena al juez 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. En nuestro sistema o se aplica la norma o se descarta ésta y se va a la equidad. No puede irse a la equidad sino en ausencia de norma jurídica”.²⁹

No compartimos el criterio del citado autor. La equidad debe ser entendida como una cualidad de la justicia que consiste en atribuirle a cada uno aquello a lo que tiene derecho, es un componente necesario de la concepción de la justicia y tomando como referencia lo establecido en el artículo 4 del Código Civil, debe hacerse una interpretación restrictiva de este principio, tomando en cuenta el significado propio de las palabras, por lo tanto, nos atrevemos a considerar que la equidad contemplada como un principio característico del sistema de justicia, de rango constitucional, debe entenderse como una concepción cónsona con el principio de justicia que le permite al juez, según su real saber y entender, tomar una decisión que se dirija a resolver las controversias que se le presenten, de una manera más justa, sin que ello implique que esa decisión pueda ser contraria a derecho. Por otra parte, la equidad

²⁹ Fuenmayor, José A. www.venezuelaanalitica.com

está íntimamente relacionada con la ética,* pero no en el sentido de la moral, sino en una relación interpersonal de fidelidad y justicia.

No creemos que la caracterización de la justicia con equidad signifique que el juez queda liberado de la atadura estricta de la ley, y que él debe buscar un verdadero concepto de justicia, pensamos que el juez en el caso concreto tiene que mirar el fondo social y al interpretar la ley debe acercarse a lo más favorable a los derechos humanos dentro de esa realidad social. En este sentido vale transcribir un trozo que Calamandrei cita de Angelo Maiorana mencionado por el profesor Alberto Baumeister,³⁰ que dice:

... las jurisdicciones de equidad y sus soluciones, no pueden ser otra cosa que un “fenómeno temporal”, propio de períodos de transición en los que la sociedad, oscilando entre los viejos principios de un derecho que se hunde y los nuevos principios de un derecho que sea más justo, que busca afanosamente un nuevo estable asentamiento, la función de estas jurisdicciones, propia de los elementos históricos en los que el ordenamiento jurídico se transforma rápidamente, contribuye, pues, más que a sustituir la obra del legislador, a “prepararla” para el día en que el derecho nuevo, ya fijadas sus normas y principios en la jurisprudencia, esté en condiciones de transformarse en leyes definitivas.

* **NOTA:** Ética es un concepto cuyo uso se ha universalizado como sinónimo de moral. Esta equivalencia de significados empobrece el lenguaje, privándolo de un instrumento que es indispensable para diferenciar realidades distintas. Entendemos la ética como instancia espiritual, como un “valor” al igual que lo es la moral, pero mientras que la moral remite en el discurso moderno a la verdad y a la universalidad dentro del contexto de cuerpo social determinado, la ética remite a una relación interpersonal de mutuo pertenecimiento, de reciprocidad y de solidaridad. Ética remite a pueblo, a lugar de residencia y, más precisamente, al ámbito y al vínculo que origina la vida. La ética, por lo tanto, no despacha a una doctrina de validez universal sino a una cuestión de hecho. En la ética, la gratitud y la fidelidad se hacen una misma cosa con la preservación de la vida. La ética es más que un valor, es la vida misma, es lo que hace que los valores sean valores. Por eso, la moral y los “valores” como conceptos empleados en la cultura occidental, son categorías subjetivas y universales que se invocan pero no se aplican. Por ello, a nuestro juicio, argumentamos la ética como una realidad espiritual que es válida solamente dentro de una relación de un *yo* y un *tú*. Es una realidad válida dentro del campo de una relación interpersonal, de una relación de alianza que encuentra en esta alianza el fundamento de su validez.

³⁰ Baumeister, Alberto. “Las modificaciones de la Constitución Nacional, aproximaciones en torno a algunos de sus efectos, en especial, en lo atinente a los conceptos de “Norma Jurídica, Justicia, Administración de Justicia, Función del Poder Judicial, entre otros”. III Jornadas de Derecho Procesal Civil. Fundación Pérez-Llantada, UCAB, Caracas, 2000. p. 185.

Empero, no creemos que la equidad deba ser un “fenómeno temporal” propio de un período de transición, sino que tiene que estar como principio ético en cualquier momento histórico. La realidad social es mutable, en ellas se desenvuelven fuerzas con los más variados intereses, es más, de acuerdo a la ubicación en el proceso productivo pueden tener racionalidades contrapuestas, lo que significa puntos de vista, intereses y objetivos distintos, que tienen que ser armonizadas de alguna manera. A nuestro juicio la equidad puede ser un instrumento de paz y justicia social.

Sin embargo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 335 Constitucional, correspondería al Tribunal Supremo de Justicia la interpretación de dicha norma y así determinar la intención del constituyente.

2.1.8 Justicia sin reposiciones inútiles

Según el autor Guillermo Cabanellas (1983),³¹ la reposición en Derecho Procesal es “el acto por el cual el juez vuelve a poner el pleito en el estado en que se encontraba antes de dictar sentencia o resolución, dejando la misma sin efecto o modificándola de acuerdo con las disposiciones legales y la petición formulada”.^{L.C}

En lo que se refiere a la hipótesis de que se presente una reposición inútil, es decir, innecesaria o indebida, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social, observo:

(*Omissis*).... En sentencia de fecha 24 de febrero de 1999, la Sala de Casación Civil, criterio con el cual comulga esta Sala de Casación Social, estableció:

... Que la indebida reposición de un proceso entraña una nítida lesión al derecho subjetivo fundamental del justiciable, de virtual progenie constitucional, a un proceso sin dilaciones indebi-

³¹ Cabanellas, Guillermo. *Ob. Cit.*

^{L.C.} En las legislaciones de Colombia, Uruguay y España existe el “*recurso de reposición*”. Cfr. Código de Procedimiento Civil: Colombia, artículo 348; Uruguay, artículo 245; España, artículo 451. El tipo de recurso de reposición que contemplan dichas legislaciones funciona básicamente contra providencias de trámite y sentencias interlocutorias. Nosotros no tenemos un recurso de tal naturaleza, sino contemplamos la reposición como un efecto de la nulidad de actos procesales.

das, cuando se tiene en cuenta la grave pérdida procesal que genera toda reposición, en forma que muchas veces, al menos en la mente y en los objetivos de los litigantes, se encuentra inmerso el oscuro propósito de buscar la nulidad por la nulidad misma, con desprecio del principio que siempre ha distinguido entre lo esencial y lo secundario, entre lo falso y lo verdadero, entre lo real y lo presunto, de modo que la nulidad de un acto del proceso sea la resultante cierta y verdadera del quebrantamiento de una forma esencial del juicio, de la cual dependa en una u otra el derecho de defensa(...)

De igual forma esta misma sala en sentencia del 22 de marzo del 2001, indicó lo siguiente:

... el recién aprobado texto constitucional, establece que el proceso es medio utilizado para hacer efectiva la justicia, donde no debe verse a éste como un conjunto de actividades que van en defensa de un fin particular, sino como aquel que tiene como objetivo ir en procura de salvaguardar los intereses de la colectividad, por lo que éste, en ningún caso ni debe, ni puede estar supeditado a formalismos que subordina la justicia al proceso, menoscabando los intereses del colectivo... (subrayado nuestro)

Establece el artículo 206 del Código de Procedimiento Civil lo siguiente:

En ningún caso se declarará la nulidad si el acto ha alcanzado el fin al cual estaba destinado.

Lo establecido por el referido artículo es lo que se conoce como el Principio Finalista de los Actos Procesales, el cual, como lo indican Alirio Abreu Burelli y Luis Aquiles Mejía Arnal, en su obra La Casación Civil, p. 230: “Dicho principio ha adquirido rango constitucional, al garantizar el nuevo texto fundamental, en su artículo 26, una justicia sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”.

De igual forma, esta Sala de Casación Social en sentencia del 24 de mayo de 2000, estableció:

... Este Tribunal ha señalado en diferentes oportunidades las necesidades de que las reposiciones deben perseguir una finalidad útil para corregir así los vicios cometidos en el trámite del proceso. Ello conduce a que los jueces deben examinar exhaustivamente y verificar la existencia de algún menoscabo de las formas procesales, que implique la violación al derecho a la defensa y del debido proceso, para acordar una reposición.

Por su parte, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 26 dispone que el Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas ni reposiciones inútiles y el artículo 257 expresa en su parte final que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

... Con relación a las reposiciones inútiles, nuestra Ley Adjetiva Civil, en armonía con el vigente texto constitucional dispone en la última parte del artículo 206 que en ningún caso se declarará la nulidad si el acto ha alcanzado el fin al cual estaba destinado.

(Omissis).

Ahora bien, como regla general todo proceso judicial está constituido por él (los) accionantes, él (los) accionados y por último, el órgano jurisdiccional, como ente encargado de administrar justicia, el cual debe realizar su labor de forma imparcial, eficaz y expedita, motivo por el cual de manera inexorable, deberá entre otras cosas, considerar si los actos procesales adolecen de formalidades esenciales, que impidiesen que los mismos alcanzaren la finalidad para la cual fueron realizados, para de esta manera mediante la reposición de la causa, ordenar la corrección de las posibles infracciones cometidas.

De igual forma, la jurisprudencia de este máximo tribunal de la República, ha indicado: “... es de vieja data la tesis de Casación conforme a la cual no es posible ordenar una reposición teórica por principio, sin perseguir un fin útil.” (Sentencia del 10 de diciembre de 1943). Estableciendo además que “... la reposición debe tener por objeto la realización de actos procesales necesarios, o cuando menos útiles y nunca debe ser causa de demoras...” (Sentencia 10 de octubre de 1991).

En tal sentido, ¿cuál es la finalidad real que las partes buscan cuando someten sus consideraciones a los órganos de administración de justicia?, para el entender de esta Sala, esa finalidad no es otra que la de obtener, como así lo establece nuestra Constitución, una justicia “... equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles” y que por lo demás “... no se sacrificará (...) por la omisión de formalismos no esenciales.”^{Juris}

De acuerdo a la sentencia transcrita, observamos que la indebida reposición de un proceso implicaría una violación del derecho que tiene todo ciudadano a un proceso debido, a todo lo que entraña la celeridad, la economía procesal y otros tantos principios reconocidos por la Constitución y la ley.

2.1.9 Justicia idónea y transparente

El proceso debe ser transparente, esto quiere decir que debe ser claro, las actuaciones que se realicen en los distintos momentos procesales, deben ser ajustadas a derecho y estar dirigidas hacia la verdad y la justicia. La transparencia está vinculada íntimamente con la “publicización del proceso” o publicidad procesal,³² de manera que no haya nada oculto y puede ejercerse sobre él, el control de las partes y el control social. En el problema de la transparencia no sólo se manifiesta con los aspectos materiales del proceso, sino que tiene que ver con la forma de

^{Juris} Casación. TSJ. Sentencia de la Sala de Casación Social del 19 de septiembre de 2001). Tomado de Pierre Tapia, O. Tomo 9, 2001. p. 585.

³² Gozaini, O. *Ob. Cit.* p. 18

aportar los elementos al proceso, de las personas que actúan, por lo que no puede darse los casos de “jueces o fiscales sin rostro”, ni desconocerse quién maneja el expediente en los casos de juzgados de sustanciación, relatores o ponentes, pues, cualquiera de ellos pudiera estar involucrado, por ejemplo en casual de recusación.

Por otra parte, es indispensable que el Juez, a quien se le ha encomendado la importante labor de administrar justicia, sea una persona idónea, es decir, que tenga suficiencia y aptitud para tal fin. La doctrina internacional ha expuesto que:

La administración de justicia debe inspirarse en valores éticos. Corresponde al Estado asegurar su imparcialidad y objetividad, así como la igualdad y respeto de la dignidad de las personas, ajenos a las conveniencias del poder, ya sean económicas, sociales o políticas, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de cada país sobre derechos y deberes. La administración de justicia con su contenido ético debe ser simple, accesible, pronta, ágil, próxima al ciudadano y equitativa en sus decisiones. Ha de ser independiente en cuanto a su actuación y a los criterios aplicados por los funcionarios judiciales, efectiva y flexiblemente, en lo que atañe a sus mecanismos de solución de controversias; e idónea en lo referente a la conducta profesional y ética de dichos funcionarios.

Una justicia confiable, independiente, *transparente*, y eficaz, tiene obligatoriamente que estar sustentada en jueces, fiscales y operadores de justicia honestos, formados académicamente, con autonomía de criterio, con recursos y que gocen de estabilidad.³³

El aspecto de la idoneidad no sólo debe referirse a la capacidad, aptitud y actitud de los funcionarios judiciales, sino tiene relación con el procedimiento, por ello, cada caso debe tramitarse con el procedimiento adecuado. Ahora bien, como la justicia es un todo, en la cual en su búsqueda está involucrado el hombre y en el proceso están controvertidas preten-

³³ Página en internet: www.todoelderecho.com (16-04-2002).

siones de seres humanos, para ellos también deben aplicarse los principios de transparencia e idoneidad. Las partes tienen que tener una conducta leal y proba en el proceso, sus deslealtades y falta de probidad deben ser impedidas o sancionadas.* Este es un derecho-deber que tienen las partes, pueden exigir por tanto la transparencia total en el proceso de los funcionarios y de su contraparte. Con relación a la idoneidad en las partes, ella se refiere a la idoneidad del derecho de defensa. Las partes tienen derecho a asistencia jurídica en cualquier grado e instancia, este ejercicio del derecho de defensa debe ser idóneo. Aquí se plantean problemas de amplia discusión. Por ejemplo, el estado brinda en materia penal las defensorías públicas a las personas que no tienen posibilidades de defensor privado, cabe preguntar ¿Es esa la defensa más idónea? ¿Podrá anularse un proceso por carecer de una defensa idónea? En mi criterio sí, pero deberá demostrarse la inidoneidad material e ideológica. Es decir, que la defensa no utilizó los recursos disponibles por la ley y el no uso de éstos influyó en la decisión favorable. También, cabe preguntar si la idoneidad es derecho atinente al derecho de defensa ¿Podrá la persona reclamar mediante amparo ese derecho y exigir que se le nombre un defensor que él considere idóneo? Este es un problema que tiene diversos matices y que sólo lo dejamos planteado, para realizar un análisis más profundo en otra ocasión, máxime cuando nuestra Constitución asume un modelo prestacional.

El proceso debe cumplir con el objetivo de solucionar los conflictos de los particulares en la mejor forma, haciéndose necesario para esto el cumplimiento de los principios establecidos en el texto constitucional. El derecho procesal constitucional asume el modelo de justicia legal social, a riesgo de quebrar la sagrada instrumentalidad, concibiendo, que aun resolviendo conflictos privados, generaliza sus repuestas dando pautas de convivencia social.

* NOTA: Las partes no pueden usar el proceso para fines distintos al mismo, solucionar conflictos en contradictorio, lo contrario sería el fraude procesal; no pueden ocultar pruebas, ni realizar actos temerarios. Esa conducta se tipifica como desleal y falta de probidad. *Cfr.* Artículos 17 y 170 del Código de procedimiento Civil.

3. EL MODELO CONSTITUCIONAL DEL PROCESO

La Constitución de 1999 establece una forma de justicia, sobre la base del principio rector de Estado democrático y social de Derecho y Justicia, delineando con rigor la jurisdicción y el proceso. Es necesario indicar que la existencia de un modelo constitucional de proceso es de carácter general, es decir, comprensivo de todos los diversos procesos (civil, penal, administrativo, laboral, penal-militar e indígena) y aun de procedimientos que tengan cánones similares y principios formativos análogos.³⁴ Debe tenerse en cuenta que estos principios procesales constitucionales gozan de supremacía (artículo 7 constitucional) por ser normas de la Constitución. Esa supremacía no sólo se manifiesta en su operatividad y exigibilidad, sino en el control que deben hacer valer todos los jueces (artículo 334 constitucional).

La vigencia de la Constitución de 1999 implicó el establecimiento en el ordenamiento jurídico venezolano de una serie de valores y principios de obligatorio cumplimiento para los órganos que integran el poder judicial, los cuales constituyen sin duda alguna, un gran avance en la forma de impartir justicia. Uno de estos principios y valores de obligatoria observancia por los órganos del poder público se encuentra recogido en el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana el cual reza lo siguiente:

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 adoptan un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

³⁴ García Belaúnde, Domingo. *Derecho Procesal Constitucional*. p. 9. Dice el autor que desde hace años Héctor Fix Zamudio ha sostenido que, al lado del derecho procesal constitucional (disciplina procesal que estudia los mecanismos operativos e instrumentales para hacer efectivas determinadas instituciones constitucionales) existe un *derecho constitucional procesal*, que no es un simple juego de palabras, sino una realidad tangible; el análisis de aquellas instituciones procesales contenidas en la Constitución del Estado. (...omissis...) Dentro de este elenco, determinadas instituciones básicas del derecho procesal se han elevado a rango constitucional, tales como el principio del juez natural, de la instancia plural, del debido proceso, etc.

Es indudable que la Constitución propone que el proceso tiene como finalidad garantizar los derechos de las partes como método para obtener una sentencia justa. Es importante esta definición, pues le asigna al proceso un significado sustancial, restándole un poco su carácter formalista. Esta visión no concibe el proceso como un medio de juzgamiento del estado, sino como el instrumento de realización de la justicia.

En efecto, según sentencia del 23 de febrero de 2000 de la Sala de Casación Social estableció:

(...Omissis)

... El proceso es el medio utilizado para hacer efectiva la justicia, donde no debe verse éste como un conjunto de actividades que van en defensa de un fin particular, sino como aquel que tiene como objetivo ir en procura de salvaguardar los intereses de la colectividad como institución fundamental de la sociedad, por lo que éste en ningún caso debe ni puede estar supeditado a formalismos que subordinan la justicia al proceso, menoscabando los intereses del colectivo [...]"³⁵ Juris

Se observa en esta sentencia que el proceso es un instrumento para dar solución a los conflictos sociales, y no para la obtención de mandatos jurídicos que se conviertan en puras formas procesales establecidas en las normas, sin dar una debida y oportuna solución aquellos, trayendo como consecuencia que la justicia quede subordinada al proceso.

En la doctrina extranjera destacan las opiniones del jurista mexicano Fix Zamudio (1997)³⁵ que, concibe el proceso como el instrumento adecuado de defensa de los ciudadanos frente a la afectación de sus derechos, diciendo:

El proceso constituye el medio a través del cual los gobernados pueden lograr su defensa contra cualquier afectación de sus derechos ordinarios, ya que una gran parte de las cartas

Juris. Tomado de www.tsj.gov.ve el 23-02-2000.

³⁵ Fix Zamudio, Héctor. www.todoelderecho.com

constitucionales establecen el principio del debido proceso legal o derecho de defensa en juicio.

De igual manera, en la propia letra del artículo 257 de la Constitución, el constituyente consagró una serie de principios tales como la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites.

En cuanto a la simplificación de los trámites, son aquellos establecidos por la ley, los cuales deben ser sencillos, sin complejidad innecesaria. En Venezuela existe el Decreto con rango y fuerza de ley sobre simplificación de trámites administrativos, tiene por objeto racionalizar las tramitaciones que realizan los particulares ante la administración pública, mejorar su eficacia, pertenencia y utilidad, a fin de lograr mayor celeridad y funcionalidad en las mismas, reducir los gastos operativos, obtener ahorros presupuestarios, cubrir insuficiencias de carácter fiscal y mejorar las relaciones con los ciudadanos.

En cuanto a la simplificación, es importante saber que, simplificar significa reducir la complejidad de un proceso, cada vez que sea posible, lo que conduce a menos etapas, menos interdependencia, menos vericuetos, menos trámites. Así pues, la simplificación de los trámites en un proceso busca el funcionamiento de éste, la reducción de los costos y por sobre todas las cosas una mayor celeridad en el curso de una causa.

La simplificación de trámites requiere de una metodología que permita, en forma práctica y sencilla, llegar a aplicar los principios constitucionales: de buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia en todas y cada una de las actuaciones de la administración, a través de la simplificación, modificación o supresión de los trámites considerados innecesarios, o un obstáculo para la misma y que hacen engorrosa para el usuario o cliente externo, la consecución de los bienes o servicios que el Estado le debe proporcionar.

Para facilitar esta tarea, se parte del fraccionamiento en etapas o fases, las cuales pueden desarrollarse, bien en forma simultánea o escalonada; todo de acuerdo con la claridad y conocimiento que se tenga del producto final o serie de productos que cada entidad proporciona, los

trámites que involucra y los procedimientos existentes, la identificación de los procesos misionales, operativos y administrativos y su interdependencia directa con los procedimientos y los métodos.³⁶

Así, pues la simplificación de los trámites en un proceso busca el funcionamiento de éste, la reducción de costos y por sobre todas las cosas, una mayor celeridad en el curso de una causa.

Por otra parte, se establece la unificación y eficacia de los trámites y la adopción por parte de las leyes procesales un procedimiento breve, oral y público. Es importante destacar que la idea de un procedimiento breve responde a los principios de celeridad, concentración e inmediación, ya que la justicia debe ser administrada lo más breve posible y es una forma de que el proceso sea un verdadero instrumento para la realización de la justicia.

Con relación a la oralidad, es el sistema que más se adecua a la idea de procedimiento simplificado y breve. Debe indicarse que en el Código de Procedimiento Civil está contemplado el procedimiento oral (artículos 859 al 880); también, vemos que el legislador en parte está cumpliendo con esos lineamientos constitucionales, pues los procedimientos en materia Penal, de Niños y Adolescentes, Tránsito, Trabajo y Agrario, han adoptado el sistema de la oralidad

Por ejemplo, el artículo 14 del Código Orgánico Procesal Penal establece:

El juicio será oral y sólo se apreciarán las pruebas incorporadas en la audiencia, conforme a las disposiciones de este Código.

No obstante, en el proceso penal no es tan absoluto este principio, ya que existen actuaciones de una importancia trascendental que son escritas, tales como: el escrito de acusación que se presenta al Fiscal del Ministerio Público, y la presentación de la querrela por la víctima contra el presunto ofensor.

³⁶ www.venezuelaanalitica.com

De igual manera, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo desarrolla este principio constitucional de la oralidad en su artículo 2 al establecer:

El juicio será predominantemente oral, breve y contradictorio y sólo se apreciarán las pruebas incorporadas en el proceso, conforme a las disposiciones de esta ley.

En esta misma dirección es importante destacar que, dicho principio de la oralidad en los procesos venezolanos no es cumplido en su totalidad, ya que como es sabido existen todavía procesos estrictamente escritos, tales como, los juicios civiles, administrativos entre otros, los cuales con las venideras reformas se espera que se coloquen en línea con las tendencias modernas de la oralidad.

Con relación al principio de publicidad se puede señalar que el Código de Procedimiento Civil, consagra en su artículo 24 el principio de la publicidad de los actos procesales así:

Los actos procesales serán públicos, pero se procede a puertas cerradas cuando así lo determine el tribunal, por motivo de decencia pública, según la naturaleza de la causa. En tal caso, ni las partes, ni los terceros podrán publicar los actos que se hayan verificado ni dar cuenta o relación de ellos al público, bajo multa de un mil a cinco mil bolívares, o arresto hasta por ocho días, penas que impondrán el juez por cada falta. El estudio de expedientes y solicitudes, la conferencia que tengan los jueces para sentencias y la realización del fallo, se harán en privado, sin perjuicio de publicación de las sentencias que se dictarán.

Este principio de publicidad tiene su excepción, en el mismo artículo 24 del Código de Procedimiento Civil, ya que la publicidad en un proceso no se permitirá por motivos de decencia pública, y a ésta podemos agregarle cuando esté involucrado el orden público y las buenas costumbres.

Al respecto de este principio de publicidad, Puppio (1998)³⁷ señala que:

³⁷ Puppio, Vicente J. *Teoría General del Proceso*. p. 147.

En realidad la verdadera consagración del principio sería la presencia del público en las audiencias, en asuntos penales, o en los días de despacho, en asuntos civiles y contenciosos administrativos del tribunal. Pero con nuestro sistema escrito, el principio se cumple con la publicidad de que se le da a cualquiera de tener acceso al expediente y sacar copias simples de los documentos contentivos de los actos procesales.

Este principio de publicidad permite que en el desenvolvimiento en el juicio cualquier persona que tenga algún interés pueda oponerse o coadyuvar a la buena consecución del proceso.

Al respecto Couture³⁸ señala que:

La publicidad es consecuencia natural de la presencia del público en las audiencias judiciales, constituye el máspreciado instrumento de fiscalización popular sobre la obra de Magistrados y defensores, pero en nuestra legislación, al igual que la de otros países de habla hispana, disminuye la efectividad del principio por ser predominante el régimen de nuestras actividades procesales.

Binder³⁹ apunta en el mismo sentido diciendo que:

El juicio público implica un modo particular de insertar a la justicia en el medio social; implica que ella cumple con su tarea de transmitir mensajes sociales sobre la efectiva vigencia de los valores que fundan la convivencia. Por esta razón, Carrara insistía en que si el juicio es secreto y la población no tiene posibilidades de percibir el juicio como algo justo, no interesa demasiado que la sentencia sea intrínsecamente justa, ya que a los efectos sociales, es lo mismo una sentencia injusta que una percibida como injusta, aunque no lo sea.

³⁸ Couture, Eduardo. *Ob. Cit.* p. 192.

³⁹ Binder. A. *Introducción al Derecho Procesal Penal.* p. 107.

La oralidad y la publicidad adoptada en nuestra Constitución permiten en una forma directa y transparente, un debate contradictorio en el proceso, para obtener la efectiva realización de la justicia y el cumplimiento del fin social de la misma.

Por otra parte, en la redacción final del artículo 257 constitucional, encontramos la expresión: "... no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales".

En cuanto a esta garantía constitucional debemos entender que en un proceso sólo debe exigirse formalidades que sean en realidad esenciales y que tengan por objeto proporcionar una verdadera oportunidad de defensa y que no impidan la realización de la justicia.

Ahora bien, el Código de Procedimiento Civil vigente, aun cuando tuvo una apertura con su reforma en 1986, sin embargo, permanece en parte apegado al formalismo en los actos procesales, en los expedientes, en las sentencias, algunos jueces lo aplican con tal rigurosidad en algunos momentos que menoscaban el derecho a la defensa; tenemos casos que ofenden la conciencia jurídica, casos en los cuales las personas no han obtenido una protección a sus derechos o no se le han resuelto por el simple hecho de omitirse alguna formalidad de poca importancia y no esencial para la finalidad del acto, y por esta omisión les fueron vulnerados sus derechos. Sabemos que es necesario que existan las formas para los actos procesales, en circunstancias de modo, tiempo y lugar, pero ellas deben obedecer a la búsqueda de la justicia y la verdad, en el marco de los principios que se han analizado, del debido proceso, el derecho de defensa, igualdad, imparcialidad, etc.

El otro aspecto, quizá el más importante, se refiere a las garantías procesales, las cuales están todas prácticamente enmarcadas en el debido proceso. Éstas están contempladas en el Artículo 49 de la Constitución Nacional.

Lo establecido en el Artículo 49 de la Constitución, forma un grupo de garantías procesales que sin duda tienen el carácter de derechos funda-

mentales de la persona humana.^{J.C.} Estos principios son aplicables al conjunto de actos que conformen un expediente, pleito o proceso, abarcando tanto el ámbito judicial como el administrativo y el privado.

Las partes tienen la facultad de exigir al Estado que se les respete esta garantía para tener oportunidad de realizar una serie de actuaciones que si no se llevan a cabo vulnerarían sus derechos, es decir, posibilidad de defensa desde el comienzo del proceso con la introducción de la demanda hasta su conclusión con una sentencia que resuelva sobre el mérito de lo controvertido.

La Sala Constitucional expresa sobre las garantías procesales:

Dicho derecho constitucional es desarrollado por la legislación adjetiva, es decir, por las normas de rango legal que establecen los procedimientos a seguir ante los órganos jurisdiccionales para obtener la declaratoria de algún derecho o dilucidar controversias que puedan surgir. Sin embargo, no todo error judicial en la escogencia de la ley aplicable en la interpretación de la ley, o en la aplicación de la misma, constituye infracción constitucional. Sólo cuando tales errores impliquen en la situación jurídica de un particular una infracción a los numerales del artículo 49 transcrito, se estará en presencia de materias propias del amparo.^{Juris}

^{J.C.} Organismos Internacionales. El debido proceso y el derecho a un juicio justo e imparcial, tal como se ha analizado en páginas anteriores, están amparados bajo el nombre de “garantías judiciales” en los artículos 14 y 15 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas, de 1962; los artículos 8 y 9 de la Convención Americana sobre derechos humanos o “Pacto de San José”, de 1969 y el artículo 6 de la Convención Europea para la protección de derechos humanos y libertades fundamentales, de 1950. En todo caso hay muchos organismos internacionales vigilando el cumplimiento del respeto a los derechos humanos, tales como: La comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas, el Comité contra la Tortura, la Subcomisión de Prevención de discriminaciones y protección a las minorías, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Amnistía Internacional (AI), Pax Christi, Human Rights Watch, Comisión Andina de Juristas, Comisión Internacional de Juristas, Asociación de juristas demócratas, etc.

^{Juris} Casación. TSJ. Sentencia de la Sala Constitucional del 4 de abril de 2001), con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, en el juicio de Norberto Ortigoza Rodríguez en el expediente N° 00-1849, sentencia N° 437. Tomado de Pierre Tapia, O. N°. 4 año 2001. p. 215.

Las leyes son las encargadas de desarrollar este principio e implementar medios adecuados, para que todos los ciudadanos, sin distinción alguna, puedan ejercer y hacer exigir sus derechos frente a una infracción de las disposiciones determinadas en el artículo 49 de la Constitución. Por supuesto, esas leyes tienen que estar subordinadas a los principios procesales que pauta la Constitución.^{L.C.} En caso de violación de las normas contenidas en la Constitución el procedimiento por excelencia para protegerse u obtener el ejercicio concreto del derecho lesionado, es el amparo. Este último constituye un procedimiento idóneo para restablecer, en forma eficaz e inmediata, los derechos de los particulares que se encuentren amenazados o afectados directamente.

Detallando el proceso se puede afirmar que en él coexisten cuatro elementos o aspectos esenciales: a) El derecho cuestionado; b) Las partes; c) La ley o procedimiento conforme al cual se va seguir el procedimiento; y d) El juez. No cabe duda que dentro del proceso justo lo que más resalta son las partes, sin la presencia de ella se desvirtuaría esta garantía. En una visión del hombre como centro de la actuación del estado, indudablemente que la finalidad es lograr su realización y desarrollo, parte de ello lo constituye la justicia. Por supuesto, que la justicia no sólo se consigue mediante el proceso, ella puede darse por el reconocimiento que se hagan los hombres entre sí, por el espíritu de solidaridad y por una creciente conciencia de armonía, convivencia y conciliación.

^{L.C.} Nos parece interesante traer la definición de valores y principios constitucionales que hace la Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-406 del 5 de Junio de 1992. “los valores son normas que establecen fines dirigidos en general a las autoridades creadoras de derecho y en especial al legislador; los principios son normas que establecen un deber ser específico del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial. La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado y, por tanto, de eficacia. Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata, esto es, mediante una subsunción silogística. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta (Hans Peter Schneider. *Democracia y Constitución*, Madrid, centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 48 (es decir, sólo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales. De manera similar, la diferencia entre principios y reglas constitucionales no es de naturaleza normativa sino de grado, de eficacia. Las normas, como los conceptos, en la medida en que ganan generalidad aumentan su espacio de influencia pero pierden concreción y capacidad para iluminar el caso concreto”).

Es debido aquel proceso en el cual no haya negación de la justicia o quebrantamiento de lo que cada ciudadano le corresponda jurídicamente y donde se satisfagan todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarios para garantizar la efectividad del derecho material de los particulares.

4. EL DEBIDO PROCESO

Bajo la denominación del *debido proceso* (*due process of law*),^{L.C.} la nueva cultura jurídica engloba, al comenzar el siglo XXI, el conjunto de garantías que aseguran los derechos del ciudadano frente al poder judicial y que establecen los límites al poder jurisdiccional del Estado para afectar los derechos de las personas.⁴⁰ Tal vez, no es exagerado afirmar que el debido proceso al juicio imparcial, transparente e idóneo, es el instrumento más importante del ser humano en defensa de su vida, libertad, valores, bienes y derechos. Obviamente, conforme al artículo 49 de la Constitución Nacional, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, de 1966 y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, el debido proceso no se aplica exclusivamente a la actuación judicial (civil, penal, contencioso-administrativo, laboral, agraria, familia, constitucional, penal-militar) sino también a las administrativas, incluso en las actuaciones de particulares en que se ventilen derechos. Dado nuestro interés, básicamente, por el proceso judicial, hacia allí haremos el enfoque.

^{L.C.} A partir de la quinta y sexta enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, de 1781, prácticamente todas las constituciones de los estados democráticos incorporaron las garantías del debido proceso y el juicio público equitativo e imparcial y les confirieron rango de derecho fundamental. Empero, ese derecho fundamental no fue respetado en Europa por las tiranías nazi de Adolf Hitler en Alemania y fascista de Benito Mussolini en Italia, y en países de otros continentes por las dictaduras imperantes. Tomado de Camargo, Pablo. *Ob. Cit.* p. 27.

⁴⁰ Garrido de Cárdenas, Antonieta. *Ob. Cit.*, p. 130. expresa la autora que “1) El debido proceso se consagra como derecho individual de carácter fundamental, integrado por un conjunto de garantías constitucionales de naturaleza procesal, que permiten su efectividad, 2) El debido proceso, se encuentra cimentado sobre la base de que se garantice al individuo por parte del Estado, un procedimiento justo, razonable y confiable en el momento que se imponga su actuación ante los órganos administrativos o jurisdiccionales.

En los documentos internacionales citados el debido proceso se expresa así:

El derecho al debido proceso se halla consagrado en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que proclama: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

También reconoce el derecho al debido proceso en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que a la letra dice: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes judiciales. Toda persona tiene derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías, por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulado contra ellos o para determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

En consonancia con las previsiones normativas transcritas la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José publicado en la *Gaceta Oficial* N° 31.256 del 14-06-77), en el numeral 1° del Artículo 8 –garantías judiciales–, textualmente preceptúa:

Toda persona tiene derecho ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acción penal formulada contra ella, o para la declaración de sus derechos y obligaciones de índole civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

El debido proceso constituye un principio que debe aplicarse en todo sistema de justicia. En estos tratados internacionales válidos se establecen unas garantías mínimas que debe reunir el proceso para no afectar los derechos de los particulares y uno de ellos en especial, como lo es el derecho a la defensa.

La Constitución de 1999 establece la protección de los derechos humanos suscritos en los instrumentos internacionales, que hayan sido previamente ratificados por Venezuela y que versen sobre derechos humanos. También ha consagrado la aplicación inmediata y preferente de estos derechos y garantías en nuestro ordenamiento, aun por encima de la Constitución y las leyes, si en éstas no están reconocidos expresamente y que conduzcan a mejorar las condiciones de los particulares. La Constitución de 1999 establece:

Artículo 23: Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Debe señalarse, que los derechos y garantías fundamentales plasmados en nuestra Constitución y en los instrumentos internacionales son de carácter enunciativo y no taxativo. El artículo 22 de la Constitución de 1999 reconoce la vigencia y aplicación a otros derechos, o garantías inherentes a la persona humana no establecidos expresamente. En esta forma, garantiza a los ciudadanos el derecho subjetivo de acudir ante los órganos respectivos jurisdiccionales o administrativos, para exigir la tutela efectiva de los mismos:

Artículo 22: La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

En cuanto a la delimitación de una definición de Debido Proceso no existe una uniformidad de criterio por parte de los procesalistas, en este sentido, es preciso señalar la definición de algunos autores sobre el debido proceso.

El Fiscal General de la República y profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad de Costa Rica, Uterino Pacheco, José María (1993)⁴¹ publicó un artículo en el cual se concreta una definición de Proceso Justo o Debido Proceso:

La expresión, “debido proceso” además de ser la de mayor uso, tiene amplio, claro y profundo significado. No se trata tan sólo de que el proceso esté ajustado a derecho, que sea legal, puesto que la legalidad puede estar reñida con la justicia, sino de que sea de acuerdo, apropiado, conforme con un arquetipo. “Debido” hace referencia a lo que debe ser el proceso según los cánones que exige la dignidad del hombre, el humanitarismo, la justicia. La denominación que más se le aproxima es la de “Proceso Justo”.

El arquetipo es uno solo, como una sola es la dignidad de todos los hombres. Pero es arquetipo, lejos de serlo de todos los aspectos del proceso, lo es sólo de sus condiciones mínimas, las que pueden y deben ser garantizadas por cada sociedad atendiendo sus propias particularidades. No se trata de uniformar el *modus vivendi* de las naciones, no se trata de destruir la cultura de cada pueblo. Sin la cual es imposible la propia identidad; se trata de que el hombre, como sujeto pasivo de persecución penal, sea respetado como hombre doquiera sea sometido a proceso.

El Proceso Justo está enmarcado dentro del “*principio de juridicidad*” que no es otra cosa que la actividad que ejercen los órganos encargados de administrar justicia, jurisdiccional o administrativamente, para garantizar la observancia de las leyes y ponerlas en ejecución. Todo esto es lo que constituye el Estado de Derecho. Como establece Madrid-Malo Garizábal, Mario (1997).⁴² “El derecho al debido proceso es el que tiene toda persona a la recta administración de justicia”.

⁴¹ Uterino Pacheco, José María. www.profesionalesenred.com

⁴² Madrid-Malo Garizábal, Mario. *Derechos Fundamentales*. p. 146.

También abarca lo que es el “principio de legalidad”, ya que sólo se puede administrar justicia en base a normas legalmente previstas y apoyándose en una previa atribución de competencia a los órganos. Pero va más allá de esto, porque se tiene que fundamentar en la justicia y en la dignidad de la persona humana.

Fuller (1978)⁴³ en su definición del concepto de enjuiciamiento caracteriza a éste como un:

a) Proceso de decisión que garantiza a las partes la participación, mediante el derecho a ser oído, presentar pruebas y razonar argumentos; b) que impone además en el decisor la obligación oírlos; y c) que obliga al decisor a razonar el acto para que pueda ser abiertamente contrastado por todos.

Toma en consideración los elementos que deben concurrir en todo proceso para garantizar a las partes el derecho a la defensa. Uno de éstos y el más importante es que los particulares tienen el derecho a participar activamente en toda la sucesión de actos que constituyen al proceso. Además, establece como una obligación del Estado a través de sus respectivos jueces, el cumplimiento con estas garantías para no lesionar en sus situaciones personales a los particulares.

Por su parte, Madrid-Malo Garizábal⁴⁴ expresa que el derecho al debido proceso es el mismo derecho a un proceso justo:

Es debido aquel proceso que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarios para garantizar la efectividad del derecho material. Se le llama debido porque se le debe a toda persona como parte de las cosas justas y exigibles que tiene por su propia subjetividad jurídica.

Según este autor, todo ciudadano tiene un derecho subjetivo de acudir a los órganos competentes para ver satisfecha su pretensión. El proceso debe abarcar una serie de condiciones para que sea considerado como

⁴³ Fuller, J. *Las Formas y Límites del Juzgamiento*. p. 356.

⁴⁴ Madrid-Malo Garizábal, M. *Ob. Cit.* p. 146.

justo, para lograr una sentencia justa que reconozca el derecho material planteado. Si no se llenan estos requisitos, se considera esta garantía como infringida, que puede ser objeto de denuncia o amparo ante los demás órganos de justicia.

El jurista Hernández Terán (2000)⁴⁵ sobre el derecho al debido proceso ha resumido sobre diversos autores, lo siguiente:

El profesor Jhon Rawis en su obra “El Debido Proceso”. Temis (1996), expresa que es aquel “razonablemente estructurado para averiguar la verdad, de formas, consistentes con las otras finalidades del ordenamiento jurídico, en cuanto a determinar si se ha dado alguna violación legal y en qué circunstancias (pagina 4)”.

El prestigioso García De Enterría al decir de Hoyos se refiere al debido proceso como un concepto jurídico indeterminado. Otros hablan del debido proceso como un derecho cívico o fundamental.

Karl Larenz, citado por Hoyos, según cita este autor –página 5– denomina al debido proceso como el principio de contradicción o el principio de audiencia. En todo caso, la expresión original en inglés es *due process of law*. La institución del Debido Proceso. Arturo Hoyos prefiere hablar de la institución del debido proceso. Así, dice que es “una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso –legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones justificadas– oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos”:

⁴⁵ Hernández Terán. Miguel. *Derechos al Debido Proceso*. p. 54. www.derecho.org

Observamos que los autores anteriormente citados no establecen un patrón fijo de cómo debe considerarse el debido proceso, lo ven como una garantía fundamental como un principio, o bien como una institución instrumental.

En su mayoría, coinciden en que es el derecho del justiciable a un “proceso justo”, el cual es un concepto muy amplio que encierra dentro de sí numerosas normas jurídicas previamente establecidas: el principio de celeridad, derecho a ser oído por sus jueces naturales, presunción de inocencia, derecho a defensa, igualdad procesal, libre acceso probatorio, derecho a una sentencia motivada, entre otros. Es por ello que algunos autores consideran el derecho al debido proceso como un “macro concepto”, porque en él concurren una serie de elementos que deben estar presentes desde el inicio hasta su conclusión.^{Juris}

El debido proceso, como se expresó anteriormente, responde en el constitucionalismo al concepto formal de cómo se debe tramitar un procedimiento, aun cuando al mismo tiempo, reconozca un aspecto sustancial, declarado como principio de razonabilidad. Modernamente se sostiene que el proceso es la garantía de la tutela efectiva de los derechos de los justiciables, de manera que el debido proceso es como garantizar esa tutela dentro de un litigio y cuyo responsable principal de preservar esas garantías es el juez. Diríamos que la ley debe enseñar unas garantías básicas, que en las constituciones modernas están incluidas como nor-

^{Juris}. Casación. TSJ. Al respecto, la Sala Político Administrativa, precisa a la luz de la norma en comentario, que su alcance se traduce en... un derecho complejo que encierra dentro de sí, un conjunto de garantías que se traducen en una diversidad de derechos para el procesado, entre los que figuran, el derecho de acceder a la justicia, el derecho a ser oído, el derecho de la articulación de un proceso debido, derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos, entre otros, que se viene configurando a través de la jurisprudencia. Todos estos derechos se desprenden de la interpretación de los ocho ordinales que consagra el artículo 49 de la Carta Fundamental. El artículo in comento establece que el debido proceso es un derecho aplicable a todas las actuaciones judiciales y administrativas, disposición que tiene su fundamento en el principio de igualdad ante la ley, dado que el debido proceso significa que ambas partes en el procedimiento administrativo, como en el proceso judicial, deben tener igualdad de oportunidades, tanto en la defensa como en la producción de las pruebas destinadas a acreditarlos. (Sentencia de la Sala Políticoadministrativa del 29 de Junio del 2000, con ponencia del magistrado Carlos Escarrá Malavé, en el juicio de Juan Humberto Chacón Mujica en el expediente N° 12402, sentencia N° 01522). Pierre Tapia, N° 6, año 2000. p. 12.

mas constitucionales, las cuales son: aquellas que resguardan el acceso a la justicia (derecho de acción); que otorgan un procedimiento y un juez o tribunal para que lo tramite (derecho a la jurisdicción). Sobre esa base se construyen las normas procesales que hagan efectiva la tutela de los derechos de los justiciables.

En la discusión conceptual del debido proceso, algunos organismos han querido darle contenido real, así tenemos por ejemplo que un organismo nacional de lucha por los derechos dice:

Cuando hablamos del debido proceso debemos enfocarlo desde dos perspectivas, concibiéndolo como un derecho en sí reconocido a todo ser humano, y como garantía procesal que tiene el ser humano para ver protegidos sus derechos en las instancias administrativas y judiciales donde pueden verse involucrados los mismos. ... (*omissis*).⁴⁶

Respecto a la naturaleza dual del debido proceso como principio procesal y derecho de los justiciables, se debe distinguir que como principio procesal, el debido proceso se concibe como un ideal que sirve de orientación no sólo para la estructuración de los órganos jurisdiccionales con sus respectivas competencias, para el establecimiento de los procedimientos correspondientes que aseguren, entre otros, el ejercicio pleno del derecho de defensa, sino también para garantizar decisiones judiciales correctas, imparciales y justas. Como derecho de los justiciables, en este sentido, es exigible y de aplicación inmediata, materializarlo en el acceso a la justicia y la tutela efectiva.

En diversos autores se encuentra una aproximación a la definición del debido proceso siempre relacionándolo con las garantías que deben darse para que haya un proceso satisfactorio de justicia, así nos dice Villamil Portilla “La doctrina define el debido proceso como la suma de garantías que protegen al ciudadano, sometido a cualquier proceso, aquéllas le aseguran a lo largo de la actuación una recta y cumplida administra-

⁴⁶ www.cofavic.org.ve (Comité de Familiares de las víctimas de los sucesos de Febrero 1989).

ción de justicia, la seguridad jurídica y la emisión de las resoluciones judiciales conforme a derecho”.⁴⁷

El tratadista argentino Gozaini expresa: “Para que dicho imperio y “autoritas” no excedan límites tolerables, el procesalismo pone la valla del principio de razonabilidad, el cual supone que toda la actividad jurisdiccional se moviliza bajo la legalidad del obrar y fundamentando adecuadamente cada una de sus resoluciones”.⁴⁸

Éstas son garantías debidas al justiciable que se integran en la noción de “debido proceso” (o procesal), mientras que la otra faceta del “proceso debido” que refiere a lo sustancial o material del principio, se manifiesta en el conjunto de exigencias procedimentales que deben garantizarse a cualquier persona que exige el cumplimiento de sus derechos y libertades”. Algunos de esos derechos son:

- Derecho a un proceso rápido, sencillo y eficaz.
- Derecho a un proceso con todas las garantías de imparcialidad y justicia.
- Derecho a la prueba y a los recursos.
- Derecho de acceso a la justicia o derecho de ser oído.
- Derecho a un proceso público.
- Derecho a ser juzgado por tribunales previamente establecidos y naturales.

Se dijo que el debido proceso tiene dos aspectos, un poco si se quiere derivados de lo que ha sido la tradición norteamericana manifestados en los denominados: *due process* (procesal) y *due process* (sustantivo). El *due process of law* procesal es en esencia la garantía de un juicio limpio para las partes en cualquier proceso. Por esto se ha sostenido

⁴⁷ Villamil Portilla, Edgardo. *Teoría Constitucional del Proceso*. p. 50.

⁴⁸ Gozaini, Osvaldo Alfredo. *El debido proceso constitucional*. Buenos Aires, 2000. p. 12.

que el debido proceso no es más ni menos que el proceso que respeta sus propios principios. Con relación al procedimiento los autores han manifestado el señimiento que deben los sujetos procesales en el proceso, así el tratadista Monroy Cabra⁴⁹ dice:

El procedimiento es la forma como en cada caso se cumplen los actos, tanto por el juez como por las partes, en orden a obtener la actuación de la norma abstracta al caso concreto, mediante la sentencia como resultado del proceso. Por esto, cuando el legislador ha determinado que deben observarse ciertas reglas, su observancia es imperativa, tanto para el juez como para las partes, salvo casos expresamente establecidos en la ley.

El debido proceso debe darle plena observancia a las formalidades esenciales del procedimiento; por el cual se tiende a garantizar el principio de igualdad en el proceso (de oportunidades –que cada parte tenga idénticas posibilidades de alegación y prueba– y económico –que la mejor fortuna de uno no avasalle los derechos del otro–); de tener una sentencia fundada; de poder recurrir contra ella, etc. Expresaba el autor citado Gozaini⁵⁰ que:

las indicadas formalidades esenciales, según Bazdresch, consisten en la competencia, la procedencia de la acción, el emplazamiento en materia civil o la noticia de acusación en materia penal, la oportunidad de aportar pruebas, la de razonar la defensa (alegatos), la sentencia congruente y motivada, y la posibilidad de interponer los recursos instituidos. Todo ello para garantizar el adecuado y legal conocimiento del caso, así como su decisión en justicia.

Con relación al debido proceso en los actos procesales argumentaba el procesalista Vescovi:⁵¹ “Es que sólo mediante el respeto a las formas establecidas legalmente, es como puede obtenerse la verdadera garan-

⁴⁹ Monroy Cabra, Marco G. *Derecho Procesal Civil*. Edit. Librería del Profesional. Bogotá, 2001. p. 64.

⁵⁰ Gozaini, Osvaldo. *Ob. Cit.* p. 13

⁵¹ Vescovi, Enrique. *Teoría General del proceso*. p. 218.

tía del debido proceso. Naturalmente que nos referimos a las formas necesarias como garantías de los derechos de las partes en el proceso e indispensables para la función jurisdiccional misma”. Todos los actos del proceso están sometidos al debido proceso. Es decir, allí se imponen todas las garantías que están encerradas en él. El procedimiento, que es la mecánica de llevar el proceso, está subordinado a ese principio. Los procedimientos contienen una serie de formalidades impuestas por la ley, esto supone que el llamado formalismo está complementado con la legalidad de las formas, pero éstas deben ser fórmulas que persigan una finalidad de justicia, por ello en el debido proceso se rechaza el exceso de formalismo o inútil, en cuyo caso los procedimientos deben estar sujetos a las finalidades del debido proceso: verdad y justicia, rapidez y eficacia.

En conclusión, debe acotarse que el debido proceso tiene un origen democrático, en cuanto se erige como instrumento protector de los derechos fundamentales de la libertad e igualdad, pero también tiene una finalidad pedagógica democrática dado que propicia el libre debate de las partes y facilita la participación de todos en las decisiones que los afectan.

5. EL PROCESO CIVIL Y PENAL EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN

Como se pudo ver, el debido proceso se nutre y conforma de los siguientes derechos fundamentales: legalidad del juicio, juez natural, favorabilidad en materia penal, presunción de inocencia, derecho de defensa, proceso público, celeridad del proceso, controversia de la prueba, impugnación, *non bis in ídem*, prohibición de la *reformatio un peius*, segunda instancia, acceso a la justicia, igualdad jurídica, libertad y responsabilidad de los poderes públicos.

Es importante, para el jurista, reconocer que los derechos fundamentales forman parte de las normas constitucionales que constituyen la dogmática constitucional, y constituye su *núcleo esencial*. En ese contenido normativo y en su declaración de principios, se tiene a la dignidad humana como medio imprescindible, se señalan los límites materiales del poder público, fijándose, a la vez, los fines fundamentales que dicho poder debe perseguir en su acción diaria.

La expresión “derechos fundamentales” sirve para resaltar la naturaleza especial que dichos derechos poseen, como elemento básico y preeminente del ordenamiento jurídico y social, frente a la “común y corriente” que los demás derechos subjetivos tienen.⁵² Debe reconocerse que los derechos fundamentales no tienen una definición técnico-jurídica precisa, son más de contenido filosófico y con matices de acuerdo a la afinidad ideológica, ello dificulta su concreción en el campo de la aplicabilidad del ordenamiento jurídico, especialmente en materia civil, pues, allí las pretensiones en juego, en su mayoría, son de carácter patrimonial, no así en materia penal, en la que se juega la vida, la libertad, la integridad física, el respeto y consideración social.⁵³ En todo caso, hay principios informadores que abarcan toda la actividad ordinaria y jurisdiccional del estado, sin importar la materia, que deben ser acatados por los funcionarios públicos y los particulares.

El proceso hace posible la actuación de aquella parte del ordenamiento jurídico que tiene por finalidad llevar a cabo la llamada *función jurisdiccional* del estado. Definida la jurisdicción en los artículos 253 segundo aparte, 259, 260, 261 y 267 de la Constitución Nacional, el ejercicio de ésta se concreta funcionalmente a través de la actividad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado por medio de Jueces y Tribunales jurisdiccionales independientes, responsables y sometidos únicamente a la ley. Visto de esta manera, en el proceso es en donde se realiza la función jurisdiccional y, desde esa perspectiva, se sitúa no tan sólo como un mero *instrumento jurisdiccional atemporal*, sino ante todo, como un *medio de garantías* que permite la aplicación del artículo 26, en orden a lograr la

⁵² Suárez Sánchez, Alberto. *El debido proceso penal*. Universidad Externado de Colombia. p. 44.

⁵³ Prieto Sanchís, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid, 1990. “Pero, lejos de facilitar nuestra tarea, esta constatación la complica considerablemente, pues los derechos humanos o fundamentales carecen de un significado técnico jurídico, preciso y bien delimitado; es más, debido quizás a su fuerte carga emotiva y a su incuestionable dimensión moral, ni siquiera cabe mantener un significado jurídico plenamente autónomo y, de hecho, ningún observador está dispuesto a reconocer que existe un sistema de libertades por el sólo motivo de que el ordenamiento acoja tan prestigiosa rúbrica. Parece, pues, que más allá de la prescripciones del derecho positivo nuestra comunidad lingüística y cultural cuenta con alguna noción de derechos humanos que es preciso desentrañar tanto para valorar el uso jurídico de la expresión como para acometer la empresa de fundamentación. El problema es que esa noción se utiliza tal vez con excesiva frecuencia y en los más variados contextos, lo que perjudica su precisión y claridad conceptual”. Tomado de Suárez Sánchez, Alberto. *Ob. Cit.*, p. 45.

tutela judicial efectiva y básicamente ordenado a alcanzar un enjuiciamiento en justicia o proceso justo.

No cabe duda, que la visión incluida del proceso en la Constitución, éste tiene un contenido sustantivo como ordenamiento jurídico, consistente en hacer posible la función jurisdiccional a través de *un sistema de garantías procesales* que haga seguro, en todo momento e hipótesis, la tutela efectiva judicial de los derechos de la persona. Es, entonces, el proceso una realidad sustantiva, por ello no exclusivamente instrumental y atemporal, que debe poner en todo momento en práctica las garantías procesales.

Con la nueva Constitución se plantea, urgentemente, cambiar la cultura jurídica y ver en el caso del proceso una nueva dimensión como sistema de garantías eminentemente públicas. Se trata de elaborar el proceso con nuevas categorías jurídicas.

5.1 EL PROCESO CIVIL

Con relación al proceso civil, partiendo de esa visión garantista, como sistema de garantías eminentemente públicas, se debe revisar el criterio de relación jurídica y mirar un poco la idea de “*situación jurídica*” que definió Golschmidt,⁵⁴ pues, ésta se adapta más en un ambiente constitucional y garantista, que supera el criterio neoliberal y privatista. El proceso jurisdiccional civil, como sistema de garantías de carácter público, debe informarse, en cuanto a su actividad, en la existencia de tales garantías que, a veces, es posible hallar en el propio Código de Procedimiento Civil y otras en la Constitución. No debe perderse de vista que las disposiciones procesales han de ser interpretadas a la luz de la Constitución y por ello en el sentido más favorable para la efectividad del derecho a la tutela efectiva consagrado en el citado artículo 26. En términos generales, puede indicarse que la tutela efectiva se puede alcanzar con: una mayor socialización del proceso (darle mayores poderes inquisitivos al juez), vigencia real de la inmediación y con-

⁵⁴ Goldschmidt, J. Tomado de V. Escovi, E. *Teoría General del Proceso*. p. 93. Cfr. Couture, E. *Ob. Cit.* p. 135.

centración de las actuaciones judiciales, rapidez y proceso sin dilaciones indebidas, usar los medios de prueba pertinentes, imprescindibles sentencias motivadas y la doble instancia.

La Constitución define al proceso como instrumento para la realización de la justicia, en este sentido es un sistema de garantías para lograr un auténtico enjuiciamiento en justicia. En este sentido el proceso es una realidad *sustantiva comprometida* por cuanto tiene un ideal que es la justicia, que se fundamenta en la realidad constitucional.

5.2 EL PROCESO PENAL

Con relación al proceso penal, con mayor razón, puesto que está en juego la dignidad humana, éste debe asumirse con una visión altamente garantista. Conviene señalar, en primer orden, la *función limitadora* que sobre el sistema penal ejercen los derechos humanos, pues debe ser claro que es la garantía de los derechos humanos el fin básico y esencial del sistema jurídico.⁵⁵

Ningún problema o actuación del Derecho Penal, de Justicia Penal Militar o disciplinario, o incluso de Tránsito o de Policía, puede ser ventilado o solucionado en la actualidad sino en el entorno de la concepción de los derechos humanos, de los lineamientos de la Constitución Nacional, de los tratados Internacionales respecto a los derechos fundamentales y del presupuesto fundamental de la dignidad de la persona humana como objetivo central de la vida social y de los fines del estado, dado el carácter progresivo que sobre ella contiene la Constitución.^{L.C.}

⁵⁵ Prieto Sanchís, Luis. *Ob. Cit.* Tomado de Gómez López, Jesús O. *Aproximaciones a un competo democrático de culpabilidad*. p. 102.

^{L.C.} Tratados. En la declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre (Convención de 1948), en su preámbulo, como la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969), se establece que los derechos esenciales del hombre no nacen o dependen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tiene como fundamento los atributos de la persona humana; por tal razón, al comprometerse política y jurídicamente en el Pacto de derechos Humanos, los Estado Americanos reconocen el hecho que cuando legislan sobre le tema de los derechos humanos fundamentales, sobre tales garantías, medios de protección, no están creando esos derechos, sino que simplemente reglamentan o reconocen derechos que ya existían antes de la formación de cada Estado.

Existe, pues, una primacía, esto es superioridad de los derechos humanos, la cual debe operar tanto para el legislador como para el juez o el intérprete o funcionario encargado de aplicar la ley. Por otra parte, esa superioridad significa que no pueden considerarse como simples enunciados teóricos, sino que constituyen obligaciones jurídicas que deben materializarse en claras políticas de Estado, y que le son exigibles al Estado por los ciudadanos. En este sentido, la normatividad penal (punitiva y procesal) tiene que adecuarse, amoldarse y desarrollar la filosofía y el espíritu y la política de la Constitución y la normativa internacional asumida por la República. El derecho penal y el procesal penal tienen que ser creados e interpretados desde las previsiones de la Constitución.

En tal virtud siendo la Constitución “norma superior” o “norma de normas”, resulta claro que la creación y la posterior interpretación del ordenamiento jurídico penal (sustantivo, procesal y penitenciario) no puede ser contradictorio o negatorio de la filosofía constitucional, y que en todo caso de contradicción o incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplican con preferencia las normas constitucionales. Conforme a lo pautado en el artículo 334, cualquier juez en cualquier causa puede ejercer este control de la constitucionalidad.⁵⁶

Según Suárez Sánchez,⁵⁷ el concepto de derechos fundamentales en el ámbito penal comprende tres elementos: conceptual, teleológico y funcional.

Conforme al primero, los derechos fundamentales protegen al individuo en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a la participación en la elaboración de las normas que regulan conductas punibles, sanciones y procedimientos para la aplicación de las penas, o a cualquier otro aspecto fundamental que por razón del *ius puniendo* afecte el desarrollo del individuo como persona.

Conforme al elemento teleológico, los derechos se identifican con los valores o fines superiores de dignidad humana, libertad e igualdad, los cuales materializan los anhelos importantes de las personas desde el

⁵⁶ Brewer-Carías, A. *Ob. Cit.*, p. 77. Cfr. Brewer-Carías, A. *Justicia Constitucional*. Tomo VII.

⁵⁷ Suárez Sánchez, A. *Ob. Cit.*, p. 45.

mundo de la moralidad hasta la órbita de la legislación y desde ésta hasta el proceso penal; por lo cual constituye expresión de la dignidad humana. Los principios generales son un recordatorio para los operadores de la ley de que deben ser respetados, en virtud de la esencia de la dignidad humana, tanto en la definición de lo punitivo hasta la fijación de los procedimientos para investigación, sentencia y ejecución de la pena.

Con relación al elemento funcional, significa que se constituyen como reglas fundamentales para medir la justificación de la actividad punitiva del estado, a fin de que las decisiones adoptadas en el proceso penal se hagan acreedoras a la obediencia.

La Comisión Internacional de Juristas, con sede en Ginebra, Suiza,⁵⁸ en los congresos y conferencias que auspició, hizo una importante recopilación de los principios del derecho, o sea, del estado de derecho (*Rule of Law, Staatenrecht*). La recopilación se hizo con base a la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, y otros instrumentos internacionales que contiene las denominadas garantías judiciales. Todos estos instrumentos están vigentes en Venezuela, porque han sido asumidos conforme a la Constitución Nacional.^L Dicha recopilación se transcribe así:

5.3 RECOPIACIÓN DE NORMAS INTERNACIONALES

5.3.1 Principios fundamentales de derecho penal

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en que se le han asegurado todas las garantías necesarias a su defensa.

⁵⁸ Comisión Internacional de Juristas www.Comisioninternacionaljuristas.com

^L. También la legislación ordinaria se ha adaptado a las exigencias constitucionales y a los acuerdos internacionales, así el artículo 1º del Código Orgánico Procesal Penal, dispone: Nadie podrá ser condenado sin un juicio previo, oral y público, realizado sin dilaciones indebidas, ante un Juez o tribunal imparcial, conforme a las disposiciones de este Código y con salvaguarda de todos los derechos y garantías del debido proceso, consagrados en la Constitución de la República de Venezuela, las leyes, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República.

Todo acusado debe tener garantizados, por lo menos, los derechos que se enuncian a continuación:

- a) El derecho a ser debidamente informado, en forma detallada y en un idioma que pueda comprender, sobre la naturaleza y fundamentos de la culpa de que se le acusa;
- b) El derecho a que se le otorgue la posibilidad de defenderse y un plazo suficiente para la elaboración de su defensa;
- c) El derecho a asumir su propia defensa o que ella sea asumida por el abogado de su elección y, en caso de carecer de los medios pecuniarios suficientes para remunerar al abogado defensor, a ser asistido a título gratuito por un defensor que será designado de oficio, cuando así lo exijan la gravedad de la acusación o los intereses de justicia;
- d) El derecho a interrogar o disponer que se interroge en su presencia a los testigos de cargo y a obtener la citación y audiencia de los testigos de la defensa en iguales condiciones a las aplicadas a los testigos de cargo y de conformidad con las normas corrientes de procedimiento;
- e) El derecho a solicitar la asistencia gratuita de un intérprete, en caso de no comprender la lengua en que se conducen los debates o de ser incapaz de expresarse claramente en el idioma utilizado por la Sala. Sólo se considerarán determinantes para la condena del acusado los hechos reales, tal como queden definidos de resultas de las deliberaciones judiciales.

2. Partiendo de la base que el concepto de libre defensa presupone la independencia del abogado defensor, todo abogado podrá hacer uso del derecho a preparar libre e íntegramente la defensa, de conformidad con los requisitos de la justicia, a comunicarse libremente con el acusado y a alegar en su defensa libre de cualquier influencia u obstáculo que pueda provenir de las imposiciones de un organismo o partido oficial.

El abogado defensor no podrá en ningún caso ser demandado por daños y perjuicios, ya sea a nivel profesional o personal, en base a su preparación de una defensa adecuada, mientras no atente contra la dignidad de la Corte.

3. Nadie podrá ser perseguido por haber cometido un acto o por omisión, si en el momento de su comisión tal acto no era punible según el derecho nacional o internacional.

El principio de la legalidad de los delitos y las penas ha de ser estrictamente observado, aun en lo que se refiere a los asuntos políticos o económicos. No se admitirá en ningún caso la creación de acusaciones o sanciones sobre la mera base de una analogía con otras disposiciones penales. (Nota del autor).*

4. Toda persona tiene derecho a su libertad y a su seguridad. Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, arrestado o deportado. Una persona sólo podrá ser privada de su libertad en los casos que se detallan a continuación y de conformidad con los métodos y las normas de procedimiento que prescribe la ley.

a) cuando es objeto de una medida regular de arresto o detención destinada a hacerle cumplir con una obligación que le impone la ley;

b) si es objeto de una medida de arresto o detención destinada a asegurar su comparecencia ante la jurisdicción competente, a condición que existan pruebas suficientes de que el acusado ha cometido un delito punible según la ley, y siempre que las medidas tendentes a preservar la seguridad pública y correcta administración de la justicia así lo exijan;

* NOTA: En casi todas las legislaciones se ha consagrado el principio de legalidad. Carecer de él es propio de dictaduras o totalitarismos, constituyendo una franca violación a los derechos fundamentales. En todo caso muchos países lo tienen pero por mera formalidad, y privan a ciudadanos de la libertad por mero capricho de las autoridades, sin tener fundamento legal para detenerlos o acusarlos. Véase la denuncia de países como Irak, Libia, Afganistán, China.

c) si la persona arrestada en armonía con lo prescrito por la ley es menor de edad y el arresto se dispone con el objeto de supervisar su educación o para hacerla comparecer ante la jurisdicción competente;

d) si la persona en cuestión es detenida en razón de que puede ser agente transmisor de una enfermedad contagiosa, o por razones de enfermedad mental, alcoholismo, toxicomanía o vagancia;

e) si se le detiene a arresta de conformidad con lo previsto por la ley con el fin de impedirle que entre ilegalmente en territorio nacional o porque es objeto de un procedimiento de expulsión o extradición;

f) si se le detiene, en armonía con lo previsto por la ley, después de haber sido declarado culpable por un tribunal competente. (Nota del autor).*

Toda persona arrestada será informada sin tardanza y en un idioma que le resulte comprensible, sobre las causas de su arresto y los delitos de que se le inculpa.

Toda persona arrestada y detenida a la espera de comparecer en juicio ha de ser llevada ante un magistrado o ante una autoridad competente para desempeñar funciones judiciales y tiene derecho a ser juzgada dentro de un período razonablemente breve de tiempo. En caso contrario, tiene derecho a ser puesta en libertad durante la instrucción. Su puesta en libertad queda-

* NOTA: En el campo internacional es sumamente importante que la sentencia emane de tribunal competente, pues, entre los derechos fundamentales se inscribe el juzgamiento por el juez natural. De manera que los tribunales de excepción, sin rostro, especiales, etc. constituyen una violación a los derechos fundamentales de la persona.

rá subordinada al depósito de una fianza suficiente para garantizar su comparecencia ante el tribunal. (Nota del autor).*

Toda persona que haya sido privada de su libertad por arresto o detención tiene derecho a solicitar que una autoridad judicial se pronuncie, en el menor plazo posible, sobre la legitimidad de su detención y en caso de llegarse a la conclusión que no ha sido efectuada de conformidad con la ley, a que se disponga inmediatamente su puesta en libertad.

Toda persona que, en violación flagrante de estas garantías, sea víctima de una medida de arresto o detención, tiene derecho a ser indemnizada. (Nota del autor).*

5. Nadie podrá ser sometido a forma alguna de tortura, de trato cruel, inhumano o degradante.

Ninguna persona que preste declaración, ya sea en calidad de testigo o como acusado, ante un órgano de investigación preliminar o de instrucción oficial, será sujeto a presiones físicas o morales, y obligado a hacer declaraciones en un sentido determinado o a confesar.

Tanto un testigo como un acusado tienen pleno derecho a negarse a prestar declaración ante un órgano de la policía o de la acusación. Tienen igualmente derecho a solicitar ser oídos por un magistrado en lo que concierne al fondo de su asunto.

Aun en caso de comparecer ante un tribunal, el acusado no podrá en ningún caso ser obligado a pronunciarse sobre el fondo del asunto que le concierne directamente.

* NOTA: Los organismos de derechos humanos han insistido que se regule al respecto de las fianzas, conforme a los delitos y a las pruebas preliminares que demuestren la culpabilidad del imputado. Esto, porque queda al arbitrio del funcionario judicial y en algunos casos es medio de abusos y que, obviamente, es una manifestación de desigualdad, ya que el pudiente podrá prestar la fianza, mientras que el carente de recursos se le hace imposible.

* NOTA: El Estado debe reparar el daño causado por los funcionarios, bien por error judicial o por hecho doloso del funcionario, independientemente de la responsabilidad del funcionario.

6. Nadie podrá ser sometido a un castigo cruel e inhumano. Toda pena quedará determinada dentro de los límites de la ley, con el fin de dictar una sentencia justa, se tendrán muy en cuenta todas las circunstancias, tanto personales, como del hecho en sí. El objetivo perseguido al infligir una pena no ha de ser solamente de intimidación. En ningún caso ha de imponerse una pena especialmente severa con el fin de utilizar a quienes hayan de cumplir una sentencia como fuente barata de mano de obra.

El recurso de apelación previsto por el procedimiento ordinario será puesto al alcance de todo acusado o convicto de justicia.

La ejecución de la pena ha de estar también de acuerdo con los principios de humanidad. El potencial de mano de obra que constituyen los prisioneros no ha de ser objeto de explotación. Se han de adoptar las medidas necesarias para que impere la disciplina necesaria dentro de los establecimientos penales, pero no se empleará para ello en ningún caso métodos crueles o que vayan en detrimento de la salud de los prisioneros.

Todo prisionero tiene derecho a solicitar de la autoridad competente la realización de una investigación adecuada si considera que alguno de estos principios ha sido infringido o que, de algún modo, es víctima de trato injusto. Su solicitud o queja en este sentido no será nunca causa de que se le impongan sanciones.

5.3.2 El procedimiento penal y el imperio del derecho

En los procesos penales, los derechos del acusado serán en realidad ilusorios –por muy bien garantizados que estén en los textos legales– si no están asegurados por instituciones que, por espíritu y tradición, tienen como objeto limitar las facultades discrecionales de origen legal o consuetudinario cuyo ejercicio compete, en particular, a las autoridades encargadas de las diligencias judiciales y a la policía, teniendo en cuenta este requisito, se ha tratado de resolver la cuestión siguiente: En un país regido por el imperio del derecho, ¿qué derechos deben reconocerse al ciudadano acusado del delito? El problema ha sido examinado en

los aspectos que se exponen a continuación. En el marco de su propio sistema jurídico, cada país impondrá y perfeccionará las directrices siguientes que son las garantías mínimas necesarias para asegurar la observancia del imperio del derecho.

1. Certeza de las normas penales

La definición e interpretación de las normas jurídicas debe hacerse siempre de la manera más precisa posible, principio este que reviste particular importancia en lo relativo a las normas penales cuya aplicación puede afectar la vida o la libertad de los ciudadanos. Los textos legislativos no deben dejar abierta ninguna posibilidad de interpretación arbitraria ni contener conceptos imprecisos, tales como los de “ociosamente”, “subversión” o “estado peligroso”.

2. Retroactividad en materia penal

No habrá certeza en materia penal si la norma o la sanción se aplican con efectos retroactivos.

3. Presunción de inocencia

La aplicación del imperio del derecho supone la aceptación del principio de que toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad. La culpabilidad personal del acusado deberá probarse en todo caso.

4. Detención e inculpación

a) La ley debe reglamentar estrictamente la facultad para proceder a detenciones, tanto en los casos de delito flagrante como en los demás. Esta facultad sólo podrá ser ejercida cuando existan indicios racionales de que determinada persona ha cometido un delito.

b) En todo caso, se pondrán inmediatamente en conocimiento del detenido los motivos de su detención.

- c) El detenido tendrá siempre derecho a ser asistido por un abogado de su elección a partir del momento de su detención. Inmediatamente después de la detención la autoridad competente informará al detenido sobre sus derechos y se cerciorará de que éste comprenda su alcance.
- d) Todo detenido comparecerá ante la autoridad judicial competente en el plazo más breve que señale la ley.
- e) Tras comparecer ante dicha autoridad, el detenido permanecerá en poder de la policía.

5. Detención preventiva

- a) Nadie podrá ser privado de la libertad, excepto en los casos exigidos por las necesidades de la seguridad pública y de la administración de justicia.
- b) Todo detenido tendrá derecho, del que podrá hacer uso a intervalos relativamente breves, a pedir a la autoridad judicial competente que le ponga en libertad bajo fianza. El detenido deberá ser puesto en libertad bajo fianza a menos que:
 - sea acusado de un delito grave.
 - la autoridad judicial competente tenga el convencimiento de que, si se concede la libertad bajo fianza, el acusado podrá sustraerse a la acción de la justicia.
 - la autoridad judicial competente tenga el convencimiento de que, si se concede la libertad bajo fianza, el acusado podrá falsear los medios de prueba y, en particular, influir sobre los testigos de cargo; y
 - la autoridad judicial competente tenga el convencimiento de que, si se concede la libertad bajo fianza, el acusado cometerá probablemente otro delito.

6. Preparación y ejercicio de la defensa

El imperio del derecho exige que se aseguren al acusado las garantías necesarias para preparar su defensa. Ello implica que el acusado tiene derecho:

- a) A ser asistido en todo momento por un abogado de su elección y a relacionarse con él con toda libertad.
- b) A conocer los cargos de acusación de la manera más precisa posible.
- c) A convocar a testigos de descargo y a hallarse presente en el momento en que se proceda a recibir su testimonio.
- d) A conocer, por lo menos en el caso de delitos graves y con tiempo suficiente antes del juicio, la naturaleza de los elementos de prueba reunidos por la acusación.
- e) A encontrarse presente cuando la acusación someta sus elementos de prueba y a solicitar a su vez que se proceda al interrogatorio de los testigos de cargo.

7. Obligaciones mínimas de la acusación

La acusación tiene el deber de presentar objetivamente al tribunal los elementos de prueba relativos al caso; no le incumbe tratar de obtener a toda costa la condenación del acusado. En el caso de que conozca medios de prueba favorables al acusado que no tenga la intención de presentar, incumbe a la acusación el deber de poner tales elementos a disposición del acusado o de su abogado con antelación suficiente para que la defensa pueda utilizarlos de la manera más eficaz posible.

8. Interrogatorio del acusado

Nadie podrá ser obligado a prestar testimonio que le perjudique. Ningún acusado, ni testigo, deberá ser sometido a presiones físicas o psicológicas (por ejemplo, las que tengan por objeto disminuir la fortaleza de su voluntad o violar su dignidad de ser humano).

Nadie tendrá derecho a interceptar las comunicaciones postales o telefónicas, excepto en las circunstancias excepcionales que defina la ley y previa la expedición de un mandamiento por la autoridad judicial competente.

Sólo podrá registrarse, sin su consentimiento el lugar ocupado por un acusado, previa la expedición de un mandamiento por la autoridad judicial competente.

No podrán utilizarse contra el acusado los elementos de prueba obtenidos en forma que viole los derechos precitados. (Nota del autor).*

9. Juicio público

El imperio del derecho exige que los juicios penales se celebren de ordinario en público. Sin embargo, esta norma admite excepciones debidamente justificadas. La ley definirá la naturaleza de tales excepciones, incumbe a los tribunales aplicarlas en cada caso particular.

La prensa tendrá derecho a ocuparse de los juicios penales. Sin embargo, el imperio del derecho podría verse perjudicado si se permite que aparezcan en los periódicos, antes o durante un juicio, referencias que afecten adversamente la objetividad del proceso.

10. Cosa juzgada

Nadie podrá ser juzgado dos veces por los mismos hechos, trátase o no del mismo delito, una vez recaída una sentencia definitiva de absolución o condena.

11. Medios de recurso

Podrá recurrirse, por lo menos ante un tribunal superior, contra toda sentencia condenatoria y contra toda decisión que deniegue la concesión de libertad bajo fianza.

* NOTA: La prueba obtenida sin el debido proceso no puede ser empleada en contra del acusado; se discute acerca de la prueba ilícita en algunos casos pueda emplearse, si está en juego, también, un derecho fundamental, por ejemplo, un robo de una carta que alguien reconozca la paternidad de un hijo y se empleó en una inquisición de paternidad, pues, está en juego el derecho fundamental que tiene la persona de conocer a sus padres.

Habrá medios de recurso contra la violación de los derechos antes mencionados. La naturaleza de los recursos variará en función del carácter de los derechos infringidos y del ordenamiento jurídico propio de cada país. Según sea el ordenamiento jurídico variarán los procedimientos empleados para fiscalizar las actividades de la policía y los órganos encargados de la acusación y la instrucción.

12. Penas

El imperio del derecho no presupone la adopción de una doctrina penal determinada, aunque sí condena necesariamente toda pena de muerte o medida de seguridad que sea cruel, excesiva o inhumana. Recomendamos, siempre que sea posible, la aplicación de medidas de adaptación.

5.3.3 La Libertad personal en el Procedimiento Penal

1. Los tribunales y los jueces permitirán la liberación o la permanencia en libertad del acusado antes del juicio, salvo en las circunstancias siguientes que se consideran motivos apropiados para denegar la libertad bajo fianza:

- a) en el caso de un delito grave.
- b) si es probable que el acusado ejerza influencia sobre los testigos o altere el curso de la justicia.
- c) si es probable que el acusado cometa el mismo delito u otro distinto.
- d) si existe la posibilidad de que el acusado deje de concurrir a juicio.

2. La facultad de conceder la libertad bajo fianza es una función judicial que no ha de estar sujeta a la fiscalización del poder ejecutivo. El importe pecuniario de ésta debe estar en armonía con las posibilidades económicas del acusado. La negativa es apelable.

Éstas son, en términos generales, los principios acogidos por el derecho internacional en materia de derechos fundamentales en el proceso pe-

nal y que están recogidos en documentos, bien como declaración, convención o tratados, que la mayoría de países han suscrito y ratificado conforme a sus leyes internas. En nuestro caso, ya hemos indicado los tratados que nos obligan, los cuales acogen los principios antes transcritos y que por mandato de la Constitución se asumen como normas constitucionales (artículos 22 y 23 CN) de exigencia y aplicación inmediata.*

5.4 NORMAS DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

En la Constitución Nacional venezolana todos estos aspectos que se han expuesto están consagrados como derechos civiles, comprendidos en los artículos 43 al 61. Así por ejemplo, tenemos que el arresto o detención es de estricta reserva judicial (artículo 44, ordinal 1°); el allanamiento de morada, también, es de reserva judicial (artículo 47); por supuesto, como se ha señalado en páginas anteriores, se consagra el debido proceso, el cual se encuentra en el artículo 49, que se transcribe a continuación:

Derecho al debido proceso. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y en consecuencia:

1. *Derecho a la defensa (derecho a notificación derecho a pruebas, derecho a doble instancia).* La defensa y asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a

* NOTA: Las Naciones Unidas tienen un proyecto de reglas mínimas para el procedimiento penal. La Corte Penal Internacional, editó un texto que contiene todo lo relacionado con los elementos de los delitos, reglas e procedimiento y prueba. “LA Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José, Costa Rica, defiende el debido proceso: el concepto de garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los estados partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (Art. 1.1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades, y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspiran. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una triada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere en función de los otros”. Opinión consultiva, OC-8/87, párrafos 25- 26. www.cidh.oas.org/esemail9.asp

ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley.

2. *Presunción de inocencia.* Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.

3. *Derecho a ser oído.* Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.

4. *Derecho al Juez Natural.* Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.

5. *Derecho a no confesar o declarar contra sí mismo.* Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

6. *Principio de la legalidad.* Ninguna persona podrá ser sancionada, por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

7. *Principio Non bis in ídem*. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos, en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.

8. *Principio de la responsabilidad del Estado por errores judiciales*. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o magistrada, juez o jueza, y del Estado y de actuar contra éstos o éstas.

Procedemos a analizar cada uno de estos aspectos:

5.4.1 Derecho a la defensa

Los derechos del hombre, entendidos éstos en su doble dimensión individual, y social, son aquellos que le son propios a su esencia y naturaleza y que tienden al logro de la libertad y de la dignidad del ser humano.⁵⁹ Esta definición haciendo referencia al aspecto individual del ser humano y a su aspecto social (alteridad), enuncia los derechos del hombre como derechos innatos a éste, con una tonalidad teleológica o finalista constituida por la libertad y la dignidad del ser humano. Se estima que los derechos fundamentales del hombre son los factores indispensables para el desenvolvimiento de la personalidad de éste y por ende del progreso material y cultural de la sociedad a que pertenece.

El jurista italiano Mauro Capelletti, (1996)⁶⁰ define las garantías de los derechos del hombre como los instrumentos procesales (juicios o recursos), de carácter ordinario o extraordinario, que aseguran la real eficacia de esos derechos y que conforman la *jurisdicción constitucional de la libertad*.

Según el profesor mexicano Fix Zamudio,⁶¹ esta denominación agrupa el conjunto de garantías en sentido estricto, partiendo de la base de que

⁵⁹ Marín Gómez, Otto. *La protección procesal de las garantías constitucionales en Venezuela*. p. 41.

⁶⁰ Capelletti, Mauro. *El acceso a la justicia*. www.todoelderecho.com

⁶¹ Fix Zamudio, Héctor. *Ob. Cit.* www.todoelderecho.com

los derechos del hombre han sido considerados acertadamente como derechos de la libertad, ya que proporcionan a los gobernados una esfera jurídica protectora para lograr a través del respeto de su igualdad y dignidad, la plena realización de su destino.

Es de la naturaleza del ser humano la defensa de su persona, en un principio (haciendo referencia a su evolución), con el uso de la fuerza como mecanismo de defensa y hoy como único ser dotado de inteligencia (racionalidad) y de un lenguaje articulado a través de normas que garantizan tanto la defensa de su persona en su doble aspecto (físico y psíquico), así como la defensa de los derechos que le atañen a él (el derecho a defender sus derechos). El derecho es quien rige las relaciones sociales, los distintos ordenamientos jurídicos presentan una jerarquía normativa que preconiza la aplicación de ciertos deberes y derechos que van a conformar una esfera protectora del individuo sometido a esa figura del Estado que debe garantizar el efectivo cumplimiento de dichas disposiciones.

Es en garantía de la libertad que ha sido consagrado en la normativa imperante en cada Estado el derecho a la defensa, como un derecho fundamental, ligado inseparablemente al debido proceso y que permite garantizar la realización de otros derechos. Notemos que el derecho defensa arranca del artículo 44 constitucional, pues, éste estatuye la libertad como derecho inviolable, regulando las hipótesis de privación de libertad, de condena y la consagración del derecho de comunicación. El derecho de defensa es fundamental e imprescindible en un debido proceso, el debido proceso involucra la plenitud del ejercicio del derecho a la defensa.

La vigencia del derecho a la defensa asegura las partes la posibilidad de sostener argumentalmente sus respectivas pretensiones y rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular en apoyo de las suyas, pero sin que sea necesario que *de facto* tenga lugar una efectiva controversia argumental entre los litigantes que por unas u otras razones, puede no producirse.⁶²

⁶² Pico I Junoy, Joan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. p. 102.

El derecho de defensa permite que los individuos puedan acceder a los demás derechos y garantías procesales. Es la facultad que tienen las partes para ejercer dentro de lapsos legalmente establecidos las acciones o excepciones que consideren beneficiosas, según su condición jurídica dentro del proceso. Pero no toda acción o excepción es valedera como defensa, debido a que sólo se pueden emplear medios legítimos, idóneos y pertinentes al caso. Unos de los actos más importantes, para materializar este derecho lo constituye la introducción de la demanda, donde el actor plantea el problema jurídico a resolver, y la contestación a la demanda, en la cual el demandado presenta sus excepciones y defensas.

Este derecho se plantea como la posibilidad que poseen las partes para ejercer los medios legales con que pueden hacer valer sus derechos e intereses. El juez, como director del proceso, debe velar porque se respeten las garantías procesales de los justiciables en todo estado y grado de la causa.^{Juris}

Cuando el juez ejerce su autoridad perjudicando a una de las partes, privándola o limitándola en los lapsos, medios de pruebas, recursos que puede ejecutar, y favoreciendo a la otra, hasta el punto de ganar el juicio, es evidente que se rompe el equilibrio procesal, lo que causa indefensión. Ésta se da por la actuación incorrecta e indebida del juez. Éste no puede seguir un proceso ni juzgar sin antes haber llamado ante sí a las partes para que presenten sus razones, a través de los medios que consideren adecuados. Por otro lado, éstas son libres de elegir si concurren o no a defender sus derechos.

En cambio, cuando el proceso se pierde o retrasa por culpa de las partes, no cabe alegar indefensión, deben llevar las consecuencias de su propia actuación, no pueden beneficiarse de su falta de interés en el mismo.

^{Juris} Casación. CSJ. En conclusión, existe indefensión cuando el juez priva o limita el ejercicio por las partes, de los medios y recursos que la ley procesal les concede para la defensa de sus derechos, pero no cuando ejercido éste lo declaran improcedente. (Sentencia de la Sala de Casación Civil del 15 de Julio de 1999, con ponencia del magistrado Héctor Grisanti Luciani, en el juicio de Liomel Finol Angulo contra Sat-Visión, S.A., Televisión por Cable en el expediente N° 98-559, sentencia N° 431. Tomado de Pierre Tapia, O. Tomo 7 Año 1999. p. 9.

El derecho de defensa es un derecho fundamental de la persona humana que se encuentra indisolublemente unido a la garantía del debido proceso. Además, permite proteger otros derechos como la libertad, seguridad, certeza, etc., que de no ser por esta facultad, otorgada a las partes, sería muy difícil materializarlos.

En materia penal el derecho de defensa es el que tiene el imputado para oponerse a la pretensión penal de la acusación. Al decir de Montero Aroca⁶³ el contenido esencial del derecho de defensa se refiere a la necesidad de ser oído, lo que implica: presencia del acusado en juicio oral, derecho de alegar y derecho de probar. El derecho de defensa corresponde a todo imputado, llámese procesado, sindicado, acusado, condenado, etc., este derecho nace desde el mismo momento de la imputación, o sea, desde cuando se le atribuye a una persona determinada la comisión de un hecho punible, bien desde la investigación previa, la captura (en situación de flagrancia o para ser oído si es investigado) o la vinculación al proceso. El derecho de defensa le permite al imputado intervenir en todo el desarrollo del proceso, con miras a demostrar la falta de fundamentación de la acusación o el señalamiento.⁶⁴

El imputado es sujeto procesal y titular de derechos fundamentales constitucionales, tales como la dignidad humana, la libertad, la presunción de inocencia, la igualdad, la familia, el honor, al buen nombre, etc. Una vez investigado o dentro del proceso, el imputado no puede ser considerado como objeto, sino como un sujeto procesal, por lo que se ha de garantizar su status de ciudadano con sus derechos y garantías.

Señala Suárez Sánchez⁶⁵ que la defensa es el conjunto de garantías, derechos y facultades suficientes para la oposición efectiva a la pretensión penal. De ello se desprende que su finalidad estriba en hacer valer

⁶³ Montero Aroca, Juan. *Principios del proceso penal*. p. 141.

⁶⁴ Suárez Sánchez, A. *Ob. Cit.* p. 263. Cita a Maier, Julio (Derecho procesal penal argentino). Según este autor implica “la facultad de ser oído, la de controlar la prueba de cargo que podrá utilizarse válidamente en la sentencia, la de probar los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal, la de valorar la prueba producida y exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable según su proposición, que excluya o atenúe la aplicación del poder penal estatal.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 267.

con eficacia, dentro del proceso penal, el también derecho constitucional a la libertad del ciudadano. Nótese que el proceso penal se da en virtud de un comportamiento penalmente antijurídico, lo cual expresa una contradicción entre la sociedad, la víctima y el presunto autor del delito, en cuya solución tienen interés los mencionados, unos, instan la aplicación del *ius puniendi* del estado; los otros, resisten y reclaman el derecho a la libertad del acusado.

También, puede verse el derecho de defensa desde un punto de vista negativo, en cuyo caso se está en presencia de la indefensión, lo cual ocurre cuando se impide a las partes ejercitar su defensa, tanto en el aspecto de alegar y probar como en el de conocer y rebatir. Por eso, está prohibida la indefensión, y si se presenta es causa de nulidad de los actos en que se haya vulnerado.

5.4.1.1 Elementos del derecho de defensa.

El derecho de defensa establecido en el ordinal 1º del artículo 49 se puede desagregar en: a) asistencia jurídica, b) notificación de cargos, c) derechos a pruebas, d) nulidad de la prueba ilícita y e) la doble instancia.

a) asistencia jurídica: En páginas anteriores hicimos comentarios al respecto, en los derechos que están vinculados al debido proceso. Ese derecho de asistencia jurídica nace en el mismo momento que se califique a una persona de imputado o investigado, o sea, demandado. Esa asistencia es obligatoria en todo acto procesal del imputado. Es causa de nulidad la ausencia de asistencia jurídica.

b) notificación de cargos: El acusado tiene derecho a conocer los cargos de que se le acusa de la forma más precisa posible. Inmediatamente después de la detención la autoridad competente informará al detenido sobre sus derechos y se cerciorará de que éste comprenda su alcance. En todo caso, se pondrán inmediatamente en conocimiento del detenido los motivos de su detención. Cada parte ha de tener la posibilidad real de conocer los materiales de hecho afirmados por la contraria y de poder alegar en contra de ellos; en caso de mantenerse en

secreto se viola el derecho de defensa y sea cae en indefensión. En lo civil debe procederse a la citación con el traslado de la demanda o copia del libelo de demanda. La ausencia de notificación es causa de nulidad

c) derecho a pruebas: Sin caer en los extremos de calificar a cualquier concepto como principio, vamos a indicar que existe uno de orden superior que es el *principio del debido proceso en la prueba*. Es un verdadero principio, pues, está conectado íntimamente con derechos de rango fundamental. En la constitución nacional se aborda de diversas maneras el derecho a un debido proceso en la prueba. En el artículo 26 constitucional se establece el derecho al acceso a los órganos de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, ello significa el ser oído, lo cual conlleva la probanza; en el artículo 49 en el ordinal 1º, *ejusdem*, se consagra el derecho de acceder a las pruebas en su contra, disponer de los medios adecuados para su defensa y se establece que serán nulas las pruebas obtenidas mediante la violación del debido proceso. ¿Qué es el debido proceso en la prueba?⁶⁶ Allí están involucradas todas las garantías individuales del proceso: contradicción, bilateralidad, igualdad, notificación, imparcialidad y lealtad procesal. La pregunta supone que existe el derecho de probar. No es una perogrullada, pues, si a la persona se le niega el derecho a probar es como si le fuera negado el derecho al proceso mismo; que equivale a lo que decían los romanos y que anteriormente se citó: *dem est non esse aut non probari*. Es obvio, de poco sirve ser titular de una determinada relación jurídica, si en caso que nos sea desconocida no podemos probar.

d) nulidad de la prueba ilícita: Para analizar este aspecto se tiene que partir de las normas constitucionales. El artículo 3 constitucional consagra como fines del Estado la defensa y el

⁶⁶ Villamil Portilla, Edgardo. *Ob. Cit.* p. 61. Esa pregunta conforme al autor “sólo se puede disipar intentando sistematizar la noción a partir de las propias reglas constitucionales y de los tratados internacionales. En el caso venezolano debemos verlo con los artículos 22 y 23 de la Constitución Nacional lo relativo a los tratados y convenios internacionales.

desarrollo de la persona y el respeto de su dignidad. Por otra parte, en el artículo 19 *ejusdem*, el Estado garantiza a toda persona el ejercicio de sus derechos y en el 49 se estatuye el debido proceso y en lo específico de pruebas, dispone que “Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso”. Los órganos del poder público están obligados a respetar y garantizar los derechos de la persona humana (artículo 19) y, también está el Estado obligado a investigar y sancionar los casos de violación de los derechos humanos cometidos por las autoridades,⁶⁷ conforme al artículo 29 *ejusdem*. Por corolario de esas premisas constitucionales la prueba tiene que provenir en el respeto de la persona y sus derechos.

Puede decirse que prueba lícita es aquella obtenida mediante el debido proceso con respeto a la persona. Por contrario argumento la prueba ilícita es aquella que se obtiene violando los derechos de la persona y la ley. Parra Quijano⁶⁸ expresa que “no existe uniformidad ni en la terminología ni en el contenido de lo que debe entenderse por prueba ilícita”. En todo caso, dice el autor *in comento* que la prueba ilícita es la que viola derechos fundamentales y que esa violación se puede haber causado para lograr la fuente de la prueba o el medio probatorio.

La prueba obtenida mediante la violación del debido proceso es nula (artículo 49 ordinal 1º constitucional). Es una norma de carácter sustancial lo que implica una protección general. Sostiene Parra Quijano,⁶⁹ no hay duda que la norma constitucional es de carácter sustancial y como consecuencia se está refiriendo a todos los casos en que se violen los derechos reconocidos a las personas, en todos los casos, independientemente del proceso específico.

⁶⁷ Brewer-Carías, A. *Ob. Cit.*, p. 48. Se establece una preeminencia de los derechos humanos, que el estado asume como fin y obliga a todos sus órganos y funcionarios.

⁶⁸ Parra Quijano, J. *Ob. Cit.*, p. 19.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 21.

Es importante distinguir que las normas aplicables a las pruebas tienen dos rangos: a) una que devienen del sistema procesal, por ejemplo: las relativas a la experticia, a la declaración de testigos, etc.; las cuales pueden ser violadas y generar ilicitud, por ejemplo, que en la experticia el juez no fije la oportunidad para proceder al nombramiento de los expertos, y lo haga al primer día siguiente después de admitida (ver artículo 452 CPC), lo que procede es la nulidad y se puede fijar fecha conforme a la ley y repetir el acto o no podrá apreciarla en la definitiva por haberse violado una norma procesal; b) En cambio existen normas sustanciales que, en caso de ser transgredidas, generan de inmediato la nulidad, es de pleno derecho, basta que se pruebe la forma ilícita para que opere esa nulidad, tales como: amenazas o hechos contra la integridad física, psíquica o moral (artículo 46 constitucional.), tortura o maltratos físicos (ordinales 1° y 4° del artículo 46); coacción en la confesión (Ord. 5° del artículo 49); violación del hogar doméstico (Art. 47); violación de las comunicaciones privadas (Art. 48); en fin, cuando haya violación de los derechos fundamentales.

Ada Peregrini Grinover⁷⁰ define prueba ilícita así:

Por prueba ilícita, en sentido estricto, indicaremos por tanto la prueba recogida infringiendo normas o principios colocados por la constitución, frecuentemente para protección de las libertades públicas y de los derechos de la personalidad y de su manifestación como el derecho a la intimidad.

Con relación a la valoración de la prueba ilícita, hay diversos criterios, a saber:

a) la prueba no es admisible. Debe ser totalmente excluida.* El Estado no puede realizar actos, como sería violar los derechos constitucionales de las personas, que por definición debe proteger.

⁷⁰ Peregrini, Ada. *Revista de la Asociación de ciencias penales de Costa Rica*, Año 7, N° 10. 1995, p. 22. Tomado en Parra Quijano, J. *Ob. Cit.*, p. 22.

* NOTA. En el derecho anglosajón es lo conocido como *exclusionary rules* y *unlawful evidence*.

El maestro Parra Quijano⁷¹ establece un criterio que compartimos:

Tampoco puede cobijar con el manto de la impunidad la violación de esos derechos y mucho menos llegar al colmo de estimar los frutos de esa violación como si nada hubiera ocurrido. Si el Estado asume estos criterios, el proceso tendría mácula y autorizaría al “juego sucio” dentro de él, desvirtuando entonces su finalidad, la cual es la de ser mecanismo ideado por el hombre para administrar justicia en forma inmaculada. Valorar y apreciar la prueba ilícita en el proceso, es estimular y autorizar su consecución; por el contrario, restarle todo valor, es desestimularla.

La mayoría de países consagra la nulidad de la prueba ilícita; en algunos se ordena que sea retirada del expediente,

b) la prueba ilícita es válida y eficaz, esto sin perjuicio que los que la obtuvieron sean castigados. Una pequeña minoría de países acepta este tipo de tesis, especialmente aquellos que están sometidos a tiranías;

c) hay una especie de tesis intermedia en la que se está dispuesto a aceptar cierta violación de los derechos fundamentales cuando se trata de obtener pruebas contra el terrorismo, narcotráfico y secuestro. Es peligrosa porque sobre la base de la represión de estos delitos se pueden cometer enormes abusos, y es posible que para justificar la arbitrariedad se inculpe a personas de los mismos, sembrándoles pruebas, indicios, como el caso de drogas o armas, propaganda u otros elementos terroristas.

Con relación a los efectos reflejos de la prueba ilícita, es decir, el efecto cascada, de una prueba ilícita se obtiene información para proceder obtener otras pruebas, y éstas se producen legalmente. En Estados Unidos se elaboró la teoría de los frutos

⁷¹ Parra Quijano, J. *Ob. Cit.*, p. 22.

del árbol envenenado (*fruit of de poisonous tree doctrine*), conforme a la cual, al restarle mérito a la prueba ilegalmente obtenida afecta a aquellas otras pruebas que, si bien en sí mismas legales, no obstante están basadas en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, llegándose a concluir que tampoco esas pruebas legales pueden ser admitidas.⁷²

Por ejemplo, si una persona es torturada y obligada a confesar un delito y decir en dónde esconde armas. Con esa información se pide una orden de allanamiento y una inspección judicial; en efecto se practican las diligencias y se consiguen las armas. Según esa doctrina (teoría de los frutos del árbol envenenado) no puede usarse la confesión ni se le podrá acusar de tener las armas. El origen de la prueba es ilícito y contamina a las subsiguientes que se basan en aquella.⁷³

Nuestra posición referente a la prueba ilícita, como regla, es que debe ser inadmisibles. Especialmente cuando haya sido irrepudiada la dignidad de la persona humana, como es el caso de torturas, coacción física, moral o psíquica. No obstante, pueden ocurrir circunstancias que ameriten valorarla, porque hay un derecho superior en juego, por ejemplo, una violación de la comunicación frente a caso de secuestro. Esto no quiere decir que sea permitido ni deba estimularse la violación al derecho

⁷² *Ibidem*, p. 23.

⁷³ Peregrini, Ada. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, Año 7, N° 10. 1995, p. 25. Tomado en Parra Quijano, J. *Ob. Cit.*, p. 26. “las mesas de Proceso Penal, actividad ligada al departamento de derecho procesal de la facultad de derecho de la Universidad de San Pablo, tomaron posición sobre la materia de la prueba ilícita con las siguientes conclusiones: Conclusión N° 48: Denominan ilícitas las pruebas obtenidas en infracción a normas y principios de derecho material. Conclusión N° 49. Son procesalmente inadmisibles las pruebas ilícitas que infringen normas y principios constitucionales, aun cuando fueran relevantes y pertinentes y aunque no exista conminación procesal expresa. Parra Quijano en *Ob. Cit.*, p. 39, cita sentencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos del 2 de Agosto de 1984: “Caso Malone”, en la que se consideraba la infracción del artículo 8 del Convenio Europeo de derechos humanos el mero uso de un artefacto técnico denominado “comptage” o “recuento”, que sólo permite controlar el número telefónico al que se llama, pero no el contenido de una conversación. Esta doctrina ha sido acogida por el T.C. Español en su sentencia de 11/4/94 (rtc, 1994, 113) que también ha considerado ilícito el procedimiento.

de inviolabilidad de las comunicaciones, sino que en el transcurso de investigaciones se obtuvo y había imposibilidad física y moral de hacerlo lícitamente. También existen problemas cuando hay dos derechos en juego, por ejemplo: Luis no sabe quién es su padre, y por referencias dicen que es Pedro. En efecto, demanda la paternidad y aporta un correo electrónico que Maiolxi en sus labores de piratería informática intervino, en el cual Pedro admite que Luis es su hijo. Allí hay dos derechos constitucionales en juego: el derecho de la filiación y el derecho a la inviolabilidad de la comunicación. Se deberá sopesar los derechos en conflicto y, especialmente, si hay daños y qué consecuencias genera la decisión.

e) la doble instancia: Sabemos que a través del procedimiento ordinario o a través de procedimientos especiales que responden a situaciones particulares, se da una solución jurídica (sentencia), incluso intermedias, al conflicto planteado. La sentencia es, pues, el acto procesal que produce los mayores efectos jurídicos. Por tal razón, la sentencia, aquella que produzca gravamen irreparable, debe ser controlada o revisada. No obstante, la historia nos dice que no siempre ha sido así, pues han existido épocas y situaciones que han negado la revisión de las decisiones judiciales. Desde ese punto de vista se han clasificado como sistemas de única instancia y de doble instancia. “El sistema de única instancia en la cual no hay revisión de la sentencia ni control de la legalidad, es inconcebible en el mundo moderno. Una de las garantías más importantes para el justiciable es la que su juicio no quede al arbitrio de una sola persona investida de jurisdicción. Por ello, en los sistemas democráticos se exige el principio de la doble instancia en los procesos, para que las decisiones más importantes puedan ser impugnadas ante otro juez o tribunal que pueda corregir los errores en que se haya podido incurrir”.⁷⁴ El sistema de ins-

⁷⁴ Villamil Portilla, Edgardo. *Teoría constitucional del proceso*. Edit. Doctrina y ley. Bogotá, 1999. p. 200.

tancia plural emana de la democracia misma, pues es una garantía de la persona frente al Estado. Sin embargo, debe advertirse que de acuerdo con políticas constituyentes o legislativas en casos especiales y sobre funciones o funcionarios específicos se establece la única instancia. A tal respecto comenta el autor Villamil Portilla, “Como ya se ha advertido, en ocasiones por razones de diversa índole el legislador consagra procesos que sólo tienen una instancia. Paradójicamente los extremos se tocan en esta materia, pues son los procesos más importantes y los de menor entidad los que están excluidos de la doble instancia. Ejemplo de ello son los procesos contra personas aforadas como congresistas, magistrados, generales y otros, quienes son juzgados en única instancia por la Corte Suprema de Justicia”.⁷⁵ En Venezuela se prevé en la Constitución Nacional, en el artículo 266, ordinales 2º y 3º, la única instancia en los casos arriba mencionados.

Lo común es, pues, que las decisiones puedan ser revisadas o impugnadas. En ese sentido la mayoría de legislaciones contienen mecanismos de impugnación y/o revisión de las sentencias. Los medios de impugnación pueden ser analizados desde dos perspectivas fundamentales: una, como un derecho de impugnación, ligado al valor “seguridad jurídica” y como un medio para evitar los errores judiciales en el caso concreto; la otra perspectiva se basa en la necesidad social de que las decisiones judiciales sean correctas y el derecho sea aplicado de un modo uniforme y equitativo.^{Juris}

⁷⁵ *Ibidem*. p. 520.

^{Juris}. Corte Interamericana (CIDH). Ha establecido que el derecho a recurrir del fallo consagrado en el artículo 8.2 h .de la CADH, tiene por objetivo controlar el fallo de primera instancia y lograr su revisión. En el informe N° 55/97 del CIDH en el caso *Abella y otros contra Argentina* (Informe Anual 1998), se estableció que (párr. 259): El recurso contra la sentencia definitiva tiene como objeto otorgar la posibilidad a la persona afectada por una fallo desfavorable de impugnar la sentencia y lograr un nuevo examen de la cuestión. Esta revisión en sí tiene como objeto el control del fallo como resultado racional de un juicio justo, conforme a la ley y a los preceptos de garantía, y de la aplicación correcta de la ley penal.

El autor, que citamos *ut supra*, Villamil Portilla expresa lo siguiente: “La doble instancia desarrolla la garantía constitucional de la apelabilidad de las decisiones judiciales, propio de un modelo democrático en virtud del cual a toda persona que acuda al Estado deberá garantizársele un control de la legalidad permitiéndosele la posibilidad de solicitar la revisión de las decisiones por parte de un funcionario distinto (*ad quem*) al que profirió la resolución, a fin de que éste enmiende los posibles yerros en los que incurrió el funcionario inicial (*a quo*). Para evitar que las decisiones se prolonguen indefinidamente en el tiempo, creando caos de inseguridad jurídica, la revisión a la que pueden estar sometidas las decisiones debe estar limitadas a través de los que se ha denominado recursos ordinarios y extraordinarios”.⁷⁶

En conexión con el derecho a recurrir está el principio de la *no reformatio in pejus*, que constituye la prohibición de reformar la sentencia en perjuicio del procesado o empeorar la situación del procesado, cuando éste exclusivamente o su defensor hayan apelado. El artículo 442 del COPP establece que: “Cuando la decisión sólo haya sido impugnada por el imputado o su defensor, no podrá ser modificada en su perjuicio”. Debe aclararse que este principio, según una corriente de la doctrina, tiene dos límites: a) que sea exclusivamente formulada la apelación por el procesado o su defensor; b) que la decisión esté ajustada al principio constitucional de la legalidad, pues, si ocurre que no está acorde con la ley y viola derechos constitucionales y normativos, el superior podrá hacer la modificación. No obstante, debe advertirse que la mayoría de la doctrina y de los tribunales han afirmado que en el caso del apelante único (procesado) no es revisable el principio de legalidad por el superior, de suerte que si hubo error y el Ministerio Público no lo consideró o fue negligente, el Juez *ad quem* no puede subsanarla.^{Juris}

⁷⁶ *Ibidem*, p. 89.

^{Juris}. Sala de Casación Penal, Sentencia N°. 805 del 13/06/2000. La *reformatio in pejus* es una Institución Jurídica relacionada con los límites a que está sujeto el funcionario de Segunda Instancia para agravar la situación del imputado, y que tiene efecto tanto en las instancias como en el recurso extraordinario de casación. www.tsj.gov.ve

Comparto esta opinión y considero que el debido proceso tiene parámetros que ninguna de las partes puede infringir; hay oportunidades y mecanismos para enmendar los errores, cuestión que no puede hacerse sorpresivamente y sin mecanismos u oportunidades previstas por la ley. En el sistema acusatorio se delinea claramente el concepto de partes, por lo que cada una de ellas tiene que actuar diligentemente en defensa de sus derechos e intereses, lo que supone que si las decisiones afectan a aqueéllos tienen el recurso de la apelación. Véase que en el sistema acusatorio hay una separación de acusación y juzgamiento, para colocar en la cabeza del Ministerio Público la titularidad de la primera y en esa medida convertir al juez en tercero independiente e imparcial. Por ello corresponde al Fiscal o a la parte civil impugnar las decisiones de contenido ilegal, si vulneran intereses legítimos de la sociedad y de la víctima.* Conforme a la redacción del artículo 442, no hay posibilidad que el juez *ad quem* modifique la decisión con base al principio de la legalidad en perjuicio del apelante único.^{Juris}

5.4.2 Derecho a presunción de inocencia

Este es un derecho (*status innocentiae*) de aplicación inmediata, que no requiere para su observancia de reglamentación legislativa. Es un derecho fundamental o humano de toda persona acusada de un delito a que sea considerada y tratada como inocente mientras no se establezca, mediante sentencia judicial en firme, su culpabilidad: *nulla poena sine culpa, nulla culpa sine juditio*. Este derecho opera en un doble plano:

* **NOTA:** Para la formulación del principio de la prohibición de la *reformatio in pejus* se argumentó que dado que había el derecho a la doble instancia, ésta debía ser revestida de garantías que permitieran su ejercicio, pues, si se establece que la sentencia en apelación puede ser revisada y desfavorecer al condenado, éste se inhibiría de ejercer el recurso para no correr riesgo. De manera que permitir que el superior modifique la sentencia sobre la base de vicios de ilegalidad, nos parece que desnaturaliza el principio de prohibición de la *reformatio in pejus* y afecta al derecho de recurrir. Debe entenderse que si el Ministerio Público y la parte civil no impugnan la decisión es porque hay aquiescencia del estado y del particular.

^{Juns.} Sala de Casación Penal, Sentencia N° 753 del 01/06/2000 “El fundamento de esta prohibición reposa en el principio acusatorio, y satisface la necesidad de garantizar al imputado la libertad de recurrir y su tranquilidad al recurrir, y esa tranquilidad existirá cuando él sepa que el recurso que intenta nunca podrá perjudicarlo mas que la propia sentencia recurrida. Porque si existiera el peligro de que la impugnación deducida en su favor pudiera terminar empeorando su situación, puede resultar compelido a sufrir la sentencia injusta, en su criterio, antes de correr el riesgo de que ésta se modifique en su perjuicio”. tsj.gov.ve.

a) en su vida ordinaria toda persona tiene el derecho a recibir un trato digno y de inocencia; b) en el ámbito procesal, debe mantenerse su inocencia hasta tanto no se pruebe legalmente su culpabilidad y sea declarado en sentencia firme.

Antes y durante el proceso debe presumirse la inocencia del imputado.^{L-} En el sistema acusatorio se da plena garantía de este derecho y el proceso penal se establece para que el Estado, mediante el reconocimiento y acatamiento de garantías, pueda demostrar la responsabilidad y culpabilidad del imputado. En este sistema, la culpabilidad es de acto y no de autor, de lo que se deriva que la responsabilidad se genera por lo que hace el sujeto queriéndolo hacer. De aquí emanan consecuencias jurídicas importantes.

5.4.2.1 Consecuencias jurídicas de la aplicación de presunción de inocencia

a) Carga de la prueba: Como consecuencia del derecho constitucional a la presunción de inocencia, todo acusado no está obligado a probar que es inocente, sino que es a la parte acusadora, o sea, al Ministerio Público, a quien incumbe la carga probatoria de los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado. No desvirtúan la presunción de inocencia los medios probatorios obtenidos de manera ilícita, es decir, logrados con violación de los derechos fundamentales y las demás garantías constitucionales y legales. Sólo destruyen la presunción de inocencia las pruebas legales obtenidas en debido proceso y declarado por el tribunal.^{L-}

b) Vigencia efectiva del principio *in dubio pro reo*: la presunción de inocencia se concreta en el aforismo *in dubio pro reo*, porque si el

^{L-} Cfr. Artículo 8 del COPP: “Cualquiera a quien se le impute la comisión de un hecho punible tiene derecho a que se le presuma inocente y a que se le trate como tal, mientras no se establezca su culpabilidad mediante sentencia firme.

^{L-} En la Constitución Nacional en el artículo 285 establece las atribuciones del Ministerio Público, específicamente en el ordinal 3° se le asigna la de ordenar y dirigir la investigación penal, y en el ordinal 4° se le faculta para ejercer la acción penal en nombre del Estado. En el COPP en el artículo 11 se señala que la titularidad de la acción penal corresponde al estado quien la ejerce a través del Ministerio Público y el artículo 24 se establece que “la acción penal deberá ser ejercida de oficio por el Ministerio Público, salvo que sólo pueda ejercerse por la víctima o a su requerimiento”. En el ámbito penal corresponde la carga de la prueba al órgano estatal, que en nuestro caso es el Ministerio Público.

ministerio público no logra desvirtuar esa presunción probando plenamente la culpabilidad del imputado, la duda debe resolverse a favor de éste.* La razón de ser del *in dubio pro reo* se encuentra en el principio ontológico de la presunción de inocencia de todo hombre.

De modo que si hay duda sobre su culpabilidad se debe dictar preclusión en la calificación o absolución en la sentencia, pues es principio universal de rectitud y prudencia que es preferible absolver al culpable que condenar al inocente, por los perjuicios y daños graves e irreparables que le causan al inocente condenado y por la cruel incertidumbre de los demás miembros de la sociedad que temen ser presas de fallos injustos.⁷⁷

c) Libertad del acusado como regla y no como excepción: Debe tenerse que la detención preventiva del acusado es la excepción y no la regla. Deben confluír circunstancias que hagan imprescindible la detención, tales como: gravedad del delito, que haya elementos de convicción que el imputado puede sustraerse de la acción de la justicia, que haya elementos de convicción que el imputado puede falsear los medios de prueba y pueda cometer otro delito.^{L.}

5.4.3 Derecho a ser oído

Es la facultad que poseen los justiciables de acceder a los órganos encargados de administrar justicia para presentar peticiones o reclamos, referentes a una situación que afecta o lesiona sus derechos. Todos los ciudadanos, sin excepción, pueden ejercer esta facultad concediéndosele un derecho de palabra, así ese particular no sea un interesado personal, legítimo y directo. Va más allá del derecho, debido a que es algo inherente al ser humano.

* **NOTA:** En el derecho anglosajón se conoce como la “duda razonable”, de manera que si se presenta un caso en que haya duda razonable, previo el examen de las pruebas, el juez debe inhibirse de proseguir el caso o debe absolver al imputado. Ene. Derecho venezolano ha existido como tradición este principio, básicamente por la influencia que desarrolló en el país el maestro Jiménez de Asúa. Cfr: Borjas, A. *Comentarios al Código de Enjuiciamiento Criminal*. Chiossone, Tulio, *Manual de Derecho Procesal Penal*.

⁷⁷ Suárez Sánchez, Alberto. *Ob. Cit.*, p. 153.

^{L.} En el COPP se trata la detención preventiva o privación preventiva de libertad en los artículos 250 al 255. Estableciéndose las procedencia y los requisitos exigidos en tales hipótesis.

Estas garantías son instrumentos fundamentales, que permiten hacer efectivo y eficaz el ejercicio de los derechos por los particulares. Esto es lo que da lugar al denominado “Derecho Constitucional Procesal”, que no es otra cosa que el conjunto de garantías procesales que sintetizan lo que debe constituir el debido proceso en un Estado de Derecho.

Debe entenderse que dentro del proceso las partes no gozan de libertad absoluta, porque utilizada sin restricciones conduciría a afectar los derechos de la otra parte. Por consiguiente, se limita a aquellas actuaciones y pruebas que sean idóneas para la demostración de sus respectivas afirmaciones, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento jurídico.

En materia penal, este principio se refuerza en una más efectiva protección por parte de los órganos de justicia. Esto es debido a que el sistema penal tiene un carácter coercitivo y represor, que tiende a privar a los ciudadanos del goce y ejercicio de ciertos derechos, entre ellos la libertad personal. Por lo que las autoridades competentes tienen que garantizar que no se vaya violentar o infringir este derecho.

El derecho a ser oído tiene diversos efectos. Entre ellos, el derecho de alegar y argumentar en defensa de sus derechos que tiene un correlato de deber, pues debe dársele respuesta a sus alegaciones; quien debe oír en caso de un proceso en un tribunal es el juez, quien no puede delegar esas obligaciones a ser oído en el idioma oficial del país; caso que no domine el idioma, debe designarse un intérprete.*

5.4.4 Derecho al juez natural

La disposición contenida en el ordinal 4 del artículo 49 es muy clara: “Toda persona tiene derecho a ser *juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales* (cursivas nuestras), con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley”.

* **NOTA:** Este ordinal 3º del artículo 49 debe íntima correspondencia con el artículo 26 que consagra el derecho a acceso a la justicia y a la tutela efectiva de los derechos. Si no se oye al justicia de nada servirá el acceso, pues sería como algo simbólico; debe entonces materializarse en que se oiga efectivamente y se de respuesta en tiempo razonable.

En todos los tratados o declaraciones de organismos internacionales en torno a los derechos fundamentales, incluyen el derecho de ser juzgado por los jueces naturales competentes como un derecho fundamental. Así tenemos en el artículo 14 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas de 1966, pauta que “toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil”. El artículo 8º de la Convención Americana sobre derechos humanos, de 1969, establece: “Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otra carácter”.

Se trata de una garantía universal del llamado juez natural,* competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a los hechos, que excluye al funcionario *ad hoc*, especial o de excepción o a *posteriori*: *nemo iudex sine previa lege*.⁷⁸

El artículo 7 del Código Orgánico Procesal Penal, en acatamiento a la disposición constitucional, estatuye lo siguiente:

Toda persona debe ser juzgada por sus jueces naturales y, en consecuencia, nadie puede ser procesado ni juzgado por jueces o tribunales *ad hoc*. La potestad de aplicar la ley en los procesos penales corresponde, **exclusivamente**, a los jueces y tribunales ordinarios especializados establecidos por las leyes, con anterioridad al hecho objeto del proceso.

* En otras legislaciones se le denomina juez judicial, un poco afirmando la separación de poderes y que compete exclusivamente al poder judicial. Para los norteamericanos es el *judiciary judge*, que pueden ser el *judge of a civil court* o el *judge of a criminal court*; también hay el *judge a labor court*.

⁷⁸ Camargo, Pedro Pablo. *El debido proceso*. p. 171.

En el proceso judicial se debe garantizar la mejor forma de administrar justicia en atención a las partes. Por eso, estas últimas, tienen el derecho a ser juzgadas por su juez natural, es decir, por una autoridad jurisdiccional competente según la materia, cuantía y territorio: a través de las normas jurídicas se establece las competencias y atribuciones que tienen los jueces en referencia a la controversia planteada.^{Juris} Antes de dar comienzo al litigio, ya se ha establecido a la persona que va ser el director del proceso. Así, el juez es un tercero ajeno a la relación material que tiene que sentenciar conforme a derecho y según la justicia. El juez natural es el juez que está en la ley previa al delito.⁷⁹ “Nadie puede ser juez en causa propia”. Los ciudadanos no pueden ser sometidos a resolver sus controversias jurídicas a través de tribunales de excepción o por comisiones especiales. Estos últimos son ajenos a la jurisdicción ordinaria, porque se crean en regímenes autoritarios y de una forma provisional e incompetente; casi siempre se inclinan por una parcialidad, juzgando así inadecuadamente.^{Juris}

^{Juris}. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH) Sent. 30-5-99, caso castillo Petruzzi vs Perú, párr. 128 a 132. “La CtIDH ha interpretado la garantía del juez natural frente a jurisdicciones especiales, afirmando que **los tribunales militares no son competentes para juzgar civiles**. En este sentido, la CtIDH ha mantenido que la jurisdicción militar tiene por fin mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas, por lo cual los únicos sujetos que pueden estar sujetos a su jurisdicción son los militares por delitos de función castrense. Además, en la mayoría de los sistemas de organización de la justicia militar, sus órganos (tribunales) no son independientes, ni imparciales ni judiciales. Por todo ello, la CtIDH ha concluido, que la justicia militar no es la justicia natural aplicable a los civiles. En este sentido, la CtIDH ha determinado que el juzgamiento de civiles por tribunales militares, constituye una violación del artículo 8.1 de la CADH. Tomado de Ayala Corao, Carlos M. *Derechos Humanos y Proceso Penal. La Constitución de 1999*, publicación de la Academia de Ciencias Políticas y sociales, Caracas, 2000, pp. 45-46.

⁷⁹ Arcaya de Landáez, Nelly y Landáez A., Leoncy. *Comentarios al nuevo Código Orgánico Procesal Penal: Principios y Garantías Procesales*. p. 51.

^{Juris}. Casación.. TSJ. Sala Constitucional. “De igual manera esta Sala Constitucional mediante decisión de fecha 7 de junio del año 2000 (Caso: Mercantil Internacional C.A., Exp: N° 00-0520), estableció respecto a los “jueces naturales” lo siguiente: “El derecho al juez natural consiste, básicamente en la necesidad de que el proceso sea decidido por el juez ordinario predeterminado en la ley (... *omissis*...) Esto supone, en primer lugar, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, en segundo lugar, que ésta lo haya investido de autoridad con anterioridad al hecho motivador de la actuación y proceso judicial; en tercer lugar, que su régimen orgánico y procesal no permita calificativo de órgano especial o excepcional para el caso; y en cuarto lugar, que la composición del órgano jurisdiccional sea determinado en la ley... En síntesis la garantía, del juez natural puede expresarse diciéndose que es la garantía de que la causa sea resuelta por el juez competente o por quien funcionalmente haga sus veces”. (Sentencia de la Sala Constitucional del 10 de agosto del 2000 con ponencia del magistrado Iván Rincón Urdaneta, en el juicio de Edgar Galeno Sardi Shoonewolf, en el expediente N° 00-1473). Pierre TapiaA, O. N° 8-9 Año 2000. p. 91.

Otro aspecto importante para el desarrollo del proceso con transparencia, es el de la identidad del juez. Las personas que van a ser sometidas a juicio tienen el derecho de conocer la identidad de quien la juzga. No se contempla dentro del ordenamiento jurídico la figura del “juez sin rostro”, debido a que infringe una de las garantías fundamentales del justiciable dentro del proceso.^{Juris} El acusado debe constar con la seguridad de que no será juzgado por funcionarios diferentes a los integrantes de la jurisdicción, y tener certeza de quién será su juez y de que el ejecutivo no podrá, ni siquiera en uso de sus facultades de excepción, alterar o suspender ese derecho fundamental.*

5.4.5 Derecho a no confesar contra sí mismo

Comentaba Ferrajoli⁸⁰ que en la historia de los delitos y las penas ha existido una lucha incesante entre el ser humano para defenderse de una falsa acusación o para ocultar su fechoría y el poder omnímodo; en el momento que el poder asumió la potestad del juzgamiento se inventaron formas para arrancarle al ser humano la “verdad”, mediante el tor-

^{Juris}. La Corte Interamericana de los Derechos Humanos (Ct.IDH) Sent. 30-5-99. caso Castillo Petrucci vs Perú, párr. 133). La Ct.IDH ha establecido que la circunstancia de ser juzgado por un juez sin rostro, configura una violación del artículo 8.1 de la CADH en virtud de que “*determina la imposibilidad para el procesado de conocer la identidad del Juzgador y, por ende valorar su competencia*” (o incompetencia), su imparcialidad y de ser el caso, plantear su recusación”. Tomado de Ayala Corao, Carlos. *Ob. Cit.*, p. 44.

* **NOTA:** La doctrina universal ha establecido una serie de hipótesis que constituyen vulneración al derecho fundamental del juez natural. Estas son. a) La creación de órganos extraños a la jurisdicción. No se pueden crear órganos de enjuiciamiento distintos al poder judicial, de manera que es propio de regímenes totalitarios la injerencia del ejecutivo en el nombramiento de jueces y en la creación de tribunales especiales, b) El establecimiento de tribunales especiales o de procedimientos diferentes para el juzgamiento de ciertas personas. No pueden haber tribunales de excepción, o jurisdicciones especiales o de determinados grados de jurisdicción ordinaria, para tipos o grupos de ciudadanos. Por ejemplo, el adefesio de “jueces sin rostro”; c) mediante la violación de las normas de competencia o la manipulación del reparto o el cambio arbitrario de la radicación del proceso. Sucede cuando se deroga parcialmente las normas de competencia objetiva, de competencia territorial, o cuando se manipula la competencia funcional, por la vía de la manipulación del reparto de asuntos.

⁸⁰ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del galantismo penal*. Tomado de Camargo, Pedro Pablo. *Ob. Cit.*, p. 141.

mento cruel e inhumano. Entonces, la confesión (*confessio*)* no era la declaración espontánea del acusado sobre su culpa, sino la declaración arrancada por el tormento físico o psíquico.

En materia penal la confesión ha suscitado abusos y polémicas en su valoración como prueba. El jurista Framarino Dei Malatesta⁸¹ comentaba que el hecho de no haberse considerado la confesión como una forma del testimonio del sindicado, condujo a tenerla como una prueba *sui generis* y privilegiada. De esta situación se ha generado que algunos exageren el valor probatorio de la confesión, y otros le nieguen todo valor de prueba. Al respecto el autor en comento nos dice:

Quienes se han visto tentados a exagerar el valor de la confesión, considerándolo como prueba privilegiada, hasta llegar a decir que es necesariamente decisiva en el juicio penal, se han apoyado en los criterios probatorios civiles, sin pensar que la materia del juicio es esencialmente distinta en el campo civil y en el penal. Es lógico y natural que el confeso dentro del proceso civil se tenga por juzgado, no tanto por razones probatorias como por razones jurídicas inherentes a la materia de las controversias. Se trata de derechos privados y alienables, de los cuales siempre puede disponer el ciudadano, y su confesión judicial, inclusive si no tiene el valor de testimonio que conduzca a la certeza, siempre vale como una declaración de voluntad que es capaz de atribuir derechos a la contraparte, o de liberarla de obligaciones; por esto sirve siempre para dar por terminada la controversia y el juicio correspondiente. El particular es dueño de sus intereses pecuniarios, y puede, en consecuencia, aun mediante una confesión no verdadera, reconocer las pretensiones de la contraparte renunciando a sus propios derechos, aunque éstos sean evidentes.

Pero no es así en el proceso penal, en el cual entran en juego derechos que son sagrados aun en cuanto a la persona que no

* NOTA: Proviene directamente del derecho canónico que la impuso en la época de la inquisición. La confesión que existió en el derecho romano era la libre y espontánea.

⁸¹ Dei Malatesta, Framarino. *Las pruebas criminales*. Vol. II, pp. 188-189.

cuida de ellos y que quiere abandonarlos mediante una falsa confesión. La justicia penal no logra sus fines cayendo sobre cualquier cordero expiatorio, sino sobre el verdadero delincuente, a fin de que sea legítima su acción. Sin la certeza acerca de la culpabilidad, aunque exista el consentimiento del acusado, la condena es siempre monstruosa y perturba la conciencia social más que cualquier delito. Ahora bien, como no toda confesión judicial inspira certeza de la culpabilidad, se sigue de ello que el principio *confesus pro judicato habetur* (lo confeso se tiene por juzgado), que es aplicable siempre en materia civil, debe ser rechazado en penal.

Es clara la distinción que hace el maestro Framarino Dei Maletesta, puesto que en materia penal está en juego la libertad y la dignidad de la persona, y éstos son derechos universales, irrenunciables y no alienables. La justicia penal busca reprimir el delito y no a la persona; la finalidad de la represión del delito es precisamente en defensa de la dignidad humana y de la libertad, de tal manera que para cumplir su finalidad debe castigar al verdadero delincuente y no por notoriedad o afán de eficacia tener presos “chivos expiatorios”.

El maestro Borjas* nos dice:

Después de la prueba por *evidencia*, como la que se tiene en el flagrante delito, sorprendido por la autoridad judicial o policial y constante del acta levantada acerca de los hechos evidentes ocurridos en su presencia, la prueba por excelencia, la *probatio probatissima*, tenido en lo antiguo como sucedánea de la evidencia, es la de *confesión* del procesado, la del *confitens reus*. Por tal motivo, se abusó de toda clase de medios, más o menos violentos y condenables, para arrancarla al reo, y ello puso de manifiesto que no siempre es verdadera, ni ingenua, ni admisible; y como la ciencia de los psiquiatras, a una con la experiencia, ha demostrado que la autoacusación, por

* La primera publicación de la obra del Doctor Arminio Borjas que se tituló “Exposición del Código de Enjuiciamiento Criminal Venezolano” se realizó en el año 1924. *Ob. Cit.*, tomo II, p. 133.

ilógica y contraria a la naturaleza, es sospechable de ser obra de una anormalidad mental, cuando no de malicia interesada, su adopción como medio de prueba de demostración no se hace hoy sin reservas y garantías; y evidente que fue en un tiempo, reveladora de toda otra prueba, porque era plena y constituía una presunción *juris et de jure* de verdad, ha pasado a ser un medio probatorio como los demás susceptible de apreciación, de crítica y de prueba en contrario.

El adelanto de las ciencias y las técnicas aplicadas a la investigación criminal ha demostrado que no son confiables las confesiones, puesto que se ha detectado un alto número de ellas, falsas o mentirosas. Suele ocurrir que personas con desequilibrio mental con afán de publicidad o ávidas de importancia se hacen aparecer como los autores de crímenes misteriosos o complejos; también suele ocurrir que por jactancia o deseos de notoriedad se ufanen de delitos de gran conmoción pública.

El autor colombiano Parra Quijano⁸² presenta una definición como criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia en Sala Penal que dice “La confesión en materia penal es el reconocimiento que el acusado hace de su propia culpa por haber participado en el hecho de que se le sindicó”. Le critica a esta definición el haber incorporado la de “reconocer la culpa”, ya que en su criterio, la confesión no implica necesariamente que se deba admitir la responsabilidad o culpabilidad, porque se puede admitir la participación en el hecho pero negar la culpabilidad y alegar una causal de justificación. En este sentido, el autor en comento, define la confesión así: “es la declaración del acusado (en sentido genérico), donde narra o reconoce ser el autor o partícipe de unos hechos que la ley penal prescribe como delito”.⁸³

En materia penal es requisito, de rango constitucional, la asistencia jurídica, de manera que el acusado debe estar asistido por defensor en los actos de declaración. La confesión realizada por el imputado sin presencia de asesor jurídico no tiene valor y transgrede el artículo 49 constitucional. Así mismo, debe advertírsele por el interrogador: policía, fiscal o

⁸² Parra Quijano, J. *Ob. Cit.*, p. 317.

⁸³ *Ibidem.* p. 318.

juez, de la garantía constitucional que nadie está obligado a confesar o declarar en su contra, ni contra su cónyuge, concubino o concubina o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Hay un debate sobre el problema si la absolución de posiciones juradas en materia civil está amparada por la disposición constitucional. Por ello, es necesario examinar la expresión de la norma “estará obligado a contestar” (artículo 403 CPC) con lo dispuesto en el artículo 49 ordinal 5° constitucional que ordena que “ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma”.^{L.C.} Las posiciones persiguen una confesión, o de otra manera las posiciones son un medio para provocar la confesión. En este sentido pudiéramos preguntarnos ¿Contraría este instrumento la disposición constitucional antes señalada? o ¿Es posible para el absolvente alegar la disposición constitucional para negarse a contestar alguna pregunta? Sobre este tema se han esgrimido diversas tesis, incluso en los tribunales se han formulado alegatos impugnando las posiciones por considerarlas contradictorias con la disposición constitucional, al menos existe jurisprudencia, concretamente, con referencia al artículo 60, ordinal 4° de la Constitución de 1961, que expresaba “Nadie podrá ser obligado a prestar juramento ni constreñido a rendir declaración o a reconocer culpabilidad en causa penal contra sí mismo...”.

^{L.C.} En la Constitución española (27-12-1978) en el artículo 24 numeral 2 dice: “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. En la Ley de Enjuiciamiento Civil de España (aprobada 7-01-2000 y entró en vigencia en enero 2001). En dicha ley se mantiene el interrogatorio de parte (Arts. 301 a 316). En los artículos 304 y 307 se consagra el considerar como reconocidos los hechos al contumaz o al que se negare a responder las preguntas formuladas respectivamente, sobre este último se exigen como requisitos que a) no haya obligación legal de guardar secreto b) que el interrogado hubiese intervenido personalmente y c) que la fijación de los hechos como ciertos le sea perjudicial. En la Constitución colombiana (1991) el artículo 33 dispone: “Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”. En el código de procedimiento civil de Colombia se trata la declaración de parte entre los artículos 194 y 210. Allí se trata la incomparecencia y la negativa a contestar o las respuestas evasivas como presunción de ser ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión. La Constitución de Paraguay (20 de Junio de 1992) el artículo 18 establece: “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o contra la persona con quien está unido de hecho, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad inclusive...”. En el Código Procesal Civil de Paraguay se contempla la confesión entre los artículos 276 y 302. La incomparecencia y la negativa a contestar se toma como confesión *ficta*, pero de acuerdo al artículo 302, la misma debe ser apreciada por el juez conjuntamente con las otras pruebas y de acuerdo con los principios de la sana crítica.

La jurisprudencia venezolana ha diferenciado las expresiones “estará obligado a contestar” contenidas en el código procesal civil con lo dispuesto constitucionalmente que “ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable”, aduciendo que la primera no implica violencia o coacción de ninguna clase, sino simplemente una obligación como cualquier otra, si se deja de cumplir tendrá sus efectos jurídicos, pero que no infringe la libertad personal; mientras que en la otra supone la violencia o coacción física o moral, que restringe la libertad; por ello, distingue entre “estar obligado” y “ser obligado”. Otro aspecto que tocan es que en las posiciones la declaración versa sobre “hechos pertinentes que tenga conocimiento personal”. Este argumento es incierto, pues, la confesión y cualquier otro instrumento probatorio tienen como finalidad la demostración de la existencia o inexistencia de hechos; su objeto es, precisamente, los hechos; por supuesto, en el caso de las personas (confesión, declaración, interrogatorio, testimonio) sobre hechos que tengan conocimiento personal.^{Juris}

^{Juris}. C.F. .Sent. 19/6/53. GF N° 1, 2ª E. “Tal como está concebida la cláusula de la letra c) del artículo 35 de la nueva Constitución de Venezuela (corresponde Art. 60 Const. 1961): “nadie podrá ser obligado a prestar juramento ni a reconocer culpabilidad contra sí mismo”, su alcance es de preciosa consecuencia aun en la esfera del derecho civil, por constituir una sólida garantía para el ciudadano. En efecto, con la aludida expresión se está diciendo que *no se podrá* ejercer violencia o coacción de ninguna clase *para obligar* a alguien a prestar juramento o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, y esto, ni siquiera puede ocurrir en el campo del derecho civil. Y así es, en efecto. Nadie puede *ser obligado* a ello, en el sentido de que sobre ninguna persona puede ejercerse coacción física o moral - *tortura o amenaza* - para forzarla a declarar, para obligarla a prestar juramento, para constreñirla a reconocer culpabilidad contra sí mismo, pero ni siquiera en ningún sentido. El constreñimiento físico o moral, invalida todos los actos. Por ello, dice el legislador venezolano al referirse a las posiciones juradas como medio probatorio: “Quien sea parte en el juicio *estará obligado* a contestar, *bajo juramento*, las posiciones que le haga la parte contraria”; lo cual no es lo mismo a que dijera: “*será obligado a contestar*”, que es la fórmula estampada de la Constitución. En el proceso civil, nadie podrá *ser obligado* a prestar juramento, pero *si están obligados* todos a hacerlo, so pena de incurrir en las sanciones legales consabidas. Son, pues, dos conceptos distintos: *ser obligado* a declarar y *estar obligado* a ello. Para lo primero se requiere determinado constreñimiento o coacción, que puede ser física o moral (tortura o amenaza); en tanto que para lo segundo no, pues aquí sólo está en juego la propia voluntad del interpelado. Porque la obligación legal no quita la libertad personal. *Estar obligado* a hacer determinada cosa no significa que fácticamente debe hacerla, necesaria o fatalmente. Por tanto, cuando se trata de la confesión como medio probatorio en materia civil, que el tecnicismo procesal llama “posiciones juradas”, es obvio que el litigante no *puede ser obligado*, es decir, *compelido* por presión externa a prestar juramento, pero *si está obligado* a ello y a contestar las preguntas que en forma asertiva le haga su adversario, pues su negativa le acarrea indefectiblemente la sanción de ser considerado como confeso. Por otra parte, debe tenerse en cuenta el alcance y significado de las “posiciones juradas” como medio probatorio. De acuerdo con los términos empleados por el legislador, quien sea parte en un juicio “*está obligado a declarar pero no contra sí mismo*”, sino, sencillamente, “*sobre hechos pertinentes de que tenga conocimiento*”. Son, pues, dos los extremos requeridos: que los hechos sean *pertinentes* y que el interpelado *tenga conocimiento de ellos*. Por donde se sigue que la “posición jurada”, no es, como lo asienta el actor, el derecho que tienen los litigantes de obtener de su adversario “*el reconocimiento contra sí mismo, de la verdad de un hecho*”, sino el derecho de obtener respuesta sobre los hechos *pertinentes que el interpelado conozca*”. pp. 75 ss. Tomado de Lazo, Oscar y Martínez Ledezma, Juana. Código de Procedimiento Civil. Tomo II, pp. 550-551.

Respecto de las expresiones “estar obligado” y “ser obligado”, considero que no deben ser separadas de su contexto. En el primer caso, nótese que se dice “está obligado a contestar”, es decir, no puede eludir la pregunta que le formulen, debe contestarla, sino lo hace se le tendrá por confeso en esa posición. En el segundo caso, la expresión total (vigente) es “ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma”, significa que no puede emplearse ningún método de coacción para que una persona se confiese culpable o declare contra sí misma, debe recordarse que la prueba obtenida sin el debido proceso es nula (Art. 49, Ord. 1° constitucional), de lo que debe interpretarse que aquella obtenida mediante medios violentos o coacción física o moral, es una prueba ilícita y por tanto nula. En este sentido, no hay ninguna duda que la declaración no puede ser obtenida mediante métodos que impliquen coacción física o moral, caso contrario es ilícita e inadmisible.

Por otro lado, llama la atención que el constituyente de 1999 utiliza una redacción distinta al referido artículo 60, ordinal 4° de la Constitución de 1961, puesto que en aquella se utilizaba concretamente la referencia penal, mientras que en la Constitución de 1999 es en forma general. Pensamos que *ex profeso* se eliminó la advertencia que era válida esa disposición sólo para el proceso penal. Con base al encabezamiento del artículo 49 debe desprenderse que su aplicación es a todas las actuaciones judiciales, de manera que a diferencia de la Constitución del 61 que la aplicación del principio *in comento* era en materia penal, la vigente tiene exigencia en cualquier materia, lo cual corresponde con el encabezado del artículo 49 que dice “El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, en consecuencia: ...”. Por otro lado, el constituyente hace la distinción entre “confesarse culpable” y “declarar contra sí mismo”, lo cual significa que son expresiones con contenido distinto; en el primero, se refiere a la admisión de la culpa; en el segundo, a suministrar declaración que pueda perjudicarlo. Sobre esta base algunos autores esgrimen que la disposición se conecta o aplica en la materia penal, argumentando que la norma busca proteger la libertad personal que sí está en juego en dicha materia, mientras que en el proceso civil sólo está en juego el aspecto patrimonial; también se razona en el sentido que se protege la interioridad o intimidad de la persona al disponerse que nadie puede ser obligado a admitir su culpabilidad o a declarar sobre hechos que le perjudican.

Es conveniente destacar que la absolución de posiciones juradas puede dar lugar a una confesión, pero no necesariamente debe suceder así, pues, en ocasiones el resultado no va más allá de una declaración sobre hechos, incluso igual a la de un testigo,* ya que no tiene las consecuencias jurídicas de aquélla, por no implicar la aceptación de hechos perjudiciales para el absolvente. De manera que, perfectamente, puede darse la absolución de posiciones sin que se esté en la obligación de admitir hechos que le perjudiquen. El problema radica en determinar el alcance o materia del perjuicio. En nuestro criterio ese perjuicio concierne exclusivamente en materia penal, porque es allí en donde está en peligro la libertad personal. Por ello, a preguntas cuya respuesta conlleve a aceptar hechos que impliquen la admisión o participación en un hecho delictual, que importe responsabilidad penal, no existe la obligación de contestarlas y podrá eximirse bajo el amparo del ordinal 5° artículo 49 *in comento*. Quedará a la apreciación del juez su valoración en el momento de decidir.

De todo lo expuesto interpretamos que lo contenido en el ordinal 5° del artículo 49 constitucional es una garantía del debido proceso y del derecho de defensa, la cual debe ser advertida al absolvente y éste podrá acogerse a este precepto constitucional y negarse a contestar aquellas preguntas que puedan incriminarlo de culpabilidad penal. La parte absolvente está en la obligación de acudir, si ha sido citado legalmente, al acto de absolución y en el momento del interrogatorio podrá hacer valer el precepto constitucional en aquellas preguntas que lo puedan incriminar penalmente, pero en las preguntas referentes a los hechos controvertidos en materia civil tendrá la obligación de contestarlas. No puede entenderse que la omisión del texto constitucional que se refería a causa penal constituye una extensión a todos los objetos de la prueba (hechos jurídicos), lo que debe entenderse es que su

* NOTA: Por ejemplo, si se le pregunta al absolvente ¿Diga si es cierto que en su empresa los horarios de trabajo son de 8 a.m. a 4 p.m. en forma corrida con media hora de descanso y almuerzo a las 12 m.? Respondiendo acertivamente y con explicación la pregunta. De esta respuesta no se puede decir que está confesando, pues su versión es igual a la que puede hacer cualquier testigo que conozca el funcionamiento laboral de la empresa. Situación contrario es si la pregunta está dirigida a buscar la aceptación de un hecho que lo perjudica, por ejemplo: ¿Diga si es cierto que usted empujó al obrero xx y éste cayó al suelo? Si su respuesta es afirmativa allí si aparece una confesión.

extensión alcanza, que en ninguna causa puede obviarse el debido proceso y, por tanto, en lo específico, la persona no puede ser sometida a coacción física o moral para arrancarle confesión. Por análisis comparativo en constituciones con redacción similar a la nuestra (España y Colombia), de la norma *in comento*, puede inferirse que la protección concierne sólo a la materia penal, por lo que la declaración de las partes en materia civil permanece sin modificación, lo que nos induce a sostener que en Venezuela no podrán cuestionarse bajo esa singularidad constitucional que hemos comentado, la absolución de posiciones. Ciertamente que la Constitución de 1999 contiene muchos aspectos nuevos, entre los cuales está la presencia de normas procesales que le dan un giro nuevo al proceso civil, pero indudablemente que en muchos se mantiene la tradición jurídica, pero con mayor orientación garantista, lo que implica la efectivización de las garantías del proceso justo y la orientación hacia la verdad y la justicia.

Tenemos, pues, que el amparo que confiere el ordinal 5º del artículo 49 es referido a la materia penal. Este amparo, repetimos, se establece en dos direcciones: a) no pueden emplearse métodos de coacción, de cualquier naturaleza, para obtener confesión; b) para que tenga validez debe estar en correspondencia con el ordinal 1º, lo que implica que debe ser rendida libremente y con asistencia jurídica.

El Código Orgánico Procesal Penal, modificado después de la Constitución de 1999, se adaptó a dicha norma superior y consagró un conjunto de derechos del imputado, conforme a las garantías establecidas en la Constitución y los tratados internacionales suscritos por la República, asumiendo el sistema acusatorio. Así concretamente establece en el artículo 125 lo siguiente:

1. Que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputan;
2. Comunicarse con sus familiares, abogado de su confianza o asociación de asistencia jurídica, para informar sobre su detención;

3. Ser asistido, desde los actos iniciales de la investigación por un defensor que designe él o sus parientes y, en su defecto, por un defensor público;
4. Ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete si no comprende o no habla el idioma castellano;
5. Pedir al Ministerio Público la práctica de diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formulen;
6. Presentarse directamente ante el juez con el fin de prestar declaración;
7. Solicitar que se active la investigación y a conocer su contenido, salvo en los casos en que alguna parte de ella haya sido declarada reservada y sólo por el tiempo que esa declaración se prolongue;
8. Pedir que se declare anticipadamente la improcedencia de la privación preventiva judicial de libertad;
9. Ser impuesto del precepto constitucional que lo exime de declarar y, aun en caso de consentir a prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento;
10. No ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes de su dignidad personal;
11. No ser objeto de técnicas o métodos que alteren su libre voluntad, incluso con su consentimiento;
12. No ser juzgado en ausencia, salvo lo dispuesto en la Constitución de la República.

Estos derechos deben colocarse en correspondencia con lo dispuesto en los artículos: 130, que se refiere a la declaración libre del imputado y establece la nulidad si se hace sin la presencia del defensor; el 190, que establece la legalidad de los actos procesales y el 197, que dispone so-

bre la licitud de la prueba y ratifica la nulidad de la información obtenida por medio de la tortura, maltrato, coacción, engaño, etc.^{L-}

5.4.6 Principio de la legalidad

La legalidad en términos generales es un principio de orden jurídico, según el cual la conducta de las personas en sociedad debe ajustarse a lo que prescriban las normas jurídicas. Esto supone la existencia de leyes y el sometimiento a las mismas de los actos de quienes están sometidos. Por supuesto, que el principio de legalidad en materia civil y penal, difieren en cuanto a su alcance. En materia civil rige el principio de la autonomía de la voluntad, limitándose sólo por lo prohibido por la ley o el orden público, la moral y las buenas costumbres y en tal caso la consecuencia es la nulidad. En materia penal la ley determina las conductas prohibidas y sanciona su transgresión.

Por otro lado, el principio de legalidad obliga al Estado, a sus órganos y a los funcionarios titulares de ellos a respetar el conjunto de leyes establecidas y, en caso de quebrantamiento, verificar y justificar la aplicación de la ley para quien la ha infringido. Esta obligación del Estado ha generado la llamada garantía de legalidad que no es otra cosa que el deber de fundamentar y motivar con base de la ley del acto que se impone al ciudadano, a riesgo de ser declarado nulo si se sale del marco de la ley.⁸⁴

En la significación del derecho penal el principio de legalidad se manifiesta en la expresión general que no puede haber sanción sin ley pre-

^{L-} Consideramos importante transcribir los siguientes artículos: Art. 190. “No podrán ser apreciados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos en contravención o con inobservancia de las formas y condiciones previstas en este Código, La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes, tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República, salvo que el defecto haya sido subsanado o convalidado” y Art. 197: “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, 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”.

⁸⁴ Camargo, Pedro Pablo. *Ob. Cit.*, p. 219. Señala el autor que se trata de un principio tan importante que los franceses idearon la expresión “*imperio de la legalidad*” como sinónimo de Estado de Derecho (*Rechtsaat* en Alemania o *government under law*, en la Gran Bretaña).

existente que así lo establezca (*nulla crime, nulla poena sine lege*). Forma parte, en el derecho moderno, bajo la concepción del “estado de derecho”, de la garantía de la seguridad jurídica.

5.4.6.1 Requisitos del principio de legalidad

El principio de legalidad conlleva una serie de requisitos para su correcta aplicación, a saber: a) claridad de la ley: la ley debe ser suficientemente clara, para no inducir a equívocos y a interpretaciones caprichosas; debe indicar claramente el comportamiento que persigue y precisar las consecuencias jurídicas, así como el bien jurídico que protege; b) la plenitud de la ley: que ella se baste para indicar la conducta y las consecuencias jurídicas; c) la jerarquía normativa: el orden jurídico debe tener claramente establecido esa jerarquía, de manera que si hay colisiones prevalece la de mayor jerarquía; d) la irretroactividad de la ley: no pueden aplicarse leyes presentes a conductas pasadas, sólo será aplicable la retroactividad en cuanto sea favorable al imputado (artículo 24 Constitución Nacional); e) la promulgación de la ley: la ley sólo debe obligar cuando ha sido objeto de promulgación y difusión, en nuestro caso cuando ha sido publicada en *Gaceta Oficial* (artículo 215 constitucional).*

5.4.6.2 Consecuencias del principio de legalidad

El principio de legalidad tiene un conjunto de consecuencias que se manifiestan en normas o prohibiciones concretas directamente de él derivadas. Éstos son: a) la legalidad de los delitos, b) la tipicidad de los delitos, c) la legalidad de las penas, d) la legalidad de los procedimientos y e) la intrascendencia de las penas. Brevemente revisaremos cada una:

a) la legalidad de los delitos

Como hemos visto el ordinal 6° del artículo 49 establece, como garantía del debido proceso penal que nadie puede ser “sancionado por actos u omisiones que no fueren previstos como

* **NOTA:** La trasgresión o el incumplimiento de algunos de esos principios es violatorio de la constitución. Puede dar origen a diversos recursos: inconstitucionalidad, de control de colisión de leyes, contencioso de interpretación.

delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”. Esto es expresión de la garantía Universal de *Nullum crimen nulla poena sine lege*.⁸⁵ El Código Penal en su artículo 1 ratifica este principio así: “nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente”. Este principio se extiende a las contravenciones o faltas, incluso a las sanciones disciplinarias. Nótese que el artículo 1 del código penal divide los hechos punibles en delitos y faltas.*

b) la tipicidad de los delitos

El hecho o conducta tiene que estar descrito previamente en la ley penal como delito, contravención o falta, pues esto obedece al principio *nullum crimen sine previa lege*. La doctrina internacional ha sostenido que las conductas punibles deben ser descritas inequívocamente y las sanciones a imponer deben estar también previamente determinadas. Esto significa que debe haber una **ley preexistente** (vigente), emitida conforme al procedimiento establecido en la Constitución Nacional, por lo tanto no puede entenderse por ley preexistente ni los decretos leyes por leyes habilitantes ni los decretos de estados de excepción (artículo 337 constituccional, no se suspende el derecho al debido proceso).^{Juris} Por otra parte, el juez

⁸⁵ Cf. Brewer-Carías, A. *Ob. Cit.*, p. 307.

* **NOTA:** Los doctrinarios distinguen el delito de las contravenciones, conforme a la gravedad y rechazo social o daño que causa a la sociedad; delito es un homicidio; embriaguez es una contravención, es decir, hay un daño social menor e incluso inadvertido. Debe indicarse, también, que conforme al artículo 49 de la CN, el debido proceso abarca todas las actuaciones, y en las declaraciones y convenios internacionales se consagra “el principio de legalidad” como parte del debido proceso, luego debe concluirse que el principio de ley persistente rige para cualquier tipo de procedimiento, incluso las sanciones disciplinarias.

^{Juris}. TCE. 10-09-2000. Con relación a caso de ETA: “La cláusula de reserva de ley atiende al desarrollo del principio de división de poderes unido a la necesidad e que el derecho además de ser legal sea legítimo. El alcance de la significación de la legitimidad del derecho tiene que ver con el principio democrático del órgano legislativo resultado de elección popular cuya función es de elaborar las leyes. Las normas que rigen la sociedad debe ser producto de la aplicación de la soberanía popular, es decir, que ese poder legislativo deriva de la voluntad popular (representación) y, además, hay la participación como expresión del pluralismo democrático”.

www.editorialreus.es

penal no está facultado para crear derecho, rige aquí estrictamente el principio de reserva legal. Si no hay norma legal aplicable al caso concreto, hay un vacío legal (*non liquet*), sin que el juez puede llenarlo analógicamente. Tampoco el juez puede aplicar en materia penal la analogía, la situación fáctica debe estar descrita en ley preexistente. Es contrario a la Constitución y a la normativa internacional sobre derechos humanos los tipos penales inciertos, abiertos y en blanco, éstos deben ser exactos y rígidos.

c) la legalidad de las penas

Conforme a las garantías constitucionales y los convenios y convencionales internacionales sobre derechos fundamentales, no se pueden decretar y menos aplicarlas, sino en virtud de leyes preexistentes y con los procedimientos establecidos, también, en leyes previas (artículo 1 COPP). Conforme a nuestra Constitución (artículos 19, 22 y 23) las penas prohibidas por la comunidad internacional en aquellos tratados que obligan y los de carácter progresivo (ya suscritos y que se modifiquen progresivamente, Art. 23), tienen aplicación en el orden interno (por tanto son prohibidas la pena de muerte y las corporales),⁸⁶ están prohibidas las confiscaciones (artículo 116 constitucional).

d) la legalidad de los procedimientos

Conforme al artículo 49 el debido proceso incluye toda actuación judicial o administrativa, las cuales deben observar con

⁸⁶ Ferrajoli, Luigi. *Ob. Cit.* El autor haciendo una crítica a los regímenes oprobiosos del nazismo, fascismo, el totalitarismo comunista y todos aquellos regímenes autoritarios decía: “La historia de las penas es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos; porque más despiadadas, y quizás más numerosas, que las violencias producidas por los delitos han sido producidas por las penas y porque mientras que el delito puede ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, la violencia infligida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno”. Nuestra Constitución Nacional prohíbe la pena de muerte (Art. 43), la tortura y tratos crueles (Art. 46, Ord. 1º), la desaparición forzada de personas (Art. 45), a penas perpetuas o infamantes (Art. 44, Ord. 3º), a extrañamiento del territorio nacional (Art. 50, único aparte, a la servidumbre (Art. 54).

plenitud las formas propias de cada juicio; allí se contemplan, pues, las normas: sustantivas y procesales. El artículo 1º del COPP establece:

Nadie podrá ser condenado sin un juicio previo, oral y público, realizado sin dilaciones indebidas, ante un juez o tribunal imparcial, conforme a las disposiciones de este Código y con salvaguarda de todos los derechos y garantías del debido proceso, consagrados en la Constitución de la República de Venezuela, las leyes, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República.

El procedimiento aplicable es aquél que regía en el momento de cometerse el delito. No puede inventarse un procedimiento o aplicarse uno distinto, a menos que favorezca al imputado. Por supuesto, que el bien protegido en este caso es el debido proceso, de manera que el procedimiento que se aplique está regido por aquél; en consecuencia de la ley preexistente significa que el procedimiento debe estar en ley previa tal como lo señala la norma *in comento*.

Conforme a la Constitución Nacional y la adaptación realizada por el COPP el procedimiento debe ser: 1) oral; 2) público.

1) ORAL: La Constitución en el artículo 257 y el COPP en el artículo 1º citado ordenan que el procedimiento que debe adoptarse, debe ser el oral, así como lo determina, también, el artículo 14 del COPP. Si bien no hay en puridad un procedimiento exclusivamente oral, debe decirse que el sistema acusatorio imperante en nuestro sistema procesal penal se caracteriza por el primado de la oralidad, puesto que la mayoría de los actos procesales se realizan a viva voz.⁸⁷ Varios autores: López Blanco, Binder, Rocha Alvira sostienen que la oralidad no constituye un principio en sí mismo, sino que es un instrumento

⁸⁷ Pérez Sarmiento, Eric. L. *Manual de Derecho Procesal Penal*. p. 74.

facilitador en el proceso.⁸⁸ Señalan las autoras Landáez⁸⁹ que por medio del principio de la oralidad se logra una percepción directa cuanto acontece, asegurándose así mayor transparencia en las decisiones. La aplicación de la oralidad consecuentemente profundiza y hace ineludible los principios de la *concentración e inmediación*, lo cual constituye una garantía para la celeridad y la atención del juez. Esto tiene importancia, dado que conforme al artículo 14 citado, las pruebas para que tengan valor deben debatirse en la audiencia oral (artículo 338 COPP).

2) PÚBLICO: La Constitución en el artículo 257 y el COPP en el artículo 1º citado ordenan que el procedimiento que debe adoptarse, debe ser público. Cuestión que se corrobora con el artículo 15 que establece que “El juicio oral tendrá lugar en forma pública”. Esto no es más que una consecuencia directa del sistema acusatorio, pues, es uno de sus principios básicos. A través de la publicidad se mantienen informadas a las partes, e incluso a los terceros, sobre el desenvolvimiento del proceso. No se contempla, como en épocas pasadas, la reserva o el secreto de cómo avanzan las causas interpuestas ante los órganos de administración de justicia; salvo por causa de decencia, en donde el juez ordenará llevar la causa “a puertas cerradas”. El juicio público no sólo es una garantía para el acusado, sino que también es garantía para los demás sujetos procesales y el mismo pueblo, por cuanto la sociedad tiene derecho a enterarse de la forma cómo se administra justicia en su seno. En la democracia se entiende la publicidad del proceso como una forma de control de la sociedad a los jueces.⁹⁰

e) la intrascendencia de las penas

La lucha de la humanidad para humanizar el derecho y el juzgamiento avanzó desde la Revolución Francesa hacia la aboli-

⁸⁸ Cfr. López Blanco, Herna F. *Procedimiento Civil: Pruebas*. Binder, A. *Introducción al Derecho Proceso Penal*. Rocha Alvira, Antonio. *La prueba en derecho*.

⁸⁹ Arcaya de Landáez, Nelly y Landáez A., Leoncy. *Ob. Cit.*, p. 137.

⁹⁰ *Ibidem*. pp. 141-142.

ción de las penas corporales que se aplicaban en los antiguos: la pena de muerte, las penas de mutilación, azotes, apaleo, ruptura de miembros, potro, garrote vil, hoguera, etc.⁹¹ Estos castigos, además, de los patrimoniales y estigmas sociales afectan personalmente al condenado y a su familia, pero poco a poco la evolución condujo a desterrar las penas trascendentes e infamantes. En los documentos internacionales se ha dejado claro estos derechos, así por ejemplo, en el ordinal 3° del artículo 5 del Pacto de San José, de 1969, se confirma el principio que: “La pena no puede trascender de la persona del delincuente”.

Revísese el ordinal 5° del artículo 49 de la Constitución Nacional y véase que allí se protege la relación familiar al establecerse que, nadie está obligado a declarar contra su cónyuge, concubino o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Esa protección implica un franco rechazo a la trascendencia de las penas que otrora estigmatizaba a toda la familia.

5.4.7 Principio de *non bis in idem*

La máxima latina *non bis in idem* significa que no se puede juzgar a una persona dos veces por los mismos hechos. Este principio está consagrado en nuestra Constitución como un derecho fundamental, haciendo parte de las garantías del debido proceso, establecidas en el artículo 49. Este principio está vinculado estrechamente con el principio de *res iudicata* (cosa juzgada), que implica la inmutabilidad de las decisiones adoptada en las sentencias firmes, excepto cuando éstas pueden ser modificadas por circunstancias supervinientes (tenemos el juicio de invalidación - Art. 327 CPC). La *non bis in idem* se refiere a la materia penal, la *res iudicata* se extiende a todas las sentencias judiciales restantes.

En el COPP en el artículo 20 se consagra el principio que se comenta expresándose de la siguiente forma: “Nadie puede ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho”. El alcance de esa dispo-

⁹¹ Camargo, Pedro Pablo. *Ob. Cit.*, pp. 236-237.

sición llega a que el imputado reciba doble sanción en un mismo proceso.* La norma contiene dos excepciones: a) cuando se concluye el procedimiento en un tribunal incompetente; y b) cuando fue desestimada por defectos en su promoción o en su ejercicio. El primero no presenta mayores objeciones, pues, es un defecto de presupuesto procesal que hace nula las actuaciones. En el segundo nos surgen muchas dudas, pues, pudiera producirse una permanente cadena de reacciones penales contra la persona amparándose en los defectos de promoción o en su ejercicio, lo que indudablemente contraría el debido proceso y las garantías en él contenidas. Con esta norma, de alguna forma, se protege la negligencia y la incapacidad, pues el Ministerio Público o el particular, basándose en tal norma pudiera emplear “el método del ensayo y error”, agravando la condición del imputado. También, nos parece contraria esta norma a la esencia del sistema acusatorio, pues, debe operar la acusación cuando existan suficientes elementos fácticos y jurídicos.⁹²

En mi criterio el ordinal 2º del artículo 20 colisiona con lo dispuesto en el ordinal 7º del artículo 49 de la Constitución Nacional. La doctrina está conteste que este principio implica que no se puede adelantar nuevo proceso en contra de quien ha sido absuelto, condenado a una pena inferior a la que le correspondiere o favorecido con cualquier decisión que haga tránsito a cosa juzgada (sentencia o preclusión de la investigación o cesación de procedimiento).⁹³

La cosa juzgada, también está consagrada en la legislación procesal penal en el artículo 21 que dispone: “Concluido el juicio por sentencia

* **NOTA:** La figura de la reincidencia es contradictoria con el principio in comento, pues, bajo ella se aumenta la pena por razón del primer delito, a pesar de haberlo purgado, ya que de hecho está pagando una doble sanción: la primera, que ya cumplió y en la segunda un aumento de la pena a cuenta del primero.

⁹² Suárez Sánchez, A. *Ob. Cit.*, p. 284. Este autor argumentando en favor del principio *non bis in idem* expresaba: “Se quiere evitar así que la persona sufra la reacción penal más de una vez por el mismo hecho, que sea perseguida de nuevo para condenarla, cuando fue absuelta, o para imponerle una pena superior a la que resultó del primer procedimiento (con anulación, en este último caso, de la primera condena). Impide la múltiple persecución penal toda posibilidad de establecer el recurso de revisión en disfavor del imputado absuelto o condenado por un delito más leve”. Binder, Alberto. *Ob. Cit.*, p. 168. Es de la idea que debe dársele a este principio y garantía la interpretación más amplia posible.

⁹³ *Ídem.*

firme no podrá ser reabierto, excepto en el caso de revisión conforme a lo previsto en este Código”. La cosa juzgada tiene como finalidad la seguridad jurídica, cerrar el paso a la incertidumbre. No obstante, hay una amplia discusión si es un principio absoluto o relativo.

En estas discusiones surge la distinción entre cosa juzgada formal y material. Liebman⁹⁴ afirmaba que la cosa juzgada no es una cualidad de la sentencia, por cuanto ella adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando lo decidido en ella es inmutable, independientemente de la eficacia de la sentencia. La **cosa juzgada formal** (artículo 272 CPC) hace que no se pueda volver a revisar la decisión adoptada mediante fallo ejecutoriado dentro del mismo proceso y por los mismos hechos y fundamentos que motivaron tal resolución; mientras que **cosa juzgada material** (artículo 273 *ejusdem*) que también se conoce como cosa juzgada sustancial, implica la absoluta inmutabilidad de la sentencia firme, no ya dentro de un proceso determinado, sino ante cualquier otro proceso y en relación con cualquier motivo o fundamento, pues a ella se accede por el agotamiento de todas las posibilidades procesales. Entonces, la cosa juzgada existe cuando hay sentencia firme y no puede ser impugnada a través de ningún recurso, ni ordinario ni extraordinario.

Los principios del *non bis in idem* y de la *res iudicata* sólo son operantes en los casos en que exista identidad de causa, de objeto y de la persona a la cual se hace la imputación.* Debe advertirse que existen diferencias en cuanto al alcance y la fuerza vinculante de la cosa juzgada en el campo civil y el campo penal.

5.4.8. Responsabilidad del Estado por errores judiciales

En nuestra Constitución la responsabilidad del Estado por error judicial forma parte de las garantías del debido proceso. Efectivamente el ordinal 8° del artículo 49 constitucional establece:

⁹⁴ Liebman, Enrico Tullio. *Eficacia y autoridad de la sentencia y otros estudios sobre la cosa juzgada*. Tomado de Camargo, P.P. *Ob. Cit.*, p. 268.

* NOTA: La identidad de la persona que debe ser la misma persona que se haya enjuiciado; identidad del objeto cuando es la misma conducta fáctica en los procesos e identidad en la causa cuando se refiere al mismo motivo.

Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrado, del juez o jueza; y el derecho del estado de actuar contra éstos o éstas.

En el último aparte del artículo 255 se determina la responsabilidad de los jueces así:

Los jueces o juezas son personalmente responsables, en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisiones injustificados, por la inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación, parcialidad y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.

Conforme a las normas transcritas la responsabilidad del Estado y de los jueces puede surgir por las siguientes causas: error judicial, retardo u omisiones injustificadas, inobservancia sustancial de norma procesales, por parcialidad y por formas dolosas. Cualquiera de estas formas conducen a diversos recursos que van desde la nulidad hasta el amparo, sin perjuicio que se pueda exigir indemnización al Estado o los jueces. Sostenemos que la responsabilidad del Estado en los hipótesis del 255 es subsidiaria, pues él, tiene la incumbencia de elegir (*in eligendo*) y vigilar (*in vigilando*), es decir, sobre el Estado reposa la carga de crear los mecanismos idóneos para seleccionar los magistrados y vigilar su actuación, su conducta, por supuesto, bajo la función judicial (poder judicial).

El tratadista Marienhoff⁹⁵ expresa que la evolución de los daños ocasionados por el Estado en su función de administrar justicia, ha dado lugar a uno más amplio que cubre todos los supuestos de daños que derivan de la actividad judicial del Estado, denominándose responsabilidad del Estado por sus actos judiciales de tipo jurisdiccional, o sea responsabilidad del Estado-Juez.

⁹⁵ Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo IV. p. 759. Tomado de López Morales, J. *Ob. Cit.*, p. 255.

Es lógico que deben existir algunos requisitos para que proceda el amparo o tutela efectiva en caso de las hipótesis señaladas, los cuales son: a) procede solamente contra un autoridad investida de función jurisdiccional; b) que sea la autoridad judicial que ejerció la función jurisdiccional; c) que exista el supuesto de hecho: error judicial (en este caso una decisión judicial), dilación indebida (incumplimiento de la obligación de resolver del órgano judicial); y d) una conducta inadecuada del funcionario judicial (manifestada en inobservancia, denegación, parcialización o conducta dolosa).

5.4.8.1 Causas de responsabilidad del Estado derivada de la jurisdicción

A efectos del análisis las agruparemos en: a) por error judicial; b) retardo u omisiones injustificados; y c) por actuación culposa o dolosa del funcionario judicial. .

a) Por error judicial: El principio de la responsabilidad del Estado por error judicial está vinculado a varios derechos fundamentales: derecho a la defensa, derecho a ser oído, derecho a pruebas, al derecho de libertad, al principio de legalidad y, en especial, a los fines del Estado en cuanto a la persona y a la seguridad jurídica social.

Desde tiempos atrás se ha luchado por sancionar el **error judicial** debido a los múltiples daños que causaba a las personas y una flagrante violación de los derechos de la persona humana. El gran jurista Benthan⁹⁶ expresaba:

Sería un gran bien que semejante caso quedase la indemnización a cargo del tesoro público, porque la seguridad de los individuos sería nada para cada uno de ellos en comparación de lo que es para uno solo. Esta indemnización sería una especie de seguro por la que los ciudadanos se asegurarían unos sus pérdidas. Y no solamente en caso de pérdidas por delitos ajenos debería estar a cargo del tesoro público

⁹⁶ Bentham, Jeremías. Citado por López Morales, J. *Responsabilidad del estado por error judicial*. p. 236.

la indemnización, sino también en las pérdidas y desgracias; y sobre todo en los perjuicios que son efecto de los errores involuntarios de los ministros de justicia porque el Estado debe seguir las reglas de equidad que él impone a los individuos.

Hay efectivamente algunos infelices que sumidos en la cárcel por la malignidad o por el error, pasan allí los días, las semanas, los meses y los años, hacen gastos exorbitantes para procurarse los medios de su defensa, consumen enteramente su patrimonio, tienen ociosos unos brazos que alimentaban a su mujer e hijos y logrando por el fin el triunfo de su inocencia, vuelven extenuados de miseria y enfermedades al seno de una familia hambrienta e indigente. ¿Qué razón hay para que no se les resarzan en cuanto sea posible, unos perjuicios que les han causado sin culpa suya? ¿Por qué no se les ha de sacar del estado miserable a que se les ha reducido? Mas, no solamente se les ha ocasionado la pérdida de sus bienes y del fruto de su industria, sino que quizá se les ha hecho también una profunda herida en el honor. Justo será, pues, que se les concedan igualmente indemnizaciones honoríficas con que puedan recuperar la estimación de sus conciudadanos, celebrándose solamente el día de su libertad como un día de triunfo para la inocencia.

Las consideraciones que hacía Bentham hace más de cien años tienen la misma justificación en la sociedad actual. Aun, hoy día, nos encontramos casos como los descritos en el último párrafo. Visítense las cárceles venezolanas y se oirán historias muy parecidas, pero lamentablemente por la falta de conciencia, y quizá de capacidad, de la Defensoría del Pueblo, aunado a la pobreza del sentenciado, se paga condena por error judicial.

Muchas luchas ha tenido que librar la humanidad para que se admita la responsabilidad del Estado por sus actos judiciales. En Venezuela siempre estuvo remiso el legislador para imponer tal garantía. Finalmente, se logró una norma que consagrará esta responsabilidad y nada menos que de rango constitucional. El fun-

damento de la responsabilidad del Estado por sus actos jurisdiccionales, se halla en los principios del Estado democrático y social de Derecho de Justicia, pues es inherente de él el resguardo de la libertad, la defensa de la persona y el respeto de la dignidad humana. Por otra parte, se erige como ente responsable.

El jurista Bielsa⁹⁷ señalaba que existía necesidad de atender a la reparación de los errores judiciales como un presupuesto jurídico-político incuestionable, porque es preciso sostener ante el espíritu público la certeza de que el Estado no niega y por el contrario, protege de modo íntegro tanto los derechos como las garantías del ciudadano, como de la sociedad misma. Habiéndose acogido por la mayor parte de ordenamientos jurídicos este precepto de la responsabilidad del Estado.

Por error judicial debe entenderse todo desacierto, equivocación o agravio cometido por el juzgador en su actividad de juzgamiento y en su actividad procesal, sin justificación o motivo que lo justifique o exculpe.⁹⁸ Esa actuación debe ser vulneradora de garantías procesales. Los errores, sean de hecho o de derecho, deben ser injustificados, de manera que nada importa si hay o no culpabilidad, por lo que se trata de errores que no encajan o contradicen el ordenamiento jurídico.^{Juris}

La responsabilidad del Estado por error judicial se fundamenta desde el punto de vista normativo en la conformación misma del Estado al concebirse como democrático y social de Derecho y Justicia, y caracterizar al poder público como responsable, por supuesto en el ordinal 8 del artículo 49 constitucional. Desde el punto de vista teórico se basa en la doctrina de la *falla del servicio*, teoría aplicada para reconocer la responsabilidad del acto administrativo y aun de hechos y omisiones de

⁹⁷ Bielsa, Rafael. *Las víctimas de los errores judiciales en las causas criminales y el derecho a la reparación*. Tomado de López Morales, J. *Ob. Cit.*, p. 253.

⁹⁸ Duque Corredor, J. R. *La responsabilidad del Estado por error judicial*. Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal. Mérida, 2002.

^{Juris}. Cfr. TSJ. Sala Constitucional. Sent. 6-02-2001. Caso "DHL Fletes Aéreos y otros".

la administración. Debe indicarse que el error judicial, puede devenir de la actividad procesal o de la actividad de juzgamiento. La responsabilidad del estado por error judicial es de naturaleza objetiva. Es concreta con relación al daño infringido. Por eso no desaparece cuando con el ejercicio de los recursos procesales se hace el reparo procesal, permanece y el estado debe hacer la indemnización.

En caso de error judicial las consecuencias son dos: a) exigir el restablecimiento de la situación jurídica lesionada por el error, por ejemplo, libertad, ejercicio de sus derechos que se les haya privado, devolución de bienes, etc.; y b) reparación, que puede ser indemnización. No son excluyentes estas exigencias. Es claro que debe demostrarse el error y haber sido declarado mediante sentencia firme.^{L.C.}

b) retardo u omisiones injustificados:

Hemos expresado en páginas anteriores que la Constitución Nacional en su artículo 26 consagra el derecho a obtener con prontitud la decisión en reclamo de derechos e intereses y establece que el Estado garantizará una justicia sin dilaciones indebidas. Por otro lado, en el artículo 257 *ejusdem*, en contrario *sensu* se protege la omisión de formalidades esenciales, puesto, que se pueden sacrificar las no esenciales.

El concepto *dilaciones indebidas*, es jurídico, pero indeterminado, de tal suerte que ha de estarse a la casuística de acuerdo con los criterios objetivos y congruentes con su enunciado genérico. El concepto de *dilaciones indebidas* se enmarca dentro de lo que la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha denominado como *plazo razonable*. El cual tiene dos variantes de análisis: a) el positivo, que requiere la apli-

^{L.C.} En España se dispone que la demanda se interpondrá una vez que se ponga fin al proceso y la sentencia o el auto, en que se resuelva el fondo de la negligencia, dolo o morosidad sea firme. Tomado de Álvarez Sacristán, Isidoro. *La justicia y su eficacia: de la constitución al proceso*. p. 89.

cación de la justicia dentro de los plazos a que se refieren las leyes; b) el negativo, que se concreta en el dicho común que justicia tardía no es justicia.^{Juris}

Es obvio que las normas procesales están sujetas a plazos y términos, que son improrrogables para y por las partes (hay algunas excepciones, por ejemplo, en pruebas artículo 396 del código procesal civil, de mutuo acuerdo se pueden evacuar pruebas en cualquier estado y grado de la causa, que tengan interés) y sólo en algunos casos, pueden ser subsanables. Para éstos, transcurrido el tiempo de acceso a la justicia se perderá la de realizar el acto. Esta es una garantía para las partes. Como contrapartida, los órganos judiciales también tienen plazos para dictar las resoluciones. Tales incumplimientos o dilaciones sólo son censurables en amparo cuando son indebidas, sin que influya la complejidad del litigio, la acumulación de trabajo en el órgano o la negligencia de las partes.

En la doctrina se ha establecido como criterio para determinar si hay dilaciones indebidas los siguientes: a) la naturaleza y circunstancias del litigio; b) los lapsos ordinarios de duración del mismo asunto; c) la conducta procesal de las partes; y d) la actuación del órgano y los medios con los que cuenta. No obstante, debe precisarse que los retrasos estructurales, que son debidos a defectos de organización o a falta de medios, no dejan por ello de ser constitutivos de retraso anormal en el funcionamiento de la administración de justicia. Lo que significa, al presentarse esta situación, que hay dilación indebida. Debemos recordar que la obligación de rapidez o celeridad se asume como un deber de la jurisdicción como una potestad del justiciable, por tanto, asume esa doble configuración de compromiso judicial por la rapidez y de derecho esencial del hombre. Se dice que este derecho tiene un carácter mixto: de prestación (obligación del Estado) y reaccional (frente a una

situación dilación indebida). El justiciable frente al incumplimiento del órgano judicial puede exigir la tutela efectiva.^{L.C.}

Debe incluirse en esta hipótesis de retardo u omisiones injustificados: la abstención de los jueces de emitir pronunciamientos o de ejecutar una decisión definitivamente firme, la falta de otorgamiento de las medidas cautelares procedentes o su otorgamiento insuficiente. Estos son supuestos de conducta imputables directamente a los jueces.^{Juris}

c) por actuación culposa o dolosa del funcionario judicial

Esta situación comprende la inobservancia sustancial de las normas procesales, la denegación, la parcialidad y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones. Hay en estas situaciones violación de normas específicas y de las obligaciones de su cargo. Esas conductas del funcionario judicial son, obviamente, violatorias de derechos constitucionales, por ejemplo, el derecho de acceso a la justicia, a la justicia imparcial, a ser oído, etc. Debe recordarse que el Estado es garante de la justicia y el juez de las garantías procesales, de manera que al ser transgredidas por conducta del funcionario judicial hay una responsabilidad de la función de administración de justicia. Ciertamente es que en caso de conductas delictuales la responsabilidad es personal, pero con relación a la función jurisdiccional, el Estado tiene responsabilidad fundamentada en su obligación de crear mecanismos idóneos para tener funcionarios adecuados, por ello se dice que tiene culpa *in eligendo* y, también, *in vigilando*, pues debe tener las formas de supervisión y control para que sus funcionarios no comenten hechos delictuosos.*

^{L.C.} En España en la Ley Orgánica del Poder Judicial regula la responsabilidad de los funcionarios judiciales así: penal (Arts. 405-409), civil (artículos 411 al 413) y disciplinaria (artículos 414 al 427). En la Ley de Enjuiciamiento derogada establecía el recurso de responsabilidad civil de jueces y magistrados en el Art. 903.

^{Juris.} Cfr. TSJ. Sala Político-administrativa. Sent. 18-06-2000.

* NOTA: Pudiera aplicarse el proverbio romano, que tuvo su origen en la mitología griega, que dice: *vigilavit iustitiae oculus sempiternus*. (El ojo eterno de la justicia estaba vigilante).

6. LAS NULIDADES PROCESALES NACEN EN LA CONSTITUCIÓN

En torno a la naturaleza de las nulidades se han desarrollado muchas discusiones. Unos esgrimen que es una sanción o pena que la norma hace recaer sobre un acto procesal con vicios; otros, argumentan que es una consecuencia del incumplimiento de los requisitos establecidos por la ley para que se deriven determinados efectos. Cualquiera de las tesis que se asuma, necesariamente, tiene que conectarse con la fundamentación misma de las nulidades, pues, siempre que se presenten están en juego los valores de justicia y seguridad.

Obsérvese que ambos valores son privilegiados en la Constitución Nacional. En el preámbulo y en la normativa se resaltan los valores justicia y seguridad. No obstante, debemos afirmar que el valor justicia es predominante, pues, se constituye en esencia del fundamento del estado; además, en el artículo 257 constitucional en correspondencia con el artículo 26 se privilegia a la justicia, dejando en plano secundario el formalismo, cuestión que tiene que ver con la seguridad jurídica.

Así pues, siendo el proceso un instrumento de realización de la justicia y la finalidad es la satisfacción de pretensiones jurídicas, dado que en él hay pretensiones contrapuestas, debe haber equilibrio y aplicación imparcial de las normas, por tanto debe concluirse que en las nulidades deben concurrir ambos principios: justicia y seguridad. Éstos deben ser ponderados hasta encontrarse un punto necesario de equilibrio, en el que la valoración prioritaria de uno u otro venga definida únicamente en razón de las circunstancias en cada supuesto concreto que constituya objeto de una posible nulidad.

Dada la naturaleza híbrida que se ha atribuido a las nulidades y la diversa finalidad –justicia y/o seguridad–, cuestión que recoge nuestra legislación en el artículo 206 del Código de Procedimiento Civil y en los artículos 190 y 191 del Código Orgánico Procesal Penal, resulta posible sostener que la nulidad es un medio encaminado a la salvaguarda de las garantías procesales. Garantías que las hemos analizado en páginas anteriores, las cuales están plasmadas en los artículos 26, 27, 29, 30, 43, 44, 45, 46, 47 y 49 de la norma suprema, que tienen rango de derecho fundamental de naturaleza

constitucional. Los jueces y los tribunales están obligados a observar y hacer observar esos derechos contenidos en la Constitución, en virtud del cometido de tutela efectiva que les compete.*

Es imperativo tener presente la supremacía de la Constitución sobre las normas instrumentales o procesales, pues las normas constitucionales están llamadas a ser aplicadas directamente a las controversias y para ello, por regla general, no requieren de la mediación de la ley, por cuanto tienen un contenido normativo propio y autosuficiente. Cualquier juez, conforme a la Constitución en su artículo 334, está investido para ejercer el control difuso de la constitucionalidad. De tal suerte, que si hay violación de una garantía procesal de base constitucional, el juez debe velar por su cumplimiento o si hay colisión con una norma inferior debe prevalecer aquélla. La doctrina y jurisprudencia están contestes que si una norma desconoce el derecho de defensa o contradice formalidades esenciales de actos procesales, se hace necesario, primero, declarar la inconstitucionalidad de la norma y a partir de allí estimar la nulidad o no del acto que se realizó conforme a la norma inconstitucional.

¿La protección es para todas las partes? En el proceso civil no hay duda con relación a las partes legitimadas para exigir la nulidad o para que surja la nulidad por un defecto de intervención de algunas de ellas; incluso en los casos de la obligatoria presencia del Ministerio Público la ley específica, por ejemplo, la nulidad si no hay notificación. Pero si hay dudas en el proceso penal con relación a los defectos procedentes de las otras partes que intervienen en el proceso, como las que integran la relación de la acción civil y el querellante (víctima). Nótese la ambigüedad del contenido del artículo 118 del COPP o de las generalizaciones en cuanto a la intervención del querellante privado. No hay una norma que establezca la nulidad procedente de un defecto de las partes civiles. No obstante, pensamos que si en la realización de un acto se han desconocido las garantías procesales constitucionales, que corresponden a todos, ese acto no puede ser considerado válido por la circunstancia de que la ley haya omitido

* **NOTA:** La oralidad consagrada en el Código Orgánico Procesal Penal, específicamente para la audiencia oral o debate oral, la cual está fundamentada constitucionalmente, es una forma sustancial cuya violación, aun con la conformidad de las partes, conlleva una nulidad que no se puede convalidar.

señalar, de modo específico, esa violación como fundamento de la declaración de nulidad, especialmente porque –en todo caso– estaríamos en presencia de nulidades absolutas, declarables de oficio, las que aun no estando mencionadas como tales, tienen un carácter general. En consecuencia la inobservancia de las garantías que conforman el debido proceso respecto a las partes civiles, daría pie a una nulidad de orden general. En esto, también, se manifiesta la supremacía constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ SACRISTÁN, Isidoro. *La justicia y su eficacia. De la constitución al proceso*. Edit. COLEX, Madrid, 1999.
- Asociación Venezolana de Derecho Constitucional Bases y principios del sistema constitucional venezolano. 2 Tomos. Ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional. San Cristóbal, 2001
- ARTEAGA S., Alberto y otros. *Comentarios a la Ley Orgánica de Salvaguarda al Patrimonio Público*. Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 1983.
- BARBOSA CASTILLO, Gerardo. *Nulidades Penales*. Tesis mimeografiada. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1995.
- BAZDRESCH, Luis. *Garantías Constitucionales*. Editorial Trillas. 4ª Edición, México 1990.
- BERNAL CUÉLLAR, Jaime y Montealegre Lynett, Eduardo. *El Proceso Penal*. 3ª Edic. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.
- BINDER, Alberto. *Justicia Penal y estado de Derecho*. Edit Ad Hoc. Buenos Aires, 1993.
- _____. *Introducción al derecho proceso penal*. 2ª Edic. Edit Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- BORJAS, Arminio. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*. 3ª Edit. Soles. Caracas, 1964.
- BREWER-CARÍAS, Allan. *Constitución de 1999. Comentada*. Editorial Arte, Caracas, 2000.
- BURGA, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. Editorial Porrúa S.A., México 1961.
- CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Editorial Heliasta. S.R.L., 17ª Edición. Buenos Aires, 1983.
- CABRERA ROMERO, Jesús E. *Contradicción y control de la prueba legal y libre*. 2 Tomos. Edit. Jurídica Alva, Caracas,

CALAMANDREI, Piero. *Derecho Procesal Civil*. 3 tomos. Ediciones Jurídicas Europa - América. Buenos Aires, 1973.

CAMARGO, Pedro Pablo. *El debido Proceso*. 2ª Edic. Edit. Leyer. Bogotá, 2002.

CANOSA TORRADO, Fernando. *Las Nulidades en el Derecho Procesal Civil*. Librería Doctrina y Ley, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1992.

_____: Fernando. *Resolución de Contratos. 10 años de Jurisprudencia*. Librería Doctrina y Ley, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Biblioteca Clásicos del Derecho Procesal. Volumen 3. Edit. Harla. México, 1997.

_____: *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Edit. UTEHA Argentina. Reimpresión 1993, Buenos Aires.

Código Penal Venezolano. Edit. La Torre. Caracas, 1984.

Código Orgánico Procesal Penal. Edit. Vadell Hermanos. Caracas, 2002.

Colegio de Abogados del Estado Lara. XXI Jornadas "J.M. Domínguez Escobar". *Los Derechos Humanos y la Agenda del tercer Milenio*. Barquisimeto, enero 2000.

Colegio de Abogados del Estado Lara. XXII. Jornadas "J.M. Domínguez Escobar". *Derecho Procesal Civil*. Barquisimeto. Enero 1997.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. 3ª Edic. Edit. Desalma, Buenos Aires, 1978.

CREUS, Carlos. *Invalidez de los actos procesales penales*. 2ª Edic. Edit. Astrea, Buenos Aires, 1997.

CUENCA, Héctor. *La Cosa Juzgada*. Edit. Temis Editores. Caracas, 1977.

CUENCA, Humberto. *Derecho Procesal Civil*. UCV. Caracas, 1976.

CHIOVENDA, José. *Principios de Derecho Civil*. 2 tomo. Edit. Reus, Madrid 1977.

DE SANTO, Víctor. *Nulidades Procesales*. Editorial Universidad., Buenos Aires, 1999.

DEI MALATESTA, Framarino. *Pruebas Criminales*. 2 Tomos.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal*. Biblioteca Jurídica DIKE. Medellín. Colombia 1988.

_____: *Tratado Judicial de la Prueba*. 4ª Edic. Edit. DIKE, Medellín, 1993.

- FERRI, Enrico. *Defensas Penales*. Edit. TEMIS, Bogotá, 1969.
- FERNÁNDEZ HERRERA, Mario. *Prolegómenos a la Teoría de las Nulidades Procesales. El acto procesal, sus formas y sus vicios*. Copia Fotostática. San Cristóbal.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El Sistema Constitucional Español*. Editorial Dykinson S.L. Madrid, 1992.
- FULLER. *Las Formas y Límites del Juzgamiento*. Harv Rev. 353. 1978
- GARCÍA SARMIENTO, Eduardo. *Incidentes, Incidencias y Nulidades Procesales*. Librería Editorial El Foro de la Justicia. Santa Fe de Bogotá, 1991.
- LÓPEZ MORALES, Jairo. *Responsabilidad del Estado por error judicial*. Edic. Doctrina y Ley. Bogotá, 1997.
- MADRID-MALO Garizábal, Mario. *Derechos Fundamentales*. 2ª Edic. 3R Editores. Santa Fe de Bogotá. D.C., 1997.
- MADRINÁN RIVERA, Ramón Eduardo. *El estado Social de Derecho*. Edit. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. Medellín, 2001.
- MAURINO, Alberto Luis. *Nulidades Procesales*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.
- MONTERO AROCA, Juan. *Principios del Proceso Penal*. Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1997.
- NOVOA VELÁSQUEZ, Néstor A. *Actos y Nulidades en el Procedimiento Penal Colombiano*. 2ª Edic. Edit. Biblioteca DIKE, Medellín Colombia, 1997.
- ORTIZ, Luis. *Tutela Judicial Efectiva y Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo*. Editorial Sherwood. Caracas, Venezuela, 1998.
- PÉREZ SARMIENTO Eric L. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 2ª Edic. Edit. Vadell Hermanos. Caracas, 2002.
- _____: *Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal*. 4ª Edic. Edit. Vadell Hermanos. Caracas, 2002.
- PICO I Junoy, Joan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. José María Bosch Editor. Barcelona 1997.
- PIERRE TAPIA, Oscar. *Jurisprudencia: Años 1982-1985*. Edit. Bibliográfica Jurídica. Caracas.
- _____: *Jurisprudencia: Años 1985-1998*.

_____: *La Prueba en el Proceso Venezolano*. 3 tomos. 3ª Edic. Producciones Editoriales, Barcelona, España, 1979.

QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique. *Derechos y Garantías Constitucionales en el Proceso*. Editorial Librerías del Profesional, Primera Edición 1987.

RAMÍREZ ARCILA, Carlos. *Derecho Procesal. Teoría de la acción, Legitimación y pretensión procesal*. Edic. Librería del Profesional, Bogotá, 2001.

RAMÍREZ Y GARAY. *Jurisprudencia de los Tribunales de la República*. Colección.

_____: *Jurisprudencia Inmobiliaria de la Corte Suprema de Justicia*. 2 Tomos.

_____: *Jurisprudencia sobre Medidas Preventivas*. Caracas, 1977.

RAMOS JIMÉNEZ, Alfredo y otros. *Venezuela: un sistema político en crisis*. Edit. KAPPA Editores. Mérida, Venezuela, 1987.

Revistas de Derecho Probatorio del N° 1 al 12. Caracas.

RIVERA MORALES, Rodrigo. *Los Juicios Ejecutivos*. 2ª Edic. Distribuciones Jurídicas Santana. San Cristóbal, Venezuela, 2000.

SÁNCHEZ E., María Guadalupe. *El Proceso Penal Constitucional al prisma de una ex juez*. Edit. Buchivacoa. Caracas, 2002.

SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. *El debido proceso penal*. 2ª Edic. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2001.

PAGINAS WEB

- www.cofavic.org.ve
- www.derecho.org.
- www.badellgraw.com
- www.tsj.gov.ve
- www.profesionalesenred.com
- www.todoelderecho.com
- www.venezuelaanalitica.com

El Contencioso-Administrativo de la Comunidad Andina: la Acción de Nulidad y el Recurso por Omisión en el Tratado del Tribunal de Justicia

Jorge Luis SUÁREZ M.*

SUMARIO:

Introducción

- 1. La Acción de Nulidad.** *1.1 La materia de la Acción de Nulidad. 1.2 Los motivos de impugnación. 1.3 Legitimación para intentar la acción. 1.4 Los efectos de la sentencia. 1.5 Otros aspectos de la Acción de Nulidad: 1.5.1 Plazo para intentarla. 1.5.2 Los efectos de la interposición de la Acción de Nulidad.*
- 2. El Recurso por Omisión o Inactividad: 2.1 El elemento material del recurso: la naturaleza de la acción omitida. 2.2 Las fa-**

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado, Especialista en Derecho Administrativo, *Centro de Investigaciones Jurídicas*, Profesor-Investigador Agregado. **Universidad Complutense** (MADRID, España), Doctor en Derecho *Cum Laude*, Magister Universitario en Derecho Comunitario, Profesor Invitado (Postgrado). **Universidad Central de Venezuela**, *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Profesor de Derecho Administrativo y de Práctica Jurídica.

ses del Recurso por Omisión: 2.2.1 La fase administrativa. 2.2.2 La fase judicial. 2.3 La legitimación activa. 2.4 Los efectos de la sentencia. 2.5 La adopción de medidas provisionales. 2.6 La ejecución forzosa de la sentencia.

Introducción

La Comunidad Andina se ha erigido como una organización internacional que dista mucho de ser tradicional. Esto porque es, en primer lugar, una comunidad de Estados, es decir, un grupo de países que decidieron unirse en una experiencia integradora que implica la atribución de competencias nacionales a otra persona jurídica internacional para que a su vez actúe en gran parte de sus actividades independientemente de los Estados que la conforman, aunque en otras funciones seguirá dependiendo de los gobiernos de los Estados miembros, ya que tiene órganos decisorios de naturaleza intergubernamental en los que aquéllos participan en la gestión de la organización. Solamente comunidades de Estados como ésta pueden generar Derecho Comunitario y ser consideradas supranacionales.

Ahora bien, para que una comunidad de Estados pueda funcionar es necesario no sólo que la organización creada pueda actuar con independencia de aquéllos, ejerciendo el Poder Público comunitario atribuido por los mismos, sino que también es necesario que exista un control jurisdiccional sobre los órganos comunitarios, para mantener así la legalidad de sus actuaciones y omisiones. En este tipo de organizaciones deben estar presentes en su estructura, como sucede en los Estados, unos órganos para adoptar decisiones y otros para controlar que esas actuaciones se ajusten a la legalidad. Si no, a lo mejor serían comunidades de Estados, pero no derecho si no hay manera de ejercer un control jurisdiccional autónomo con consecuencias importantes.

Esto es lo que hace el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: crea un sistema judicial de control sobre los órganos comunitarios, muy parecido a las jurisdicciones contencioso-administrativas, en el que su principal tribunal, el Tribunal de Justicia, con sede en Quito, puede revisar las Decisiones de la Comisión y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, así como las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina e igualmente tiene competencia para controlar la inactividad de los mismos.

Veamos entonces de seguidas las características más importantes de las acciones y recursos que constituyen lo que puede llamarse en la Comunidad Andina su jurisdicción contencioso-administrativa, que al igual a lo que sucede en los Estados revisa tanto la legalidad estricta, esto es, la consonancia de los actos dictados por los órganos andinos con las normas que pueden considerarse que tienen rango legal, así como la constitucionalidad de los mismos, aspecto éste que en el ámbito comunitario está formado por los tratados constitutivos. No nos ocuparemos, por consiguiente, de las vías judiciales a través de las cuales no se hace propiamente un control jurisdiccional sobre los órganos comunitarios como son la Interpretación Prejudicial y la Acción de Incumplimiento, que son más bien medios para que los Estados cumplan el Derecho Comunitario.

1. LA ACCIÓN DE NULIDAD

El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina establece la posibilidad del control jurisdiccional de los actos de los órganos comunitarios. En efecto, el artículo 17 Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TTA) dispone que “[c]orresponde al Tribunal declarar la nulidad de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios a que se refiere el literal e) del artículo 1, dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder, cuando sean impugnados por algún País Miembro, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General o las personas naturales o jurídicas en las condiciones previstas en el artículo 19 de este Tratado”.

La redacción del citado artículo 17 TTA es diferente a la del artículo 230 del Tratado de las Comunidades Europeas (TCE), su modelo confesado, que establece el recurso de anulación en el proceso de integración del Viejo Continente y que equivale a la Acción de Nulidad andina. Dice este último artículo que “[e]l Tribunal de Justicia controlará la legalidad de los actos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central

Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros”.

1.1 *LA MATERIA DE LA ACCIÓN DE NULIDAD*

La posibilidad de control judicial a través de la Acción de Nulidad por parte del Tribunal de Justicia andino puede recaer sobre todos los actos del llamado derecho derivado, esto es, las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina, las Resoluciones de la Secretaría General y además, agregados recientemente por el Protocolo de Cochabamba, los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los países miembros entre sí en el marco del proceso de la integración subregional andina.

Así las cosas, el control judicial que puede ejercer el Tribunal de Justicia andino a través de esta vía de la anulación no puede llegar al derecho originario, el llamado Derecho Constitucional andino, constituido por el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos Modificatorios y los Instrumentos Adicionales, y por supuesto el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los Protocolos que lo reforman. Sólo puede anularse el derecho dictado en ejecución de los tratados constitutivos y los Convenios de Complementación Industrial que adopten los países miembros entre sí. Las irregularidades que pudieran existir en el derecho originario solamente podrán ser atacadas por los Estados miembros a través de las vías reconocidas por el Derecho Internacional.

Sucede en la Comunidad Andina algo parecido a la Comunidad Europea, en el sentido de que en la práctica sólo son impugnables los actos vinculantes y no las meras recomendaciones o dictámenes. Ello sucede no porque el Tratado exija que los actos sean de aquella característica para poder ser revisados, sino porque las Decisiones y las Resoluciones mencionadas en el artículo 17 TTA, susceptibles de ser impugnadas en nulidad generalmente, son vinculantes. Lo que importa realmente en el ámbito andino, a diferencia de lo que sucede en el europeo, más que el contenido, es la forma del acto, es decir, que se trate de Decisiones o de Resoluciones emanadas de los órganos mencionados, cuyo contenido puede ser vinculante o no, aunque últimamente, como veremos, el Tribunal se ha abstenido de conocer la nulidad de Resoluciones por no ser

en su contenido verdaderos actos definitivos. Igualmente, en algunos casos el Tribunal se ha decidido a conocer la nulidad de actos que no tienen ninguna de las formas establecidas en el artículo 17 TTA porque en su criterio tenían un contenido vinculante, efectos jurídicos hacia terceros, eran actos definitivos y no meras opiniones, como sucedió con los Dictámenes de Incumplimiento cuando no eran dictados bajo la forma de Resoluciones como sucede en la actualidad.¹

Tampoco son recurribles en la Comunidad Andina, como en la Europea, los actos de eficacia interior en la Comunidad como circulares e instrucciones que, aun produciendo efectos jurídicos, no trasciendan de la administración comunitaria,² ni los actos preparatorios, puesto que su eficacia corresponderá en su caso al acto definitivo.³ Creemos, sin em-

¹ Ciertamente, como dice Hartley, en el Tratado de la Comunidad Europea (TCE) la característica esencial para que un acto sea revisable por el sistema jurisdiccional es que el acto tenga fuerza obligatoria o que tenga efectos jurídicos (véase sentencia Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) Italia v. Comisión (caso 151/88), ECR 1255). Según él puede inferirse que, excepto cuando el Parlamento europeo actúa solo, la característica esencial de un acto revisable, de acuerdo con el ahora artículo 230 TCE, es que el acto tenga fuerza obligatoria o, dicho de otra manera, que tenga efectos jurídicos, de donde cuando el Parlamento actúe solo para este autor está expresamente dispuesto en el mismo artículo que tales actos pueden ser llevados a revisión sólo en lo que respecta a los que produzcan efectos jurídicos hacia terceras personas (Hartley, T. C., *The Foundations of the European Community Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 343).

² El Tribunal europeo ha dicho que un acto no es revisable por esa jurisdicción si sólo tiene efectos internos. Por esto quiere decir, según Hartley, que si el acto afecta solamente a la organización internamente o la operación de la institución que lo haya adoptado, terceras personas no pueden atacarlo. El principio ha sido aplicado principalmente respecto a los actos del Parlamento europeo y ahora está expresamente dicho en el artículo 230 TCE con relación a aquellos casos donde el Parlamento no actúa con el Consejo. No es siempre fácil, sin embargo, para Hartley, establecer la línea entre el acto puramente interno y uno con efectos para terceras personas (véase sentencia TJCE Francia v. Comisión (caso C-366/88), [1990], ECR I-3571, donde el Tribunal, pese a que se trataba de actos internos (instrucciones), declaró que eran revisables en anulación porque tenían efectos hacia terceras personas (Hartley, *Ob. Cit.*, pp. 346-347).

³ Para Schermers y Waelbroeck, la formulación de decisiones está precedida por consultas y recolección de información en la que el futuro destinatario puede estar involucrado. De acuerdo con pasadas sentencias del Tribunal de Justicia europeo, las cartas diciendo que el asunto está siendo sometido a consideración (véase sentencia TJCE, segundo caso Snutat (42 y 49/59), de 22 marzo 1961, [1961], ECR, 72 y segundo caso Richez Paris (40/71), de 17 de febrero de 1972, consideraciones 8,9, [1972], ECR 79) o pidiendo paciencia (véase sentencia TJCE, caso Muller (79/70), de 7 de julio de 1971, consideraciones 10, 17, [1971], ECR, 697-698) no son actos oficiales, no tienen efectos jurídicos por lo que no pueden ser atacados en el Tribunal. Pero pudiera haber comunicaciones que afecten los intereses de a quienes va dirigida si produce un cambio distintivo en su posición legal, a lo que el Tribunal ha dicho que el órgano que la emita no puede actuar de esta forma para emitir un acto (sentencia TJCE, caso First Cement Convention (8-11/66), de 15 de marzo de 1967, [1967], ECR 91-92) (Schermers, Henry G y Denis Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Communities*, Kluwer Law and Taxation Publishers, The Netherlands, 1987, pp. 168-169).

bargo, que esto es así en la Comunidad Andina siempre y cuando tales actos internos o preparatorios no asuman la forma de Decisiones o Resoluciones. La diferencia entre la Comunidad Andina y la Comunidad Europea está en que esta última utiliza en su Tratado, al final del primer párrafo del artículo 230 TCE, la expresión "...destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros", lo que da idea de la exigencia de un contenido vinculante hacia afuera de la Comunidad para que el acto sea impugnabile a través del recurso de anulación, lo que no ocurre en el Tratado andino. Sin embargo, ya veremos más adelante que en la práctica los actos vinculantes *id extra* son los únicos que actualmente tienen la forma de Decisiones y Resoluciones.

Por lo anterior no podemos sino concluir que en el Tratado andino el criterio para determinar la materia objeto de la acción de nulidad es orgánico y formal: orgánico porque sólo son impugnables los actos de los órganos mencionados en el artículo 17, y formal porque sólo son impugnables los actos que revistan la forma de Decisiones o Resoluciones. Sólo indirectamente tiene importancia para determinar la materia de la Acción de Nulidad que el acto tenga efectos hacia terceros. Esto en líneas generales porque, como ya dijimos, se han dado ciertas excepciones a esta regla.

Así las cosas, en la Comunidad Andina para determinar la materia recurrible por la Acción de Nulidad basta con que el acto emane del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina o de la Secretaría General, bajo la forma de Decisión o Resolución. Apartamos por los momentos de esta discusión a los Convenios de Complementación Industrial o los otros mencionados en el artículo 17 TTA, por tratarse de negocios jurídicos de distinta naturaleza jurídica y en los que no hay duda alguna de su naturaleza para su control de legalidad.

No obstante, en criterio del profesor venezolano José Guillermo Andueza, si bajo la forma de una Decisión o de una Resolución se emite una simple opinión o se hace una recomendación, la demanda de nulidad debe ser considerada inadmisibile porque el acto recurrido no contiene

un mandato imperativo y decisorio.⁴ Sobre esta inadmisibilidad parece estar de acuerdo el experto colombiano Luis Carlos SÁCHICA cuando dice que en principio son anulables “todos los actos creadores de situaciones jurídicas generales y particulares emanadas de los órganos sujetos al control de legalidad” y agrega que la justificación de las exclusiones del control jurisdiccional del Tribunal de Justicia en la acción de nulidad andina “no puede ser distinta de la que encontramos en el sistema europeo, o sea, la de que el control se ejerce sólo sobre los actos que tienen efectos obligantes, ya para los países miembros del Acuerdo, sus órganos o sus habitantes”.⁵ Por nuestra parte, como hemos dicho, no creemos que el criterio para determinar si un acto es anulable en la Comunidad Andina es si éste es vinculante o no porque, repetimos, el Tratado asumió un criterio orgánico y formal para determinar la materia de la acción de la nulidad y no el contenido de los actos. Sin embargo, en algunos casos el Tribunal de Justicia andino parece tener otro criterio como veremos más adelante.⁶

Ahora bien, si se trata de un dictamen bajo la forma de una Decisión o una Resolución, como serían los que emitiera el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o la Comisión de la Comunidad Andina si ello fuera el caso, o el dictamen que emane de la Secretaría General sobre el estado de incumplimiento de las obligaciones comunitarias de un Estado miembro, de acuerdo con los artículos 23 y 24 TTA,⁷

⁴ Andueza, José Guillermo, *El Tribunal del Pacto Andino*, Publicaciones del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1986, pp. 89-90.

⁵ SÁCHICA, Luis Carlos, “La acción de nulidad en el ordenamiento jurídico andino”, *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Instituto para la Integración de América Latina (INTAL)-Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Buenos Aires, 1985, p. 55.

⁶ En Europa, según Schermers y Waelbroeck, está fuera de toda duda que la anulación de recomendaciones y opiniones no puede ser solicitada al Tribunal de Justicia, pero es menos claro hasta dónde esta prohibición pudiera también aplicar a la revisión de la legalidad de la recomendación u opinión como establecido en otros artículos (Schermers y Waelbroeck, *Ob. Cit.*, pp. 158-159).

⁷ Originalmente, la Junta del Acuerdo de Cartagena no emitía sus dictámenes de Incumplimiento, establecidos en los artículos 23 y 24 del Tratado de creación del Tribunal (TTA), bajo la forma de Resoluciones sino que los llamaba pura y simplemente Dictámenes, cuando en la realidad no eran tales sino un acto administrativo definitivo con efectos jurídicos para terceros. Afortunadamente, esto ha sido corregido y hoy la Secretaría General ya emite los dictámenes de incumplimiento bajo la forma de Resoluciones, ya que es la única forma que tiene este órgano andino para manifestarse jurídicamente, además de las otras características de este tipo de actos.

tales dictámenes pueden ser susceptibles de una acción de nulidad, de conformidad con el artículo 17 TTA, siempre que se hagan bajo la forma arriba anotada, sin tomar en cuenta su contenido, criterio éste que mantuvo el Tribunal durante muchos años.

Sin embargo, en la práctica, durante mucho tiempo los dictámenes de la antigua Junta del Acuerdo de Cartagena sobre el estado de cumplimiento de los Estados miembros, que se producían en la fase administrativa de la Acción de Incumplimiento, de acuerdo con los artículos 23 y 24 TTA, no fueron emitidos bajo la forma de Resolución sino de Dictamen, así, con mayúsculas, como si se tratara de un nuevo tipo de actos del órgano ejecutivo de la Comunidad Andina, lo que hizo que los mismos no fuesen susceptibles de una Acción de Nulidad porque no tenían la forma de Resolución. Claro está, en ese momento y hasta la modificación del Acuerdo de Cartagena en 1996 a través del Protocolo Modificadorio de Trujillo, la única forma de expresarse la Junta no eran las Resoluciones solamente, tal como sucede ahora, sino que ello dependía del contenido del acto en concreto y de acuerdo con esto se le daba una denominación a cada uno dependiendo de su contenido. Ello porque no existía en ninguna parte del Acuerdo de Cartagena o del Tratado del Tribunal una restricción en la forma de manifestación de la voluntad de la Junta, como sucede hoy con respecto a la Secretaría General cuya única forma de expresarse son las Resoluciones, independientemente de su contenido.

No obstante, anteriormente sí podía ser solicitada la nulidad de los dictámenes sobre estado de cumplimiento porque su contenido tenía indudables efectos jurídicos hacia terceros y tenía todas las características de un acto definitivo. Constituían el acto final de un procedimiento administrativo, como ahora. En ese momento no había la obligación de la Junta de manifestarse siempre a través de Resoluciones, pero aunque hubiese sido así, consideramos que a tales dictámenes debía haberseles dado la forma de Resoluciones. Tan debió haber sido así que la Junta del Acuerdo de Cartagena ha dictado Resoluciones en situaciones con menos características de acto definitivo que un Dictamen de Incumplimiento, que tienen tantos efectos jurídicos por contener una decisión definitiva, desde el punto de vista de la administración comunitaria, en lo que se refiere la fase precontenciosa de la acción de incumplimiento, que es un procedimiento administrativo. Luego de este dictamen, el ór-

gano que actúa en el procedimiento de incumplimiento es el Tribunal de Justicia, por lo que lógicamente el dictamen, última palabra de la entonces Junta del Acuerdo en el procedimiento administrativo de incumplimiento, debía ser materia de la Acción de Nulidad, porque con ella terminaba la fase administrativa y era la última decisión de la Junta al respecto.

La Junta del Acuerdo de Cartagena parece que se dio cuenta del error, quizás influida por el Protocolo de Trujillo, y comenzó a emitir los dictámenes sobre estado de cumplimiento de las obligaciones comunitarias bajo la forma de Resoluciones,⁸ con lo cual los hacía impugnables a través de la Acción de Nulidad, de conformidad con el artículo 17 TTA, y no podía ser de otra forma porque, como lo establece el artículo 29 *in fine* del Acuerdo de Cartagena desde 1996 “[l]a Secretaría General se expresará mediante Resoluciones”, frase ésta que no aparecía en el original Acuerdo.

En la actualidad, según el Acuerdo de Cartagena, la Comisión y la Secretaría General se expresan mediante Decisiones y Resoluciones, respectivamente (Arts. 21 y 29 AC), y el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores se pronuncia a través de dos tipos de actos como son las Declaraciones, de contenido político, y las Decisiones, de contenido jurídico (Art. 17 AC). Aparentemente no hay otra forma por la que se puedan pronunciar estos órganos, independientemente del contenido vinculante o no que puedan tener estas manifestaciones de voluntad, motivo por el cual es imposible que tanto el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores como la Comisión de la Comunidad Andina se puedan pronunciar formalmente de una forma diferente a las Decisiones y la Secretaría General a las Resoluciones. Por ello, estos órganos no pueden eludir el control judicial de la acción de nulidad⁹

⁸ A este respecto, pueden verse como ejemplos de Resoluciones de la Junta del Acuerdo de Cartagena que contienen dictámenes sobre estado de incumplimiento de las obligaciones comunitarias, dictados de acuerdo con los artículos 23 y 24 TTA, que fueron emanadas bajo aquella forma, las numeradas 474 y 475, *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* (GOAC) N° 266 de 20 de mayo de 1997. En cambio, en 1996, fueron publicadas en el mismo órgano oficial como Dictámenes, sin la forma de Resolución, los dictámenes de incumplimiento números 01-96, 02-96, 03-96, 04-96, 05-96 y 06-96 (GOAC N° 199 de 26 de enero de 1996).

⁹ En este sentido, Sáchica, *La acción de nulidad en...*, p. 56.

creando nuevos tipos de actos como dictámenes, circulares, instrucciones, propuestas, investigaciones, etc., como antes lo permitía el Acuerdo de Cartagena.¹⁰

Con respecto al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, si bien puede pronunciarse de una forma distinta a las Decisiones –las Declaraciones–, no es relevante que estos actos estén fuera de control judicial porque se trata de actos sin contenido jurídico. Tanto es así que no forman parte del ordenamiento jurídico comunitario andino como lo dice expresamente el Tratado de Creación del Tribunal andino (Art. 1 TTA) y para que tengan efectos jurídicos deberán ser instrumentados por los órganos respectivos de la Comunidad Andina (Art. 11 AC), para lo cual éstos deberán dictar los actos jurídicos correspondientes, sean las Decisiones o las Resoluciones. Por esto, al igual que la Comisión, desde el punto de vista jurídico, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores no puede pronunciarse de una forma distinta a las Decisiones.

Como podemos observar, el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina utiliza un criterio muy rígido y limitativo para determinar la materia recurrible de la Acción de Nulidad al adoptar un criterio formal y orgánico que, en principio, implica excluir de este tipo de control jurisdiccional a los demás actos del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina que no sean Decisiones y los que no sean Resoluciones de

¹⁰ El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) ha llegado incluso a conocer de la Acción de Nulidad contra un acto que formalmente le fue dado el nombre de Acuerdo pero que por su naturaleza intrínseca era en su criterio una Resolución y “[g]oza por tanto el acto así emitido de la naturaleza, y se encuentra sometida al régimen de las Resoluciones de la Junta”. En efecto, este órgano jurisdiccional consideró que “[p]resentado bajo la denominación de Acuerdo, interesa precisar la naturaleza intrínseca del mismo para determinar la posibilidad de su impugnación en vía jurisdiccional”. Según el tribunal andino, “[e]s preciso adoptar esta precaución inicial para evitar que el órgano emisor de una determinada actuación, pretenda sustraerla del régimen de revisión administrativa y judicial, haciéndolo inimpugnable”. “En efecto”, continúa el Tribunal, “el principal pretexto de las administraciones nacionales para eludir el control jurisdiccional de sus actos, es el de calificarlos de “internos”, tratando de imprimirles la falsa connotación de que sus efectos se agotan en el exclusivo ámbito de esa Administración, y careciendo por tanto, aparentemente, de lo que la doctrina española denomina “alteridad”, vale decir, de la capacidad de proyectarse fuera de ella, y por tanto, sin posibilidad de afectar la esfera individual de los particulares” (sentencia TJCA, proceso 1-AN-96, de 16 de abril de 1997, GOAC N° 266 de fecha 20 de mayo de 1997).

la Secretaría General, así como todos los actos de los demás órganos de la Comunidad Andina y de las instituciones del Sistema Andino de Integración como son los del Consejo Presidencial Andino, el Parlamento Andino, el propio Tribunal de Justicia, las instituciones financieras (CAF y FLAR) y consultivas, los convenios sociales y la Universidad Andina Simón Bolívar, si los hubiere, lo que es difícil que ocurra por cuanto no tienen facultades para emitir actos vinculantes.

Concretamente, con respecto al Consejo Presidencial Andino, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha tenido la oportunidad de pronunciarse en el sentido de que “las actas, directrices, declaraciones o compromisos que adoptan los presidentes de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena cuando están constituidos en el Consejo Presidencial Andino, como se desprende de su propio instrumento constitutivo, no son Decisiones de la Comisión ni pertenecen al citado ordenamiento jurídico creado por el Tratado del Tribunal, que fue suscrito por los mismos Países Miembros”.¹¹ Se trataba concretamente de una demanda de nulidad del Acta de Barahona, firmada en Cartagena de Indias, Colombia, el 5 de diciembre de 1991, en el marco del VI Consejo Presidencial Andino y la solicitud de nulidad de las Decisiones “que hayan de adoptarse por la Comisión del Acuerdo de Cartagena a este respecto, contra la República de Colombia, la República de Venezuela, la República de Bolivia, la República de Ecuador y la República del Perú”.¹²

A este respecto, el Tribunal andino también manifestó que el artículo 17 TTA “no se refiere a las normas que ‘hayan de adoptarse’ como consecuencia de una decisión presidencial o como resultado de cualquier otra determinación” para que pueda ejercerse la acción de nulidad sino que ésta procede contra una Decisión o Resolución específica que se encuentra en vigor y cuyo número, que sirve para distinguirla de las de-

¹¹ Sentencia TJCA, proceso 2-N-92, GOAC N° 108 de 12 de mayo de 1992 (véase *Jurisprudencia del tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Banco Interamericano de Desarrollo-Instituto para la Integración de América Latina-Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo III, Buenos Aires, 1994, p. 20).

¹² Sentencia TJCA, proceso 2-AN-92, GOAC N° 108 de 12 de mayo de 1992 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo III, p. 20).

más, debe mencionarse expresamente.¹³ En virtud de lo anterior, el Tribunal de Justicia se declaró incompetente para conocer la Acción de Nulidad intentada.

Igualmente, en otro caso en el que el recurrente “intenta una apelación contra la Resolución PE N° 842/84, mediante la cual la Corporación Andina de Fomento declaró desierto el concurso para seleccionar el mejor trabajo sobre Integración Andina”, el Tribunal de Justicia andino se declaró incompetente porque “no puede conocer de ninguna de las actuaciones de la Corporación Andina de Fomento, ya que no se trata de una entidad sujeta a su jurisdicción”.¹⁴

Queda la duda de si los actos que tienen efectos jurídicos de los demás órganos de la Comunidad Andina distintos al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión y de la Secretaría General, tienen control jurisdiccional a través de la acción que estamos estudiando, lo que es irrelevante porque son órganos que no pueden dictar actos obligatorios que formen parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.¹⁵ Quizás cuando el Parlamento Andino asuma facultades más importantes que le permita dictar actos obligatorios o intervenir en la formación de ellos y que produzcan efectos jurídicos, sea necesaria una reforma del artículo 17 del Tratado andino para que también puedan ser sus actos materia de la Acción de Nulidad, tal como

¹³ Sentencia TJCA, proceso 2-N-92, GOAC N° 108 de 12 de mayo de 1992 (*Jurisprudencia del...*, Tomo III, p. 19).

¹⁴ Sentencia TJCA, proceso 1-85, de fecha 22 de noviembre de 1985 (*Jurisprudencia del...*, Tomo I, p. 25).

¹⁵ De acuerdo con el actual artículo 230 TCE, el Tribunal de Justicia europeo está facultado para revisar la legalidad de los actos obligatorios del Consejo y la Comisión. Contra las decisiones del Tribunal, las acciones judiciales solamente pueden ser hechas como resultado de la revisión. En 1977, el Tribunal de Justicia sostuvo que el entonces artículo 173 TCE no confería el derecho al Tribunal de revisar otros actos que no fueran del Consejo o la Comisión, por lo que parecía excluir, como dicen Schermers y Waelbroeck, la posibilidad de acciones judiciales contra las decisiones del Parlamento Europeo. En ese momento, el Parlamento Europeo no podía tomar decisiones obligatorias, más que las concernientes a su propio personal para lo cual se hizo un régimen especial. Esta situación cambió con los dos tratados presupuestarios de 1970 y 1975 y la disputa entre el Parlamento Europeo y el Consejo sobre la legalidad del presupuesto de 1979 que demostró la necesidad de una revisión judicial. Sin embargo, esta situación no se presenta en la realidad andina donde el Parlamento Andino no tiene ninguna facultad para dictar normas obligatorias, por lo que la restricción del artículo 17 TTA es irrelevante (véase Schermers y Waelbroeck, *Ob. Cit.*, pp. 199-200).

pasó en las comunidades europeas con el Parlamento europeo, el cual originalmente no podía dictar actos susceptibles de un recurso de anulación y hoy ello es posible porque, según el artículo 230 TCE, sus actos son controlables jurisdiccionalmente, luego de que el Tribunal de Justicia durante varios años aceptó jurisprudencialmente su control. Todo ello por la indudable importancia que ha adquirido este órgano principal en la formación del Derecho Comunitario, lo que ha sido definitivamente reconocido en el Tratado de Amsterdam de 1997, pero que no ha ocurrido en el ámbito andino con el órgano homólogo.

En todo caso, la tendencia parece ser, independientemente del criterio orgánico y formal que rige en la actualidad a la Acción de Nulidad en la Comunidad Andina de conformidad con el Tratado del Tribunal, que sean susceptibles de anulación todos los actos comunitarios que produzcan efectos jurídicos, tal como se acepta en la Comunidad Europea y que la Acción de Nulidad se pueda ejercer contra cualquiera de las disposiciones que adopten los órganos principales, independientemente de la naturaleza o la forma, sólo con el requisito de que estén destinadas a producir efectos jurídicos. Es muy probable que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia andino, quizás influida por la del Tribunal europeo, amplíe progresivamente las clases de actos impugnables por la vía de la Acción de Nulidad, con el objeto de proteger jurisdiccionalmente en forma más completa y efectiva a los administrados, como sucede en todos los sistemas jurisdiccionales contencioso-administrativos en los que la regla es el control y la excepción especialísima lo contrario por razones de interés general. Así, el Tribunal deberá tener en cuenta, como ya lo ha hecho en alguna sentencia,¹⁶ el contenido material del acto y si de éste se derivan efectos jurídicos vinculantes para los sujetos del ordenamiento jurídico, lo considerará susceptible de la Acción de Nulidad con independencia de su denominación forma.¹⁷

¹⁶ Por ejemplo, en la sentencia TJCA, proceso 1-AN-96, de 16 de abril de 1997, GOAC N° 266 de 20 de mayo de 1997, el Tribunal conoció de la acción de nulidad de un Acuerdo de la antigua Junta del Acuerdo de Cartagena porque su naturaleza intrínseca era de una Resolución.

¹⁷ En general se puede decir en Europa que el Tribunal revisa la legalidad de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo, y los del Parlamento Europeo cuando actúe conjuntamente con el Consejo, siempre que no sean recomendaciones o dictámenes. Los demás actos no son revisables por la justicia. En orden de calificar como un acto revisable es importante que éste tenga efectos jurídicos de una naturaleza tal que afecte los intereses del solicitante, modificando su posición jurídica (Schermers y Waelbroeck, *Ob. Cit.*, pp. 148-149). En similar sentido Hartley, *Ob. Cit.*, p. 358.

Ahora bien, cuando se trata de actos que en criterio del Tribunal no tienen efectos jurídicos, la tendencia parece ser otra, aun cuando pongan fin a la vía administrativa, que en cualquier sistema contencioso-administrativo serían impugnables. Es lo que ha sucedido recientemente con los Dictámenes de Incumplimiento, los que el Tribunal de Justicia andino, tomando como modelo la jurisprudencia europea, ha considerado que no son impugnables por la Acción de Nulidad establecida en el artículo 17 TTA, pese a emitirse bajo la forma de Resoluciones que según este último precepto son impugnables por esta vía.

En efecto, según el Tribunal andino, “tales dictámenes, emitidos dentro del procedimiento establecido para adelantar la acción de incumplimiento, no son otra cosa que opiniones autorizadas, conceptos técnicos, experticias, que se constituyen por mandato del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en presupuestos procesales para que la acción de incumplimiento pueda ser llevada ante la instancia judicial”. Dice el Tribunal que “[a]unque no obligan ni son vinculantes con respecto a la decisión del juez comunitario, deben ser emitidos como una obligación de la Secretaría General y como un requisito sin el cual, la acción por lo general, no puede ser establecida”.¹⁸

En otra parte de la sentencia el Tribunal andino expresa que en el Derecho Comunitario andino y concretamente en la regulación que hace de la Acción de Incumplimiento el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia “aparece nítidamente marcada esta característica de acto preparatorio o acto intermedio de los dictámenes que emite la Secretaría General”. Según el Tribunal, “[a]sí ellos se plasmen en una resolución, son actos que no ponen fin a una actuación administrativa ni hacen imposible su continuación, ni tampoco contienen una manifestación de voluntad del organismo emittente, razón ésta que los asemeja más a los actos preparatorios o actos intermedios, que por definición no son susceptibles de discusión judicial independiente”.¹⁹

¹⁸ Sentencia TJCA, proceso 24-AN-99, de 2 de febrero de 2000 (consultada en original).

¹⁹ Sentencia TJCA, proceso 24-AN-99, de 2 de febrero de 2000 (consultada en original).

Continúa el Tribunal diciendo que aplicados los anteriores criterios, “resulta claro para el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que los dictámenes emitidos por la Secretaría General no son susceptibles de acciones de nulidad tendientes a que el juez comunitario defina acerca de su legalidad, toda vez que tanto por su naturaleza como por los objetivos que persigue dicho instituto jurídico, deben ser apreciados por la instancia judicial únicamente dentro del correspondiente juicio derivado de la acción de incumplimiento que ante ella se ventile”. Según el órgano judicial andino, “El País Miembro afectado por el dictamen de incumplimiento, o en su caso el particular interesado, tiene siempre la oportunidad procesal de discutir, cuestionar y oponerse al dictamen de incumplimiento emitido por la Secretaría General, alegando ante el Tribunal dentro del proceso que se adelante con ocasión de la acción de incumplimiento tanto inconformidades por razones de forma como por motivos materiales o de fondo”.²⁰

Lo contradictorio del asunto es que en la misma sentencia el Tribunal ha dicho, citando jurisprudencia propia, que el procedimiento que se lleva a cabo ante la Secretaría General es un presupuesto procesal de la Acción de Incumplimiento, del que son parte unos “actos prejudiciales semejantes a los que constituyen el “agotamiento de la vía gubernativa” en los ordenamientos jurídicos nacionales”. Pues bien, si el procedimiento que se realiza en la Secretaría General constituye, en palabras del propio Tribunal, “el agotamiento de la vía gubernativa” de la Acción de Incumplimiento, no entendemos cómo el producto final de la misma no puede ser impugnado ante el órgano jurisdiccional comunitario, que es lo que normalmente ocurre en los sistemas contencioso-administrativos por ser actos definitivos que ponen fin a la vía administrativa, con efectos jurídicos hacia terceros (en este caso los países miembros y los particulares involucrados en el incumplimiento), siendo como es la última palabra de la Administración comunitaria en el caso sometido a su consideración.

No creemos que el razonamiento del Tribunal de Justicia andino para excluir a los Dictámenes de Incumplimiento de la revisión jurisdiccional

²⁰ Sentencia TJCA, proceso 24-AN-99, de 2 de febrero de 2000 (consultada en original) (véase página web de la Comunidad Andina (www.comunidadandina.org) en la fecha de la sentencia).

por la vía de la Acción de Nulidad sea correcto. Ello porque, como dice el mismo, la Acción de Incumplimiento no es una vía judicial apta para revisar la legalidad de la actuación de la Secretaría General,²¹ ya que con ella lo que se busca es que el Tribunal determine si hay o no los presupuestos fácticos para declarar un incumplimiento, sin entrar en la legalidad de las actuaciones de la Secretaría General sino del Estado miembro acusado. Creemos que para que el Tribunal pueda revisar la legalidad de los Dictámenes de Incumplimiento dentro de la propia Acción de Incumplimiento es necesaria una reforma del Tratado porque en la situación actual ello no puede hacerse sin perjudicar la naturaleza de la Acción de Incumplimiento, o convertir de una vez por todas, como lo pretende a fin de cuentas en su sentencia el Tribunal, a la fase administrativa ante la Secretaría General de esta acción en una etapa de mera conciliación, en la que no se produzcan actos administrativos, lo que no ocurre en la actualidad.

Tememos que con una sentencia como la comentada puede suceder que la parte administrativa de la Acción de Incumplimiento pierda la importancia que ha tenido hasta ahora y que el Tratado del Tribunal quiso darle, por lo que podría suceder que la Secretaría General declare incumplimientos sin haber dado los derechos respectivos a los terceros involucrados o sin haber cumplido el procedimiento establecido, o que simplemente no haya tratado de solucionar el conflicto como la obliga el Tratado (Art. 24 TTA), y sin embargo, declare el incumplimiento y el país miembro acusado o el particular perjudicado no tenga la posibilidad de atacar tal actitud.

Por otra parte, no consideramos totalmente aplicable a la Acción de Incumplimiento andina la jurisprudencia europea, ya que el artículo 230 TCE expresamente excluye del recurso de anulación a “las recomendaciones o dictámenes”, lo que no ocurre en el Tratado del Tribunal andino, que aplica un criterio orgánico y formal para determinar la materia de la Acción de Nulidad como ya vimos, dentro de los que pueden en-

²¹ De hecho así lo estableció sentencia TJCA, proceso 46-AI-99, 25 de agosto de 2000 (véase página web de la Comunidad Andina (www.comunidadandina.org) en la fecha de la sentencia.

trar los Dictámenes de Incumplimiento al ser emitidos por la Secretaría General bajo la forma de Resoluciones.

Igualmente, en Europa la actitud de la Comisión Europea en la fase administrativa de la Acción de Incumplimiento es más de solución política del asunto que de comportarse como un “juez administrativo” como está previsto para la Secretaría General en el Tratado del Tribunal andino, donde inclusive ésta tiene la obligación de acudir al Tribunal en todos los casos si declara el incumplimiento, lo que en Europa queda a discrecionalidad del órgano ejecutivo, el cual ni siquiera tiene la obligación de pronunciarse sobre una solicitud de apertura de procedimiento de incumplimiento y esto se considera que no puede ser atacado ni siquiera por el recurso por omisión, situación ésta que no es igual en la Comunidad Andina en donde la Secretaría General tiene poco margen de maniobra o discrecionalidad en un procedimiento administrativo de incumplimiento.

Por otro lado, en el sistema jurisdiccional andino el acceso de los particulares es mucho más desarrollado que en el europeo, ya que las personas naturales o jurídicas pueden intentar directamente la Acción de Incumplimiento, tanto a nivel de la Secretaría General como ante el Tribunal de Justicia, de manera que el Dictamen de Incumplimiento tiene más importancia y afecta más derechos subjetivos o intereses legítimos. En la Comunidad Andina los efectos jurídicos de los Dictámenes de Incumplimiento andinos son mayores que los europeos, por lo que la exclusión de los mismos del control judicial de nulidad y de omisión deja huérfanos a los particulares frente a la Administración comunitaria, cuando en los sistemas contencioso-administrativos modernos la tendencia es justamente la contraria: permitir el mayor control judicial posible para salvaguardar los derechos ciudadanos frente a la omnipresencia y poder de la Administración.

1.2 LOS MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN

El control de constitucionalidad y legalidad del Tribunal de Justicia a través de la Acción de Nulidad sólo puede versar sobre la violación del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, “incluso por desviación de poder”.

Se trata de motivos de impugnación importados del sistema contencioso-administrativo francés, ya que bajo la expresión “violación del ordenamiento jurídico de la Comunidad” se incluyen varios vicios provenientes de aquel sistema como la incompetencia, los vicios sustanciales de forma y la propia desviación de poder que menciona el artículo 17 TTA, pero que son comunes al control de constitucionalidad y de legalidad comunitaria, lo que no obsta para que el Tribunal andino, como hace el de las Comunidades Europeas, partiendo de tal identidad, haya ido introduciendo matizaciones a la hora de su concreta aplicación según el tipo de control ejercitado.²²

Para el profesor Andueza, la expresión “violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina” “está utilizada en sentido amplio,²³ ya que ella comprende cualquier irregularidad de que adolezca el acto del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina o de la Secretaría General, y se agrega “incluso por desviación de poder”, opinamos nosotros, como dando la idea de que es un control que puede ser tan amplio que puede llegar hasta un vicio tan sutil y difícil de determinar como éste.²⁴

²² Al respecto véase Alonso García, Ricardo, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Fundación de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pp. 362-363.

²³ Andueza, *El Tribunal del...*, p. 86.

²⁴ Similar situación sucede en el Tratado de la Comunidad Europea en el que, pese a haber la enumeración de una serie de vicios que son susceptibles de ser atacados a través del recurso de anulación, sin embargo, en la realidad, como lo dicen Schermers y Waelbroeck, estos aspectos de ilegalidad han gradualmente perdido su importancia individual ya que, de acuerdo con el Tribunal de Justicia, puede ser suficiente para intentar los procedimientos que se exprese en términos sustanciales la ilegalidad existente, más que establecer su clasificación en la enumeración del artículo 230 TCE, pero que queden suficientemente claros en la solicitud cuáles son los aspectos del Tratado que han sido invocados como violados. Recientes procedimientos de anulación indican también que el Tribunal no debe estar pendiente del específico aspecto de ilegalidad según la clasificación del artículo 230 TCE, sino que muchas de las causas de este tipo van encabezadas con la expresión de “violaciones del Tratado o de cualquier regla relativa a su aplicación”. Sin embargo, para Schermers y Waelbroeck, es útil discutir cada uno de los cinco motivos de ilegalidad y las maneras como pueden ser desarrollados, en particular desde que este desarrollo indica como el Tribunal ha clarificado la distinción entre actos legales y actos ilegales (Schermers y Waelbroeck, *Ob. Cit.*, pp. 173-174).

Ciertamente, se trata de unos motivos de impugnación redactados en términos bastante amplios que, por un lado, cubre los supuestos de ilegalidad y, por otro, el posible solapamiento entre los posibles vicios, lo que hace la adscripción a uno determinado no sólo se hace innecesaria sino imposible. Por eso, una expresión como la anotada del Tratado andino reconduce toda una serie de vicios de ilegalidad o constitucionalidad posibles sin necesidad de mencionar cada uno de ellos como quiso hacer el Tratado de la Comunidad Europea en el artículo 230 TCE.

El control judicial comunitario en la Acción de Nulidad se extiende a la comprobación de la regularidad jurídica del acto recurrido, la cual abarca el control de la constitucionalidad o legalidad formal para determinar si el acto recurrido ha sido dictado por los órganos correspondientes en ejercicio de sus competencias específicas y si lo ha sido de acuerdo con las formalidades previstas en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Así, este control judicial formal corresponde a los motivos de impugnación por incompetencia y por vicios de forma,²⁵ que también en el Tratado de la Comunidad Europea aparecen como vicios susceptibles de causar la nulidad de un acto comunitario (artículo 230).²⁶

También el control judicial comunitario abarca el control de constitucionalidad y legalidad material del acto, es decir, el control del contenido del mismo en el sentido de que debe coincidir con el señalado en la

²⁵ Andueza, *El Tribunal del...*, p. 86.

²⁶ Como lo dice Hartley, los vicios de nulidad del actual artículo 230 TCE provienen del derecho administrativo francés, pero esto no significa, sin embargo, que necesariamente deberán ser aplicados de la misma manera en el derecho comunitario como si fuera el derecho francés. Las tradiciones legales de todos los Estados miembros, así como las circunstancias especiales de la Comunidad, serán tomadas en cuenta por el Tribunal de Justicia. También debe notarse que estos motivos de ilegalidad son amplios y cubren casi toda la posible ilegalidad. Ellos pueden inclusive solaparse unos con otros en considerable medida. De hecho, según Hartley, si el tercer motivo (violación del Tratado o cualquier norma relativa a su aplicación) es interpretada con suficiente extensión, ésta puede cubrir todas las otras tres. Consideraciones especiales aplica donde una medida es atacada en aspectos procesales o por desviación de poder. Más allá de eso, no es muy importante para Hartley qué motivo formal es aplicable. Por esta razón, el Tribunal de Justicia europeo normalmente no establece cuál de los cuatro motivos formales de ilegalidad está envuelto cuando anula una medida. No obstante, una palabra global deberá ser dicha sobre cada uno de ellos (Hartley, *Ob. Cit.*, p. 427).

norma jurídica atributiva de competencia. Con este control judicial material, el Tribunal de Justicia examina la interpretación dada por el órgano comunitario, comprueba la existencia de los hechos tenidos por ciertos y la calificación jurídica de esos mismos hechos. Es decir, se controla si los órganos comunitarios competentes incurren en error de derecho cuando interpretan mal el derecho y si incurren en error de hecho, si dan por probado hechos inexistentes o los aprecian erróneamente. El control sobre los errores de hecho y de derecho es lo que tradicionalmente se ha considerado como violación de la ley en el derecho contencioso-administrativo.²⁷

Ricardo Alonso García prefiere hablar de vicios de fondo y de forma, “completados con los de incompetencia –que convierte el acto en ilegal, en principio, por el mero hecho de su adopción– y la desviación de poder –que implica ilegalidad derivada de una utilización del Derecho con una finalidad a la que no está destinado”. Y agrega este autor que “[e]n la medida en que considero como vicio de fondo cualquier violación del ordenamiento jurídico comunitario desde una perspectiva material, no tiene sentido entrar en su análisis al depender éste del contenido del acto impugnado y del que sirve de parámetro de validez, sobre la base de los principios que rigen el sistema comunitario de fuentes”.²⁸

Para algunos autores, el control que el Tribunal ejerce sobre la competencia, los vicios de forma y los errores de hecho y de derecho es un control objetivo, ya que su competencia se limita a comprobar si entre el acto recurrido y la norma que se denuncia infringida existe alguna contradicción lógica. Pero el Tribunal tiene, por disposición expresa del Tratado, competencia para examinar la intención con que se dicta el acto recurrido, es decir, si hubo o no desviación de poder. En la desviación de poder no hay error de ningún tipo sino una intención ilegal cuando el órgano comunitario competente se han propuesto alcanzar, con el acto recurrido, una finalidad distinta a la que le atribu-

²⁷ Andueza, *El Tribunal del...*, p. 86.

²⁸ Alonso García, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 363.

ye la norma. En el caso de la desviación de poder, el Tribunal ejerce un control subjetivo²⁹ sobre la legalidad.³⁰

Ciertamente, aunque los actos comunitarios andinos susceptibles de ser impugnados por una Acción de Nulidad no son solamente los administrativos sino que también los normativos, ningún capítulo del derecho procesal andino expresa mejor el origen del derecho contencioso-administrativo que el referido a los motivos de impugnación de esta acción judicial. Como dijimos antes, el contencioso-administrativo francés, “preocupado más de impartir justicia que de teorizar”, se abstuvo de producir una teoría de las nulidades por vía de elaboración teórico-deductiva, prefiriendo confeccionarla de una manera inductiva al desprender de las soluciones jurisprudenciales los motivos de impugnación, los cuales fueron surgiendo en Francia cronológicamente de la siguiente manera: primero, la incompetencia, luego el vicio de forma y en último lugar, la llamada desviación de poder. A otros motivos distintos de estos tres que tienen que ver con el sujeto, la forma y el fin del acto administrativo, los conectados con el objeto y la causa del mismo, se les encerró entonces casi por inercia en una cuarta categoría de vicio con el nombre de violación de ley, como si las tres precedentes no merecieran tal calificación jurídica.³¹

Así las cosas, la competencia para realizar el control judicial sobre los actos comunitarios es plena “y permite el examen total de los actos impugnados, a modo similar a como se procede en el contencioso de anulación”.

Para Juan Manuel De Faramiñán Gilbert, refiriéndose al recurso de nulidad europeo, éste “es un recurso que se entabla contra una institución comunitaria que ha violado este ordenamiento, y también contra el

²⁹ Hartley separa la desviación de poder de los demás motivos de ilegalidad porque éste involucra factores subjetivos. Es más, para él es el único motivo que puede ser invocado cuando un solicitante no privilegiado ataca una decisión general o una recomendación bajo el artículo 33 TCECA (Hartley, *Ob. Cit.*, p. 427).

³⁰ Andueza, *El Tribunal del...*, p. 87.

³¹ Fariás Mata, Luis Henrique, “Los recursos de anulación e incumplimiento en el derecho comunitario andino”, *Seminario sobre Integración Andina*, Caracas, 26 al 28 de marzo de 1985 (ponencia consultada en original). El autor es actualmente Presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y fue Magistrado de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia venezolana.

acto mismo que en su ilegalidad violenta el orden jurídico comunitario, sirviendo por otra parte de instrumento de protección de los derechos de los demandantes” y luego agrega: “Las causas que se recogen en los Tratados constitutivos son, ‘incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del presente Tratado o cualquier norma relativa a su ejecución o desviación de poder’”. Y continúa diciendo que “[s]iendo la violación del Tratado, una causa general que subsume a las otras tres, ello no quita que cada uno de los otros motivos de anulación presenten sus particularidades”.³²

Para García de Enterría y Fernández Rodríguez, la forma general de establecer el ilícito de un acto, refiriéndose a los administrativos, lo que resulta aplicable a los normativos, es “[c]ualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”, la cual, en criterio de estos autores, es “comprensiva de cualquier modalidad de infracción jurídica”.³³

En virtud de lo anterior pueden considerarse como motivos de impugnación en la Acción de Nulidad, tal como en las Comunidades Europeas, a la incompetencia, los vicios sustanciales de forma, la falta de motivación y la desviación de poder, todos los cuales pueden englobarse en la expresión general “violación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina” utilizada por el artículo 17 TTA como hemos dicho.

1.3 LEGITIMACIÓN PARA INTENTAR LA ACCIÓN

De acuerdo con el artículo 17 TTA, la Acción de Nulidad podrá ser intentada por algún país miembro, por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, por la Comisión de la Comunidad Andina, por la Secretaría General y por personas naturales o jurídicas cuando las Decisiones, Resoluciones o Convenios afecten sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos (Art. 19 TTA).

³² De Faramiñán Gilbert, Juan Manuel, “El control de la legalidad comunitaria: el recurso de nulidad y el recurso por omisión”, *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pp. 454-459.

³³ García De Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 1995, Tomo I, p. 617.

Como puede observarse en los artículos citados, existe en la Comunidad Andina una situación similar a la de las comunidades europeas en lo que se refiere a la legitimación activa para intentar el recurso de anulación, pero con algunas variaciones: existe una suerte de legitimados activos privilegiados, que son el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión y la Secretaría General de la Comunidad Andina, y los países miembros, que no tienen que demostrar ningún interés especial para intentar esta acción. Solamente los países miembros tienen una restricción en su legitimación activa, que no existe en las comunidades europeas, porque no pueden intentar la Acción de Nulidad contra las Decisiones y Convenios en cuya adopción hayan participado dando su voto afirmativo, restricción ésta que no es aplicable, en nuestro criterio, respecto a las Resoluciones de la Secretaría General por las razones que luego veremos. Pero en lo que se refiere al interés que deben demostrar en los actos o convenios que pueden impugnar, es decir, en los que no hayan participado dando su voto afirmativo, los Estados miembros no tienen un especial requerimiento sino solamente tener un interés simple en la legalidad.

Ahora bien, al lado de estos demandantes privilegiados, existen los legitimados no privilegiados, que son las personas naturales o jurídicas, quienes deben demostrar, como sucede en las comunidades europeas, que tienen un interés especial en el acto porque afecte su situación jurídica, ya sea sus intereses legítimos o sus derechos subjetivos, motivo por el cual puede decirse que, al igual que en el sistema jurisdiccional comunitario europeo, los particulares únicamente pueden interponer una demanda de anulación contra las decisiones de los órganos mencionados de las que son destinatarios o que les afecten directa e individualmente.

Al mismo tiempo, a diferencia de lo que sucede en las comunidades europeas desde el punto de vista orgánico comunitario, solamente el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión y la Secretaría General están legitimados para interponer una Acción de Nulidad. Todavía en el ámbito andino el Parlamento no tiene posibilidades de intentar una acción de este tipo. Esto es comprensible si vemos que este órgano principal de la Comunidad Andina no tiene facultades tan importantes, como sucede en los procesos de codecisión y los presupuestarios en los que el Parlamento europeo es titular de relevantes atribuciones.

En la Comunidad Andina existe en la actualidad una situación parecida a la que había en las comunidades europeas antes de que el Tribunal de Justicia y luego los tratados constitutivos reconocieran al Parlamento europeo facultades de actuación relevantes en materia comunitaria, más allá de una mera opinión u orientación en los asuntos de la Comunidad como sucede actualmente en el Pacto Andino. No ha sido necesario todavía que el Tribunal de Justicia reconozca legitimación activa a este órgano andino como lo hizo la sentencia de 22 de mayo de 1990 (asunto Chernobyl)³⁴ del Tribunal comunitario respecto al Parlamento europeo, legitimación ésta que ya ha sido plasmada en el artículo 230 TCE, tomando en cuenta la jurisprudencia y la importancia que ha adquirido el Parlamento europeo en estas comunidades, reforzada recientemente en el Tratado de Amsterdam.

No obstante, en el caso de que en el ámbito andino el Parlamento adquiriera algunas facultades de actuación importantes que impliquen posibilidades de intervenir en la adopción de decisiones comunitarias, estamos casi seguros que pudiera ser aplicable la mencionada sentencia europea, en la que el silencio que con relación con este órgano guarde el Tratado andino puede subsanarse jurisprudencialmente reconociendo tal legitimación activa al Parlamento Andino, con la condición de que se trate de salvaguardar sus prerrogativas propias y que la misma se invoque únicamente por motivos basados en la violación de estas últimas.³⁵

³⁴ Sentencia TJCE de 22 de mayo de 1990, caso Parlamento vs Consejo (asunto 70/88), ECR. 2041.

³⁵ Respecto al Banco Central Europeo, el cual también tiene legitimación activa para interponer un recurso de anulación en las comunidades europeas según el artículo 230 TCE, siempre y cuando se trate de proteger sus prerrogativas, tal como sucede con el Parlamento Europeo -esto ha llevado a decir a algunos autores que realmente su legitimación es sólo para controlar las modalidades de adopción de los actos y no su contenido-, tal figura no existe en la Comunidad Andina, por lo que no podemos comentar nada al respecto en lo que se refiere a la legitimación activa en el ámbito andino. Algunas de las funciones de este banco son ejercidas de alguna manera, salvando las distancias muy marcadas que existen entre ellos, por dos instituciones financieras autónomas, la Corporación Andina de Fomento y el Fondo Latinoamericano de Reservas, que forman parte del Sistema Andino de Integración. Sin embargo, éstos tampoco tienen legitimación para impugnar actos comunitarios, ni siquiera cuando afecten sus intereses, salvo que se les dé tratamiento de particulares por ser personas jurídicas, que hasta 1996 venían funcionando separadamente de la estructura institucional de la Comunidad Andina, aunque relacionados con ésta, al haber sido creadas con personalidad jurídica propia a través de tratados distintos al Acuerdo de Cartagena, en todo lo cual el Tribunal de Justicia andino todavía no se ha pronunciado sino sólo para decir que los actos de estas instituciones financieras, concretamente la Corporación Andina de Fomento, no son objeto de la acción de nulidad, "ya que no se trata de una entidad sujeta a su jurisdicción" (sentencia TJCA de 22 de noviembre de 1985, caso Eduardo Soto Naranjo vs Corporación Andina de Fomento, proceso 1-85 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo I, p. 25).

1.4 LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA

La sentencia que declara con lugar una Acción de Nulidad declara la invalidez y por supuesto la nulidad del acto o convenio impugnado. En virtud de la presunción de validez de los actos comunitarios, la sentencia tiene carácter constitutivo,³⁶ ya que priva de efectos jurídicos a un acto o a un convenio que antes tenía plenos efectos por considerarse válido.³⁷ Por esto, la sentencia extingue y hace desaparecer del ordenamiento jurídico a los actos irregulares, pero no sus efectos.

³⁶ En este sentido, Andueza, *El Tribunal del...*, p. 98. y pareciera que Nieto en “Estudio Preliminar” en Beladiez Rojo, Margarita, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 1994, p. 17 cuando dice que realmente los actos administrativos son válidos hasta que un órgano jurisdiccional o administrativo declara lo contrario y mientras no tenga lugar esa declaración, tales actos no es que se presumen como válidos sino que son válidos por muy graves que sean sus vicios.

Considera Nieto que él no alcanza a comprender las diferencias que, desde la perspectiva de su régimen jurídico que es lo que interesa, median entre ser válido y presumirse válido. “Si el Derecho trata a los actos como si fueran válidos”, continúa Nieto, “es indiferente (para el pasado) que luego venga un Tribunal y los declare inválidos por nulidad absoluta si tenemos en cuenta que los efectos producidos siguen valiendo”. Para Nieto, “la distinción entre efectos *ex tunc* y efectos *ex nunc* es un mito del que hay que desprenderse cuanto antes de la misma manera que ya nadie cree, desde hace mucho tiempo, en el otro mito de que los actos nulos no pueden producir efectos: si todo esto fuera cierto, no habría necesidad de impugnar los actos administrativos viciados de nulidad (NIETO, “Estudio Preliminar” en Beladiez Rojo, *Ob. Cit.*, p. 16-17). Pareciera entonces que, según Nieto, la sentencia que declara la nulidad de un acto cambia una realidad jurídica y crea una nueva al considerar que el acto anulado antes de serlo por el órgano competente era válido y no que se presumía válido, ya que antes de esa declaración judicial o administrativa tenía plenos efectos jurídicos que por el hecho de esta declaración no desaparecen del mundo jurídico.

³⁷ Para la mayoría de los autores la sentencia de nulidad tiene efectos declarativos porque consideran que la misma lo que hace es declarar una situación preexistente, que por el principio de presunción de validez no puede considerarse como tal hasta que no lo haga un órgano administrativo o judicial. Esto es claro especialmente si la sentencia considera que la nulidad tiene efectos retroactivos desde la fecha de la emisión del acto por considerar que el mismo nunca ha existido porque el vicio era muy grave para que ello haya ocurrido.

Sin embargo, la duda está en que en muchos casos, pese a la gravedad del vicio del acto, el Tribunal considera válidos los efectos hasta la fecha de la sentencia e incluso hasta un tiempo posterior cuando así lo considera conveniente por razones de interés público. En estos casos pareciera entonces que la sentencia de nulidad tiene efectos constitutivos porque crea una situación jurídica nueva al declarar un acto como inválido, que no antes no lo era, hasta el punto que puede declarar que ciertos efectos del acto anulado son válidos. Y es que aun cuando el tribunal declara que el acto anulado nunca existió y por lo tanto los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de su emisión, es imposible declarar inválidos todos los efectos del acto anulado y de allí la imposibilidad de considerar al acto anulado como si nunca hubiese existido. Por esta razón es que gran cantidad de sentencias en las jurisdicciones contencioso-administrativas del mundo y en la propia jurisdicción comunitaria europea han considerado como válidos los efectos de actos anulados, aun adoleciendo de vicios de nulidad absoluta, sin contar los casos en los que han pretendido borrar el acto del ordenamiento jurídico pero han subsistido efectos que un tribunal no puede borrar con ficciones jurídicas.

Nótese que hemos dicho que la sentencia de nulidad declara la invalidez y la nulidad de un acto o convenio, ya que también puede darse, como sucede en Europa con la cuestión prejudicial de validez y en la Comunidad Andina con la mal llamada excepción de ilegalidad (tercer párrafo Art. 20 TTA), que el Tribunal comunitario se limite a declarar la invalidez de una norma sin implicar su nulidad, lo que sólo conlleva su inaplicación en el caso concreto por lo cual la norma declarada inválida no desaparecerá del ordenamiento jurídico. Sin embargo, en la práctica hay que reconocer que en Europa la declaración de invalidez de una norma comunitaria por el Tribunal de Justicia, si bien no tiene efectos *erga omnes* sino sólo en el juicio para el que se ha pedido la consulta a través de la cuestión prejudicial de validez, se produce una especie de inaplicación de aquella categoría —en todos los casos futuros— por el carácter vinculante que tiene la jurisprudencia comunitaria para los tribunales nacionales.

Tal como en las comunidades europeas, la sentencia de nulidad andina produce efectos *erga omnes* y obliga al órgano comunitario cuyo acto fue anulado a “adoptar las disposiciones que se requieran para asegurar el cumplimiento efectivo de la sentencia, dentro del plazo fijado por el propio Tribunal” (Art. 22 TTA).³⁸ Ahora bien, esto último de ninguna manera quiere decir que hasta que el órgano comunitario no derogue el acto, el mismo sigue existiendo o que la sentencia de nulidad sólo sea un mandato al órgano comunitario para que haga desaparecer el acto anulado. La sentencia de nulidad vale por sí misma para retirar el acto de la vida jurídica. A lo que obliga el artículo 22 TTA, que equivale al artículo 233 TCE, es a que el órgano comunitario restaure la situación existente a la de antes de que el acto impugnado produjera sus efectos, retirando en su caso los actos adoptados en ejecución de aquél.³⁹

Pese a la similar redacción del segundo párrafo del artículo 22 TTA con el primer párrafo del artículo 27 TTA,⁴⁰ contenido éste último en la ac-

³⁸ En igual sentido los artículos 231 y 233 TCE.

³⁹ Alonso García, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 377.

⁴⁰ El primer párrafo del artículo 27 TTA dice: “Si la sentencia del Tribunal fuere de incumplimiento, el País Miembro cuya conducta haya sido objeto de la misma quedará obligado a adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento en un plazo no mayor de noventa días siguientes a su notificación”.

ción de incumplimiento, sin embargo por el Tribunal de Justicia carecer de facultades anulatorias del acto que constituye el incumplimiento, es el Estado incumplidor el que debe adecuar su derecho al ordenamiento jurídico comunitario en los términos que establezca la sentencia, por lo que es el Estado y no el Tribunal el que debe hacer desaparecer los actos incumplidores del mundo jurídico, ya que la sentencia de incumplimiento no es suficiente para ello, tal como ocurre en las comunidades europeas (Arts. 228.1 y 233 TCE).

El Tratado del Tribunal andino permite, pese a tener las sentencias carácter constitutivo como ya vimos, dar a las sentencias de nulidad efectos retroactivos, ya que dispone que cuando el Tribunal “declare la nulidad total o parcial de la Decisión, Resolución o Convenio impugnados, señalará los efectos de la sentencia en el tiempo” (Art. 22 TTA). Obviamente, este efecto retroactivo se declarará o no dependiendo de la gravedad del vicio detectado en el acto o convenio impugnado, para lo cual es útil la teoría de las nulidades según la cual si la gravedad del vicio observado es muy importante, como serían la incompetencia manifiesta, la imposible o ilegal ejecución, la inexistencia absoluta y total de procedimiento, la violación de derechos fundamentales, entre otros, se debe considerar al acto o convenio como nulo de nulidad absoluta y por lo tanto como si nunca hubiese existido, con lo cual se le priva de efectos jurídicos no sólo hacia el futuro sino también hacia el pasado. Sin embargo, en muchos casos, actos anulados por nulidad absoluta se les dan efectos hacia el pasado por razones de interés general.

Estos efectos retroactivos de la sentencia de nulidad muchas veces pueden lograrse sólo en la teoría porque habrá efectos que serán imborrables del mundo jurídico así lo diga una sentencia. Ahora bien, cuando el acto o convenio adolece de un vicio menos grave que no le haya impedido nacer, como pudiera ser un vicio de forma que no implique indefensión, la nulidad deberá regir sólo hacia el futuro si no es convalidable. Al mismo tiempo, es posible que, pese a tratarse de un vicio grave, el Tribunal decida darle efectos al acto anulado hasta una fecha posterior a la sentencia, tal como lo permite el artículo 231 TCE cuando expresa que respecto a los reglamentos, “el Tribunal de Justicia señalará, si lo estima necesario, aquellos efectos del reglamento declarado nulo que deban ser considerados como definitivos”, lo cual resulta enteramente

aplicable en el sistema jurisdiccional comunitario andino cuando el Tratado del Tribunal dice que cuando éste declare la nulidad total o parcial de la Decisión, Resolución o Convenio impugnados, “señalará los efectos de la sentencia en el tiempo” (Art. 22 TTA), lo cual, de paso, es una facultad más amplia, desde el punto de vista de los efectos de la sentencia, que la limitada posibilidad que tiene el Tribunal europeo en el mismo tema, ya que el artículo 231 TCE la restringe a los reglamentos.

Sin embargo, las facultades al Tribunal de Justicia establecidas en este último artículo del Tratado de la Comunidad Europea han sido consideradas jurisprudencialmente en forma más amplia, tal como puede hacerse en la Comunidad Andina. Ello lo podemos observar cuando el Tribunal europeo consideró posible reconocer a una sentencia anulatoria una eficacia prospectiva, dando por válidos los efectos de la disposición anulada hasta la fecha de la sentencia. Esto sucedió, por ejemplo, en la sentencia en la que el Tribunal, ampliando el ámbito de aplicación del actual artículo 231 TCE, aplicándolo, además de los reglamentos, a los actos susceptibles de producir efectos jurídicos, anuló la Resolución del Presidente del Parlamento Europeo que aprobó el presupuesto comunitario para 1986, declarando no obstante que la necesidad de garantizar la continuidad del servicio público europeo, así como razones de seguridad jurídica, justificaban la consideración como definitivos de los pagos realizados y los compromisos comenzados a ejecutar antes de la fecha de la sentencia.⁴¹

Igualmente, pese a que el artículo 231 TCE pareciera no permitir sino que el Tribunal determine los efectos de la nulidad respecto al período comprendido entre la adopción de la disposición y la fecha de la sentencia anulatoria, lo cierto es que el Tribunal no ha dudado en extender su poder de definición hacia el futuro, manteniendo en vigor los efectos del reglamento anulado para un ejercicio posterior a su sentencia, en tanto no se adoptaran las medidas de ejecución de la misma. Fue el caso de una sentencia en la que el Tribunal, tras anular determinadas disposicio-

⁴¹ Sentencia TJCE de 3 de julio de 1986, caso Consejo vs Parlamento Europeo (asunto 34/86), ECR. 2155.

nes de un reglamento de adaptación de remuneraciones y de pensiones de los funcionarios y otros agentes de la Comunidad, sostuvo que “sin embargo, con el fin de evitar una discontinuidad en el régimen de remuneraciones, ha lugar el mantenimiento en vigor de los efectos de las disposiciones de los reglamentos anuladas, relativas a la adaptación de remuneraciones de funcionarios comunitarios hasta el momento en que el Consejo haya dictado las medidas que está obligado a adoptar para asegurar la ejecución de la presente sentencia”.⁴²

Ricardo Alonso García destaca que, en definitiva, la continuidad del régimen de remuneraciones, la anulación de una disposición por defecto y no por exceso, el desbarajuste en determinados supuestos de todo un ámbito jurídico ante el vacío legal que pueda producir la expulsión inmediata del ordenamiento de la norma anulada, la necesidad de continuidad de un servicio público, etc., “son principios jurídicos que en casos concretos pueden no ya aconsejar, sino exigir el mantenimiento de la eficacia de la norma anulada en tanto no sea sustituida por otra acorde con el ordenamiento jurídico, corriendo el riesgo, de lo contrario, de caer en un remedio peor que la enfermedad”.⁴³

Como podemos observar, los efectos de la sentencia de la Acción de Nulidad se emparentan en forma muy cercana con la de los recursos contencioso-administrativos de anulación en la que, o bien se confirma el acto o convenio o se anula la actuación recurrida y si se anula, el Tribunal tiene facultades para determinar los efectos de los actos anulados que pueden mantenerse, ya sean del pasado o del futuro, tomando en cuenta la gravedad del vicio detectado y el interés general. De la misma manera, la declaratoria de nulidad puede ser sólo parcial o total, caso en los cuales el Tribunal también deberá declarar los efectos de la sentencia en el tiempo.

En los casos en los que el Tribunal andino ha dictado sentencia en Acciones de Nulidad, declarando nulos los actos impugnados, se ha decidido, o bien que la sentencia de anulación tenga efecto desde la fecha de

⁴² Sentencia TJCE de 6 de octubre de 1982 (asunto 59/81), ECR. 3329.

⁴³ Alonso García, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 380.

expedición del acto,⁴⁴ esto es, como si nunca hubiera existido, o bien que la decisión del Tribunal tendrá efecto hacia el futuro.⁴⁵ Es decir, no solamente el Tribunal puede decidir los efectos de la sentencia entre la fecha de emisión del acto anulado y la de la sentencia, sino que también podría el órgano judicial darle efectos al acto anulado hacia el futuro, cuando razones de interés público así lo exigieran, como sería el caso de evitar un vacío legal.

En todo caso, el Tribunal, independientemente de la causa de la nulidad declarada, tomará en cuenta la incidencia que pueda tener tal declaratoria en la vida práctica de los ciudadanos, por lo que más allá de la pura legalidad de la cuestión, el Tribunal debe ver el efecto de la nulidad sobre el interés general, de manera que no sólo ésta es importante para determinar si hay nulidad o no como ya vimos, sino que también, una vez detectada la nulidad, el interés general determinará los efectos de la sentencia en el tiempo, en lo cual la pura ilegalidad quedará en un segundo plano para salvaguardar los intereses colectivos.

1.5 OTROS ASPECTOS DE LA ACCIÓN DE NULIDAD

Nos queremos referir ahora a concretos aspectos de la Acción de Nulidad andina que por no tener particularidades especiales, hablaremos de ellos en forma sucinta seguidamente:

⁴⁴ Sentencia TJCA de 10 de junio de 1987, proceso 1-N-86 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo I, pp. 59 y ss). En esta sentencia el Tribunal dejó expresado que “[e]n cumplimiento de lo previsto en el artículo 56 del Estatuto, el Tribunal dispone que los efectos de esta sentencia se cumplirán a partir del 16 de abril de 1986, fecha en que se dictó la Resolución 252 demandada”. En esta sentencia el Tribunal declaró la nulidad parcial de la resolución impugnada.

Similar decisión adoptó el Tribunal andino en otro caso cuando dejó sentado que “[d]e conformidad con las previsiones del artículo 22 del Tratado y 56 del Estatuto se dispone que los efectos de esta sentencia se cumplirán a partir del 16 de abril de 1986, fecha en que se dictó la Resolución 253”, la cual fue declarada parcialmente nula (sentencia TJCA de 10 de junio de 1987, proceso 2-N-86 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo I, pp. 85 y ss.).

⁴⁵ Sentencia TJCA de 10 de octubre de 1985, proceso 1-N-85 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo I, pp. 29 y ss.). En esta sentencia, el Tribunal dijo, luego de declarar la nulidad total de la resolución impugnada, que “[e]sta nulidad comenzará a producir sus efectos a partir del día siguiente al de su lectura en audiencia”. Similar declaración hizo el TJCA en sentencia de 28 de enero de 1993, proceso 4-N-92 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo III, pp. 33 y ss.).

1.5.1 Plazo para intentarla

Según el artículo 20 TTA, la Acción de Nulidad deberá ser intentada dentro de los dos años siguientes a la fecha de entrada en vigencia de la Decisión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión de la Comunidad Andina, de la Resolución de la Secretaría General o del Convenio objeto de dicha acción.

Como puede observarse, pese a tener la Acción de Nulidad una finalidad de depuración del ordenamiento jurídico comunitario, por lo cual, como sucede en los recursos de inconstitucionalidad, no debería tener plazo alguno para intentarla; sin embargo, el Tratado ha considerado conveniente establecerlo con fines de seguridad jurídica,⁴⁶ resolviendo así el conflicto que se presenta entre dos intereses contrapuestos: por un lado, la protección de la legalidad del ordenamiento jurídico comunitario; y por el otro, garantizar la estabilidad de las situaciones jurídicas creadas, modificadas o extinguidas por el derecho andino.⁴⁷

Lo grave de esta situación era que antes de que fuese reformado el Tratado del Tribunal en 1996, el plazo original para intentar la Acción de Nulidad era más corto (1 año) y no había la posibilidad de solicitar la inaplicabilidad de una Decisión o Resolución ilegal cuando ya había vencido el lapso, tal como siempre se ha permitido en las comunidades europeas (Art. 234 TCE). Hoy, afortunadamente, el plazo para intentar la Acción de Nulidad andina se ha ampliado a dos años y en el caso de que hubiere expirado este plazo, las partes en un litigio que se hubiere planteado ante jueces nacionales pueden solicitar a los mismos la inaplicabilidad de la Decisión o Resolución al caso concreto (Art. 20 TTA), siempre que el mismo se relacione con su aplicación y su validez se cuestione conforme a lo dispuesto en el artículo 17 TTA, esto es, por violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder.

⁴⁶ En este sentido Uribe Restrepo, Fernando, *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1990, p. 142 y Andueza, *El Tribunal del...*, p. 90.

⁴⁷ Andueza, *El Tribunal del...*, p. 90.

Ya dijimos en un aparte anterior que, si bien esta posibilidad de solicitar la inaplicación de una norma comunitaria, establecida en el segundo párrafo del artículo 20 TTA, se le ha llamado excepción de ilegalidad, como si fuese equivalente a la figura prevista en el artículo 241 TCE, realmente, en nuestro criterio, tal solicitud tiene que ver más con la cuestión prejudicial de validez europea (Art. 234 TCE). Ello porque, al igual que la cuestión prejudicial de validez europea, la solicitud debe hacerse ante el juez nacional que conozca de un litigio planteado por las partes, no ante el propio Tribunal de Justicia como en la excepción de ilegalidad europea, y seguidamente a la solicitud de inaplicabilidad, el juez nacional debe consultar acerca de la legalidad de la Decisión, Resolución o Convenio al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y deberá suspender el proceso hasta recibir la providencia del mismo, la que será de aplicación obligatoria en la sentencia de aquél (Art. 20, tercer párrafo, TTA).

Ahora bien, independientemente de que sea o no una verdadera excepción de ilegalidad en los términos comunitarios europeos, se trata de una posibilidad de inaplicabilidad de una norma en el caso de que haya caducado la Acción de Nulidad, lo cual es más importante si tomamos en cuenta que ésta no está abierta a todos los particulares por requerirse el interés legítimo o la afectación de un derecho subjetivo, por lo que serán muchos los particulares que al momento de dictar la norma general no sean afectados por ella o no puedan intentar la acción, pero luego al dictarse el acto individual ello sí ocurra y muy probablemente ya haya expirado el plazo de la Acción de Nulidad contra la norma.

En todo caso, esta excepción de inaplicabilidad evita que el particular tenga que demostrar su especial situación jurídica frente a la norma, en lo que el Tribunal de Justicia europeo ha sido muy estricto por cierto, y puede actuar en forma más concreta y segura en el litigio específico en el que se pretenda aplicar la norma supuestamente ilegal, solicitando en primer lugar la inaplicabilidad de la misma.

Tal como sucede en las comunidades europeas en la cuestión prejudicial de validez, la ilegalidad declarada por el Tribunal de Justicia, en principio, sólo será aplicable al caso concreto, sin que ella signifique que desaparece la norma del mundo jurídico, ya que el Tribunal de Justicia

no tiene facultades anulatorias en esta vía judicial, pero obviamente en virtud de la obligatoriedad que tiene la jurisprudencia de este tribunal para los jueces nacionales, en los hechos y para el futuro tal declaratoria de invalidez tendrá los efectos *de facto* de una nulidad.

Ahora bien, desde el punto de vista práctico, es oportuno dilucidar a partir de qué fecha debe contarse el plazo para intentar la acción de nulidad. Según el artículo 20 TTA, esta acción deberá ser intentada dentro de los dos años siguientes “a la fecha de entrada en vigencia de la Decisión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, de la Resolución de la Secretaría General o del Convenio objeto de dicha acción”.

Según el artículo 2 TTA, las Decisiones “obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina”. Pero al mismo tiempo, el artículo 3 TTA dispone que “[l]as Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior”.

Finalmente, el artículo 3 TTA dice que, cuando su texto así lo disponga, “las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro”.⁴⁸

⁴⁸ Hemos sostenido que esta disposición del Tratado del Tribunal andino no debe interpretarse como una contradicción con la naturaleza jurídica de la Comunidad Andina, ya que cuando el órgano comunitario así lo considere conveniente, no el Estado miembro basado en su ordenamiento jurídico, podrá decidir que su Decisión no entre en vigencia inmediatamente, como es la regla, sino luego de que los Estados miembros hayan dictado ciertas normas internas que se consideren necesarias y convenientes para que la aplicación de la norma comunitaria sea más efectiva. No se trata de esperar que la norma andina se convierta o sea transformada en derecho interno sino que se mantiene en suspenso su vigencia para una oportunidad más conveniente, ésta es, cuando los Estados miembros dicten ciertas reglas necesarias para su aplicación efectiva. Pero, en todo caso, esta es una decisión del órgano andino, tomando en cuenta el interés comunitario y no considerando lo expresado por el ordenamiento jurídico interno de los países, que siempre debe permitir la aplicación directa e inmediata de la norma comunitaria.

Como puede verse, no está clara la situación.⁴⁹ Ello porque, en el caso de las Decisiones, éstas obligan a los países miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el órgano comunitario, pero al mismo tiempo las mismas son aplicables directamente en los países miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior. Con las Resoluciones no hay problema, ya que todas son directamente aplicables desde el momento de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, sin hacer el Tratado ninguna otra distinción.

Creemos que para responder a esta duda hay que distinguir entre los posibles accionantes,⁵⁰ éstos son, los órganos comunitarios, los países

Igualmente, la forma de las normas internas que requiera el acto comunitario para su aplicación no necesariamente deberá ser la de leyes como siempre lo exige el derecho internacional público como una forma de convertir la norma internacional en interna, sino que el Estado miembro, una vez ocurrida la emanación del acto por el órgano comunitario, lo que debe hacer es dictar las normas internas, de cualquier nivel que sean necesarias de acuerdo con el derecho interno, pudiendo ser inclusive actos administrativos, para permitir la aplicación efectiva del derecho comunitario.

En todo caso, la frase “incorporación al derecho interno” debe ser interpretada de acuerdo con el derecho comunitario y no como se hace en el derecho internacional en el sentido de conversión, transformación o recepción de la norma comunitaria en norma nacional, ya que en este tipo de actos no es necesaria la conversión, transformación o recepción aludida para su aplicación nacional sino que lo que se busca con esta expresión del artículo 3 TTA es sólo una aplicación efectiva en los Estados miembros de la norma comunitaria.

Claro está, esta situación deberá ser excepcional y en casos muy particulares, ya que la regla siempre deberá ser que el derecho comunitario andino se aplique directamente en los países miembros desde que la norma sea publicada en el órgano oficial de la Comunidad Andina y que tenga primacía sobre el derecho interno (al respecto ver Andueza, *El Tribunal del...*, pp. 69-73).

⁴⁹ Brewer-Carías resuelve la cuestión diciendo que conforme a lo indicado por el artículo 3 TTA, “la entrada en vigencia de las Decisiones y Resoluciones es a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo (...), a menos que las mismas señalen una fecha posterior” (Brewer-Carías, *El derecho comunitario europeo: experiencias para el proceso de integración andino*. Ponencia de la Tercera Conferencia Mundial de la Asociación de Estudios de la Comunidad Europea, Bruselas, 1996, p. 230).

⁵⁰ En similar sentido SÁCHICA cuando dice lo siguiente: “Asunto que se oscurece, adicionalmente, con la disposición, ya reseñada, del artículo 2 del Tratado en relación con el artículo 3, pues distingue entre la fecha en que las Decisiones se hacen aplicables en los países miembros y aquella en que obligan a tales países, la cual, con toda lógica, es la de su aprobación en la Comisión. Si bien es cierto que se trata de dos efectos distintos de las Decisiones, los de los países entre sí y los destinados a sus habitantes, parecería que existen dos fechas de vigencia, según los sujetos obligados, con la consiguiente confusión a los efectos de los términos de caducidad de la acción” (SÁCHICA, “La acción de nulidad en...”, *Ob. Cit.*, p. 58).

miembros y los particulares, de manera de determinar el comienzo del plazo para intentar la Acción de Nulidad. Si es un país miembro el que quiere intentar la acción contra una Decisión, el plazo deberá contarse desde la fecha en que sea aprobada la misma por el órgano andino, que es cuando es obligatoria para los países miembros porque éstos están representados en los órganos intergubernamentales que la dictan y por consiguiente conocen la norma desde que es aprobada en el seno del órgano de que se trate (Art. 2 TTA).

Ahora bien, cuando se trata de un particular el que quiere intentar la Acción de Nulidad contra una Decisión, éste puede intentarla a partir de la fecha de la publicación de la misma en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, a menos que ella señale una fecha posterior, que es cuando es directamente aplicable a aquél (Art. 3 TTA). Antes de eso, las Decisiones sólo son obligatorias para los países miembros porque éstos participan en el proceso de su adopción.

De la misma manera, cuando sean el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General los que quieran intentar la Acción de Nulidad, consideramos que el plazo para intentarla debe contarse desde la fecha de la publicación de la Decisión, que es cuando el acto comunitario comienza a ser obligatoria para todos los interesados andinos porque no pueden enterarse de su existencia de otra forma como los particulares, salvo para los Estados miembros por las razones antedichas.

Con respecto a las Resoluciones, aparte del caso de los países miembros y los particulares, que deberán intentar la Acción de Nulidad a partir de la fecha en que sean directamente aplicables a ellos, esto es, a partir de la fecha de la publicación de las mismas en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que ésta señale una fecha posterior (Art. 3 TTA), consideramos que el plazo para intentar una Acción de Nulidad por los órganos comunitarios es igualmente desde la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, que es cuando éstos pueden conocerla, a menos que se trate de una Acción de Nulidad intentada por mismo órgano que la dictó –la Secretaría General–, caso en el cual el plazo debe contarse desde que la misma ha sido adoptada.

1.5.2 Los efectos de la interposición de la Acción de Nulidad

De acuerdo con el artículo 21 TTA, la interposición de la Acción de Nulidad no afectará la eficacia o vigencia de la norma o convenio impugnados.

Sin embargo, el artículo 21 TTA en su segundo párrafo permite que el Tribunal, previo afianzamiento –si lo considera necesario– pueda ordenar la suspensión provisional de la ejecución de la Decisión, Resolución o Convenio acusados de nulidad o disponer otras medidas cautelares, si causa o pudiere causar al demandante perjuicios irreparables o de difícil reparación mediante la sentencia definitiva.

Como vemos, la situación en la Comunidad Andina respecto a los efectos de la interposición de la acción de nulidad es casi la misma que la que se da en el sistema jurisdiccional de las comunidades europeas donde el Tratado dispone que los recursos interpuestos ante el Tribunal de Justicia “no tendrán efecto suspensivo” (Art. 242 TCE). Sin embargo, el Tribunal de Justicia podrá, si estima que las circunstancias así lo exigen, ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado (Art. 242 TCE). Igualmente, el Tribunal de Justicia “podrá ordenar las medidas provisionales necesarias en los asuntos de que esté conociendo” (Art. 243 TCE).

Antes de la reforma del Tratado andino en 1996, a través del Protocolo Modificatorio de Cochabamba,⁵¹ no era posible que el Tribunal suspendiera los efectos del acto impugnado, ni adoptara medidas cautelares, en virtud de que se consideraba que no era compatible con la presunción de legalidad de la que gozan los actos comunitarios hasta tanto no sean declarados como nulos por los Tribunales y porque la promulgación de un acto impone a la organización comunitaria el deber de hacer que el mismo se cumpla, no obstante la oposición judicial del recurrente. Esto se sigue considerando cierto, pero en casos excepcionales es necesario que el Tribunal, para evitar daños mayores al accionante no reparables, pueda suspender los efectos del acto impugnado o tomar medidas cautelares.

⁵¹ Esta modificación entró en vigencia el 25 de agosto de 1999.

Andueza expresa que la prohibición de suspender los efectos de las Decisiones y de las Resoluciones impugnadas se explicaba por los efectos generales que ellas producen.⁵² Esos actos abarcan un universo indeterminado de destinatarios y la suspensión vendría a paralizar la ejecución de los mismos y a dejar sin soporte jurídico los derechos y obligaciones constituidos por terceros en aplicación de esas normas. Los daños que produciría la suspensión, se consideraba en aquel momento, serían mayores que los que se querían evitar.⁵³

En todo caso, se trató de una prohibición –la de suspender los efectos del acto recurrido– que fue muy criticada por los autores estudiosos del tema. Por ejemplo, el colombiano Luis Carlos SÁCHICA consideró que tal exclusión “no resulta congruente ni fundada en razones de equidad” porque, de una parte, “le exige a los particulares que demuestren que el acto que denuncian les es aplicable y puede perjudicarlos y, por otra, ignora esa circunstancia, tanto para no concederles la posibilidad de pedir su suspensión, cuando la violación de la norma superior es ostensible y aparece patente de la simple comparación entre ésta y aquél, como para no haber incluido en el sistema de control de legalidad la posibilidad de obtener la satisfacción de los daños originados en actuaciones ilegales de los órganos del Acuerdo”.⁵⁴

Tal como en las comunidades europeas (Arts. 242 y 243 TCE), los preceptos aludidos del Tratado de Creación del Tribunal que permiten la suspensión de los efectos del acto impugnado y dictar medidas cautelares permiten al juez comunitario ejercitar el papel de garante provisional del respeto de la legalidad comunitaria mientras resuelve el litigio del cual está conociendo, tanto por la Comunidad como por los Estados miembros.

Ahora bien, esta garantía por el juez comunitario, de carácter incidental y provisional, tal como lo considera Alonso García, “se fundamenta no

⁵² Para SÁCHICA, quizá la prohibición de suspender los efectos de los actos impugnados en acción de nulidad “pueda basarse en que, de haberse reconocido la facultad para obtener la suspensión provisional, se estaría abriendo la posibilidad de que los propios países miembros paralizaran la acción integradora por intereses nacionales” (SÁCHICA, “La acción de nulidad en...”, *Ob. Cit.*, p. 66).

⁵³ Andueza, *El Tribunal del...*, pp. 91-92.

⁵⁴ SÁCHICA, “La acción de nulidad en...”, *Ob. Cit.*, p. 66.

tanto en una defensa abstracta de la legalidad comunitaria, como en una defensa concreta de los intereses de las partes en el proceso que, de no obtener la pertinente medida cautelar por el Tribunal de Justicia en tanto éste resuelve el proceso, podrían encontrarse con una decisión judicial estimatoria de sus pretensiones, pero ineficaz como consecuencia de la duración del proceso; de lo que se trata, en definitiva, es de “asegurar la efectividad de la declaración jurisdiccional que ponga fin al proceso principal, manteniendo o creando la situación de hecho que la haga posible”.⁵⁵

Si bien no ha habido oportunidad en la que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se haya pronunciado sobre las características, alcance y requisitos de las medidas cautelares, creemos que puede ser aplicada a nivel comunitario andino la doctrina jurisprudencial que se ha formado en Europa y que resulta bastante útil. Son dos los requisitos de fondo que se ha dicho en Europa que con carácter acumulativo debe tener la concesión de una medida cautelar, de manera que sólo una vez que la condición de urgencia esté satisfecha, deberá el juez analizar si, además, “son serios los fundamentos de hecho y de derecho alegados en apoyo de la pretensión principal”.⁵⁶

Por lo que se refiere a la urgencia, el Tribunal de Justicia europeo la ha ligado al perjuicio grave e irreparable que, de no concederse la medida cautelar, provocaría en el demandante la duración del proceso (*periculum in mora*), convirtiendo en ineficaz una decisión final a su favor en cuanto al fondo.⁵⁷

En cuanto a la apariencia de seriedad de las alegaciones de la pretensión principal (*fumus boni iuris*), el Tribunal exigió, en un primer momento, “una fuerte presunción en favor de la procedencia de la demanda principal”⁵⁸ o que “el recurso principal se presente como manifiesta-

⁵⁵ Alonso García, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 483.

⁵⁶ Alonso García, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 485.

⁵⁷ Alonso García, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 485.

⁵⁸ Sentencia TJCE de 20 de octubre de 1959, caso Von Lachmüller (asunto 43-45/59), ECR. (1960) 489.

mente fundado”,⁵⁹ pero luego, a partir de 1975, el Tribunal se ha contentado con que “algunos elementos básicos del recurso principal no se presenten, en el primer examen, de tal modo que deban considerarse como manifiestamente sin fundamento”.⁶⁰

Junto a ambos requisitos, ha entrado en escena el principio de equilibrio de los intereses en juego, en virtud del cual el juez comunitario deberá tener en cuenta, en su caso de oficio, los perjuicios que la adopción de la medida cautelar podría producir no sólo al demandado, sino a terceros interesados.⁶¹

Ahora bien, junto a esta doctrina de carácter general, se ha ido configurando otra que podría considerarse una variante *fumus bonis iuris* en el sentido de que éste fue utilizado por el Tribunal de Justicia europeo. En efecto, hasta 1975, este Tribunal vino exigiendo, más que apariencia, cuasi-evidencia, esto es, no simples indicios de legalidad en la pretensión del demandante sino una “fuerte presunción” o “manifiesta fundamentación” de la mencionada legalidad; a partir de la mencionada fecha; sin embargo, el Tribunal recuperó el auténtico sentido del *fumus*, limitándose a exigir la presencia de indicios *prima facie* sólidos de la legalidad de la pretensión.⁶²

Pues bien, la variante a la que nos referíamos consiste en mantener esa “fuerte presunción” o “manifiesta fundamentación” de ilegalidad, pero a los efectos de proceder, en su presencia, a la concesión de la suspensión, sin entrar en la existencia o no del perjuicio grave e irreparable o, si se prefiere, identificando dicho perjuicio grave e irreparable con el hecho de encontrarnos ante un acto manifiestamente ilegal *prima facie*.⁶³

Hay que notar, al igual que Alonso García, que, en consecuencia, estaríamos ante una cuestión de graduación a aplicar en cada caso concre-

⁵⁹ Sentencia TJCE de 25 de junio de 1963, caso Prakash vs. Comisión (asuntos 19 y 65/63), ECR. (1965) 576.

⁶⁰ Sentencia TJCE de 16 de enero de 1975, caso Johnson vs. Comisión (asunto 3/75), ECR. 1.

⁶¹ Alonso García, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 485.

⁶² Alonso García, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 486.

⁶³ Alonso García, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 486.

to: “la apariencia de buen derecho en la pretensión del recurrente sería, en principio, un requisito de los varios a tener en cuenta a la hora de adoptar una medida cautelar, pero cuando en lugar de apariencia tenemos cuasi-evidencia, ésta bastaría, por sí sola, para a la demanda de la medida provisional”.⁶⁴

Creemos que toda esta bien elaborada doctrina del Tribunal de Justicia europeo es aplicable en la Comunidad Andina, ya que las normas que regulan la suspensión de los efectos del acto impugnado en la Acción de Nulidad y las medidas cautelares judiciales en ambas comunidades son muy similares.

2. EL RECURSO POR OMISIÓN O INACTIVIDAD

Tal como sucede en las comunidades europeas, en la Comunidad Andina el control de legalidad de los órganos comunitarios está conformado tanto por mecanismos de revisión de los comportamientos activos, lo cual se hace fundamentalmente con la Acción de Nulidad, como por mecanismos de revisión de los comportamientos omisivos, lo que se hace con el recurso al que dedicaremos las próximas líneas: el Recurso por Omisión o Inactividad.

En efecto, de acuerdo con el artículo 37 TTA, “[c]uando el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina o la Secretaría General se abstuvieren de cumplir una actividad a la que estuvieren obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, dichos órganos, los Países Miembros o las personas naturales o jurídicas en las condiciones del artículo 19 podrán requerir el cumplimiento de dichas obligaciones”.

En efecto, se trata de un artículo, del cual, por ahora, sólo hemos transcrito el primer párrafo, que es muy similar al artículo 232 TCE. Sin embargo, también hay sus diferencias, ya que para la conformación del recurso andino se ha tomado en cuenta la doctrina contencioso-administrativa latinoamericana y no sólo la comunitaria europea, siendo aquella que produce una diferencia sustancial entre el recurso andino del europeo.

⁶⁴ Alonso García, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, pp. 486-487.

A diferencia de lo que literalmente dice el artículo 232 TCE, el Recurso por Omisión o Inactividad del sistema jurisdiccional de la Comunidad Andina salvaguarda, no sólo a los tratados constitutivos, sino también todos los actos mencionados en el artículo 1 TTA, lo que no incluye solamente al derecho originario sino también al derecho derivado.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia europeo ya ha consolidado una doctrina según la cual la omisión susceptible de activar el Recurso por Omisión en todas las comunidades del viejo continente no es sólo la que tenga que ver con los tratados constitutivos sino también la que sea una violación del derecho derivado comunitario, tal como se prevé en la Comunidad Andina en forma expresa, con lo cual ya no hay diferencia en los hechos en este aspecto entre el Recurso por Omisión andino y el de Inactividad de la Comunidad Europea.⁶⁵

Ahora bien, tal como en los tratados comunitarios europeos, el artículo 37 TTA exige el cumplimiento de dos fases, una administrativa, preliminar o precontenciosa, y otra judicial, todo para solicitar a los órganos comunitarios el cumplimiento de una actividad a la que estuvieren “obligados expresamente” por el ordenamiento jurídico de la Comunidad. Esto se corrobora en el segundo párrafo del artículo 37 TTA según el cual “[s]i dentro de los treinta días siguientes no se accediere a dicha solicitud, el solicitante podrá acudir ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para que se pronuncie sobre el caso”.

Para algunos autores europeos, desde un punto de vista teórico, los procedimientos para anular un acto y los establecidos para requerir a una autoridad pública a adoptar una acción son dos aspectos de un mismo remedio legal, lo que también ha llegado a decir el Tribunal de Justicia europeo.⁶⁶ Las similitudes entre las previsiones de los Tratados en ambos tipos de recursos indican, en criterio de estos estudiosos, que los autores de los tratados tenían esta idea y no es una sorpresa, por lo

⁶⁵ Inclusive se pueden incluir a los principios generales del derecho los cuales son parte indispensable de la doctrina de protección de los derechos fundamentales, doctrina ésta que ha contagiado a todo el tratado y ha hecho que se incluya dentro del ordenamiento jurídico comunitario a estos principios tan importantes (en este sentido Schermers y Waelbroeck, *Ob. Cit.*, p. 226).

⁶⁶ Sentencia TJCE, caso Amadeo Chevalley vs Comisión (as. 15/70), Rec. 979.

tanto, como lo dice Hartley, que el Tribunal europeo haya adoptado esta doctrina como principio general.⁶⁷ Sin embargo, ya veremos que la doctrina sentada por el Tribunal europeo no tiene como principio general esa idea sino que ello dependerá de los casos.⁶⁸ El mismo Tribunal comunitario ha tenido que suavizar su posición para aceptar que no siempre hay coincidencia en la aplicación del principio de la unidad, esto es, no siempre hay paralelismo entre el recurso de anulación y el de omisión y que es posible intentar un recurso por inactividad en casos en los que su equivalente en una conducta positiva no permite proceder por la vía de la anulación.

En este sentido, la aplicación práctica de un principio según el cual el recurso de anulación y el de omisión tienen que ver con el mismo remedio, como lo llegó a decir el Tribunal de Justicia en la sentencia Chevalley, todo lo cual lo podemos englobar en un principio llamado de la unidad, es muy relevante y su adopción no constituye solamente una construcción teórica, ya que implicaría que las condiciones y limitaciones aplicables en ambos casos deben ser los mismos, excepto las distintas reglas que son consecuencia necesaria de las diferencias inherentes y sustanciales entre un acto y una omisión.⁶⁹

2.1 *EL ELEMENTO MATERIAL DEL RECURSO: LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN OMITIDA*

Quizá para evitar los problemas de interpretación que se han presentado en la Comunidad Europea, el Tratado andino establece que el recurso por omisión es procedente para requerir el cumplimiento de obligaciones establecidas expresamente en el ordenamiento jurídico comunitario que, como ya vimos, incluye tanto al derecho originario como al derecho derivado.

Una distinción relevante salta a la vista entre el Recurso por Omisión andino y su similar de la Comunidad Europea. En el primero, la inactivi-

⁶⁷ Hartley, *Ob. Cit.*, p. 394.

⁶⁸ Aunque da la impresión que la famosa sentencia Chevalier haya sido más un accidente en la conformación de una jurisprudencia en este aspecto que una doctrina general como dice Hartley, ya que posteriormente varias sentencias han tenido que echar marcha atrás...o hacia adelante.

⁶⁹ Hartley, *Ob. Cit.*, p. 395.

dad se conforma con una conducta omisiva de una obligación expresa y en el segundo la omisión se constituye cuando el órgano comunitario no haya definido su posición, de manera que, aparentemente, por lo menos desde el punto de vista literal, cuando el órgano comunitario define su posición, aunque siga omitiendo la conducta solicitada, ya no es posible considerar que hay inactividad, siempre y cuando este rechazo cumpla con los requisitos que ha establecido la jurisprudencia, especialmente la motivación. El reclamante deberá utilizar entonces otra vía judicial para solucionar el problema, probablemente la Acción de Nulidad.

En este sentido, el Recurso por Omisión andino se parece más al establecido en el Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA) según el cual hay omisión si la Alta Autoridad no hubiere tomado una decisión o formulado ninguna recomendación (Art. 35 CECA), aunque en este tratado ocurre que la falta de actuación se entiende como una ficción legal de un acto de rechazo, por lo que el paso siguiente debe ser un recurso de anulación, lo que no ocurre en el sistema jurisdiccional andino donde siempre se seguirá por la vía de la omisión aunque haya un acto expreso de rechazo.

Sin embargo, esta diferencia literal entre ambos grupos de preceptos, los de los Tratados de la Comunidad Europea general y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa), por un lado, y del Tratado CECA y de la Comunidad Andina por el otro, puede suavizarse si se considera⁷⁰ que de la interpretación sistemática de los primeros se puede concluir que una simple toma de posición no basta para declarar excluida la omisión y por lo tanto, la imposibilidad de seguir adelante en la vía judicial por inactividad, sino que es necesario que tal definición de posición contenga una decisión definitiva, clara y precisa, y no una mera opinión jurídica sin ningún contenido motivado y relevante.

Por otro lado, como señalan algunos autores, siendo que para que los legitimados no privilegiados –los particulares– puedan demandar por

⁷⁰ Así lo consideran Schermers y Waelbroeck cuando dicen que cualquier obligación que incumba a las instituciones comunitarias puede estar basada en los Tratados, por lo que virtualmente no hay la restricción que por la formulación literal de las normas parece haber (Schermers y Waelbroeck, *Ob. Cit.*, pp. 222-223).

abstención a un órgano comunitario no debe producirse la interrupción de la omisión por un acto distinto a una recomendación o un dictamen, es decir, como dice Concepción Escobar, por un acto definitivo que fija inequívocamente la posición del órgano comunitario cuya actuación es requerida, en similares términos debe interpretarse el tipo de acto que puede interrumpir la omisión en el caso de los demandantes privilegiados, de tal forma que la llamada toma de posición no puede identificarse con cualquier actuación ni opinión jurídica.⁷¹

En criterio de Concepción Escobar en relación con este problema, hay que añadir una segunda consideración de carácter más general referida al objeto del recurso. En este sentido, cabe recordar, en opinión de esta autora, que el objeto del Recurso por Omisión es atacar un silencio institucional. Por consiguiente, dicho objeto “sólo puede impedirse mediante la realización o denegación expresa del acto cuya omisión se ataca, que se convierte en el objeto material o indirecto del recurso, lo que nos sitúa en el plano más general de *los actos atacables*”. Así pues, en criterio de esta autora, “si el acto capaz de poner fin a la omisión ha de responder al concepto de *acto atacable* judicialmente, su definición ha de realizarse de conformidad con las reglas que han sido establecidas en la jurisprudencia del TJCE para cualquier tipo de recurso, ya que –como ha señalado la doctrina– no existe razón alguna que permita concluir la existencia de reglas distintas para el supuesto del recurso por omisión”. Por consiguiente, concluye esta autora, “tan sólo se impedirá la consolidación jurídica de la omisión si la institución concernida adopta un acto que refleje su posición jurídica y produzca efectos definitivos, de manera tal que sea susceptible de modificar la posición del demandante. Y ello, con independencia de que (...) el acto en cuestión estime o deniegue las pretensiones del mismo”.⁷²

Por lo anterior sólo podría considerarse en la Comunidad Europea como una definición de posición aquella decisión definitiva y clara en el sentido de que manifieste precisamente la voluntad del órgano comunitario,

⁷¹ Escobar Hernández, Concepción, *El recurso por omisión ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Fundación Universidad Empresa-Editorial Civitas, Colección “Cuadernos de Estudios Europeos”, Madrid, 1993, pp. 46-47.

⁷² Escobar Hernández, *Ob. Cit.*, p. 47.

lo cual sólo podría atacarse por el recurso de anulación, criterio con el cual ambos grupos de disposiciones comunitarias se acercan en muchos casos en el sentido de que en ambos sistemas el recurso por omisión es procedente, aun cuando el órgano comunitario haya emanado una respuesta, si ésta no cumple con las características que ha establecido la jurisprudencia debe tener para que termine con la omisión.

Así las cosas, no siempre debe tratarse de una omisión en el sentido de silencio o abstención de actuación sino que también es posible una omisión habiendo una expresión de una opinión pero que por no llegar a ser una clara manifestación de voluntad definitiva, clara y precisa, no puede terminar con la inactividad o considerarse como un rechazo en los términos que hagan posible su impugnación por el recurso de anulación.

Ahora bien, en la Comunidad Andina procede el Recurso por Inactividad no solamente cuando haya una omisión propiamente dicha en el sentido de silencio administrativo sino también es procedente este recurso cuando el órgano comunitario se manifieste para abstenerse de cumplir una actividad a la que estuviere obligado expresamente por el ordenamiento jurídico comunitario. Parece posible en el sistema jurisdiccional andino intentara el Recurso por Omisión cuando el órgano comunitario haya emitido un acto y aún así se considere que no cumple con una obligación expresa del Derecho Andino, lo que en la Comunidad Europea hace procedente, generalmente, el recurso de anulación.⁷³

En efecto, una decisión negativa, como la llama Hartley, por medio de la cual una autoridad decide no actuar en una forma específica, esto es, un

⁷³ Con lo cual no parece estar en concordancia con la situación del mismo recurso en las Comunidades Europeas, ya que como bien lo destaca Concepción Escobar, “el Tribunal pone el acento en el carácter definitivo de la decisión” y ello no afecta, en criterio de esta autora, al contenido material de la respuesta “por cuanto se refiere a su coincidencia con las pretensiones de los demandantes”. De tal forma, dice Escobar, “tanto en el ámbito CECA como especialmente en el ámbito CEE-CEEA, un acto expreso que deniegue con carácter definitivo las pretensiones de los demandantes desestimándolas, es considerado válido para interrumpir la omisión”, ya que no puede olvidarse que, al margen de la diversa naturaleza de ambos recursos, “su objeto formal es la omisión, ya sea considerada en sí misma o como manifestación de una fórmula implícita de acto denegatorio”. Por consiguiente, un acto expreso, aun cuando su contenido sea contrario a las pretensiones de los recurrentes, “impide hablar de la existencia de una omisión en sentido estricto” (Escobar Hernández, *Ob. Cit.*, pp. 49-50).

rechazo a una solicitud, que es el ejemplo más común de este tipo de actos, desde un punto de vista estrictamente teórico en la Comunidad Europea es un acto anulable, si era obligatoria su adopción por la autoridad, por lo cual es controlable judicialmente a través del recurso de anulación,⁷⁴ en lo cual coincide con Escobar Hernández.

En la Comunidad Andina el Recurso por Omisión parece estar más en concordancia con los recursos por abstención o negativa existentes en algunas jurisdicciones contencioso-administrativas de esta región que con el recurso por omisión de las comunidades europeas. Ello porque en la realidad legislativa de los países andinos y en la jurisprudencia de sus tribunales contencioso-administrativos se ha conformado la doctrina según la cual el recurso por omisión es una vía judicial para declarar, y para algunos condenar a la Administración, a cumplir⁷⁵ su obligación expresa de dictar un acto administrativo si se dan unas condiciones y requisitos reglados en los que la determinación de su contenido la Administración no tiene discrecionalidad.⁷⁶ Por ello, en algunos casos se con-

⁷⁴ Hartley, *Ob. Cit.*, p. 395.

⁷⁵ Ciertamente, la extinta Corte Suprema de Justicia de Venezuela ha dicho que una de las cuestiones debatidas “se refiere a la naturaleza de la acción derivada de un recurso de abstención o negativa, y por ello la Corte cree conveniente, antes de revisar la cuestión de fondo, precisar, en atención a su finalidad o pretensión, qué tipo de acción es”. A este respecto observó la Corte que “la causa de dicha acción es el incumplimiento de un deber legal por parte de la Administración, de modo que el fin que persigue el recurrente es el de que aquélla dé cumplimiento al mismo y no propiamente salir de una incertidumbre respecto a una situación jurídica de la cual se cree titular o de un interés legítimo que dice tener”. No se trata, pues, en criterio de la Corte venezolana, “de una simple declaración la que pretende el recurrente, sino una condena a que la Administración cumpla un deber que no cumplió, a pesar de estar obligada a ello”.

En efecto, consideró el antiguo máximo tribunal venezolano, “la satisfacción del interés del recurrente no se lograría con una declaración respecto de un derecho o de un interés legítimo, sino que si la Administración no cumple voluntariamente, el acto se ejecute forzosamente mediante los poderes ejecutivos de que está dotado el Juez para lograr aquella satisfacción”. En este sentido, en criterio de la Corte, “también en el recurso de abstención el Juez puede sustituirse a la Administración si ésta no da cumplimiento a lo decidido con fuerza definitivamente firme” (sentencia de la SPA-CSJ de 19 de febrero de 1987, caso “Inmaculada Lambertini” (véase Brewer-Carías, Allan R. y Luis Ortiz-Álvarez, *Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa (1961-1996)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996, p. 60).

⁷⁶ La Corte Suprema de Justicia de Venezuela ha dejado establecido, basada en el recurso por abstención o negativa existente en la Ley Orgánica que la rige, que los términos de los textos de derecho positivo venezolano permiten deducir que en ellos no se regula la abstención frente a la obligación general que tienen los funcionarios de actuar en ejercicio de atribuciones correspondientes al respectivo cargo. Antes bien, “debe tratarse de una obligación concreta y precisa inscrita en la norma legal correspondiente, la cual ha de presentarse como un paradigma de contraste que sirva para verificar si la abstención existe, en efecto, respecto del supuesto expresa y especialmente previsto en la norma y, por tanto, si procede o no el respectivo recurso”.

sidera que el juez tiene la posibilidad hasta de suplir al órgano comunitario competente, ya sea como efecto de la sentencia directamente o cuando aquél no cumpla con lo que declare la decisión judicial.⁷⁷

Por lo anterior, aun cuando el órgano comunitario se haya negado expresamente a emitir el acto que la legislación la obligaba, el afectado puede utilizar la vía del Recurso por Omisión o Inactividad para lograr que el juez declare que el órgano respectivo tiene la obligación de dictarlo como lo

Igualmente ha dicho el supremo tribunal que “el objeto del recurso por abstención no es ni un acto administrativo, ni la indebida ausencia, por vía general, de éste, ni una ilícita actuación material de la Administración, sino “la abstención o negativa” del funcionario público a actuar, es decir, a cumplir determinado acto -en el sentido de actuación- del cual el supuesto de hecho se encuentra previsto en una ley específica, pero ante cuya ocurrencia real y concreta la autoridad administrativa se abstuvo de extraer la consecuencia jurídica que el imperativo legal le impone”.

También, de la propia norma o de la solicitud administrativa presentada por el beneficiario del recurso, e inatendida, debe surgir la evidencia de una actitud omisa por parte de la Administración, en el sentido de mostrarse ella remisa a emitir el acto o a realizar la actuación material cuya obligación se encuentre específicamente contenida en una norma concreta. “La abstención de actuar”, dice la Corte, “se convierte de esta manera en materia impugnable, abstención que si se cubriere, emitiendo el acto previsto en la norma, impediría el ejercicio de este recurso; lo que, a su vez, podría abrir otro -el de anulación- si algún interesado, y no necesariamente el destinatario del acto, se considerare afectado por éste y, por supuesto, lo sindicare previamente de ilegal, es decir, de producido en disconformidad con la norma concreta o con otra aplicable al caso”.

Continúa la Corte diciendo que “[h]e aquí como la previsión de la obligación concreta y específica de actuar podría estar en la base de recursos distintos: el de abstención, en casos de incumplimiento del mandato; o el de nulidad del acto emitido o de la actuación realizada por la Administración, al considerarlos el recurrente desajustados de ese mandato legal específico”. Por tanto, “aun cuando ambos estuvieren sometidos a un mismo procedimiento para tramitarlos, serían distintos su origen, su enunciación legal y, por supuesto, sus efectos”. Respecto a éstos, dice la sentencia, “el primero de dichos recursos conduciría a la nulidad de un acto ilegal a lo cual, finalmente, también lleva el silencio administrativo en un recurso administrativo o contencioso; en tanto que el segundo desembocaría en un pronunciamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la obligatoriedad para la Administración de producir un determinado acto o de realizar una actuación concreta en vista de un imperativo legal expreso y específico que, según demuestra el recurrente, ella se niega a cumplir” (sentencia SPA-CSJ de 28 de febrero de 1985, caso “Eusebio Igor Vizcaya Paz” (Magistrado ponente: Luis Henrique Farías Mata) (véase Brewer-Carías y Ortiz-Álvarez, *Ob. Cit.*, pp. 55-56).

⁷⁷ Al igual que como sucede en la Acción de Nulidad y sus motivos de impugnación, el Recurso por Omisión, por provenir del contencioso-administrativo francés y en gran parte construido con las doctrinas procesales administrativas del mundo, especialmente la jurisprudencia de algunos países de Latinoamérica y de Europa, sólo podemos describirlo con los aportes del derecho contencioso-administrativo, pero ello no quiere decir que tal recurso no pueda ser ejercido contra omisiones de los órganos comunitarios que deban derivar en actos distintos a los administrativos, éstos son, las normas, que también pueden dictar los órganos comunitarios en su *sui generis* distribución de competencias interna en la organización comunitaria de que se trate, ya sea la Comunidad Andina o las comunidades europeas. Sin embargo, ya veremos que en lo que respecta a los actos normativos, el Tribunal de Luxemburgo está renuente a considerar con lugar un recurso por omisión o inactividad, generalmente por la discrecionalidad que mayormente tiene el órgano comunitario al dictar actos normativos, no así los administrativos.

manda el Derecho Comunitario, al carecer ésta de discrecionalidad. Es por esta razón que en la jurisdicción contencioso-administrativa lo más importante para que sea procedente el Recurso por Omisión es que exista una obligación expresa del órgano, en este caso administrativo, a dictar un acto con un contenido específico y que no haya discrecionalidad para éste, lo cual pareciera haber asumido el Tratado del Tribunal andino en el artículo 37 TTA cuando habla de obligación expresa, de donde su incumplimiento, aun cuando fuere por acto expreso, da lugar a esta vía judicial.⁷⁸

Como puede verse, el Recurso por Omisión andino es una vía judicial con distintas características al equivalente europeo, ya que para su procedencia sólo es necesaria la existencia de una obligación expresa reglada que sea incumplida por el órgano comunitario. Por este motivo, cuando esa omisión cesa en sentido favorable a la solicitud del recurrente, esto es, a la obligación expresamente establecida, sólo en este caso puede decaer el derecho del solicitante a utilizar este recurso, ya que si hay un acto expreso en sentido contrario a la solicitud del recu-

⁷⁸ La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo venezolana ha dicho que la inactividad de la Administración o su negativa “es un modo de infringir la Ley mediante la no realización de un deber legal, y por tanto, también a través del recurso de abstención es posible controlar la legalidad”. “Cuando se pretende lograr mediante el recurso de abstención o carencia determinada prestación”, dice este tribunal venezolano, “la inactividad o la negativa de la Administración constituye el objeto de la revisión que deben hacer los Tribunales Contencioso-Administrativos”. Ello supone, en criterio de esta Corte, “que en verdad existe un acto que la Administración debe cumplir y que ha omitido o que no ha querido realizar, y que por parte del interesado se han cumplido los extremos que le dan derecho a este acto”. De modo que lo que se busca con este especial recurso contencioso-administrativo, dice el tribunal, “es un actuar más que un decidir, porque se cree que se tiene derecho a ello”. En consecuencia, para el tribunal, “la inactividad de la Administración o su negativa, es un modo de infringir la ley mediante la no realización de un deber legal; y, por tanto, también a través del recurso de abstención es posible controlar la legalidad”.

De modo que es perfectamente posible, en criterio de la Corte, “revisar la legalidad en un procedimiento de recurso de abstención, cuya finalidad no es la nulidad de alguna actuación, sino la de calificar la legítima o no una omisión tácita o expresa de la Administración en actuar, para que de resultar ilegal el Tribunal supla tal abstención o negativa, proveyendo el acto o el trámite omitido o negado”. En conclusión de esta Corte, “el recurso de abstención, llamado de carencia, puede intentarse contra una negativa expresa o presunta (inactividad) de la Administración a cumplir un acto”. Lo determinante es para este tribunal venezolano “que el fin de la pretensión sea la de lograr por la intervención del Tribunal Contencioso-Administrativo el cumplimiento del acto que la Administración ha dicho que no cumple, o que simplemente se abstiene de cumplir, siempre y cuando el recurrente tenga derecho a ello, y exista la norma que contemple el deber de la Administración de actuar” (sentencia CPCA de 29 de octubre de 1987, caso “Alfredo Yanucci Fuciardi” (véase Brewer-Carías y Ortiz-Álvarez, *Ob. Cit.*, pp. 61-62).

rente o de la norma, tal disconformidad debe mantenerse por la vía de la omisión y no de la anulación como ocurre en Europa.

Así las cosas, el sistema jurisdiccional andino en lo que se refiere al Recurso por Omisión o Inactividad pareciera haberse nutrido más de la doctrina contencioso-administrativa de los países andinos, donde en algunos de ellos existe un recurso similar, como es el caso de Venezuela,⁷⁹ que del medio procesal equivalente existente en las comunidades europeas. Esto posiblemente ha ocurrido porque los autores del proyecto de modificación del Tratado del Tribunal que creó esta nueva vía judicial andina en 1996 han sido en su mayoría jueces de los tribunales contencioso-administrativos andinos, algunos de los cuales hoy conforman o han conformado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.⁸⁰

Lo que sí está claro en la Comunidad Europea es que el recurso por omisión, a diferencia de la Comunidad Andina, no puede ser utilizado para cuestionar decisiones de los órganos comunitarios que sean definitivas y suficientemente claras y precisas, aunque sean negativas a actuar, para lo cual es procedente el recurso de anulación, por lo que no puede considerarse como inactividad susceptible de atacarse por aquélla vía judicial, por ejemplo, el rechazo de un órgano comunitario de una solicitud de revocación de un acto, dado que ambos tratados prevén otras vías por las cuales un acto comunitario puede ser atacado y eventualmente anulado.⁸¹

⁷⁹ Según el artículo 42, numeral 23, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, “[e]s de la competencia de la Corte como más alto Tribunal de la República: (...) 23. Conocer de la abstención o negativa de los funcionarios nacionales a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes, cuando sea procedente, en conformidad con ellas”. Esta competencia también se le da a los tribunales contencioso-administrativos superiores regionales (Art. 182 *ejusdem*) en el caso de abstenciones o negativas de autoridades estatales o municipales.

⁸⁰ Se da el caso de que en Venezuela existe el Recurso por Omisión desde la Ley de la Corte Federal de 1925, por lo que no puede decirse que el que existe actualmente en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia sea por influencia de las Comunidades Europeas. Ni siquiera la jurisprudencia actual de los tribunales contencioso-administrativos venezolanos han tomado al recurso por omisión comunitario europeo para conformar los detalles de su doctrina, ya que si bien ha mencionado su existencia en el Viejo Continente, se ha apartado de sus características a la hora de definir sus perfiles jurídico-procesales (véase sentencia SPA-CSJ de 28 de febrero de 1985, caso “Eusebio Igor Vizcaya Paz” ya citado, en la que el Alto Tribunal venezolano menciona en uno de sus párrafos a los recursos similares europeos en materia de inactividad en las tres comunidades, pero luego, sin embargo, hace su propia doctrina con unas características muy especiales, la cual se ha venido definiendo más claramente en posteriores sentencias (Brewer-Carías y Ortiz-Álvarez *Ob. Cit.*, p. 53).

⁸¹ En este sentido Alonso García, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, pp. 415-416.

Así encontramos en la Comunidad Europea sentencias en algunos casos incomprensibles donde el Tribunal de Justicia, pese a tratarse de obligaciones regladas, ha dicho que por ser discrecional el contenido del acto a que estaba obligado el órgano comunitario, mas no la obligación en sí misma en lo que se refiere a la oportunidad para dictarlo, no es procedente activar el mecanismo procesal del entonces artículo 175 TCE (hoy artículo 232 TCE), este es, el recurso por omisión. Se trató concretamente de un caso en el que el Tribunal de Justicia europeo debió aceptar la procedencia del recurso por omisión por tratarse de una obligación reglada que tenía que cumplir un órgano comunitario en lo que se refiere a su oportunidad, aunque el contenido de ese acto, que siempre debió dictarse, haya sido discrecional.⁸²

Estamos de acuerdo con Ricardo Alonso García cuando dice que el Tribunal de Justicia ciertamente debe excluir de la posibilidad del recurso por omisión a aquellos supuestos en los que el órgano comunitario goce de discrecionalidad respecto al plazo para actuar. Pero de la misma forma, debería aceptarse el mismo cuando el Tratado, fijando los resultados a alcanzar y la institución comunitaria gozando de poder de apreciación para definir los medios para alcanzarlos, se abstiene de adoptar las medidas.⁸³

En todo caso, hay que destacar que para el Tribunal europeo hay diferencias entre el recurso por omisión cuando se trata de normas y cuando se trata de actos. En las primeras, que suelen estar rodeadas de discrecionalidad para el órgano comunitario, tienden a quedar excluidas del recurso por omisión; pero ello no debe entenderse como una regla absoluta: siempre habrá que atenerse al contenido concreto de la obligación incumplida.

En efecto, hay la tendencia del Tribunal de Justicia europeo a considerar de naturaleza legislativa toda la actividad normativa de las instituciones comunitarias con independencia de su origen y contenido, lo que,

⁸² Sentencia TJCE de 22 de mayo de 1985, caso Parlamento Europeo vs Consejo (as. 13/83), Rec. 1513.

⁸³ Alonso García, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 419.

como destaca Alonso García, “tiene sus consecuencias en la intensidad del control jurisdiccional al respecto, tradicionalmente mucho más flexible hacia la actividad legislativa que hacia la ejecutiva, asumido el mayor margen de maniobra que, generalmente, existe en la concreción de principios constitucionales respecto de la concreción de principios legales –y ello, por lo demás, en el marco de una actitud reacia a ejercitar un control a conciencia sobre las apreciaciones económicas (...) que subyacen a la actividad de las instituciones comunitarias”.⁸⁴

Entre los motivos que subyacen esta actitud en Europa puede mencionarse “su encaje en una política judicial favorable, *in genere*, al impulso de un proceso integrador ralentizado como consecuencia, fundamentalmente, de un procedimiento normativo presidido *de facto* por la unanimidad de los Estados miembros en el seno del Consejo como consecuencia del Compromiso de Luxemburgo”, esto, al menos, hasta el Acta Única Europea.⁸⁵

Ahora bien, en este marco judicial globalmente favorable a la actividad normativa de la Comunidad Europea “con el fin de reaccionar frente al *impasse* integrador, parece que, circunscribiéndonos al concreto terreno de las omisiones de las instituciones comunitarias, el Tribunal debería haber mostrado una actitud alejada de la flexibilidad presente en el control de las acciones positivas”. En otras palabras, “una política judicial favorable al impulso integrador parece que debería haberse plasmado en flexibilidad en el control de las acciones y rigor en el de las omisiones, rompiéndose así la armonía entre ambos tipos de control”.⁸⁶

Cierto es, como destaca Alonso García, que, hasta el Acta Única Europea, “carecemos (...) de decisiones significativas sobre la inactividad normativa; pero no lo es menos que los ejemplos existentes en el marco de omisiones de aplicación marcan una tendencia del Tribunal hacia el rigor, pero no en el control de fondo de la inactividad de las instituciones, sino en el de las exigencias para el éxito de la acción (tendencia

⁸⁴ Alonso García, “Actividad Judicial vs Inactividad normativa”, *Revista de Administración Pública*, Nº 151, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 83.

⁸⁵ Alonso García, “Actividad judicial vs...”, *Ob. Cit.*, pp. 83-84.

⁸⁶ Alonso García, “Actividad judicial vs...”, *Ob. Cit.*, p. 84.

que, desde la otra cara de la moneda, implicaría precisamente flexibilidad frente a la inactividad comunitaria)". Lamentablemente esta realidad no ha cambiado mucho a partir del Acta Única Europea, por lo menos en lo que respecta al recurso por omisión, y parece que este recurso, tomando en cuenta el momento por el que está atravesando el Tribunal de Justicia "en términos de retirada", poco alcance va a tener y seguirá su escasa incidencia en el terreno de la inactividad normativa.⁸⁷

Esperemos que en la Comunidad Andina esta tendencia del Tribunal de Justicia europeo no se presente, que por lo demás se ha debido a razones totalmente imputables a la realidad de esa comunidad, y sea estricto en la posibilidad que tiene de controlar las omisiones, ahora que está presente el Recurso por Omisión en las competencias del órgano judicial andino y que si en todo caso quiere favorecer el proceso integrador, el mejor camino para ello no es comportarse con flexibilidad frente a las omisiones comunitarias.

A la hora de estudiar el Recurso por Omisión en la Comunidad Andina hay que considerar que no está prevista la figura de la "definición de posición" según la cual una clara y definitiva respuesta a un requerimiento que incluya un rechazo total o parcial a lo solicitado ya no permite la utilización de este recurso. Normalmente los desacuerdos con tales definiciones de posición son llevados al Tribunal de Luxemburgo a través de la vía de la anulación y no de la inactividad. En cambio, en la Comunidad Andina, lo que equivaldría a una "definición de posición" no necesariamente evita la vía judicial de la inactividad sino que la negativa a actuar en un caso en el que el derecho andino obliga a ello siempre es controlable judicialmente por el recurso por abstención para subsanar la omisión del órgano comunitario.

En relación con lo que acabamos de decir sobre la necesidad de existencia de obligaciones expresas para que sea posible ejercer el Recurso por Inactividad, no se da en la Comunidad Andina la posibilidad de que los actos derivados de competencias facultativas puedan dar lugar a un recurso de este tipo. Sin embargo, pudiera ser digno de estudiar por el

⁸⁷ Alonso García, "Actividad judicial vs...", *Ob. Cit.*, pp. 84-88.

Tribunal de Justicia la posibilidad de que los actos facultativos que no se adopten por desviación de poder, entendida como un comportamiento omisivo contrario a los fines de la norma comunitaria que atribuye esta facultad, puedan controlarse por la vía judicial de la omisión. Si bien en el Tratado andino no se prevé esa posibilidad sino que se hace expresa mención de que debe tratarse de obligaciones expresas, en nuestro criterio nada impide para que se conforme una jurisprudencia, muy exigente por supuesto, como se ha hecho en la Europa basada en el Tratado CECA que sí prevé esa posibilidad expresamente, en el sentido de que los actos facultativos no dictados por desviación de poder puedan activar este procedimiento de inactividad, lo que completaría aún más el sistema jurisdiccional comunitario.

Obviamente, tendría que considerar el Tribunal criterios subjetivos, muy distintos a los meramente objetivos que maneja a la hora de determinar las obligaciones expresas y regladas que pueden dar lugar al Recurso por Omisión en el artículo 37 TTA, que en todo caso deben tratarse de aspectos que sean formalmente alegados en la demanda.⁸⁸ Pareciera que en la Comunidad Andina el único vicio posible para alegar una omisión es la violación del ordenamiento jurídico comunitario, tal como en la Comunidad Europea y en la CEEA, pero creemos que tal violación puede darse tanto si la obligación no es cumplida como si se dicta el acto pero con fines distintos a los que permite la norma, esto con independencia de que pueda utilizarse el mismo motivo para los casos de omisión de actos obligatorios.⁸⁹

Ahora bien, en relación con la naturaleza de la omisión susceptible de activar el recurso por inactividad, se ha presentado en la Comunidad Europea la discusión sobre el paralelismo que para algunos hay entre el recurso de anulación y el recurso por abstención, esto es, sobre la conexión o la unidad existente entre las vías judiciales establecidas en los artículos 230 y 232 TCE. Esta discusión trae como consecuencia que,

⁸⁸ En este sentido Escobar Hernández, *Ob. Cit.*, p. 56.

⁸⁹ Es el criterio, que compartimos, de Escobar Hernández, *Ob. Cit.*, pp. 56-57, claro está, aplicado a la Comunidad Europea y a la CEEA, por lo cual su aplicación a la Comunidad Andina es una idea enteramente obra de nosotros.

para algunos, los requisitos de uno y otro recurso son los mismos, como adelantamos, por lo cual sólo los actos anulables que no se han producido son los que cuya omisión pueden dar lugar a un recurso por inactividad.⁹⁰

Frente a dicha interpretación podría sostenerse que el recurso por omisión también abarcaría inactividades que, de convertirse en actividades, no serían revisables en anulación, interpretación ésta que en nuestra opinión es la más cónsona con las ideas de este recurso en el sentido que no solamente las omisiones de actos revisables por la vía de la anulación son las que son susceptibles de atacarse por el recurso por omisión sino que cualquier acto omitido, siempre y cuando esté previsto en el Derecho Comunitario, como expresamente lo dice el artículo 232 TCE.⁹¹ Tal sería el caso, por ejemplo, del procedimiento presupuestario, en el que, aun cuando el propio Tribunal de Justicia ha establecido que los actos preparatorios no son anulables por la vía del artículo 230 TCE –solamente lo serían los actos definitivos, el presupuesto, mas no su acto preparatorio, el proyecto del mismo–; sin embargo, si este proyecto no es presentado por el Consejo al Parlamento en la oportunidad en que debe hacerlo, es procedente un recurso por omisión por el Parlamento.⁹²

Así las cosas, se trata de que el recurso de anulación, la Acción de Nulidad en el ámbito andino, y el recurso por omisión o inactividad son dos vías judiciales autónomas y diferenciadas que, si bien tienen características en común, como que ambos controlan la legalidad comunita-

⁹⁰ En este sentido Hartley, *Ob. Cit.*, p. 400.

⁹¹ El mismo Hartley, principal defensor de la tesis contraria, hace notar que el artículo 175 TCE (hoy 232 TCE) refiere en su primer párrafo simplemente a abstención de actuar, en contraste con el primer párrafo del artículo 173 TCE (hoy 230 TCE) que dice “actos...que no sean recomendaciones o dictámenes”. También destaca este autor el hecho de que el artículo 175 TCE no excluye lo actos no obligatorios (recomendaciones y dictámenes), lo que puede entenderse que su falta de adopción puede ser atacada por el proceso del artículo 175 TCE, a diferencia del tercer párrafo del mismo artículo según el cual sólo la falta de actos diferentes a las recomendaciones y dictámenes puede ser atacada por el recurso por omisión cuando sean los particulares los demandantes, todo lo cual hace desprender la idea que el Tratado de la Comunidad Europea asumió la interpretación amplia en esta discusión, aunque Hartley insiste en la tesis estricta en virtud del principio de unidad (Hartley, *Ob. Cit.*, pp. 400-401).

⁹² Sentencias TJCE de 12 de julio de 1988 y 27 de septiembre del mismo año, asuntos Parlamento Europeo vs Consejo (377/87 y 302/87), Rec. 4017 y 5615, respectivamente.

ria, tienen otras que los distinguen,⁹³ como que uno analiza –el recurso de anulación– un acto supuestamente ilegal, que puede hacerlo desaparecer del mundo jurídico si ello es cierto, y el otro –el recurso por omisión– analiza la inactividad de los órganos comunitarios en sí misma considerada, sin la creación de un acto ficticio y limitándose a constatar la existencia y la ilegalidad de tal inactividad, lo que puede dar lugar solamente a una declaración judicial y no a una anulación como en el otro recurso, por todo lo cual no puede considerarse como las dos caras de una misma moneda.⁹⁴

Esta distinta naturaleza de los recursos de anulación y de omisión en la realidad comunitaria andina es más claro cuando vemos que, adicionalmente a las diferencias mencionadas arriba entre ambos recursos, en la Comunidad Andina hay más casos que pueden ser conocidos por el Tribunal de Justicia por el Recurso por Omisión que los posibles en el ámbito comunitario europeo porque ya vimos que, aun cuando se haya dado una respuesta definitiva, clara y precisa pero en sentido contrario al recurrente, ello puede seguir siendo conocido por la vía de la omisión.

Ahora bien, en la Comunidad Andina y en virtud de esta interpretación amplia, que compartimos, no solamente los actos definitivos son los que cuya omisión pueden dar lugar a una activación de un Recurso por Omisión. También creemos que la omisión de actos preparatorios puede atacarse por este recurso, siempre y cuando se trate de una obligación expresamente establecida en el ordenamiento jurídico comunitario y no haya discrecionalidad en su adopción en los términos antes vistos. Cuando estudiamos la Acción de Nulidad andina dijimos que los actos preparatorios podrían impugnarse por esta vía judicial si los mismos tenían efectos jurídicos o carácter definitivo y tuviesen algunos de los vicios que, según

⁹³ En este sentido se ha manifestado Juan Manuel De Faramiñán Gilbert, cuando dice que “parece evidente que, sin olvidar la coherencia necesaria entre ambas vías jurisdiccionales, el recurso por omisión presenta una especificidad distinta que el de nulidad, en base al propio objeto del recurso, que intenta denunciar la inexistencia de una acción como tal, sin que necesariamente ello implique en todos los casos una decisión implícita de denegación por parte de la administración” (De Faramiñán Gilbert, Juan Manuel, “El control de la legalidad comunitaria: el recurso de Nulidad y el recurso por omisión”, *El derecho comunitario europeo y su Aplicación judicial*, Editorial Cívitas, Madrid, 1993, p. 510).

⁹⁴ En este sentido, Escobar Hernández, *Ob. Cit.*, p. 75.

el artículo 17 TTA, pueden dar lugar a ese recurso como la violación del ordenamiento jurídico comunitario, incluso por desviación de poder.

Así las cosas, tal como en la Acción de Nulidad, en el Recurso por Inactividad debe considerarse posible la activación de esta vía judicial cuando se trate de la omisión de actos preparatorios que estén previstos en el ordenamiento jurídico comunitario con carácter expreso y reglado, haciendo la salvedad de que, en nuestro criterio, no tratándose de actos definitivos, debe tomarse en cuenta la relevancia que pueda tener ese acto preparatorio en la conformación del acto final para admitir el recurso, de manera de evitar la molestia del órgano judicial por la falta de un acto que no tiene incidencia alguna en el acto que es el que tendrá efectos jurídicos, o cuando el acto definitivo pueda dictarse sin aquél.

Esta tesis que planteamos en relación con los actos preparatorios está basada en que, al no haber paralelismo entre la Acción de Nulidad y el Recurso por Omisión, por lo menos en forma absoluta, los actos susceptibles de activar el proceso por inactividad deben ser los que tengan algún efecto jurídico relevante, es decir, aquellos por los que el órgano comunitario se vincula de alguna manera y los puramente materiales que igualmente tienen incidencia jurídica en la esfera interna de la comunidad o hacia afuera de ella, de manera que afecten la situación final de los ciudadanos, los países miembros y los demás órganos comunitarios.

Lo contrario implicaría dejar fuera de esta vía judicial las omisiones que, aunque establecida su obligación de adoptarlos, no tienen efectos jurídicos sin tomar en cuenta otros aspectos como su incidencia en la conformación del acto definitivo, lo cual no es correcto ni recomendable.

2.2 LAS FASES DEL RECURSO POR OMISIÓN

En el Tratado andino, el Recurso por Omisión o Inactividad consta de dos partes: una, la fase administrativa, en la que un órgano comunitario, un país miembro o un particular puede requerir al órgano comunitario inactivo el cumplimiento de las obligaciones expresas. Si dentro de los treinta días siguientes a este requerimiento, el órgano comunitario no accediere a dicha solicitud, podría comenzar entonces la fase judicial que se iniciaría si el solicitante acude al Tribunal de Justicia para que se

pronuncie sobre el caso, para lo cual no tiene plazo una vez transcurridos los aludidos treinta días.

2.2.1 La fase administrativa

Al igual que en la Comunidad Europea, el Tratado del Tribunal andino no establece plazo para iniciar la fase administrativa del Recurso por Omisión, motivo por el cual es posible acoger en este sistema jurisdiccional la solución establecida por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, que ha dejado sentado que, en virtud de que el recurso de anulación tiene plazos para ello y el principio de seguridad jurídica aconseja la existencia de los mismos para impedir el retardo indefinido del ejercicio del derecho a instar a la Comisión a actuar, debe declararse la existencia de un plazo razonable que deberá determinarse, en criterio del Tribunal, en función del caso concreto, teniendo en cuenta cuestiones como las intenciones previamente anunciadas por la Administración, el carácter continuado de la omisión o la eficacia de la acción solicitada, además de los riesgos de perjudicar inútilmente intereses de terceros.⁹⁵

Es en este procedimiento preliminar donde encontramos la más importante diferencia procedimental entre la vía por omisión y la de anulación, tanto en la Comunidad Europea como en la andina. Este procedimiento consiste en un requerimiento formal⁹⁶ al órgano comunitario inactivo para que adopte el acto que ha omitido⁹⁷ y debe establecer claramente qué acción procedimental está intentando.⁹⁸ Esto es importante porque cuando el caso va al Tribunal, el solicitante puede exigir el cumplimiento sólo en lo que el órgano comunitario se ha abstenido de actuar de acuerdo con el requerimiento previo. Por eso es recomenda-

⁹⁵ Sentencia TJCE de 6 de julio de 1971, asunto Países Bajos vs Comisión (as. 59/70), ECR. 639.

⁹⁶ Para algunos autores, más que un requerimiento, es una demanda (Hartley, *Ob. Cit.*, p. 407). Nosotros preferimos llamarlo "requerimiento" o "solicitud" porque, como dijimos antes, es este un procedimiento preliminar a la verdadera demanda judicial que se da en el Tribunal de Justicia una vez finalizado el procedimiento administrativo.

⁹⁷ Según Schermers y Waelbroeck, la invitación a la institución a actuar, como ellos mismos la llaman, es un acto formal; cualquier carta a la Comisión no califica para esto. Ésta debe claramente indicar qué medidas específicas son requeridas y qué procedimientos serán intentados si la institución no actúa (Schermers y Waelbroeck, *Ob. Cit.*, p. 224).

⁹⁸ Sentencia TJCE, caso Nuovo Campsider vs Comisión (25/85), Rec. 1531.

ble para algunos que además el solicitante refiera expresamente el Tratado y los procedimientos legales que serán adoptados si el requerimiento no es adoptado.⁹⁹

En la Comunidad Andina lo que se busca en la fase administrativa es que el órgano en mora de su actividad acceda a la solicitud de otro órgano comunitario, del Estado miembro o del particular, de manera que si ello no ocurre, el solicitante pueda acudir al Tribunal de Justicia. Esto quiere decir que si el órgano comunitario inactivo en este caso no cumple con su obligación sino que contesta expresamente la solicitud en otro sentido, o “define su posición” como se llama en Europa, pero en forma contraria al requerimiento, ello igualmente puede dar derecho al solicitante a acudir a la vía judicial por inactividad, a diferencia de la Comunidad Europea donde el Tratado lo que exige al órgano comunitario en mora es que defina su posición, de manera que si lo hace, tal acto de definición debería ser atacado por las otras vías judiciales existentes, como por ejemplo por el recurso de anulación. Esto sí de verdad ha definido su posición.

Sin embargo, para algunos autores, esta definición de la posición en Europa “sólo podrá suponer el fin de la omisión cuando con ella la institución cumpla con la obligación de actuar, cuyo incumplimiento se le imputa, por lo que el punto de partida deberá ser, de nuevo, el concreto contenido de la obligación en cuestión, completado con las reglas de la legitimación activa del recurrente –como sabemos, no uniformes”.¹⁰⁰

No obstante, el Tribunal de Justicia europeo ha considerado que al ser contestada la solicitud, aunque sea rechazando la misma, ya no es procedente el recurso por omisión, en la medida en que el órgano comunitario ha definido su posición, lo que pone fin a la inactividad y en consecuencia, la posibilidad de recurrir por omisión.¹⁰¹

⁹⁹ Hartley, *Ob. Cit.*, p. 407.

¹⁰⁰ Alonso García, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 425.

¹⁰¹ Sentencia TJCE de 1º de marzo de 1966, asunto Lütticke vs Comisión (as. 48/65), ECR. 19.

Ahora bien, esto último no quiere decir que cualquier respuesta que dé el órgano comunitario a la solicitud de actuación debe ser entendida como una definición de posición. El Tribunal de Justicia europeo ha dicho que la contestación de una solicitud de actuación, al no negar ni confirmar la alegada omisión, ni dar indicación alguna de los puntos de vista del órgano que omite su obligación, no puede considerarse como una definición de posición que según el Tratado de la Comunidad Europea acaba con la omisión, por lo menos para los efectos del artículo 232 TCE.¹⁰²

Tampoco debe entenderse, en criterio del Tribunal de Luxemburgo, que cualquier rechazo a actuar, por explícito que sea, pone fin a la omisión, ya que un rechazo puro y simple a examinar la solicitud no equivale a una definición de posición, no así el rechazo motivado,¹⁰³ aunque para algunos esta interpretación no es correcta “porque no abordan el análisis de la obligación de actuar impuesta por el ordenamiento jurídico sobre la que supuestamente recayó la abstención”.¹⁰⁴

En todo caso, la obligación de actuar no implica un correlativo derecho del recurrente a que dicha actuación sea precisamente en el sentido por él propuesto. Ello dependerá del alcance y contenido, más o menos discrecional, más o menos reglado, de la obligación de actuar cuyo incumplimiento se imputa a la institución.¹⁰⁵

2.2.2 La fase judicial

Dice el tercer párrafo del artículo 37 TTA que dentro de los treinta días siguientes a la fecha de admisión del recurso, “el Tribunal emitirá la providencia correspondiente, con base en la documentación técnica existente, los antecedentes del caso y las explicaciones del órgano objeto del recurso”, la cual será publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena y “deberá señalar la forma, modalidad y plazo en los que el órgano objeto del recurso deberá cumplir con su obligación”.

¹⁰² Sentencia TJCE de 22 de mayo de 1985, asunto Parlamento Europeo vs Consejo (as. 13/83), REC. 1513.

¹⁰³ Sentencia TJCE de 27 de septiembre de 1988, asunto Parlamento Europeo vs Consejo (as. 302/87), Rec. 5615.

¹⁰⁴ Alonso García, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 427.

¹⁰⁵ Alonso García, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 428.

Así, el Tribunal de Justicia al conocer el recurso no procederá a hacer la actividad a la que estaba obligado el órgano comunitario, como algunos estudiosos de este recurso propugnan en la doctrina contencioso-administrativa, sino que se limita a declarar la omisión y señalar la forma, modalidad y plazo en los que el órgano objeto del recurso deberá cumplir con su obligación. En la jurisdicción contencioso-administrativa se han presentado casos en los que el Tribunal ha llegado incluso a dictar el acto omitido, estableciendo que la sentencia vale como tal al no hacerlo el órgano administrativo, ya sea como sentencia definitiva o como auto de ejecución, pero ello no lo creemos posible en la jurisdicción comunitaria andina, como tampoco lo ha sido en la europea.

Similar a lo que ocurre en la Comunidad Europea, aunque con algunas variaciones en los lapsos, en la Comunidad Andina, si dentro de los treinta días siguientes –en la Comunidad Europea este plazo es de dos meses– “no se accediere a dicha solicitud” –en la Comunidad Europea como ya vimos procede si no se ha definido la posición, lo que constituye en nuestro criterio una diferencia sustancial–, el solicitante podrá acudir ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina “para que se pronuncie sobre el caso” –en términos similares, en la Comunidad Europea es para que “declare dicha violación”–.

Es decir, en la Comunidad Andina no hay plazo para acudir al Tribunal de Justicia luego de transcurridos los treinta días de contestación de la solicitud, lo que diferencia el recurso andino del establecido en el sistema jurisdiccional de la Comunidad Europea en el que los que tienen legitimación activa pueden acudir al Tribunal de Justicia dentro del plazo de dos meses, luego de concluido el anterior plazo del mismo tiempo para que el órgano comunitario defina su posición. En el caso de la Comunidad Andina pudiera aplicarse lo que hemos dicho en relación con el plazo inexistente en ambas experiencias comunitarias para requerir en vía administrativa el cumplimiento de las obligaciones, en el sentido que se aplique un plazo razonable que dependerá de cada caso y de las circunstancias que estén involucradas en el mismo.

Ahora bien, si durante el proceso judicial se produce la finalización de la omisión, consideramos que, al igual como lo viene sosteniendo el Tribunal de Luxemburgo, la desaparición del objeto del recurso imposibilita

conducir a las consecuencias previstas en el tercer párrafo del artículo 37 TTA conforme al cual el Tribunal emitirá la providencia correspondiente que deberá señalar la forma, modalidad y plazo en los que el órgano objeto del recurso deberá cumplir con su obligación.¹⁰⁶

2.3 LA LEGITIMACIÓN ACTIVA

Tanto el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como los tratados constitutivos comunitarios europeos establecen una legitimación activa para poder poner en marcha el Recurso por Omisión con dos características comunes: a) hay una idéntica legitimación activa para intervenir tanto en la fase administrativa como en la fase judicial; b) hay dos categorías de sujetos legitimados que se pueden denominar demandantes privilegiados y demandantes no privilegiados. En la primera categoría se incluyen al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión, la Secretaría General y los Estados miembros, y en los segundos a los particulares.

Como sucede en la jurisdicción contencioso-administrativa, la legitimación activa en ambos tipos de demandantes obedece a finalidades distintas que tienen que ver con los intereses que buscan tutelar cada una de esas categorías de demandantes, de tal forma que mientras los demandantes no privilegiados tratan de proteger sus derechos e intereses individuales, los demandantes privilegiados pueden actuar defendiendo sus propios derechos e intereses, pero también para proteger la legalidad comunitaria. Por ello, aquéllos deben demostrar un interés para intentar el recurso, mientras que los segundos no necesitan hacerlo, ya que su propia condición basta para hacerse presentes en un procedimiento por omisión sin necesidad de demostrar un interés.

Así las cosas, en la Comunidad Andina, de acuerdo con el artículo 37 TTA, sólo los órganos comunitarios de los que pueden emanar actos con efectos jurídicos tienen legitimación activa y pasiva en este recurso. Por ello, el Parlamento Andino no tiene legitimación para el mismo,

¹⁰⁶ Sentencia TJCE de 24 de noviembre de 1992, asunto Bucke & Söhne vs Comisión (as. 15 y 108/91).

tal como ocurre en la Acción de Nulidad andina. En la Comunidad Europea, si bien el Parlamento Europeo siempre ha tenido legitimación para intentar el recurso por omisión, hasta el Tratado de Maástricht no la tenía expresamente para el recurso de anulación, aunque ya antes se la había dado jurisprudencialmente el Tribunal de Justicia. Sin embargo, en la Comunidad Andina, a diferencia de las comunidades europeas, ello es irrelevante porque el Parlamento no tiene facultad decisoria alguna, ni tiene competencia para emitir actos con efectos jurídicos dentro de la Comunidad, ni frente a terceros.

Igualmente, el Consejo Presidencial Andino tampoco tiene legitimación activa ni pasiva para intentar el Recurso por Omisión, ya que no emite actos jurídicos como tales sino actos meramente políticos.

Al mismo tiempo, los particulares tienen la limitación en el Recurso por Inactividad, como ya dijimos antes, de que no pueden recurrir por omisión disposiciones de carácter general, disminución procesal que en el recurso de anulación europeo se subsana con la excepción de ilegalidad, pero que en el Recurso por Inactividad no puede hacerse, motivo por el cual, y siendo que el Tratado andino no establece expresamente ninguna limitación al respecto, consideramos que por motivos prácticos y jurídicos el Tribunal de Justicia andino debería aceptar el Recurso por Omisión de actos generales al no haber en este sistema jurisdiccional una vía judicial que subsane tal falta de control en lo que a los particulares se refiere.

En todo caso, en este recurso judicial comunitario que nos ocupa, a diferencia de la Acción de Nulidad, no importa tanto la forma, sino si en sus efectos el acto es individual para que los particulares puedan intentar un Recurso por Omisión. Se puede concluir que un particular tiene legitimación para llevar adelante un proceso por omisión en tanto el acto haya podido ser destinado a él, o lo que es lo mismo, es suficiente que el acto omitido concierna directa e individualmente al particular, sin tener que ser formalmente destinatario de él, para que éste pueda reclamar su omisión.

En pocas palabras, podemos decir que las personas naturales y jurídicas, éstas son, los demandantes no privilegiados, tienen legitimación activa en el Recurso por Omisión o Inactividad tanto si el acto omitido

hubiera sido formalmente destinado a ellos, como si el acto omitido hubiese sido *de facto* destinado a los mismos, esto es, que el acto los afecte directa e individualmente, tal como sucede en la Acción de Nulidad.¹⁰⁷

2.4 LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA

Tal como sucede en la Comunidad Europea, y a diferencia de lo que ocurre en el Tratado CECA en donde la sentencia en los recursos por omisión produce la nulidad del acto ficticio de rechazo, en los procesos por inactividad de una obligación expresa del ordenamiento comunitario andino, el Tribunal de Justicia sólo puede declarar la omisión ocurrida y las medidas que deben adoptarse, pero no tiene poder para dictar él mismo el acto omitido en violación del Derecho Andino. Todo lo que puede hacer el Tribunal de Justicia es constatar la ilegalidad producida por el comportamiento omisivo del órgano comunitario y hacérselo ver a éste.

En todo caso, el Tribunal de Justicia tiene facultades para señalar en la sentencia, además de la declaración antedicha, la forma, modalidad y plazo en los que el órgano objeto del recurso deberá cumplir su obligación, lo que obliga al órgano comunitario demandado a actuar en la forma establecida en la sentencia, aunque retiene las facultades discrecionales que la normativa andina le haya otorgado en el aspecto en concreto. Esta posibilidad equivale a lo que en el artículo 233 TCE se dispone en el sentido de que los órganos comunitarios están obligados a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal comunitario.

Tal como lo dice Concepción Escobar Hernández, esta regulación de las obligaciones que genera la sentencia en el Recurso por Omisión en el órgano afectado “presenta el elemento común de que, en ambos Tratados, se excluye el carácter ejecutivo de la sentencia, quedando reservada la función ejecutiva a la institución concernida por la omisión”.¹⁰⁸ Esta circunstancia, en criterio de esta autora, “incide, simultáneamente, sobre las competencias del Tribunal de Justicia y sobre el propio contenido de la sentencia”, de tal forma que el Tribunal de Justicia no puede

¹⁰⁷ Sentencia TJCE, caso Nordgetreide vs Comisión (42/71), ECR. 105.

¹⁰⁸ En sentido similar De Faramiñán Gilbert, *Ob. Cit.*, pp. 524-525.

en ningún caso “sustituir a la institución en el ejercicio de sus competencias ejecutivas, ni incluir en la decisión sobre el fondo contenido alguno que, en la práctica, equivalga a tal sustitución”.¹⁰⁹

2.5 LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES

En la Comunidad Andina, a diferencia de lo que puede suceder en la Comunidad Europea, no es posible para el juez comunitario dictar medidas provisionales en el Recurso por Omisión, que tengan validez hasta que se dicte la sentencia definitiva. Esto porque, según el Tratado de Creación del Tribunal andino, solamente es posible para este Tribunal dictar medidas cautelares en los casos de las Acciones de Nulidad (Art. 21 TTA) y no están previstas expresamente para los Recursos por Omisión. La disposición que las prevé es específica para aquel tipo de acciones, a diferencia de lo previsto en el Tratado de la Comunidad Europea en el que las medidas cautelares pueden ser adoptadas por el Tribunal de Justicia en cualquiera de los asuntos que esté conociendo (Art. 243 TCE).

Sin embargo, para algunos autores no es recomendable, aun siendo posibles por el Tratado, que el Tribunal europeo de Justicia adopte medida cautelar alguna en el marco de un recurso por omisión, ya que puede producirse “un vaciamiento de las competencias ejecutivas de la institución concernida y su sustitución por el Tribunal”, además de las serias dudas que para estos autores tienen estas medidas para ser idóneas como mecanismo temporal en este tipo de recursos.¹¹⁰ No estamos de acuerdo con esta posición porque lo mismo podría decirse en los demás tipos de acciones y porque en algunos casos es indispensable de que, por lo menos temporalmente, se evite un daño al afectado por la omisión poniendo en su titularidad el derecho alegado.¹¹¹

¹⁰⁹ Escobar Hernández, *Ob. Cit.*, p. 110.

¹¹⁰ Parecido criterio tiene Juan Manuel De Faramiñán Gilbert cuando dice que “la omisión está constituida por una decisión implícita de rechazo o por una abstención de pronunciarse, por lo que, si el Tribunal admite la aplicación de medidas provisionales, realizaría una injerencia en las competencias de la institución comunitaria requerida de actuar” (De Faramiñán Gilbert, *Ob. Cit.*, p. 525)

¹¹¹ Véase Escobar Hernández, *Ob. Cit.*, p. 112.

Lamentablemente, el Tribunal de Luxemburgo parece compartir la opinión de la exclusión de medidas cautelares en los recursos por omisión cuando ha dicho que una medida de ese tipo “prejuzgaría claramente la decisión sobre el fondo al reconocer la omisión” del órgano comunitario y al tomar en lugar de éste una decisión que sólo le corresponde a él.¹¹² También en otra sentencia el Tribunal de Justicia ha dicho, a propósito de una solicitud de medidas de urgencia por la Comisión, que satisfacer tal demanda “equivaldría tomar una decisión positiva, a cargo del juez de urgencia, en el sitio que le corresponde a la Comisión, lo que sería, por tanto, contrario al equilibrio institucional resultante de los tratados constitutivos”.¹¹³

Insistimos en que no consideramos acertada una posición como la del Tribunal de Justicia europeo en este punto ya que, si es por ello, las medidas cautelares en la mayoría de los casos no podrían dictarse, aun en los recursos de anulación. Además debería aplicarse la doctrina según la cual, como sucede en la Acción de Nulidad, una medida provisional no puede ser otorgada sino cuando el órgano judicial tenga una alta presunción de que la acción judicial es justificada y no en cualquier caso y sólo así se evita el riesgo, lo que quiere evitar el Tribunal, de adoptar decisiones que luego tengan que ser revocadas por inconvenientes.

2.6 LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LA SENTENCIA

No queremos terminar el análisis del recurso por omisión andino sin antes referirnos a un aspecto que en la Comunidad Europea ha sido catalogado como problema.

Nos referimos a la ejecución de la sentencia en el Recurso por Omisión, la que en la Comunidad Europea ha sido considerada como imposible por la naturaleza no ejecutiva de dichas sentencias, lo que trae consigo, como lo destaca Escobar Hernández, “el grave peligro de que se prolongue en el tiempo una conducta omisiva declarada ilegal por el Tribu-

¹¹² Auto TJCE, caso *Nuovo Campsider*, Rec. 1985, p. 756.

¹¹³ Auto TJCE, caso *National Carbonising Company Limited vs Comisión* (as. 109/75), Rec. 1202.

nal”, lo que constituye, sin lugar a dudas para esta autora, “una de las principales deficiencias del sistema de control de la legalidad”.¹¹⁴

En la Comunidad Andina, tomando en cuenta que su Recurso por Omisión tiene una influencia mayor de los recursos similares existentes en las jurisdicciones contencioso-administrativas de algunos países andinos que de los establecidos en el sistema jurisdiccional de las comunidades europeas, y en vista de que no está desarrollado un recurso por responsabilidad extracontractual, vía ésta con la que la Comunidad Europea pretende subsanar la falta de efectividad de las sentencias de los recursos por omisión justamente por su falta de ejecución forzosa,¹¹⁵ creemos que es posible que el Tribunal de Justicia andino desarrolle una tesis según la cual este órgano judicial pueda suplir a los órganos comunitarios administrativos en el caso de que éstos no adopten las medidas necesarias para ejecutar la sentencia como lo prevé el artículo 37 TTA.

En efecto, dadas las características particulares del Recurso por Omisión que parecen desprenderse del Tratado del Tribunal andino, en donde este recurso es viable tanto frente a abstenciones como contra negativas expresas de obligaciones concretas y precisas de carácter enteramente reglado, bien cabría admitir que el Tribunal suplante al órgano comunitario en ausencia de discrecionalidad del órgano ejecutivo que debe darse en las obligaciones que permiten este recurso.

No obstante, habrá casos en los que seguirá siendo difícil para el juez comunitario sustituir a la administración comunitaria, que tememos que puedan ser los más, ya que la mayoría de las facultades para dictar actos comunitarios están regladas sólo parcialmente, por lo que casi siempre existen aspectos discrecionales que hacen inviable en la práctica una posibilidad de ejecución forzosa por el juez comunitario directamente. Así sucede, por ejemplo, cuando en un acto comunitario esté reglada la oportunidad para dictarlo pero no su contenido, el cual solamente podrá ser definido por el órgano comunitario ejecutivo. En este caso, resulta difícil pensar que el Tribunal de Justicia pueda sustituir a aquél.

¹¹⁴ Escobar Hernández, *Ob. Cit.*, p. 113.

¹¹⁵ En este sentido Escobar Hernández, *Ob. Cit.*, p. 114.

Insistimos, por lo demás, en que en algunos recursos por inactividad que han nutrido al recurso equivalente de la Comunidad Andina, claro está, existentes dentro de organizaciones estatales nacionales y no en las supranacionales como la Comunidad Andina donde todas las atribuciones de sus órganos deben estar establecidas en el derecho originario, se ha permitido que la Administración sustituya al órgano comunitario, ya sea en la sentencia directamente¹¹⁶ o para hacer la ejecución forzosa, esto es, si el órgano comunitario concernido no cumple voluntariamente con la sentencia.¹¹⁷

¹¹⁶ Así se ha pronunciado la CPCA en sentencia del caso “Alfredo Yanucci Fuciardi”, de 29 de octubre de 1987, cuando ha dejado establecido que “es perfectamente posible revisar la legalidad en un procedimiento de recurso de abstención, cuya finalidad no es la nulidad de alguna actuación, sino la de calificar de legítima o no una omisión tácita o expresa de la Administración en actuar, para que, de resultar ilegal, el Tribunal supla tal abstención o negativa, proveyendo el acto o el trámite omitido o negado” (Brewer-Carías y Ortiz-Álvarez, *Ob. Cit.*, p. 62).

¹¹⁷ En este sentido se pronuncia la sentencia CPCA, caso “Metaral, C.A.”, de 19 de febrero de 1987, cuando dice que “la satisfacción del interés del recurrente no se lograría con una declaración respecto de un derecho o de un interés legítimo, sino que si la Administración no cumple voluntariamente, el acto se ejecute forzosamente mediante los poderes ejecutivos de que está dotado el Juez para lograr aquella satisfacción”. En este sentido, continúa el tribunal venezolano, “también en el recurso de abstención el Juez puede sustituirse a la Administración si ésta no da cumplimiento a lo decidido con fuerza definitivamente firme” (Brewer-Carías y Ortiz-Álvarez, *Ob. Cit.*, p. 60).

Límites de la Casación Civil Venezolana en la Valoración de la Prueba

Bernardo TAHÁN GÓMEZ*

SUMARIO:

Introducción.

- 1. Recurso por defecto de actividad.**
- 2. Recurso por infracción de ley.**
- 3. La Suposición Falsa.**
- 4. Normas jurídicas expresas en el establecimiento de los hechos.**
- 5. Normas jurídicas expresas para la valoración de los hechos.**
- 6. Normas jurídicas expresas para el establecimiento de las pruebas.**
- 7. Normas jurídicas expresas para la valoración de las pruebas.**
- 8. La Casación de Oficio.**

Conclusiones

* **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.

INTRODUCCIÓN

En ciertas situaciones del recurso de casación, no es fácil establecer linderos en torno a los límites que tiene la Sala de Casación Civil en pronunciarse sobre una determinada prueba, pues siempre está el inconveniente de que pueda transgredir sus funciones como órgano decisor del recurso extraordinario, y transformarse equívocamente en un tribunal de instancia, conociendo de hechos y estableciéndolos a través de la valoración de pruebas.

Paralelamente a esta dificultad, las partes recurrentes en casación, muchas veces realizan pedimentos en sus denuncias que apuntan a una improcedente revisión de la prueba por parte de la Sala de Casación Civil, lo cual genera el rechazo de la denuncia, pues su procedencia estaría condicionada a esta ilegal revisión y análisis probatorio.

Sólo en ciertas situaciones específicas que establece el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, en aquella rama de este recurso conocida como “casación sobre los hechos”, la Sala de Casación Civil puede descender al análisis de las pruebas y hacer ciertos pronunciamientos en torno a los hechos, pero siempre atada al contexto de la denuncia, sin tomarse libertades que transformen el recurso extraordinario en ordinario.

Más limitada aún se encuentra la Sala de Casación Civil en la denuncia por infracción del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, conocida como silencio de prueba, pues la prueba silenciada a lo sumo se detecta, pero no puede valorarse, labor que corresponde a los jueces de instancia.

De esta forma, conviene examinar por separado los distintos motivos de la casación, incluyendo la comúnmente denominada casación sobre los hechos, a fin de determinar los límites en la valoración de las pruebas respecto a cada denuncia.

1. RECURSO POR DEFECTO DE ACTIVIDAD

En el recurso por defecto de actividad, la Sala de Casación Civil no puede analizar ni valorar ninguna prueba. En ninguno de los motivos de control de la Sala, fundados en los requisitos de la sentencia estableci-

dos en el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, o en los motivos de nulidad del artículo 244 *eiusdem*, puede descender la Sala a valorar pruebas. Por supuesto, tampoco puede hacerlo en la denuncia por indefensión o en la de reposición no decretada.

2. RECURSO POR INFRACCIÓN DE LEY

En el recurso por infracción de ley, entendido en forma estricta, es decir, sin apoyo en motivo alguno de la denominada casación sobre los hechos contenida en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, la Sala de Casación Civil tampoco puede valorar pruebas, pues el control de la Sala se limita a examinar los hechos establecidos en la sentencia impugnada, y de acuerdo a estos hechos que deben darse por sentados, la Sala revisa la aplicación del derecho, y de encontrar algún error de fondo, se limitará a pronunciarse por la eventual errónea interpretación, falsa aplicación o falta de aplicación de alguna norma jurídica, pero de ninguna forma puede extender este examen al aspecto probatorio y menos respecto al mérito o valor de la prueba y su relación con los hechos establecidos.

Esto nos deja solamente la posibilidad del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, y los distintos motivos de la casación sobre los hechos, como medios posibles de control sobre el aspecto probatorio, motivos que seguidamente se irán discriminando uno a uno.

3. LA SUPOSICIÓN FALSA

La denuncia por suposición falsa, construida al amparo del ordinal 2º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 320 *eiusdem*, tiene como finalidad última la de evidenciar ante la Sala de Casación Civil, el establecimiento de un hecho falso por parte del Juez Superior en su sentencia.

Este hecho falso, de acuerdo al artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, puede detectarse sobre la base de tres situaciones distintas:

a) Cuando el Juez atribuye a instrumentos o actas del expediente menciones que no contiene.

b) Cuando el Sentenciador da por demostrado un hecho con pruebas que no aparecen en autos o;

c) Cuando el Juez establece un hecho apoyándose en forma inexacta de actas e instrumentos del expediente.

Partiendo de la hipótesis de que la recurrida en casación estableció un hecho falso, y el formalizante plantea una denuncia correcta cumpliendo todos los requisitos técnicos para formularla, la Sala de Casación Civil puede examinar la prueba concreta que evidenciaría la falsedad del hecho establecido por la recurrida, y luego de este análisis, limitarse a señalar si el hecho concreto es falso o no, pudiendo establecer la existencia del hecho verídico-opuesto que se desprende de la prueba, en contraposición del determinado por la sentencia impugnada.

Lo que no puede hacer la Sala, y he aquí el primer límite en la valoración de la prueba, es comenzar a hacer un análisis de la documental e ir estableciendo hechos nuevos ajenos o distintos al problema fáctico concreto que le fue planteado. Por ejemplo, si la recurrida determina la existencia del pago de una obligación a partir de un documento, y el formalizante considera a través de su denuncia por suposición falsa que esa prueba no refleja el establecimiento del pago, la Sala sólo puede limitarse a examinar la prueba y pronunciarse en torno a si efectivamente demuestra la existencia del pago o no. Pero la Sala no podría, por ejemplo, señalar que esa documental refleja otros hechos distintos a los planteados en la denuncia, como una prórroga de la obligación, o un acto interruptivo de la prescripción de la obligación u otro. Es decir, que la Sala no tiene plena libertad de valorar la prueba como si se tratase de un tribunal de instancia, pues sólo debe limitarse a establecer si el hecho determinado, positivo y concreto por parte de la recurrida, es cierto o no y sólo bajo esta óptica le es permitido analizarla.

De esta forma, suele verse con frecuencia el error en escritos de formalización que pretenden, bajo una denuncia del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, una solicitud a la Sala de Casación Civil para que arbitrariamente establezca hechos que no aparecen en la sentencia recurrida. Ello es absolutamente incorrecto. Si la sentencia recurrida no estableció un hecho, de ninguna forma puede aspirarse a que la Sala de

Casación Civil pueda hacerlo, por más que se plantee una denuncia al amparo del artículo 320 *eiusdem*. Se repite: sólo cuando se haya establecido en la sentencia un hecho que pueda considerarse falso, puede aspirarse a una valoración de prueba con el único objetivo o fin de que el establecimiento de ese hecho, y no otros, pueda ser controlado por la Sala para que determine su veracidad o falsedad.

Cuando el formalizante considera que la recurrida dejó de establecer un hecho importante, trascendente en la suerte de la controversia, no puede plantear una denuncia por suposición falsa, pues la Sala de Casación Civil no puede valorar pruebas ni establecer hechos como un tribunal de instancia. Su única alternativa es la denuncia por silencio absoluto o parcial de prueba, pero aún así, la Sala de Casación Civil tampoco podrá descender al análisis de la prueba silenciada y establecer ese hecho trascendente para el recurrente, como se explicará más adelante.

Se reitera que el análisis de la prueba en la denuncia por suposición falsa, es una valoración específica bajo coordenadas claras, destinadas única y exclusivamente a la comprobación de la falsedad o veracidad de un hecho determinado, sin que pueda permitirse un análisis amplio de la prueba por parte de la Sala de Casación Civil que arroje el establecimiento de hechos paralelos distintos al discutido en la denuncia.

4. NORMAS JURÍDICAS EXPRESAS EN EL ESTABLECIMIENTO DE LOS HECHOS

La norma jurídica expresa en el establecimiento de los hechos, ha sido definida por la Sala de Casación Civil como “...*las que exigen un preciso medio de prueba para establecer determinados hechos...*”.¹ De acuerdo con este concepto, la norma jurídica expresa en el establecimiento de los hechos es aquella que señala un determinado medio de prueba, con un carácter exclusivo como único permitido por el legislador para la demostración de un hecho concreto. La norma no permite

¹ Sentencia de la Sala de Casación Civil de fecha 14 de octubre de 1998, bajo la ponencia del Magistrado Dr. Antonio Ramírez Jiménez, en el juicio intentado por el ciudadano José Rafael Bohórquez contra Neptalí de Jesús Fuentes y Freddy José Fuentes.

medios probatorios alternos para la comprobación de un hecho determinado. El medio de prueba está taxativamente señalado por el legislador en la norma, y sólo a través de ese medio puede comprobarse un hecho determinado.

Por ejemplo, una norma que establezca que determinados hechos de carácter técnico sólo pueden ser demostrados a través de una experticia, restringe solamente a este último medio probatorio como el idóneo o adecuado para la comprobación del hecho de carácter técnico.

Si la recurrida estableció un hecho a través de un medio probatorio no consentido por el legislador para la comprobación de ese hecho concreto, entonces estaría infringiendo la norma jurídica expresa que el legislador dispuso para el establecimiento de ese hecho. Planteada la correspondiente denuncia ante la Sala de Casación Civil, ésta puede examinar lo siguiente:

- a) En primer lugar, debe determinar si el hecho concreto fue realmente establecido en la recurrida. En este tipo de denuncias la Sala de Casación Civil no puede ir examinando actas del expediente como un tribunal de instancia. Debe comenzar su labor de análisis sobre la base del hecho que fue establecido en la sentencia impugnada.
- b) Una vez que la Sala ha corroborado el establecimiento del hecho, debe examinar en la parte motiva del fallo si ese hecho fue establecido con algún medio probatorio prohibido por el legislador, por existir alguna norma jurídica expresa que establezca que ese hecho concreto sólo puede ser comprobado con un medio distinto al seleccionado por el Sentenciador de Alzada.
- c) En caso de que exista en efecto, la norma jurídica expresa para el establecimiento de ese hecho, y que la recurrida la haya violado por haber utilizado una prueba no consentida por la norma para la comprobación del hecho, entonces la Sala no debe realizar análisis probatorio alguno. No debe tocar las actas del expediente ni valorar ninguna prueba. Simplemente debe calibrar la trascendencia de ese hecho incorrectamente establecido en la suerte del fallo, y de ser importante, casar la

sentencia y ordenarle al Juez de reenvío que vuelva a decidir, en caso de que sea necesario,² pero sin establecer ese hecho.

De esta forma, la Sala de Casación Civil realiza un control estricto de derecho, pero en la motivación de la parte fáctica, corrigiendo el establecimiento de un hecho a través de un medio de prueba que viola alguna disposición normativa que restringió, con un carácter exclusivo, la comprobación de ese hecho a través de única y exclusivamente un medio concreto de prueba, sin permitirse ningún otro. Puede entenderse de esto, que la Sala de Casación Civil no tiene que examinar ninguna prueba, ni emitir juicios de valoración de las documentales existentes en el expediente, pues su rango de análisis es muy concreto: sobre el hecho establecido en la recurrida, la existencia de una norma que restringe el establecimiento de ese hecho concreto a un medio de prueba específico, y el irrespeto por parte del Sentenciador de Alzada a esa norma, implementado medios probatorios no autorizados por la disposición legal en el establecimiento del hecho concreto.

Dentro de las normas jurídicas expresas para el establecimiento de los hechos, merece atención especial el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, el cual, de acuerdo con decisión de la Sala de Casación Civil de fecha 5 de abril de 2001,³ es una norma jurídica expresa para el establecimiento de los hechos.

Este artículo 509 del Código de Procedimiento Civil dispone lo siguiente:

Los Jueces deben analizar y juzgar todas cuantas pruebas se hayan producido, aun aquéllas que a su juicio no fueren idóneas para ofrecer algún elemento de convicción, expresándose siempre cuál sea el criterio del Juez respecto de ellas.

² La Sala de Casación Civil podría casar sin reenvío si las consecuencias de procedencia de la denuncia arrojan un resultado claro sobre el fondo de la controversia, que no deja más nada que decidir, de acuerdo con los dos supuestos del artículo 322 del Código de Procedimiento Civil.

³ Sentencia de la Sala de Casación Civil de fecha 5 de abril de 2001, bajo la ponencia del Magistrado Doctor Carlos Oberto Vélez, en el juicio seguido por la ciudadana Eudocia Rojas contra la sociedad mercantil Pacca Cumanacoa, Expediente N° 99-889

El artículo 509 del Código de Procedimiento Civil no es sino una norma genérica que establece que sólo a través de pruebas, los jueces pueden establecer hechos. Esta fue la solución encontrada por la Sala de Casación Civil para resolver el problema de establecer la denuncia por silencio de pruebas por vía de la infracción de ley, y a la vez, construir una denuncia de fondo al amparo del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, que le permita al formalizante solicitar a la Sala una revisión de las actas del expediente para encontrar la prueba silenciada.

Ahora bien, en este tipo de denuncias por silencio de pruebas, la Sala de Casación Civil, de considerar que efectivamente la prueba fue silenciada, no puede plasmar en el fallo una valoración de ella. A lo sumo, la Sala de Casación Civil podrá limitarse a señalar que la prueba es pertinente, es decir, que está vinculada a los hechos controvertidos, o bien del libelo de demanda o de la contestación al fondo, o de ambos escritos. También podrá indicar que la prueba fue correctamente promovida, es decir, señalando el promovente el objeto a probar en su escrito de promoción, carga alegatoria necesaria para el examen de la Sala de Casación Civil de la denuncia por silencio de esa prueba.⁴

Lo que no podrá nunca la Sala de Casación Civil, en una denuncia por silencio de pruebas declarada procedente, es descender a la valoración de esa prueba y determinar que es capaz de demostrar un hecho determinado, es decir, por ejemplo, que denunciado el silencio de una prueba documental la Sala declare procedente la denuncia, establezca de esa prueba la comprobación del pago de la deuda y aplique las consecuencias de extinción de la obligación. De hacerlo, la Sala de Casación Civil estaría actuando como un tribunal de instancia, valorando pruebas.

Pero la Sala, en la denuncia por silencio de pruebas, sí puede realizar una revisión previa de los requisitos legales de incorporación de la prueba al proceso, es decir, de las reglas para su establecimiento, y de encontrar que la prueba es ineficaz por ausencia del cumplimiento de las

⁴ Sentencia de la Sala de Casación Civil de fecha 21 de junio de 2000, en el juicio seguido por Farvenca Acarigua, C.A., contra Farmacia Claely, C.A., ponencia del Magistrado Doctor Franklin Arrieche G., expediente N° 99-597).

reglas para su establecimiento, desechar la denuncia por silencio de pruebas por su intrascendencia. En otras palabras, sería intrascendente el declarar procedente una denuncia por silencio de pruebas cuando el Juez de reenvío de todas formas no podrá apreciarla, por cuanto es ineficaz, al no promoverse ni establecerse correctamente en juicio.

En este orden de ideas, la Sala de Casación Civil podrá determinar, por ejemplo, que la prueba es ineficaz por cuanto no fue correctamente promovida al no señalarse su objeto, o que fue producida luego del lapso de evacuación, o que se trata de un documento privado traído al proceso en segunda instancia, o un documento emanado de terceros, no ratificado de acuerdo con el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil.

Está claro que, si bien la Sala puede revisar los requisitos del establecimiento de la prueba, no puede descender a su valoración. Ni siquiera puede la Sala asomar indicios de cómo el Juez de reenvío deberá valorar la prueba. Esta parcela es de la soberanía del Juez de instancia, al menos en el conocimiento por parte de la Sala de la denuncia por silencio de pruebas.

5. NORMAS JURÍDICAS EXPRESAS PARA LA VALORACIÓN DE LOS HECHOS

Las normas jurídicas expresas para la valoración de los hechos, han sido definidas por la Sala de Casación Civil⁵ como aquéllas "... que otorgan una determinada calificación jurídica a un conjunto de hechos..." Es decir, que la norma establece cómo debe calificarse un determinado hecho, desde el punto de vista jurídico. El Juez debe ceñirse al contenido de la norma y tomarla en cuenta al momento de calificar un hecho.

Por ejemplo, cuando el artículo 37 del Código Civil establece que el parentesco por consanguinidad es la relación que existe entre las personas unidas por los vínculos de la sangre, está dando una calificación jurídica a un hecho concreto: el vínculo sanguíneo.

⁵ Sentencia de la Sala de Casación Civil de fecha 14 de octubre de 1998, antes citada.

No es el objeto de estas reflexiones descender a un análisis del concepto de norma jurídica expresa para la valoración de los hechos, sino simplemente el delimitar el margen de valoración de las pruebas que tiene la Sala de Casación Civil cuando se ve frente a este tipo de denuncias, amparadas en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil.

De acuerdo con lo anterior, la Sala de Casación Civil debe revisar en primer lugar la sentencia recurrida, y observar si el hecho fue establecido o no. Si el hecho fue establecido, la Sala debe revisar cómo fue calificado por el Juez de Alzada. Una vez efectuada esta observación, debe determinar si la norma denunciada infringida por el formalizante, es en efecto una norma jurídica expresa que determine la valoración de los hechos, es decir, una regla legal que le indique a los jueces cómo deben calificar estos hechos y asimismo, verificar si la recurrida respetó esta regla de calificación jurídica. Si el sentenciador de alzada, por ejemplo, calificó un hecho contraviniendo una norma que expresamente le indicaba que debía calificarlo en otro sentido, la Sala debe precisar si esta errónea calificación era trascendente en la suerte del fallo, y de serlo, declarar procedente la denuncia.

Cuando la Sala de Casación Civil declara procedente una denuncia por infracción de norma jurídica expresa para la valoración de los hechos, no valora ninguna prueba. Simplemente hace una revisión del establecimiento fáctico en la sentencia, pero a los fines de corroborar solamente si el hecho fue establecido y, sobre todo, de la calificación jurídica otorgada por el Juez de alzada a ese hecho. Lo que no puede hacer la Sala es señalar, de oficio, que ese hecho es falso o que no ocurrió. La Sala debe atenerse al establecimiento fáctico de la recurrida, cuando la denuncia es por infracción de ley “pura y simple”. Y en el caso de la infracción de norma jurídica expresa para la valoración de los hechos, no hay control sobre el establecimiento de los hechos, pues la Sala debe darlo por sentado en la recurrida, sino el simple control de verificar si existe o no una norma jurídica que expresamente le indique a todos los jueces, incluyendo a los Magistrados de la Sala, que ese hecho establecido debe calificarse de tal o cual forma.

Con todo esto quiere señalarse, que cuando la Sala de Casación Civil conoce de una denuncia por infracción de norma jurídica expresa para

la valoración de los hechos, no hay ni puede haber, revisión o valoración de las pruebas, pues si el hecho fue establecido en la sentencia la Sala debe darlo por sentado, y sólo verificar si fue o no violada alguna norma jurídica que indique cómo calificarlo. En caso de que efectivamente el hecho haya sido erróneamente calificado, la Sala deberá finalmente calibrar si la infracción fue determinante en la suerte de la controversia, y de ser positiva la respuesta, declarar procedente la denuncia.

Si esta denuncia es procedente, la Sala tiene la alternativa de decidir con o sin reenvío. Si el hecho, es por ejemplo, el pago de la obligación y no queda más nada que decidir por quedar ésta extinguida, la Sala podrá casar sin reenvío. Sin embargo, si el hecho erróneamente calificado debe analizarse en conjunto a otros hechos u otras circunstancias del juicio, entonces será mejor dejarle al Juez de reenvío que decida, pero con la indicación clara por parte de la Sala de cómo deberá calificar ese hecho en concreto, de acuerdo con la denuncia analizada.

6. NORMAS JURÍDICAS EXPRESAS PARA EL ESTABLECIMIENTO DE LAS PRUEBAS

Estas normas son todas aquellas disposiciones legales que indican la forma en la cual la prueba debe ser incorporada al proceso, y de cumplirse todos estos requerimientos formales, la prueba tendrá eficacia. Son parámetros instrumentales de incorporación de la prueba al juicio, en modo, tiempo y lugar, que garantizan la correcta inserción del medio probatorio. Por ejemplo, para que la prueba tenga eficacia, tiene que ser evacuada dentro de los 30 días del lapso destinado a ese fin. Caso contrario, la prueba sería extemporánea. Si el Juez valora una prueba evacuada fuera del lapso,⁶ estaría infringiendo por falta de aplicación el artículo 400 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, cuando la Sala de Casación Civil determina, por ejemplo, que la sentencia recurrida le dio valor a una prueba, a pesar de que no fue correctamente incorporada al proceso, es decir, que se infringió una

⁶ Siempre y cuando no se trate de las situaciones de excepción, como por ejemplo, los documentos públicos, las posiciones juradas, el juramento decisorio u otras.

norma procesal destinada a regular su construcción o establecimiento en juicio, la Sala de Casación Civil puede realizar el siguiente análisis:

- a) Detectar el párrafo de la recurrida donde se le dio valor a esa prueba y los hechos que fueron establecidos a raíz de esta valoración.
- b) Verificar que la prueba fue, en efecto, producida violándose alguna regla o norma jurídica expresa para su establecimiento. Para ello la Sala puede examinar las actas del expediente y determinar si fueron o no cumplidas las pautas formales de incorporación de la prueba.
- c) Como consecuencia de la infracción de la norma jurídica expresa para el establecimiento de la prueba, la Sala debe declarar procedente la denuncia y ordenarle al Juez de reenvío considerar la referida prueba como ineficaz, y de esta forma desestimarla. Lo que no puede hacer la Sala, es declarar que determinada prueba es ineficaz, en razón del incumplimiento de las reglas para su establecimiento y, en consecuencia, negar la existencia de hechos y decidir la controversia, pues el control de la Sala es sobre aspectos formales de la prueba, no sobre su contenido o los hechos que pueden o no pueden establecerse de ella.

También podría ocurrir la situación inversa: que el Juez de alzada se haya negado a considerar eficaz una prueba, que cumplió todos los requisitos formales para su incorporación al proceso, argumentando la violación de requisitos adicionales inexistentes en el texto de la ley. En caso de prosperar la denuncia, la Sala de Casación Civil, luego de examinar la pertinencia e importancia de la prueba, se limitará a ordenarle al Juez de reenvío que la tome como eficaz y la valore. Pero la Sala no puede efectuar la valoración de la prueba, pues ello no es objeto de análisis en este tipo de denuncias que sólo revisan la construcción formal del medio en el juicio, no sus efectos probatorios.

En otras palabras, el control formal que la Sala realiza en este tipo de denuncias, le impide hacer pronunciamientos de fondo en torno a las consecuencias derivadas de declarar ineficaz la prueba. Esta regla admite ciertas excepciones que deben determinarse de los hechos establecidos en la recurrida, por ejemplo:

Si la sentencia determina que la prescripción de la obligación quedó interrumpida en razón de una prueba específica, que logró probar el acto interruptivo, pero a raíz de la denuncia del formalizante la Sala evidencia que esa única prueba fue ilegalmente incorporada al proceso al haberse violado alguna norma jurídica expresa para su establecimiento, por ejemplo, un documento privado sin firma, o una copia fotostática de un documento privado, entonces la Sala puede declarar ineficaz la prueba, y en razón de los hechos establecidos por la recurrida, no existiendo ningún otro acto interruptivo de la prescripción, declarar prescrita la obligación, casar el fallo sin reenvío y considerar extinguida la obligación reclamada en el libelo.

Nótese que en este caso, la Sala no está analizando pruebas. Simplemente declaró la infracción de una norma jurídica expresa para el establecimiento de una documental, y tomando como base los hechos establecidos en la recurrida, como el inicio del lapso de prescripción, la oportunidad en que fue citado el demandado y la ausencia de otras pruebas que avalen algún acto interruptivo de la prescripción, la Sala puede perfectamente declarar prescrita la obligación, pero, se repite, la Sala no está valorando pruebas. Está aplicando el derecho sobre los hechos establecidos en la sentencia recurrida en virtud del efecto negativo de descartar la única prueba de la interrupción de la prescripción. Son situaciones totalmente distintas.

d) Podría ocurrir el caso inverso: que el Juez de la recurrida se haya negado a apreciar una prueba, que fue correctamente establecida en juicio, por interpretar alguna norma jurídica expresa para su establecimiento. Por ejemplo, el Juez Superior se niega a apreciar alguna copia de un documento público por considerar que estas copias son prohibidas por el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil.

La Sala de Casación Civil, al detectar la infracción por errónea interpretación del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, debe examinar los fundamentos de la denuncia que avalen la trascendencia de esta infracción en la suerte de la controversia y declararla procedente, ordenándole al Juez de reenvío que la examine a su criterio. Lo que no puede hacer la Sala es analizar la prueba y declarar que esa documental es capaz de establecer determinado hecho específico. Tampoco puede

ordenarle al Juez de reenvío que la examine indicándole parámetros para su valoración ni el resultado que se espera de ese análisis.

En conclusión, el efecto del control de la Sala de Casación Civil cuando examina la infracción de las normas jurídicas expresas sobre el establecimiento de las pruebas, puede ser positivo o negativo, en razón de la orden al Juez de reenvío de que valore o desestime una determinada prueba, respectivamente. No pueden haber directrices al Juez de reenvío, por parte de la Sala, para que analice la prueba en uno u otro sentido. Sólo en situaciones excepcionales, de acuerdo con los hechos establecidos en la recurrida, y no los que pueda deducir la Sala, pues debe apegarse al cuadro fáctico de la sentencia impugnada, podrá hacer pronunciamientos de derecho que decidan la controversia, si estos hechos establecidos en la recurrida no permiten otra solución jurídica, haciéndose inútil pensar en otra salida en la instancia.

7. NORMAS JURÍDICAS EXPRESAS PARA LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS

Son aquellas que le indican al Juez “...el valor probatorio de determinado medio de prueba o indican al juez cómo debe actuar para valorar la prueba...”.⁷ Estas normas, no le dejan otra salida al Juez que valorar determinado medio de prueba de acuerdo con la forma y efecto que la disposición legal indica.

En este tipo de denuncias es donde la Sala de Casación Civil tiene mayor poder de control y decisión sobre la valoración de las pruebas. Son denuncias que pueden generar desde un pronunciamiento específico por parte de la Sala en torno a la valoración de la prueba, hasta genéricos, de derecho, que pueden incluso afectar la resolución de la controversia.

La denuncia por infracción de norma jurídica expresa para la valoración de la prueba, se genera cuando el Juez de alzada valora una determinada prueba infringiendo las reglas que el legislador le ha asignado al Juez para esa valoración. Si la sentencia de alzada, por ejemplo, le niega

⁷ Sentencia de la Sala de Casación Civil de fecha 14 de octubre de 1998, antes citada.

valor a un documento público, o simplemente lo declarara eficazmente incorporado al proceso pero no culmina en apreciarlo, en valorarlo, el recurrente podrá denunciar la infracción de los artículos 1.359 y 1.360 del Código Civil, pues el documento público, de acuerdo con el artículo 1.359 *eiusdem*, "...hace plena fe, así entre las partes como respecto de terceros, mientras no sea declarado falso: 1º- de los hechos jurídicos que el funcionario público declara haber efectuado, si tenía facultad para efectuarlos; 2º- de los hechos jurídicos que el funcionario público declara haber visto u oído, siempre que esté facultado para hacerlos constar...."

Ahora bien, la Sala ordena que el referido documento público sea apreciado en todo su contenido, tanto de los hechos jurídicos que el funcionario público declara haber efectuado, como de los hechos jurídicos que el funcionario público declara haber visto u oído. ¿Hasta dónde llega la apreciación de la Sala del documento? ¿Puede la Sala analizar el documento público y establecer qué hechos quedaron establecidos en él y en consecuencia, la trascendencia de esos hechos en la suerte de la controversia?

Esta pregunta no es nada fácil de responder, por las siguientes razones:

Si la prueba cuya valoración fue mezquina por la recurrida, la Sala le otorga pleno valor probatorio, como es el caso del documento público, y en ese documento público consta, por ejemplo, el pago de la obligación principal, la Sala de Casación Civil podría limitarse a ordenarle al Juez de reenvío que valore el documento con la fuerza que indican los artículos 1.359 y 1.360 del Código Civil, y resuelva en consecuencia. O también podría la Sala decidir, sin reenvío, que en el referido documento público consta el pago íntegro de la obligación reclamada en el libelo y, en consecuencia, declarar sin lugar la demanda, pues no quedaría nada por decidir. Considero que en este tipo de situaciones concretas y puntuales, donde la prueba involucrada arroja una valoración clara, capaz de cambiar radicalmente la *litis*, como es el pago de la obligación, la Sala de Casación Civil no se extralimitaría en sus funciones si decide terminar con la controversia, aplicando las facultades que le concede el artículo 322 del Código de Procedimiento Civil, es decir, "...cuando su decisión sobre el recurso haga innecesario un nuevo pronunciamiento sobre el fondo..."

A veces, el reenvío además de inútil puede ser peligroso, pues siguiendo el ejemplo antes referido, si la Sala determina que el pago quedó demostrado a través de un documento público cuyo valor probatorio no fue reconocido por el Juez Superior, ordenar un nuevo reenvío podría generar un nuevo fallo que repita el error, generando la dilación procesal del recurso de nulidad.

Ahora bien, si el Juez Superior infringió alguna norma jurídica expresa para la valoración de una prueba, la Sala de Casación Civil advierte la procedencia de la denuncia, pero los hechos que esa prueba demuestra, están inmersos en una multiplicidad de hechos establecidos en la recurrida y demostrados a través de otros medios probatorios, es decir, que debe hacerse una evaluación de todos los hechos, incluyendo los demostrados por la prueba cuyo valor fue infringido, entonces, la Sala de Casación Civil necesariamente debe enviar el expediente al reenvío, y limitarse simplemente a ordenarle que valore tal o cual prueba de acuerdo a la norma que la regula, pero sin hacer mención a cómo debe resolverse la controversia, pues el *thema decidendum* del caso bajo estudio es demasiado complejo para que la Sala pueda resolverlo, a través de la valoración del único medio cuyo valor fue irrespetado por la sentencia del Tribunal Superior.

Esto quiere decir, que la conducta de la Sala de Casación Civil en torno a las normas jurídicas expresas para la valoración de la prueba, no es uniforme, y dependerá de cada caso concreto, y del grado de importancia o trascendencia que tenga la prueba cuyo valor fue infringido por la recurrida, en la suerte de la controversia. Juega un papel muy importante en los límites de la Sala de Casación Civil, las facultades que el artículo 322 del Código de Procedimiento Civil le concede en la denominada casación sin reenvío, pues la ponderación y sentido común del fallo debe imponerse, para establecer un equilibrio entre el reenvío innecesario y dilatorio y la casación de instancia.

8. LA CASACIÓN DE OFICIO

En la casación de oficio, la Sala puede arrogarse la facultad de determinar la infracción de normas constitucionales en la sentencia recurrida, y casarla, o también controlar la subversión procesal y corregir las deficiencias del proceso que generen alguna situación de indefensión para

alguna de las partes. Lo que no puede hacer la Sala de Casación Civil es implementar la casación de oficio para actuar como una suerte de juez de instancia y valorar pruebas o establecer hechos.

En la casación de oficio, la Sala no tiene más facultades que las otorgadas por el recurso de casación civil, sólo que puede responder a una denuncia “imaginaria”, que nunca fue formulada por el recurrente y que la Sala considera íntimamente ligada a derechos constitucionales como para proceder de oficio. Lo que no puede hacer la Sala de Casación Civil, incluso en la casación de oficio, es transgredir las barreras del recurso de casación y sus motivos, expresamente establecidos en la ley, e incurrir, por ejemplo, en la valoración de pruebas y establecimiento de los hechos, como un tribunal de instancia.

Los límites de la casación de oficio, son iguales a los establecidos para cualquier denuncia ordinaria del recurso de casación. Ciertamente la infracción de una norma constitucional faculta a la Sala para ejercer en forma oficiosa el control de derecho, pero ello no desnaturaliza el carácter extraordinario del recurso de casación civil, ni amplía los poderes de la Sala en el análisis de la cuestión de hecho y las pruebas.

CONCLUSIONES

En conclusión de todo lo anterior puede señalarse que los límites de la casación civil venezolana en el análisis y valoración de las pruebas, están bien restringidos. No debe haber valoración de pruebas en los siguientes motivos del recurso de casación: recurso por defecto de actividad, recurso por infracción de ley en sentido estricto, es decir, sin apoyo en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil. Tampoco debe la Sala opinar en la valoración de las pruebas en las denuncias por infracción de normas jurídicas expresas para el establecimiento o valoración de los hechos. De igual forma le está vedado a la Sala valorar pruebas en las denuncias por infracción de normas jurídicas expresas para el establecimiento de las pruebas.

Consideramos que sólo en casos excepcionales, vinculados directamente al artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, en concreto, en la infracción de normas jurídicas expresas para la valoración de las prue-

bas, se justifica la opinión de la Sala de Casación Civil en la valoración de éstas. En la suposición falsa, la Sala sólo realiza un control valorativo muy concreto, destinado a verificar si un hecho es falso o no, pero no actúa como un tribunal de instancia estableciendo una generalidad de hechos ajenos al señalado como falso por el recurrente.

Ni siquiera la denominada casación de oficio, puede resultar en una transgresión a los límites de la Sala de Casación Civil en la valoración de las pruebas.

En la opinión valorativa, la Sala debe tomar en cuenta la posible inconveniencia del reenvío, en razón de algún hecho que quede establecido y que sea dramáticamente trascendente en la suerte de la controversia.

La Prueba en el Proceso de Daños

(Derecho Argentino)

Silvia TANZI*

Verónica C. FRANCESCHI**

SUMARIO:

- 1. Importancia de la prueba.**
- 2. Medios probatorios - Prueba del Derecho.**
- 3. Carga de la prueba.**
- 4. Selección y valoración de la prueba (actuación del Juzgador).**

*Argentina, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales y Universidad Nacional de la Patagonia (Argentina), Profesora Titular. Universidad de Santiago del Estero (Argentina), Profesora Asociada. Museo Social Argentino, Profesora Adjunta. Universidad de Belgrano (Argentina), Profesora Invitada. Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación Argentina, Prosecretaria. Dirección electrónica: silviatanzi@aol.com

** Universidad de Buenos Aires (Argentina), *Trabajos Prácticos de Obligaciones Civiles y Comerciales*, Jefe Regular. Universidad de Belgrano y Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (Argentina), Profesora Adjunta. Tribunales Ordinarios del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, *Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 10*, Secretaria. Se utilizan las siguientes referencias: L.L.: Colección LA LEY, Editorial LA LEY, Buenos Aires; Jurisp. Arg.: Jurisprudencia Argentina, Editorial LEXIS-NEXIS, Buenos Aires; E.D.: Colección EL DERECHO, Editorial EL DERECHO, Buenos Aires; C.D.: CARPETAS DE DERECHO, Editorial CARPETAS, Buenos Aires; C.N.Civ.: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

1. IMPORTANCIA DE LA PRUEBA

El tema que trata el presente trabajo reviste fundamental trascendencia en el marco del Derecho de Daños porque, en un tipo de proceso principalmente dispositivo, constituye un imperativo en función del interés del litigante, aportar la prueba que demuestren los hechos que invoca, so pena de no ver satisfecha su pretensión.

La responsabilidad civil exige que concurran los siguientes presupuestos: antijuridicidad o incumplimiento objetivo, factor de atribución, daño y relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño (Alterini, Ameal y López Cabana).

Sin daño no hay responsabilidad civil pero debe reunir determinados requisitos para encuadrarlo en la categoría de resarcible: cierto, subsistente, propio, afectar un interés jurídico comprometido (Tanzi); además la relación causal que liga a un hecho con su resultado debe ser jurídicamente relevante.

El Primer Encuentro de Abogados Civilistas, realizado en la provincia de Santa Fé en 1987 concluyó que, a los fines de la determinación del nexo causal entre el hecho y el daño, debe estarse a los principios de la doctrina de la causalidad adecuada, fundada en criterios de normal previsibilidad de las consecuencias en base a datos científicos.

El Código Civil argentino adoptó la teoría de la causalidad adecuada y atribuye la categoría de causa sólo a aquella condición que es apropiada para producir el resultado. (Art. 901 y ss. CC). En el proceso de daños se destaca la íntima conexión entre el Derecho Civil y el Derecho Procesal con relación a la prueba porque se trata de que el “cómo” probar (cuestión procesal) se supedita en buena medida a “qué” debe probarse (asunto sustancial) (Zavala de González).

Devis Echandia define a la prueba judicial como “el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al Juez la convicción sobre hechos que interesan al proceso”.

En el ámbito del mencionado proceso es relevante el aporte probatorio, en particular, del perjuicio injustamente sufrido y la relación causal adecuada. Pero no se presenta como una simple cuestión porque los elementos aportados deben encaminarse a que prevalezca la verdad jurídica objetiva sobre una verdad meramente ritual, conforme se ha sostenido en la Comisión N° 2 del III Congreso Internacional de Daños realizado en Buenos Aires, 1993.

En la actualidad el Derecho de fondo se ocupa no sólo de conceptos sino de los hechos y su prueba, aspecto esencial para obtener una adecuada protección judicial de los derechos (Alterini).

En el marco del Derecho de Daños y conforme su actual concepción se han ido aligerando las condiciones tradicionalmente exigidas para atribuir daños a quien los infiere. Su resarcimiento depende más del examen de la situación de la víctima que del psicologismo de su causante. (López Cabana).

Por tal razón, el Derecho Procesal facilita el acceso y el progreso de la causa. En ese sentido se orienta la última reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina (Ley N° 25.488, vigente desde el 22/05/2002) porque se contempla la posibilidad de ampliar la prueba ofrecida con la demanda o reconvención cuando en sus contestaciones se hubiesen incorporado hechos que resultan extraños a los alegados por el actor o el reconveniente (Leguisamón).

El fin de la prueba es producir la convicción judicial a través del establecimiento de consecuencias de los hechos, o de la relación o demostración de actos que provoquen concordancias o conexidades, persuasivas, apoyadas en estructuras lógicas de razonamiento y argumentación (Falcón).

El objeto de prueba se centra en cualquier hecho que tenga interés la parte de demostrar para el litigio; mas no todos los hechos deben ser probados. Así, no es necesario acreditar los admitidos por la contraparte; los evidentes; los notorios; los confesos; los que legalmente se presumen, los normales entendidos como los supuestos, conforme a lo normal y regular en la ocurrencia de las cosas; los hechos de conocimiento personal del juez y las llamadas “máximas de experiencia que comprende el con-

junto de conocimientos que el magistrado ha obtenido culturalmente con el uso, la práctica o sólo con las vivencias que brinda la vida (Arazi).

Sin perjuicio de los hechos nuevos, las partes no podrán producir pruebas de hechos que no hayan articulado en sus respectivos escritos (demanda, contestación o reconvención). Pero la legislación procesal argentina pone énfasis en la inadmisibilidad de aquellas pruebas que fueren manifiestamente inprocedentes o superfluas o meramente dilatorias, ya que en el proceso debe respetarse el principio de moralidad y buena fe dentro del marco de seriedad que la justicia exige para asegurar un desarrollo eficaz y equilibrado.

2. MEDIOS PROBATORIOS

El Código Procesal Civil y Comercial de la nación admite los siguientes medios de prueba:

1) *Documental*: “Para que un documento surta efectos probatorios en un proceso debe, en primer lugar ser auténtico, es decir, debe ser conocida su exacta procedencia tanto respecto del sujeto o sujetos autores como de la realidad de la declaración en él contenida (autenticidad externa e interna). Deben ser aceptados en su integridad, es decir, no cabe distinguir los aspectos favorables de los desfavorables y pretender que la prueba alcance sólo a los primeros. Es necesario aportarlos al proceso en el momento oportuno para que puedan desplegar sus efectos probatorios en el juicio” (Silguero Estagnán, Joaquín). Conforme el artículo 387 de la legislación de forma, tanto las partes como los terceros en cuyo poder se encuentren documentos esenciales para la prosecución del litigio, estarán obligados a exhibirlos o a designar el protocolo o archivo en que se hallan los originales. El magistrado ordenará la exhibición sin sustanciación alguna dentro del plazo que señale. Se reconocen documentos no literales (fotografías, planos, grabaciones aunque se las considera indicios) y literales, que comprenden a los instrumentos públicos o privados (escrituras, contratos, recibos, actas notariales, títulos de crédito, libros de comercio, cartas documentales, telegramas, etc.).

2) *Testimonial*: debe ofrecerse con los restantes medios probatorios juntamente con los escritos constitutivos del proceso (Arts. 333, 1^{er} Párrafo y 498, inc. 1^o Ley 25.488). No sólo debe indicarse los datos identificatorios del testigo, su profesión o domicilio sino denunciar qué extremos quieren probarse con la declaración de cada testigo. Este último requisito es criticado porque se entiende que violenta la igualdad de las partes al revelar la estrategia seguida en la demanda o reconvención (Leguisamón).

El testigo debe ser persona física que puede percibir hechos por sus sentidos y comunicarlos. Debe declarar sobre “lo que cae bajo la percepción de sus sentidos...” (CNCiv., sala B publicado en *La Ley* 1977-A-545, sumario 33.941); debe ser hábil y se refiere a su capacidad, edad, mayoría de 14 años y no estar limitado por causas de exclusión (parentesco, condenados por falso testimonio, incapaces psíquicos o que adolezcan de serias dificultades en sus sentidos); debe ser extraño al interés del litigio y su declaración la debe solicitar una de las partes o el juez de oficio (Falcón).

3) *Confesional*: se la define como la declaración judicial concurrente sobre hechos personales de alguna de las partes, relacionados con el objeto del proceso y que sirven como prueba (Falcón).

La Ley 25.488, modificatoria del Código Procesal Civil y Comercial de la nación argentina establece que todos los medios de prueba se deben ofrecer con los escritos constitutivos del proceso; por consiguiente, elimina la diferencia que contemplaba el texto anterior según la clase de proceso (ordinario, sumario, sumarísimo). Conforme el artículo 404 modificado “las posiciones se formularán bajo juramento o promesa de decir verdad y deberán versar sobre aspectos concernientes a la cuestión que se ventila”. Podrán declarar por oficio en los casos que litigare la nación argentina, una provincia, una municipalidad o una repartición nacional, provincial o municipal o bien sus entes autárquicos u organismos descentralizados o empresas o sociedades del Estado o con participación estatal mayoritaria.

Las posiciones deben ser claras, concretas y no referirse a más de un hecho. Además se redactan en forma afirmativa pero se le acuerda al magistrado modificar de oficio y sin recurso alguno, el orden y los términos de las posiciones pero sin alterar su sentido.

La confesión *ficta* se presenta en los casos en que el citado no comparece o rehusare a responder o lo efectúare de manera evasiva, y se faculta al Juez a tenerlo por confeso sobre los hechos personales, al sentenciar pero siempre teniendo en cuenta las circunstancias de la causa y las restantes pruebas producidas.

En cuanto al alcance de la prueba confesional, el Código establece que, en caso de duda, debe interpretarse a favor de quien la hace sobre la base de los principios constitucionales garantizados en la Carta Magna.

4) *Pericial*: se recurre a la prueba pericial en todas aquellas situaciones que, para apreciar los hechos controvertidos en el litigio, se requieran conocimientos especiales en determinada ciencia, arte, industria o alguna actividad técnica especializada. El magistrado interviniente designa, en la medida que la prueba haya sido solicitada por alguna o ambas partes, un perito único excepto en los casos que estuviese vigente una ley especial que estableciere un régimen distinto.

Al tiempo de ofrecer la prueba pericial debe indicarse la especialización que ha de tener el perito y deben proponerse los puntos de pericia, con claridad y exactitud. Además cada parte puede ejercer la facultad de designar un consultor técnico en ese mismo acto que podrá controlar el peritaje efectuado por el experto designado por el magistrado y formular las observaciones que considere pertinentes.

La fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez y para tal evaluación debe tener en cuenta la competencia del experto, los principios científicos o técnicos que invoque para fundamentar el peritaje, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o letrados, todo en concordancia con las reglas de la sana crítica.

5) *Informativa*: “Es el medio de aportar datos concretos acerca de actos o hechos resultantes de la documentación, archivos o registros contables de terceros o de las partes, siempre que tales datos no provengan, necesariamente, del conocimiento personal de aquéllos” (Palacio). Consiste en solicitar a oficinas públicas, escribanos con registro y entidades privadas, informes sobre hechos concretos que estén individualizados y controvertidos en el proceso. Asimismo se puede requerir la remisión de expedientes, testimonios o certificados que tengan relación con el juicio.

Prueba del Derecho extranjero:

Un tema relevante es la prueba relacionada con la aplicación de la ley extranjera en lo relativo a la necesaria distribución entre el derecho nacional del extranjero.

Cabe destacar que la prueba del derecho extranjero debe consistir en la reunión de su texto legal por la embajada del país de que se trate, ya que no son suficientes las opiniones académicas y, a falta de prueba, el juez debe aplicar el derecho nacional (Arazi).

3. CARGA DE LA PRUEBA

Los juicios se ganan y se pierden según sea el resultado de la prueba.

La premisa mencionada resulta ser el claro ejemplo del carácter dispositivo de nuestro proceso civil al ponerlo en marcha sobre la idea de la *carga de la prueba*.

Tradicionalmente se sostenía que la carga probatoria se debía asentar en el rol que el sujeto asumiera en el juicio o en la índole afirmativa o negativa de su alegación. Es decir, que al actor le incumbía la carga de probar los hechos invocados como causa de su pretensión (*onus probandi incumbit actori*), mientras que con relación al demandado se afirmaba como carga la de probar los hechos sobre los que reposaban sus defensas o excepciones (*ei incumbit probatio que dicit, non qui negat*) (Kielmanovich).

“Hoy día, el criterio de distribución se atiene a la posición en que se encuentra cada parte respecto de la norma jurídica cuyos efectos le son favorables en el caso concreto; para alcanzar el efecto jurídico pedido, asume la prueba de los presupuestos de hecho contenidos en la norma en la que funda su pretensión. No es dudoso que el Código Procesal vigente sigue esta orientación doctrinaria al imponer a cada parte la carga de probar *el presupuesto de hecho* de la norma que invocare como fundamento de su pretensión, de defensa o excepción” (CNCiv., Sala G, 12-4-84, Juris. Arg., 1985 V. III, p. 78; La Ley, 1986, v.B, p. 597, 37.154-S; 31-7-84, La Ley, 1985, v.C, p. 574; *idem*, Sala M, 3-5-89, La Ley, 1989-E- 542).

En efecto, el artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –que no ha sido modificado por la ley 25.488–, dice textualmente que:

incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer.

Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión defensa o excepción...

La carga de la prueba no es ningún derecho del adversario sino que constituye un imperativo legal que se construye en el propio interés de la parte que afirma un hecho o hechos que no han sido admitidos sino controvertidos; el titular de la carga asume en el proceso la tarea de demostrar la existencia de su pretensión. Sin embargo, no pesa en él un deber u obligación de demostrar la verdad de sus dichos, sino que es libre de actuar, puede o no cumplir con el imperativo señalado por la ley, pero, al decir de Jorge Kielmanovich “en esto radica uno de los grandes avances del moderno proceso civil dispositivo, el juez también es libre de atribuirle a esa omisión, de acuerdo con máximas de su experiencia común, efectos probatorios en contra de ese interés que se pretendió afirmar con aquél, por lo que frente a la incontestación de la demanda, de una posición, o en vista de la negativa de presentarse a la producción de una pericia sobre su cuerpo, no podría imponérsele al renuente una

sanción no exigir su cumplimiento, *pero podría sí tener a los hechos contenidos o denotados por tal comportamiento como ‘ciertos’*”.

Vale decir que ante una concreta formulación o alegación de los hechos se sigue la necesidad de probarlos. Si bien esta necesidad es “voluntaria” para quien persigue el reconocimiento y consecuente reparación de un interés afectado, el no probar genera una sanción lógica desde que los hechos afirmados quedan, como regla, como *inexistentes*. Esto es, que las afirmaciones como los hechos articulados no podrán como principio ser admitidos como ocurridos, de suerte, que no cuentan ni influyen en la formación del juicio crítico del juez, concluyéndose en una sentencia desestimatoria (Morello).

De lo expuesto se desprende que la carga probatoria consiste en una circunstancia de riesgo, ya que, quien no prueba los hechos que debe acreditar, pierde el pleito si de ellos depende la suerte de la *litis*.

En efecto, las reglas sobre la carga de la prueba sólo revisten importancia práctica cuando el juez se sirve de ellas ante la falta o insuficiencia de los elementos probatorios aportados para generar un grado de convicción aceptable respecto a la probable existencia o inexistencia de los hechos alegados. No olvidemos que el magistrado debe, no obstante, resolver el conflicto, desde que no le es lícito en el proceso civil rehusar o diferir el pronunciamiento definitivo para el contingente momento en que cuente con elementos de juicio (Art. 15, Cód. Civ.) (Kielmanovich).

Resulta claro, entonces, la importancia de que cada parte deba probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. (Tanzi - Alterini).

Sin bien la ley 25.488 –modificatoria del Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial de la nación– nada dijo al respecto, en los últimos años tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen alertando sobre las limitaciones que en la práctica fija el principio de la *distribución del onus probandi* promulgando una visión solidaria y humana del proceso acentuando el derecho probatorio tanto en la actuación de las partes como en la asunción por el Juez de un rol necesariamente activo en los sucesivos momentos en que se desenvuelve la prueba. Un delicado y

complejo arte que exige, en los distintos sujetos, la afinación del oficio para satisfacer de un modo cabal los objetivos que –cada uno– tiene asignados en el marco del proceso moderno, y especialmente el *interés público* indudable que la prueba desempeña [para el resultado *útil* y *valioso* de la Jurisdicción] en el proceso civil. (Morello).

De esta manera se busca penetrar desde una perspectiva *dinámica* en el arte de probar y de ahí, se enfatiza en la satisfacción del *deber de colaboración* que le corresponde a cada parte, según su posición en el conflicto.

“Esa *modernidad* –que no es estática–, se integra, *actualmente*, con una visión más elástica, en consideración a las situaciones *dinámicas* (Peyrano) que se van sucediendo durante el desarrollo del litigio y que desplazan y hacen rotar el deber de *cooperación* o colaboración, más intenso y de consecuencias de mayor relevancia para aquel que estando en mejores aptitudes objetivas *mira hacia otro lado*” (Morello).

En efecto, “A la luz de las modernas orientaciones procesales, la carga de probar recae en el litigante que se encuentra en mejores condiciones de ofrecer y producir los elementos probatorios” (CNCom., Sala A, septiembre 22 de 1993, “Combal, Luis A. c. Banco Roca Coop. Ltda.”, *Carpetas de Derecho*, p. 502).

La falta de cooperación activa juega como presunción *hominis* de causalidad o responsabilidad; pero la carga probatoria dinámica no significa invertir el denominado *onus probandi*, sino que le corresponde a todo aquel que invoca un perjuicio sufrido.

Dentro del proceso de daños, el Magistrado se sirve del principio de la carga dinámica de la prueba atemperando el rigor del derecho, a fin de que no se hagan ilusorios los intereses legítimos, acudiendo a criterios de normalidad para liberar, frente a ciertas posiciones negativas de ardua demostración, a la parte que ha quedado más débil en la tarea de la producción de la prueba.

Así, verbigracia, la jurisprudencia ha sostenido que “En los supuestos de daños producidos por el vicio o por el riesgo de la cosa, la conexión causal

entre el hecho de la cosa y su daño o entre la cosa y el daño, la prueba incumbe al demandante; aun en estas hipótesis especiales, rige el principio general de la carga de la prueba de la relación de causalidad por estar referida a la ocurrencia de hechos y conexión entre ellos que cabe rendir por cualquier medio, especialmente las presunciones *hominis* que son las deducciones lógicas aptas para persuadir acerca de la efectividad de lo que se quiere demostrar” (CNCiv., Sala C, marzo 16-993 - Coronel, Rubén A. c. Acevedo, Silvia y/o Municipalidad de Florencio Varela - *La Ley*, 1994-C, 363, con nota de Sagarna, Fernando A.).

“Constituye una carga procesal del actor acreditar la relación de causalidad entre el daño cuyo resarcimiento persigue y el hecho de la persona o de la cosa a los que se atribuye su producción. Por ello, se debe probar una conexión entre los factores eficientes del daño, ya sean personas o cosas y el daño mismo, sea que éste recaiga también directamente sobre personas o cosas, pues de otro modo bastará la afirmación de la víctima, como si se presumiera la relación causal, para comprometer en el hecho a un tercero absolutamente ajeno al mismo. Dicha prueba es suficiente para que se presuma la adecuación, eficiente y se considere a la persona o cosa como causante del daño” (CNCiv., Sala H, junio 4997 - F. De D’A. ,E. I. c. Instituto Social del Ejército y otros - *La Ley*, 1998-C, 642).

Por su parte, en las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, celebradas en San Juan, 1989, se interpretó que cuando la responsabilidad se funda en la culpa, ésta debe ser probada, en principio por el actor, sin perjuicio de la incidencia que tengan las presunciones judiciales y la carga probatoria dinámica que se encuentra en cabeza de quien está en mejor situación de probar. Este criterio es el que, en la actualidad, impera en el ámbito jurisprudencial, en particular en aquellos procesos por mala *praxis* médica por entender que el profesional o entidad asistencial demandada están en mejores condiciones de demostrar su inculpa-bilidad. (Tanzi - Alterini).

4. SELECCIÓN Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA (ACTUACIÓN DEL JUZGADOR)

Al entrar en la fase de prueba el ordenamiento procesal le concede al juez, en su calidad de director y autoridad del proceso, un abanico de

reglas, principios y facultades, a fin de que se sirva de ellas para arribar a la verdad jurídica que, al decir de Morello, no es la verdad absoluta y abstracta, sino el estado subjetivo del juez cuyo acceso a esa verdad (certeza) se ha ajustado a un procedimiento reglado y a pautas y guías lógicas de experiencia y sociológicas.

El Magistrado puede –en el sentido de deber– recibir la causa si se hubiesen alegado hechos conducentes acerca de los cuales no hubiese conformidad entre las partes; asistir a la audiencia preliminar y realizar personalmente las demás diligencias que le autoriza el Código. En cualquier momento podrá disponer la comparecencia personal de las partes para intentar una conciliación; proponer a las partes fórmulas para simplificar y disminuir las cuestiones litigiosas surgidas en el proceso o respecto de la actividad probatoria; disponer en cualquier momento la comparecencia personal de las partes para requerir explicaciones; decidir la comparecencia de peritos y testigos, como así también de consultores técnicos para interrogarlos; disponer la agregación de documentos existentes en poder de las partes o de terceros.

En este contexto resulta importante destacar la posibilidad otorgada al juez de participar de una manera más directa y activa en la etapa de selección de la prueba aportada por las partes, dándole no sólo un mayor dinamismo al proceso, sino una oportunidad de tener un acabado conocimiento de las pretensiones de los litigantes.

En este sentido el artículo 360, modificado por la Ley 25.488, resulta ser un claro ejemplo de la tendencia a “humanizar” el proceso liberando al juez de rígidos formulismos que lo limitaban en la obtención de la verdad de los hechos en su mayor pureza, a saber:

...el juez citará a las partes a una audiencia, presidirá, con carácter indelegable. Si el juez no se hallare presente no se realizará la audiencia, debiéndose dejar constancia en el libro de asistencia. En tal acto: 1) Invitará a las partes a una conciliación o a encontrar otra forma de solución de conflictos. 2) Recibirá las manifestaciones de las partes con referencia a lo prescripto en el artículo 361 (oposición a la apertura a prueba) del presente Código, debiendo resolver en el mismo acto. 3)

Oídas las partes, fijará los hechos articulados que sean conducentes a la decisión del juicio sobre los cuales versará la prueba. 4) Recibirá la prueba confesional si ésta hubiera sido ofrecida por las partes. La audiencia de uno de todos los absolventes, no impedirá la celebración de la audiencia preliminar. 5) Proveerá en dicha audiencia las pruebas que considere admisibles y concentrará en una sola audiencia la prueba testimonial, la que se celebrará con presencia del juez en las condiciones establecidas en este capítulo. Esta obligación únicamente podrá delegarse en el secretario o en su caso, en el prosecretario letrado. 6) Si correspondiere, decidirá en el acto de la audiencia que la cuestión debe ser resuelta como de puro derecho con lo que la causa quedará concluida para definitiva...

Una vez producida la prueba y fijados los hechos que interesan a la *litis*, como fuera antes mencionado, le corresponde al juez *dictar sentencia* dando los fundamentos y *valorando la prueba* aportada a la causa. Es decir que debe pronunciarse acerca de la eficacia o atendibilidad de la prueba, y, en tanto hubiese alcanzado para formar su convicción, los tenga por existentes o inexistentes. (Kielmanovich).

Existen tres sistemas de apreciación o valoración de la prueba: a) la prueba legal, también llamada tasada o tarifada; b) la de la libre apreciación de la prueba por el juez; y c) el mixto.

El sistema adoptado por nuestro Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ha sido el de la *sana crítica*.

En efecto, el artículo 388 dispone que

Salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa.

La *sana crítica* tiene un sentido esencialmente pragmático, ya que le propone al juzgador directivas tendientes a la concreta determinación de la eficacia de la prueba en forma razonada y reflexiva a partir de reglas lógicas y máximas de la experiencia, esto es, normas lógico-experimentales. (Kielmanovich).

En este sentido la jurisprudencia ha entendido que “Las reglas de la sana crítica aunque no definidas en la ley, suponen la existencia de ciertos principios generales que deben guiar en cada caso la apreciación de la prueba y que excluyen, por ende, la discrecionalidad absoluta del juzgador. Se trata, por un lado, de los principios de la lógica, y por otro lado de las “máximas de experiencia”, es decir, de los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano y científicamente verificables, actuando ambos respectivamente, como fundamentos de posibilidad y realidad (CNCiv., Sala F, 18-2-82, E.D-99-654; 10-6-82, E.D-100-495; 2-9-83, E.D.-106-484). Son, ante todo, las reglas del concreto entendimiento humano. En ellas intervienen las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas; es la unión de la lógica y de la experiencia, sin olvidar las abstracciones que los filósofos llaman de higiene mental tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento” (CNCiv., Sala D, 27-4-84, E.D.-111-174; *idem*, Sala F, 10-6-82, E.D.-100-495, entre otros).

Así pues, de todo lo considerado podemos concluir que en el proceso de daños se opera con un sistema *flexible*, caracterizado por las siguientes notas: adhesión al *principio dispositivo* respecto del suministro y satisfacción de la carga de la prueba; los jueces no deben ordenar la investigación oficial de los hechos o afirmaciones litigiosas; no van –las partes ni el juez– a la búsqueda de “la” verdad material. En compensación se hallan liberados de mallas rígidas, estáticas. *Se mueven con una libertad real, para desembocar en una convicción razonada, verificable, controlable, opuesta a la arbitrariedad o el capricho.* En grado preferente pesa en toda esta sutil e inteligente labor –desde luego– “el buen sentido”, el sentido común. (Morello); que según Ortega y Gasset es el menos común de los sentidos pero, en el quehacer jurídico

argentino se aspira a que impere la razonabilidad y lógica que el Derecho de Daños requiere para su justa aplicación en este tercer milenio.

BIBLIOGRAFÍA

ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J. y LÓPEZ CABANA, Roberto M. *Derecho de las Obligaciones*, Ed. Abeledo-Perrot, Lexis-Nexis, Bs.As. 2001.

_____: *La presunción legal de culpa como regla de "favor victimae" en obra colectiva*. Responsabilidad por daños. Homenaje al Profesor Jorge H. Bustamante Alsina, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1990, T.I.

ARAZI, Roland. *Derecho Procesal Civil y Comercial*, Tomo I, Ed. Rubinzal - Cilzoni Editores, Santa Fe, 1999.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Zavalia, Bs. As., 1970, T.I.

FALCÓN, Enrique. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado, Concordado, Comentado*. Tomo III, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1997.

KIELMANOVICH, Jorge L. *Teoría de la prueba y medios probatorios*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1996.

LEGUISAMÓN, Héctor. *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Actualización de la Primera Edición, Lexis – Nexis, Bs. As. 2002.

LÓPEZ CABANA, Roberto M. *Nuevos daños jurídicos en Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal N° 1*, 1990.

MORELLO, SOSA, BERIZONCE. *Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Prov. de Buenos Aires y la Nación, Comentados y Anotados*, Tomo V-A, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1995.

PALACIO, Lino E. *Derecho Procesal Civil*. Bs. As. Ed. Abeledo-Perrot 1972, T. IV, p. 656.

PEYRANO, Jorge W. *Compendio de reglas procesales en lo civil y procesal*, Zeus, Rosario, 1983; *El proceso atípico*, Universidad, Buenos Aires, 1983, Tomo I; *Estimación judicial de los rubros inciertos en Táctica Procesal*, Orbir, Rosario, 1980.

SAGARNA, Fernando A. *La Ley*. Tomo 1994- C –363.

SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. *El documento como medio de prueba*, en *Procedimiento probatorio*, en *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario*, Pontificia Universidad Católica Argentina. Rosario. Ed. Jurídica Panamericana. 1997, p. 271.

Ética, Hermenéutica y Decisión Judicial

Emilio J. URBINA MENDOZA*

SUMARIO:

Preliminares

- 1. Lo éticamente correcto en la decisión judicial: ¿Ética de la interpretación jurídica? o ¿Interpretación ética del Derecho?:**
1.1 *Moral y decisión interpretativa.* **1.2** *La ética: Un concepto de difícil precisión.* **1.3** *Funciones y dimensiones de la ética.*
- 2. La ética jurídica como antecedente lógico de la ética de la interpretación jurídica:** **3.1** *La visión ética de la deontología jurídica clásica acerca de la interpretación.* *¿Retorno hacia un neoclasicismo deontológico?* **2.2** *El regreso hacia la jurispruden-*

* **Universidad Católica del Táchira**, Abogado mención *cum laude*, Diplomado en Derecho Constitucional Comparado, Profesor Asistente en Pre y Postgrado. *Centro de Investigaciones Jurídicas*, Investigador, *Centro de Investigaciones Sociojurídicas*, Director. *Revista Táchira Siglo XXI*, Director. *Centro de Desarrollo Empresarial Loyola*, Ex Director Ejecutivo. **Universidad Alberto Hurtado-Ilades** (Santiago, Chile), *Magister Scientiarum* en Ética Social, Tesis aprobada con mención *summa cum laude*. Ponente y Participante en diversas reuniones nacionales e internacionales y autor de varias obras y de numerosos artículos difundidos en revistas especializadas y arbitradas.

cia. Aproximaciones de la ética de la interpretación jurídica como ética de la situación. El discernimiento ético interpretativo.

3. La conciencia moral como punto de partida para la reflexión de la ética de la interpretación jurídica: 3.1 *El discernimiento ético y la ética de la interpretación jurídica como parte de la llamada ética en la situación.*

PRELIMINARES

Luego de las discusiones que se suscitaron en los siglos XIX y XX acerca de la existencia y alcance del iusnaturalismo, el iuspositivismo y los pasajes épicos sobre la confrontación conceptual entre ambos,¹ el tema central de las reflexiones de toda actividad judicial ha enfilado la proa filosófica hacia los huidizos conceptos de *hermenéutica e interpretación*.

El testimonio diario de los innumerables fallos con disparidades de criterios, las crecientes denuncias sobre manipulaciones en el momento de sentenciar y la falsa creencia –popularizada– de la interpretación torcida de la ley, representa gráficamente la realidad telúrica del mundo hermenéutico del Derecho. Ante esta situación, las más elevadas mentes jurídicas han meditado las correspondientes réplicas para materializar los cambios necesarios dentro del aparato judicial venezolano.

La tradición jurídica ha señalado el alcance de la majestad judicial. El juez, por la importancia que reviste su papel en decir el Derecho, debe hacer valer por siempre su independencia frente a poderes externos como exigencia e ideal para la realización del Derecho² que es en sí la esencia misma de la interpretación.³ Ni siquiera las paradigmáticas hi-

¹ Warat, Luis Alberto: *Iusnaturalismo y positivismo jurídico. ¿Dos dignos finales?* En: *Revista de Ciencias Sociales*. Valparaíso, Universidad de Valparaíso, N° 41 (1996) pp. 539-550.

² Castán Tobeñas, José: *Poder judicial e independencia judicial*. Madrid, Editorial Reus (1951) p. 6.

³ Para el análisis del concepto de realización del Derecho Cfr. Castán Tobeñas, José: *Teoría de la Aplicación e Investigación del Derecho*. Madrid, Editorial Reus (1947) p. 11 y ss. Ricci, Francisco. *Derecho civil, teórico y práctico (Traducción de Pilar Burgos)*. Barcelona, Editorial Antalbe, Vol. I (1960) 18. Huber, Eugen. *El Derecho y su realización*. (Traducción de Hertha Grimm). Madrid, Biblioteca del Instituto Hispano-Americano-Portugués de Derecho Comparado (1929) pp. 1-20.

pótesis de ruptura de la naturaleza propia del *civil law*, con sus radicales consecuencias al sistema,⁴ preocupan tanto a los teóricos del Derecho como la problemática de llevarlo a la vida práctica para que cumpla sus cometidos axiológicos, sean éstos llamados Justicia, Bien Común, Seguridad Jurídica, Felicidad o Paz Social. En la realización del Derecho es donde intelectivamente se ajusta la realidad social a los dictados de las normas jurídicas,⁵ estableciéndose una relación de correspondencia entre la regla y el caso singular.⁶

Sucesivas teorías trataron de explicar las técnicas por las cuales ese mundo del *asgard* normativo, propio de Odín, se hacía mundo junto con las miserias constantes de la campechanía de la ciudad del hombre. De esta forma, el juez, ahora transformado en la deidad de Hermes, urgía de un código moral que le permitiera cristalizar la confianza entre los demás dioses (el legislador o el constituyente) y el simple mortal.

Para tal efecto, la deontología jurídica clásica se ocupó lo suficiente en señalar normas morales de probidad para los jueces en el ejercicio de su elevada función. Se fijaron criterios y paradigmas judiciales, algunos más activos que otros,⁷ que al fin y al cabo trazaron, bosquejan y continuarán apuntando las coordenadas del poder judicial en el mundo.

Hasta el momento todo parece encuadrarse en los moldes de la ética judicial clásica. Pero, supongamos que tenemos al juez incorruptible, que no sucumbe ante los tentadores brazos de la corrupción o el halo de

⁴ Trapet, Marie-Dominique. *L'hypothèse de l'américanisation de l'institution judiciaire*. En: *Archives de Philosophie Du Droit*. París, Dalloz, N° 45 (2001) pp. 117-135.

⁵ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*. Madrid, Editorial Tecnos, Vol. I (1998) p. 159.

⁶ Quintana Bravo, Fernando: *Bases para la Teoría de la Aplicación del Derecho*. En: *Anuario de filosofía jurídica y social*. Valparaíso, Asociación chilena de filosofía del Derecho (1999) pp. 421-422.

⁷ Rodolfo Vigo presenta en su trabajo 10 grandes paradigmas desde los cuales los jueces describen, prescriben y critican la interpretación jurídica. Dichos modelos son: dogmático o racionalista; el irracionalista o arracionalista; el político o negativista; el herculeano de Ronald Dworkin; el funcionalista o pragmático; el procedimentalista; el dialéctico; el hermenéutico; el analítico y finalmente el prudencial-retórico. Para analizar al detalle Cfr. Vigo, Rodolfo. *Paradigmas de la interpretación jurídico-judicial*. En: AAVV. *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*. Santiago de Chile, Universidad de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez (1992) pp. 123-137.

la pusilanimidad al sentenciar, y que además, posee la erudición jurídica propia de un egregio juzgador. Frente a este magistrado cabría la pregunta: *¿puede esperarse éticamente algo más?*

La respuesta es de antemano afirmativa. Primero, porque los máximos éticos nunca tienen un tope superior que se constituya como la última frontera de la actividad humana cuando se somete a la opción. La segunda de las razones, tiene que ver más bien sobre el *sustratum* ético de la rēspice, en la cual, todavía no hay un acuerdo suficiente entre sus autores. Algunas soluciones, otras mejores que las más clásicas han sido puestas sobre la mesa, siendo una de las más cotizadas, la formulada por Rawls y sus seguidores de clara naturaleza deontológica, constructiva, actualizadora de la tradición contractualista y deudora de la ética kantiana.⁸

Un dorado retorno de la deontología al campo tribunalicio puede ser inoficioso e incluso contraproducente, máxime si se pretende con este nivel ético responder las más urgentes preguntas hermenéuticas que requieren la traslación del mundo moral al proceso interpretativo. A dichos argumentos éticos, le hemos bautizado como *ética de la interpretación jurídica*.⁹

Del hecho de que exista el Derecho en códigos, normas e incluso principios generales elaborados por la experiencia jurídica, no se sigue —en opinión de Norbert Brieskorn— que también tenga que darse el “tener que ser” del Derecho¹⁰ por los jueces para la culminación del proceso. El “tener que ser” no es más que la concreción de las aspiraciones jurídicas plasmadas en las reglas abstractas positivas, que a su vez se inspiran, según las concepciones iusfilosóficas desarrolladas históricamente, o bien

⁸ Moratalla, Agustín Domingo: *La intención perfeccionista de Rawls: ¿un puente ético entre la hermenéutica y el liberalismo*. En: *Revista Agustiniana*. Madrid, OAR, N° 114 (1996) pp. 1.066-1.067.

⁹ Recientemente hemos publicado un trabajo intitulado *Ética de la interpretación jurídica*. Emilio J. Urbina Mendoza. San Cristóbal, Universidad Católica del Táchira. *Revista Táchira Siglo XXI*, N° 22 (2002).

¹⁰ Brieskorn, Norbert. *Filosofía del Derecho*. (Traducción de Claudio Gancho). Barcelona, Editorial Herder (1993) p. 21.

en una supuesta *lex caelestis*,¹¹ o un *derecho natural*,¹² o en la *positivista hipótesis fundante*¹³ de validez para el ordenamiento jurídico.

Pero la norma jurídica no se transforma en regla particular de Derecho de una manera espontánea. Para ello se requiere imprescindiblemente de procedimientos previamente establecidos y sujetos legitimados para tal fin y así entregarle el característico sesgo de seguridad. Sin estos últimos componentes, el íter de transformación y aplicación del universo normativo teórico hacia la práctica podría desembocar en la más pura arbitrariedad transformándose en antiderecho.¹⁴

Este rompecabezas ético-hermenéutico se agrava cuando se considera realizar al Derecho como el desiderátum propio del contemporáneo Estado de Derecho,¹⁵ el cual debe renunciar a cualquier apariencia de pura normatividad interpretada si quiere seguir, en opinión de Habermas, cumpliendo sus funciones en vista de la creciente complejidad de la sociedad.¹⁶ Además, se corre el peligro que mediante una forma predeterminada de realización del Derecho, se imponga de manera furtiva convicciones políticas o ideológicas¹⁷ como ciertamente ha ocurrido en muchos países donde el poder judicial es el eslabón más débil del Estado.

¹¹ *Lex Caelestis summa ratio insita in natura*. Cicerón, Marco Tulio: *De legibus*, III, p. 22.

¹² *La ley humana justa obliga en el foro de la conciencia, pero no la injusta*. Vitoria, Francisco de: *La ley*. Q. 96 A. IV. La edición corresponde a la traducción de Luis Frayle Delgado. Madrid, Editorial Tecnos (1995). Cabe destacar la obra de reconstrucción científica operada por la Escuela Española del Derecho Natural, que gracias a la faena intelectual de Vitoria, Domingo de Soto, Francisco Suárez y Luis de Molina se seculariza el iusnaturalismo para luego dar paso al Derecho moderno. También es necesario hacer la misma salvedad que plantea Enrique Luño Peña, pues más que una escuela sólida y compacta del derecho natural, lo que existieron fueron cuatro grandes direcciones teóricas que confluyen en un mismo punto. Cfr. Luño Peña, Enrique. *Historia de la filosofía del Derecho*. Barcelona, Editorial La Hormiga de Oro (1961) pp. 383 y ss.

¹³ *Lo que constituye la unidad del sistema jurídico es precisamente la circunstancia de que tal regressus termina en la norma de grado más alto, o norma básica, que representa la suprema razón de validez de todo orden jurídico*. Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México D.F., Imprenta Universitaria (1950) p. 118.

¹⁴ *Omnia sunt incerta quae a iure decessum est*. Cicerón, Marco Tulio. *Epistolae ad familiares*. IX, 16, p. 3.

¹⁵ Rodríguez Grez, Pablo: *Teoría de la Interpretación Jurídica*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile (1995) p. 21.

¹⁶ Habermas, Jürgen: *Facticidad y validez*. (Traducción de Manuel Jiménez Redondo). Madrid, Editorial Trotta (1998) p. 106.

¹⁷ Para una lectura sobre la influencia ideológica encubierta, no marxista del tema en cuestión, Cfr: Correas, Oscar. *Ideología jurídica, Derecho Alternativo y Democracia*. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México D.F. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, N° 81 (1994).

Lograr abrir un compás necesario y apremiante para la discusión sobre la ética de la hermenéutica o preferiblemente llamarla ética de la interpretación,¹⁸ es el objetivo que nos proponemos en el presente escrito. Plantear un tópico poco abordado por la filosofía jurídica no académica, según terminología de Recasens Siches,¹⁹ es más que un mero ejercicio académico de especulación filosófica y que en sí incide fundamentalmente dentro del proceso.

1. LO ÉTICAMENTE CORRECTO EN LA DECISIÓN JUDICIAL: ¿ÉTICA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA? O ¿INTERPRETACIÓN ÉTICA DEL DERECHO?

Al trajinar por la teoría de la realización del Derecho, observamos cómo ésta se transmuta esencialmente hacia una teoría de la aplicación, y de la aplicación se desplaza incuestionablemente hacia la interpretación, cumpliéndose con ella fases procedimentales que terminarán desembocando en las más diversas respuestas o decisiones interpretativas, tal como las bautiza Wróblewski.²⁰ Una vez que nos encontramos varias soluciones jurídicamente válidas, otra pregunta envuelve al juez o aplicador casi con más dudas que respuestas: ¿cuál de las soluciones razonadas escojo?

¹⁸ Si bien es cierto, los términos hermenéutica e interpretación son bastante debatidos, es aceptado entender a la *hermenéutica* como una suerte de *teoría general de la interpretación* con las exigencias que la universalidad de una teoría conlleva. Por el contrario, la *interpretación jurídica*, se presenta como la técnica de aplicación concreta de la norma. Para más detalles *Cfr.* Gadamer, Hans-Georg: *Verdad y método*. Salamanca, Ediciones Sígueme, Vol. I (1993) 217-220, pp. 401-405. Schleiermacher, Friedrich D.E.: *Los discursos sobre hermenéutica* (Introducción y traducción de Lourdes Flamarique). En: *Cuadernos de Anuario Filosófico*. Pamplona, Universidad de Navarra, N° 83 (1999). Coreth, Emerich: *Cuestiones fundamentales de la hermenéutica*. (Traducción de Manuel Balasch). Barcelona, Editorial Herder (1972). Ost, François y Kerchove, Michel van de *Interprétation*. En: *Archives de Philosophie du Droit*. París, Dalloz N° 35 (1990) pp. 165-190.

¹⁹ Una fuerte corriente dentro de la filosofía del Derecho clásica denomina a todas aquellas reflexiones filosóficas sobre determinados puntos, sobre todo, en la aplicación jurisdiccional como filosofía jurídica no académica. *Cfr.* Recasens Siches, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. México D.F, Fondo de Cultura Económica (1956).

²⁰ Wróblewski, Jerzy: *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid, Editorial Civitas (2001) p. 61.

La teoría funcional de la aplicación del Derecho, planteada por Kelsen, había acertado con el meollo del problema. Kelsen desveló el mito de la decisión única, gracias al giro conceptual, reconsiderando que la interpretación no es simplemente actividad intelectual que trabaja sobre silogismos y demás técnicas del razonamiento y justificación, porque:

(...) La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. *Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto (...)*” (destacado nuestro).²¹

Sin más ni menos el jurista vienés traslada implícitamente el problema de escogencia entre las diversas soluciones interpretativas al plano de la moral o de la política.

Sobre la política, la desechamos de plano como criterio de discernimiento para la escogencia de la decisión interpretativa, ya que de ser así, el poder judicial perdería el *prius* lógico de independencia *ad extra* frente a las presiones externas de cualquier otra rama del Poder Público²² o de los diversos actores políticos mantienen activa la búsqueda o mantenimiento del poder de Estado.

El criterio político –*ex profeso*– abriría las puertas para la instalación de una determinada corriente ideológica dentro del poder judicial, transformándose este último en una especie de maquinaria de justificación formal que suprimiría pacíficamente cualquier disenso hacia ese siste-

²¹ Kelsen, Hans: *Teoría Pura del Derecho*. (Traducción de Moisés Nilve). Buenos Aires, Ediciones EUDEBA (1970) p. 166.

²² Rivacoba y Rivacoba, Manuel de: *Fondo ético y significación política de la independencia judicial*. Santiago de Chile, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social (1992) p. 19.

ma o modelo político instalado,²³ destruyendo en esencia la noción del Estado de Derecho.

Ni siquiera el tan defendido y aludido ideal democrático es motivo que pueda justificar la aprehensión del criterio político para escoger la solución interpretativa, pues como se ha debatido sin mayores cuestionamientos, la sociedad democrática no puede ni siquiera controlar a sus jueces porque la legitimidad de éstos últimos, si bien es cierto, tiene sus orígenes en la soberanía popular, se consolida con el ejercicio justo del poder jurisdiccional.²⁴

Por otra parte, la democracia política hoy en día no puede pretender establecer los baremos para cristalizar el prestigio o autoridad moral del juez, mediante la observancia de modelos políticos de conducta superados,²⁵ tales como el juez militar (modelo bonapartista), el juez servidor de la patria (modelo prusiano), los *fürherprinzip* (modelo fascista) o el juez sacerdote que defendía con su balanza el Estado cristiano absoluto al mejor estilo medieval, por más que la autoridad papal lo reclame como el mejor de los remedios ético-judiciales.²⁶

Las razones esgrimidas nos obligan al desprendimiento absoluto acerca de la idea de constituir a la política como ese elemento que sirve de criterio para justificar, no la decisión judicial implícitamente, sino ese por qué en la selección del camino interpretativo que finalmente se convirtió en sentencia. Es más, tal ha sido el grado de rechazo hacia esta postura que ni siquiera los funcionarios administrativos pueden ajustar las decisiones interpretativas que se toman en los procedimientos administrativos sustanciados, bajo una matriz de tipo política, so pena

²³ Ferrari, Vincenzo: *Funciones del Derecho*. (Traducción de María José Añón Roig). Madrid, Editorial Debate (1989) p. 201. Vale también la pena destacar la obra de O. Kirchheimer: *Political Justice*. Princeton, Princeton University Press (1961). En la obra, se explicita los atropellos cometidos por la Justicia política.

²⁴ Gimeno Sendra, Vicente. *El control de los jueces por la sociedad*. En: *Revista del Poder Judicial*. Madrid, Consejo de la Magistratura, N° 47 IV (1997) p. 37.

²⁵ Gimeno Sendra, Vicente: *Ob. Cit.*, pp. 40-41.

²⁶ El planteamiento es evidente en la Carta Encíclica *Immortale Dei* de León XIII. Roma, ASS 17 (1885) pp. 161-180.

de estar viciado dicho acto administrativo o providencia por desviación de intenciones.²⁷

1.1 MORAL Y DECISIÓN INTERPRETATIVA

Descartado el móvil político por ser dentro de la sociedad del Estado Democrático y Social de Derecho, un factor deslegitimador del mismo, siguiendo a Habermas,²⁸ y manteniendo la explicación de Kelsen; el otro elemento de discernimiento sería *la moral*. A simple vista la moral parece ser más aceptada por la teoría de la interpretación jurídica. Sin embargo, el alivio es apenas pasajero debido a una notoria tensión histórica entre la moral y el Derecho, que a pesar de tener una base común de indeterminación entre uno y otro,²⁹ o bien, porque en sí cualquier estudio sobre tópicos precisos del Derecho también representa intrínsecamente un abordaje sobre sus problemas morales;³⁰ la conexión interpretativa entre ambos puede resultar más difícil³¹ o incluso más inconveniente que el criterio político.

Ciertamente en cualquier proceso interpretativo del Derecho del cual echa mano el juez, la moral estará presente de manera interna como dice Fuller,³² mas, sin embargo, vale destacar que la moral termina siendo un pésimo criterio para la escogencia de la decisión interpretativa (sin que esto sea una confesión abierta hacia el positivismo jurídico) sino porque la moral tiene una función determinada, susceptible de ser manipulada por cosmovisiones religiosas extremas.

²⁷ Una revisión sobre el problema desde el punto de vista de la intención interpretativa Cfr. Linfante Vidal, Isabel: *Interpretación y modelos de Derecho. Sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica*. En: *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, Universidad de Alicante, N° 22 (1999) pp. 171-193.

²⁸ Habermas, Jürgen: *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Barcelona, Editorial Paidós (1991) p. 143.

²⁹ Garzón Valdés, Ernesto: *Derecho y moral*. En: *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*. Madrid, Editorial Trota, BOE y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Vol. 11: *El Derecho y la Justicia* (1996) p. 397.

³⁰ Lyons, David: *Ética y Derecho*. (Traducción de Monserrat Serra Ramoneda). Barcelona, Editorial Ariel (1989) p. 18.

³¹ Nino, Carlos S.: *Derecho, moral y política*. Barcelona, Editorial Ariel (1994) p. 84.

³² Fuller, Lon: *La moral del Derecho*. México D.F., Editorial Trillas (1967) pp. 51-54.

La moral ha estado presente en todos los estadios evolutivos del Derecho contribuyendo enormemente en la confección de la legislación³³ que será aplicada por el juzgador. Desde las primigenias tesis de la equivalencia entre la moral y el fenómeno jurídico (Agustín de Hipona y Francisco Suárez) con sus gradaciones teóricas (Santo Tomás de Aquino) hasta las que defienden la separación absoluta (Thomassio), la moralidad ha jugado un papel crítico en lo que respecta a la interpretación de Derecho³⁴ por la inclusión de elementos metalegislativos valóricos que la reconducen³⁵ y la orientan hacia un camino determinado.

En la reconducción interpretativa se introduce la axiología jurídica no contemplada por la dogmática descriptiva. Valores que a pesar de la ambigüedad presente en el propio término,³⁶ moldeará la concepción de aplicabilidad de la norma, sea hacia una orientación eminentemente formalista (legalidad legitimada),³⁷ realista (legalidad complementada)³⁸ o naturalista (legalidad de estándares morales).³⁹

De esta manera, la experiencia jurídica –para el pensar de Pérez Luño– parece resistirse a cualquier intento teórico tendente a independizar cada uno de los sectores normativos con la conducta práctica guiada por un modelo moral.⁴⁰ Por depurados que puedan parecer –prosigue el autor– estos marcos conceptuales dirigidos a clarificar la separación; por elaborada que sean las *acciones finium regundorum* demarcadoras de

³³ Fuller, Lon: *Ob. Cit.*, p. 53.

³⁴ Garzón Valdés, Ernesto: *Ob. Cit.*, p. 404.

³⁵ Mengoni, Luigi: *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Milán, Giuffrè Editore (1996) p. 39.

³⁶ Méndez, José María: *El conocimiento axiológico*. En: *Revista Agustiniiana*. Madrid, OAR N° 110 (1995) pp. 361-362.

³⁷ Para el criterio formalista, la moral no puede ser considerada ni siquiera como una mera referencia, ya que sólo las normas dictadas por las autoridades legítimas son las únicas que consideran cuál es el criterio que debe emplear el juez para escoger la decisión interpretativa.

³⁸ El criterio realista va más allá porque autoriza de plano la posibilidad de echarle mano a otros criterios para resolver el dilema de la encrucijada interpretativa. Sin embargo, la visión queda corta porque necesariamente para que proceda este mecanismo, siempre deberá existir una norma formal que lo autorice.

³⁹ Sobre el criterio naturalista, el estándar moral se transforma como elemento central de la aplicación del Derecho, debiendo ser siempre tenidas en cuenta al resolver las controversias pendientes en la decisión. Para esta concepción, la moral se transforma en una especie de *invitado obligatorio* dentro del proceso interpretativo.

⁴⁰ Pérez-Luño, Antonio Enrique: *Teoría del Derecho*. Madrid, Editorial Tecnos (1997) p. 106.

sus respectivos ámbitos, la experiencia jurídica parece empeñada en recordar y religar la unidad originaria de la conducta práctica entre el Derecho, la moral y la política.⁴¹

Aquí es donde precisamente comienza nuestro *vía crucis*, porque si bien la moral pudo haber estado en otros tiempos circunscrita a una visión unitaria, con la modernidad ésta se quiebra, transformando nuestro mundo contemporáneo en un gigantesco supermercado moral donde cada cual se sirve de lo que guste, algo así como una moral a la *pret à porter*, que en definitiva, es propiamente la crisis global profunda de valores morales.⁴²

Frente al relativismo moral, el Derecho se hace vulnerable de ser asaltado por ciertos modelos maximizados de moralidad (*vgr.* la moral talibana o el fundamentalismo protestante, católico, ortodoxo, etc.) donde se premie la adhesión a ciertos valores autoritarios que fijen los criterios por el cual se entiende que una conducta moral es adecuada y cuál no es, negándose de plano cualquier cometido liberador del Derecho.⁴³

En segundo lugar, darle autoridad a la moral para que fije el compás de la marcha ante la encrucijada legada por el proceso interpretativo, deja abierta la posibilidad de esclavizar al juez dentro de la prisión o libertad de sus prejuicios morales. Principios que devienen de su propio origen social, de su concepción sobre valores como parte de un grupo con características que no son compartidas dentro de una sociedad abiertamente plural al mejor estilo de Karl Popper,⁴⁴ y por sobre todo, su percepción de lo jurídicamente justo.

Esto es tan real que muchas de las valoraciones que realiza el juez pueden incluso llevarlo hacia otras subencrucijadas provenientes de la

⁴¹ Pérez Luño, Antonio Enrique: *Ob. Cit.*, p. 107.

⁴² Vidal, Marciano: *La ética civil y la moral cristiana*. Madrid, Editorial San Pablo (1995) pp. 29-37.

⁴³ Brieskorn, Norbert: *Ob. Cit.*, p. 35.

⁴⁴ Popper, Karl: *Sociedad Abierta, universo abierto. Conversaciones con Franz Kreuzer*. Madrid, Editorial Tecnos (1992) pp. 21 y ss.

interpretación, trayendo como consecuencia, en el peor de los casos, contradicciones morales⁴⁵ entre aquella que profese el juez, la que traiga implícita la norma, la que expongan las partes procesales y la fijada como moral pública procesal. Ante esto no cabe duda que se le agrega a la moral otra desventaja cualitativa que pesa justo al momento de la elección.

En tercer lugar, si partimos del análisis propio de la definición de la moral, entendida ésta como aquella ciencia que trata sobre el bien de las acciones humanas referida a la vida moral,⁴⁶ es irrefutable que busque de por sí establecer cánones sobre qué es lo moralmente bueno y qué es lo moralmente malo dentro del universo de la voluntad racional humana, imponiéndose así el hecho moral como un dato espontáneo de la objetividad.⁴⁷ Bajo estas coordenadas la moral se convierte, junto al Derecho, como uno de los órdenes normativos de la conducta humana que al asumir vertientes específicas rompen con las fronteras entre ambos.

Si esto así, entonces, cada juez al decidir lo hace desde su fuero interno, es decir, desde una voluntad que formalmente se controla con la legalidad, pero que sustancialmente difiere y oscila entre polos opuestos. Quizá por esta razón los juristas modernos⁴⁸ quisieron separar la moral del Derecho, pues vista desde este ángulo, representa un peligro para la garantía de objetividad que promete una sociedad jurídicamente igualitaria y libertaria.

Una moral determinada que dirija la actividad interpretativa del juez, más que una eficiente herramienta, representa un arma de doble filo para quien deba aplicar el Derecho, hasta el punto de involucionar la administración

⁴⁵ Larenz, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho*. (Traducción de Marcelino Rodríguez Molinero). Barcelona, Editorial Ariel (1994) p. 334.

⁴⁶ Vidal, Marciano: *Ob. Cit.*, p. 11-12.

⁴⁷ Vidal, Marciano: *Ob. Cit.*, p. 13.

⁴⁸ Carlos Massini caracteriza al Derecho de la modernidad como una ciencia jurídica autosuficiente, racionalista, sistemático-deductiva, normativista, individualista y afinalística. *Cfr.* Massini, Carlos Ignacio: *La desintegración del pensar jurídico en la edad moderna*. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot (1980) pp. 10-59.

de justicia hacia estadios históricamente superados. Una moral potencializada terminaría por transformar cualquier Corte Suprema de Justicia occidental en un gran Sanedrín al mejor estilo del fariseísmo judaico, o en aquellos tribunales medievales que condenaban animales luego de un proceso controvertido donde estos peculiares acusados tenían defensa y parte fiscal. *¿Scilicet ut vellem curvo dinoscere rectum?*⁴⁹

Por todos estos considerandos quedan explicadas las razones por las cuales preferimos hablar de una ética de la interpretación jurídica y no una moral de interpretación. Por otra parte, a pesar de que la moral y la ética son en sí conceptos con la misma significación,⁵⁰ históricamente se han utilizado para precisar ámbitos de aplicación especial.⁵¹

1.2 LA ÉTICA: UN CONCEPTO DE DIFÍCIL PRECISIÓN

Abordar conceptualmente a la ética de una manera apriorística puede ser no muy enriquecedor, tal como afirma José Luis Aranguren en su clásico tratado de ética.⁵² Para aproximarnos debemos precisar las dimensiones que puede encerrar dicho concepto, lo cual se maximiza cuando nos movemos dentro de uno de los más sintagmáticos y que más enfrentamientos han provocado a lo largo de la historia.

Este último dato resulta curioso, pues si echamos un vistazo a la etimología de las palabras encontraremos que el término moral deviene de una interpretación lingüística al término ética acuñada por los griegos.⁵³

⁴⁹ Horacio: *Epistolae*. II, 2. vv. 43-5.

⁵⁰ Fernández, Aurelio: *Teología moral*. Burgos, Editorial Aldecoa, Vol I: *Moral fundamental* (1997) p. 48.

⁵¹ Por ejemplo, la palabra ética se reservó para la ciencia filosófica, mientras que con el término moral se denominaron a las éticas religiosas. Fernández, Aurelio: *Ob. Cit.*, p. 51.

⁵² Aranguren, José Luis: *Ética*. Madrid, Editorial Alianza (1985) p. 20.

⁵³ Dos pasajes cuentan lo suficiente para sustentar esta afirmación. El primero de ellos es Cicerón que dirá: "Quia pertinet ad mores, quos ethos illi vocant, nos eam partem philosophiae de moribus appellare solemus, sed decet augentem linguam Latinam nominare *moralem*" Cicerón. *De fato*, I, 1. El segundo ejemplo lo encontramos en las Instituciones de Quintiliano en donde se introduce el término ética: "Pars illa ethica moralis est dicta". Quintiliano: *Institutiones* 6, 2, 8, cap. I.

Con el devenir del tiempo, la filosofía hará lo imposible para diferenciar a la ética de la moral, siendo su expresión más extrema en Hegel.⁵⁴

Etimológicamente, la palabra *ética* según explica Aranguren,⁵⁵ procede del vocablo *ethos* el cual posee dos connotaciones fundamentales de las cuales se servirá el concepto contemporáneo de la ética, siendo así:

A. Residencia, morada.

B. El pensar que afirma la morada.

Al hablar de la morada, las etimologías invitan a pensar sobre cierto análisis referido a la actividad humana frente a lo que rodea. Marciano Vidal, comenzará por establecer que la ética consiste fundamentalmente en una pregunta de doble vertiente:⁵⁶ ¿Qué es lo bueno? (polaridad objetiva) y ¿Qué debo hacer? (polaridad subjetiva) para realizar la bondad objetiva.

La ética será entonces *la reflexión sobre la vida moral*, es decir, todo el conjunto de discernimientos racionales sobre el destino y uso de nuestra libertad, que intenta averiguar cómo vivir mejor.⁵⁷ Sin embargo, esa búsqueda no se realiza por las sendas del utilitarismo, sino que se esfuerza por la necesaria responsabilidad que exige cualquier acto humano,⁵⁸ por más insignificante que parezca. De allí el por qué se dificulte una precisión quirúrgica del concepto de la ética.

El objeto material de la ética partiendo de la aproximación conceptual reseñada, serán los actos humanos analizados desde su dimensión moral, lo cual implica que la ética no prescribe de modo inmediato lo que dichos actos deben hacer,⁵⁹ sino cuáles serían las consecuencias en el

⁵⁴ Vial Larraín, Juan de Dios: *Filosofía Moral*. Santiago de Chile, Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Chile (2000) p. 7.

⁵⁵ Aranguren, José Luis: *Ob. Cit.*, p. 21.

⁵⁶ Vidal, Marciano: *Ob. Cit.*, p. 11.

⁵⁷ Savater, Fernando: *Ética para Amador*. Barcelona, Editorial Ariel (1992) p. 76.

⁵⁸ Gómez Barboza, Paulina: *El hecho de la ética en el ejercicio de la función judicial*. En: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Valparaíso, Asociación Chilena de Filosofía del Derecho (1998) p. 85.

⁵⁹ Cortina, Adela: *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*. Madrid, Editorial Tecnos (2000) p. 29.

caso de materializarse a la vida real. El objeto formal de la ética, por el contrario, es revisar la forma de moralidad sin que la ética introduzca nuevos contenidos morales, esto se traduce en que debe abocarse por proporcionar aquel procedimiento lógico que permita discernir cuándo un contenido conviene a la forma moral.⁶⁰

Cortina representa gráficamente en dos preguntas que expresan todo el universo de la preocupación ética. En primer lugar, el cuestionamiento por el bien positivo, en donde la interrogante ¿qué podemos hacer para ser felices? ronda la reflexión central del sujeto moral. El segundo cuestionamiento es por el sustento indispensable del bien positivo sobre el ¿qué debemos hacer para que cada hombre se encuentre en situación de lograr su felicidad?⁶¹

Con el desarrollo filosófico, hoy en día el eje de la reflexión ética se ha desplazado hacia la conjugación de la felicidad y el deber, conjugación que se estructura por medio del diálogo y que ha tomado carta de naturaleza, según Apel, bajo el rótulo de la ética discursiva⁶² donde el lugar del imperativo categórico pasa a estar ocupado por el procedimiento de la argumentación moral.⁶³ Este desplazamiento será decisivo para la justificación de una ética de la interpretación jurídica, hasta el punto que autores como Gianni Vattimo afirmen que la hermenéutica tiene una marcada vocación de convertirse en ética.⁶⁴

Recogiendo las ideas anteriores, Adela Cortina encierra en un binomio las tareas de la ética del siglo XXI que serán entonces:

A. Ocuparse de lo moral en su especificidad, sin limitarse a una moral determinada.⁶⁵

B. Trabajar la reflexión filosófica de la moral.⁶⁶

⁶⁰ Cortina, Adela: *Ob. Cit.*, p. 63.

⁶¹ Cortina, Adela: *Ob. Cit.*, p. 39.

⁶² Apel, Karl-Otto: *Teoría de la verdad y ética del discurso*. (Traducción de Norberto Smilg). Barcelona, Editorial Paidós (1995) p. 147.

⁶³ Habermas, Jürgen: *Aclaraciones a la ética del discurso*. Madrid, Editorial Trotta (2000) p. 16.

⁶⁴ Vattimo, Gianni: *Ética de la interpretación*. Barcelona, Editorial Paidós (1991) p. 205.

⁶⁵ Cortina, Adela: *Ob. Cit.*, p. 31.

⁶⁶ Cortina, Adela: *Ob. Cit.*, p. 32.

Las tareas éticas se encuadran mucho mejor con la objetividad e imparcialidad que debe demostrar el juez en el momento de concebir su decisión interpretativa. Primero, porque a diferencia de la moral, actúa sobre la especificidad de la vida civil y no en los predios teológicos. Permite un discernimiento más seguro sobre la posición moral que asume un juez frente al caso concreto, sin que deba inclinarse sobre un modelo moral predeterminado. Segundo, porque al trabajar la reflexión filosófica constante de la moral, puede el juez calibrar nítidamente los estándares morales que encierra determinada causa, sobre todo en lo que respecta a la argumentación ofrecida por las partes, los precedentes judiciales, e incluso, bajo los que él mismo dirige su enfoque particular del caso.

La reflexión ética proporciona dentro del proceso interpretativo aquello que Rodríguez Grez llama la coherencia axiológica.⁶⁷ Esto es así porque el resultado interpretativo que termina siendo la sentencia final tan blasonada por Kelsen, debe asociarse más a la finalidad por la cual se ha concebido la norma o la costumbre jurídica, evitándose lo más posible las angustiantes crisis de la conciencia jurídica que la propia dogmática provoca y que no puede afrontar por sí misma.⁶⁸

1.3 FUNCIONES Y DIMENSIONES DE LA ÉTICA.

Siendo coherentes con las aproximaciones conceptuales, las funciones de la ética serán de un cariz crítica y simultáneamente utópica.⁶⁹ De la función crítica, el discurso ético detecta, desenmascara y pondera las realizaciones inauténticas de la realidad humana, de todo aquello que no se corresponda con un modelo de moral predeterminada.

Mediante la segunda función, la ética se proyecta y configura el ideal normativo de las realizaciones humanas, entregando una idea esperanzadora que lo eleva más alto que el mero tejido de huesos, carnes y nervios. La utopía ética cumple un parangón con el fin de la hermenéutica, ya que ambas trasladan los datos reales conocidos e históricos en

⁶⁷ Rodríguez Grez, Pablo: *Ob. Cit.*, p. 106.

⁶⁸ Áscoli, Max: *La interpretación de las leyes*. Buenos Aires, Editorial Losada (1947) p. 26.

⁶⁹ Vidal, Marciano: *Ob. Cit.*, p. 16.

modelos abstractos, para que luego sean aplicados a casos posteriores dentro de una especie de círculo autoalimentable.

El intérprete debe tener muy claras estas funciones para así tratar de evitar la multiplicidad de proyectos de soluciones interpretativas estériles, no porque ajuste o fuerce la interpretación, sino porque las funciones éticas le permiten como sujeto moral el que pueda reconstruir cualitativamente el fin por el cual procedió a interpretar,⁷⁰ sin que se vea amenazado por la subjetividad de una moral determinada.

Trasladándonos al plano dimensional de la ética, la doctrina ética contemporánea concibe su semblante *objetiva*, como aquella que indica la construcción o destrucción normativa de la realidad humana,⁷¹ estableciendo o determinando lo que es lo bueno de esa realidad humana.⁷² Marciano Vidal afirma que cuando el discurso ético da prevalencia a este polo objetivo, entonces aparece un discurso ético con un talante eminentemente colectivista, institucionalista o estructuralista que no toma en cuenta el valor del sujeto como ser libre.

La dimensión restante es la *subjetiva*. Esta refleja el grado de coherencia o incoherencia del sujeto humano responsable con los patrones objetivos,⁷³ preguntándose ¿qué es lo que debe hacerse para realizar la bondad objetiva?⁷⁴ Cuando la ética insiste en el polo subjetivo de la dimensión moral, surge entonces un discurso ético de signo *individualista* (donde se mide la responsabilidad de los sujetos individualmente considerados sin tener en cuenta el carácter colectivo de las decisiones responsables), o por el contrario uno de corte *voluntarista*, donde el discurso ético se fija exclusivamente en la dimensión moral de los actos o de las voluntades (intenciones) de los sujetos, sin tener en cuenta las implicaciones morales de las instituciones y de las estructuras.

⁷⁰ Vega Benayas, Carlos de la: *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código Civil*. Madrid, Editorial Civitas (1976) p. 118.

⁷¹ Vidal, Marciano: *Ob. Cit.*, p. 15.

⁷² Gómez Barboza, Paulina: *Ob. Cit.*, p. 87.

⁷³ Vidal, Marciano: *Ob. Cit.*, p. 15.

⁷⁴ Gómez Barboza, Paulina: *Ob. Cit.*, pp. 87-88

La auténtica ética es aquella que integra en una síntesis dialéctica la responsabilidad tanto individual como colectiva, y en efecto, tanto actual como institucional y estructural de las decisiones responsables. Esta advertencia debe tenerse en cuenta siempre que estemos hablando de una ética de la interpretación jurídica, porque de asumir el aplicador de la norma una de las desviaciones expuestas, se corre el peligro de contaminar la ética y echarla a perder como criterio guía para la decisión interpretativa.

Si hacemos un ejercicio mental, imaginémonos un juez que se encuentra frente a un dilema que le ofrece tres posibles soluciones jurídicamente válidas. Ese juez es imparcial, no está inclinado hacia ninguna de las partes y no muestra una preferencia doctrinal fuerte sobre el posible enfoque de la sentencia. Es el juez ideal que prescriben los códigos de ética judiciales.⁷⁵ Una vez que discierne la situación en que se encuentra se deja llevar por una visión ética que priva el carácter individualista de la responsabilidad asumiendo la hipótesis que plantea Derrida sobre la función del juez en la tierra.⁷⁶

La decisión judicial, si está circunscrita al juzgamiento de un hecho punible, es previsible que la sentencia, en caso de demostrarse la culpabilidad del imputado, sea aplicada con una severidad inflexible porque el comportamiento delictuoso del condenado refleja un grado de perversión intrínseca dentro de él. Bajo este modelo, el juez poco le importa si en la autonomasia del yo, se encuentra también inserta la alteridad del otro.⁷⁷

2. LA ÉTICA JURÍDICA COMO ANTECEDENTE LÓGICO DE LA ÉTICA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

La ética no se queda en el plano de la reflexión general de los actos humanos. Ella, con el pasar del tiempo, ha estructurado un patrimonio cognoscitivo originado de situaciones, reglas o disciplinas específicas.

⁷⁵ González, Paulino: *Deontología jurídica*. San Cristóbal, Universidad Católica del Táchira (1997) pp. 23-28.

⁷⁶ Derrida, Jacques: *Force de loi*. París, Éditions Galilée (1994) pp. 52-53.

⁷⁷ Aranguren, José Luis: *El Yo, el sí mismo, el otro y El Otros*. En: *Revista de Occidente*. Madrid, Fundación Ortega y Gasset, N° 140 (1993) p. 10.

Así, nacen las éticas con predicados como la ética de las conflictividades, éticas aplicadas, éticas discursivas, etc.

El fenómeno jurídico tampoco escapa de los suaves tentáculos éticos, hasta el punto de que entre ambos se gestan particulares simbiosis que humanizan al Derecho por un lado, y por el otro le concede a la ética el apoyo suficiente para que pueda realizar su quehacer,⁷⁸ sin que sea señalada como una disciplina ingenua.

La ética jurídica, está encaminada fundamentalmente para reflexionar acerca del ejercicio del poder jurídico por sus operarios naturales (jueces, funcionarios, abogados litigantes, etc.).⁷⁹ Cuando se concreta en cada uno de los actores que trabajan con el Derecho, la ética jurídica se transforma en ética judicial, ética del ejercicio de la profesión del abogado, ética del legislador, etc.

Por la especificidad del tema nos detendremos en la llamada ética judicial, que según la definición de Gómez Barboza,

es la actitud de las personas que ejercen la función judicial que, en la búsqueda de lo que es bueno para la vida del hombre y de lo que cada uno de ellos debe hacer para realizarlo, permanentemente armonizan sus actos individuales con las estructuras e instituciones y, por lo mismo, concatenan su responsabilidad individual en la determinación y realización de lo bueno, con la responsabilidad de los órganos colectivos de decisión en la misma tarea.⁸⁰

Asumiendo que es posible aceptar conceptualmente una ética judicial identificable y aislable, no cabe duda que le corresponde jugar un papel mucho más activo que sus pares de otras profesiones. En el ejercicio de la función judicial, prosigue Gómez Barboza, los magistrados pueden encontrarse con más de un tipo de problema ético⁸¹ como por ejemplo, los conflictos que se suscitan por la existencia de diversos preceptos

⁷⁸ Peces-Barba Martínez, Gregorio: *Ética, política y Derecho. El paradigma de la modernidad*. En: *Revista de Derecho Público*. Santiago de Chile, Universidad de Chile, Vol. 61 (1998) p. 107.

⁷⁹ Gómez Barboza, Paulina: *Ob. Cit.*, p. 92.

⁸⁰ Gómez Barboza, Paulina: *Ob. Cit.*, p. 94.

⁸¹ Gómez Barboza, Paulina: *Ob. Cit.*, pp. 94-95.

entre lo que la legalidad y el bloque normativo ordena al juez y lo que le prescribe la conciencia por aplicar un Derecho justo,⁸² en razón de sus convicciones filosóficas, morales en el sentido estricto del término, religiosas o políticas. No en vano, Alejandro Nieto García afirmara que el decidirse a hacer justicia es, por tanto, una cuestión rigurosamente personal del juez pues éste no suele ser sensible a la lastimosa realidad de que hacer justicia consiste en la aplicación correcta de la ley, tal y como le ha enseñado su formación universitaria tradicional.⁸³

La ética judicial a simple vista denota un trabajo extra que se torna cada día más difícil por la propia modificación de la mismísima ética. No nos parece que sea la ética judicial una especie de mandatos que fije exclusivamente los límites naturales del poder judicial, como lo ha reseñado Hodson,⁸⁴ sino que va más allá, y cuyo sustrato se concentra propiamente en ayudar a resolver los dilemas interpretativos a los que se ven sometidos los jueces, estableciendo ese norte de guía que tanto reclama Werner Goldschmidt.⁸⁵

Asumiendo de antemano que la ética judicial será una ética de la interpretación, Barboza plantea que la tensión central será entre el deber de administrar justicia, entendida por ella como el paradigma de lo bueno en el ejercicio de la función judicial,⁸⁶ y el deber de legalidad heredado de la ilustración, y que simplemente se entiende como el deber de acatar el texto de la ley como fuente del Derecho y como objetivación positiva de lo bueno.

Apartándonos del criterio de Gómez, nos parece que la tensión Justicia-Legalidad pudo haber sido en un tiempo el problema central de la ética judicial, especialmente durante la vigencia del Estado de Legalidad⁸⁷ al más puro positivismo normativista.

⁸² Larenz Karl: *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. (Traducción de Luis Diez-Picazo). Madrid, Editorial Civitas (1993) p. 21.

⁸³ Nieto García, Alejandro: *Balada de la Justicia y la Ley*. Madrid, Editorial Trotta (2002) p. 248.

⁸⁴ Hodson, John D: *The ethics of legal coercion*. Boston, D. Reidel Publishing Company (1983) pp. 15-31.

⁸⁵ Goldschmidt, Werner: *Justicia y Verdad*. Buenos Aires, Editorial la Ley (1978) p. 227.

⁸⁶ Gómez Barboza, Paulina: *Ob. Cit.*, p. 95.

⁸⁷ Un estudio detallado sobre el Estado de Legalidad como expresión de la modernidad jurídica primitiva, lo encontramos en García-Pelayo, Manuel: *El Estado legal y Estado constitucional de Derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (1991) pp. 17-56.

Superada la tesis del Estado de Legalidad por el Estado Constitucional de Derecho,⁸⁸ llamado por García De Enterría “Estado Material de Derecho”,⁸⁹ a nuestro juicio, la ética judicial, si bien continúa atendiendo particularidades como el comportamiento de los jueces frente a las influencias indebidas de juzgamiento como la amistad con las partes, la dádiva, la presión social, o más recientemente con el fenómeno de la globalización, la presión de la autodenominada Justicia mediática;⁹⁰ el *quid* fundamental de la ética judicial, será reflexionar acerca de la *eticidad de la decisión interpretativa*.

La eticidad de la decisión interpretativa coadyuvará en que la decisión a la cual llega el juez por medio de razonamientos, sea una decisión justificable frente a la pluralidad de valoraciones que concibe la sociedad contemporánea sin caer en el peligro del relativismo moral o la dudosa e inconclusa tesis de la ética mundial⁹¹ que apenas asoma sus pretensiones. Esa decisión justificable lo debe ser, aceptando la salida que propone Wróblewsky, tanto en lo que significa que podría justificarse identificando los argumentos que lo sustentan (justificación interna) como buenas razones y los razonamientos justificativos como razonamientos apropiados (justificación externa).⁹²

Con la postura que asomamos en los razonamientos anteriores, la ética judicial debe esforzarse por reflexionar las formas de las cuales se servirá el juez para escoger en su soledad la solución interpretativa más justificable, para así desembocar en todo el sistema y crear el ideal de la jurisprudencia ética, propuesta hace algunos años por George Nakhnikian.⁹³

⁸⁸ Sobre el concepto y desarrollo del Estado Constitucional de Derecho, Cfr: Lejarza, Jacqueline y Ortiz-Álvarez, Luis: *Constituciones Latinoamericanas*. Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (1997) pp. 9-87.

⁸⁹ García De Enterría, Eduardo: *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*. Madrid, Editorial Civitas (1984) p. 103.

⁹⁰ Garapón, Antoine: *Juez y Democracia*. (Traducción de Manuel Escrivá de Romani). Madrid, Ediciones Flor del Viento (1997) p. 72.

⁹¹ “(...) La ética mundial, en palabras de sus principales fomentadores, no es una pretensión de sustituir la suprema ética de cada una de las religiones por una especie de minimalismo ético. Es un consenso básico mínimo relativo a valores vinculantes, criterios inalterables y actitudes morales fundamentales (...)”. Cfr: Küng, Hans y Kuschel, Karl Josef. *Hacia una ética mundial*. (Traducción de Agustín Serrano de Haro). Madrid, Editorial Trotta (1994) pp. 9-20.

⁹² Wróblewsky, Jerzy: *Ob. Cit.*, p. 57.

⁹³ Nakhnikian, George: *El Derecho y las teorías éticas contemporáneas*. Buenos Aires, Centro Editor de América Latina (1968) p. 7.

Otras de las razones por las cuales objetamos la tesis de que la ética judicial se centre en el paradigma tensional entre Legalidad y Justicia, es precisamente porque es uno de los tantos paradigmas ético-judiciales que se han diseñado a lo largo de la historia de la interpretación jurídica aplicada por los jueces, tales como la decena que señalamos cuando citamos a Rodolfo Vigo.

Ante la pluralidad de paradigmas, vale cuestionar por qué sólo atiende al dogmático-racionalista, cuando perfectamente puede tomarse el herculeano o cualquiera de los señalados. Metodológicamente, nos parece inapropiado que se asuma el prisma paradigmático para establecer el quehacer de la ética judicial, porque indudablemente nos llevaría a una situación de mayor inestabilidad ética, por decirlo así, ya que dentro de un poder judicial de cualquiera de nuestros países, se encontrará con jueces que inclinen su parecer hacia uno determinado, totalmente antagónico con el aceptado por sus pares.

Ante la dispersión de energías que puede resultar de una ética judicial más afincada sobre la interpretación y argumentación, se podría plantear el regreso triunfal hacia la ética judicial clásica, la deontología que subyace propiamente de la clásica obra de Ángel Osorio sobre los abogados,⁹⁴ pero que en momentos actuales de dificultades y avances en la argumentación, sus planteamientos no suplen las carencias urgentes de criterios para escoger y luego justificar la solución interpretativa victoriosa.

2.1 *LA VISIÓN ÉTICA DE LA DEONTOLOGÍA JURÍDICA CLÁSICA ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN. ¿RETORNO HACIA UN NEOCLASICISMO DEONTOLÓGICO?*

Paradójicamente esta visión de la ética judicial que hemos venido desarrollando a lo largo de estas líneas no ha sido tan del todo pacífica o de avanzada. La modernidad, así como prescribió una teoría de la aplicación del Derecho⁹⁵ (Clásica), también formulará una ética judicial más

⁹⁴ Osorio, Ángel: *El alma de la toga*. Buenos Aires, Ediciones EJE (1978).

⁹⁵ Para una precisión analítica sobre la teoría de la aplicación del Derecho Cfr: Martín Oviedo, José: *Formación y aplicación del Derecho*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos (1972).

apegada al nivel deontológico, que aún ronda en la mayoría de los arquitectos del poder judicial en nuestros países, fomentando una reforma con piezas decimonónicas. Para quienes nos corresponde visualizar el quehacer académico de la ética, basta con echar un vistazo al discurso ético empleado por la persona o institución para ubicarse dentro del plano moral al cual se discute.

La ética judicial clásica es una ética deontológica, que basada en la idea exacerbada de un normativismo, cerró sus filas a favor de defender la legalidad como si se cumpliera el designio ético, olvidando así el ilustrativo pasaje de San Pablo: *La pura letra mata y, en cambio, el espíritu da vida*.⁹⁶

Para la deontología jurídica clásica, el juez al interpretar debía considerar como indispensable, tomar la voluntad literal del legislador⁹⁷ porque se consideraba como un magnífico auxiliar para la interpretación de la ley.⁹⁸ Así, el cuidado de la legalidad será para la deontología clásica el primer deber,⁹⁹ el *primum principium* ético una vez que se ejerciera la magistratura.

Como podemos observar, la ética clásica tenía como objetivo la protección del sistema jurídico moderno soñado por los juristas de la codificación, frente a las posibles desviaciones ideológicas en las que podía incurrir el juez.¹⁰⁰

⁹⁶ Segunda Carta de San Pablo a los Corintios. III, p. 6.

⁹⁷ Salsmans, José: *Deontología jurídica o moral profesional del abogado*. Bilbao, Gráficas Grijelmo (1953) p. 59.

⁹⁸ Salsmans, José: *Ob. Cit.*, p. 60.

⁹⁹ Salsmans, José: *Ob. Cit.*, pp. 256-257.

¹⁰⁰ Expresará Salsmans: "(...) Efectivamente, no le toca al juez imponer su opinión personal por encima de la ley. Únicamente en el caso en que la ley fuese universalmente considerada por las gentes de bien como evidentemente injusta y mala, podría, y en caso de necesidad debería, emplear el juez medios indirectos para evitar una sentencia injusta (...)" Salsmans, José. *Ob. Cit.*, p. 259. El razonamiento de Salsmans puede encontrar fácilmente su fuente dentro del propio tomismo, el cual consideraba que "(...) Mejor es que todas las cosas estén reguladas por la ley que dejarlas al arbitrio de los jueces. En primer lugar, porque es más fácil encontrar unos pocos sabios que basten para instituir leyes justas que los muchos que se requieran para juzgar rectamente en cada caso particular. En segundo lugar, porque los legisladores consideran durante mucho tiempo lo que ha de imponer la Ley, mientras que los juicios de los hechos particulares se forman en casos que ocurren súbitamente y el hombre puede ver más fácilmente lo que es recto después de considerar muchos casos que sólo tras el estudio de uno. Y por último, porque los legisladores juzgan en universal y sobre hechos futuros mientras que los hombres que presiden en los juicios juzgan de asuntos presentes, asuntos en los que están afectados por el amor, el odio o cualquier otra pasión; y así se falsean los juicios (...)" *Summa Theologica*. I-2, Q. 97, a. 3.

Este modelo deontológico potencializó las disputas entre la equidad y la legalidad, como si fuesen dos categorías incompatibles, cada una provenientes de una concepción del Derecho (iusnaturalismo vs positivismo), cuando hoy se entiende que estas concepciones se distinguen y, hasta cierto punto, se contraponen, pero que de por sí no se excluyen.¹⁰¹ De esta manera, para la normatividad más clásica, los problemas hermenéuticos escapan al discurso ético,¹⁰² porque si bien la aplicación era netamente intelectual, no había dilemas o pluralidad de soluciones a las cuales colocaban al juez en problemas de conciencia.

Podemos decir que la ética judicial clásica protegía el dogma de la única solución (unilateralidad interpretativa) al puro estilo del *more geométrico*, imponiéndole al juez un deber de abstención interpretativa. La ética de este tiempo colocará al juzgador en una posición nada feliz, pues la prudencia que los había caracterizado, que le había contribuido para el progreso jurídico, salía del ámbito judicial para instalarse cómodamente en los curules legislativos.

El segundo deber ético que encontramos en la teoría clásica es el acogimiento del *tuciorismo*, según el cual hay que decidir y hacer siempre lo más seguro,¹⁰³ como si el juez fuera un sujeto con un punto de vista inmovilizado y pobre. Esto será rechazado por la deontología contemporánea, que hasta cierto sentido, nos parece que reproduce los cánones de la clásica, pero corrigiendo las posibles antinomias o extravagancias fetichistas hacia la ley. Para la deontología neoclásica, no se desecha el silogismo, porque sigue siendo el nervio de una especie de raciocinio, pero deja de ser el ápice de la lógica.¹⁰⁴ El juez neoclásico deontológico, por así llamarlo, tiene un papel activo y permanente de vigilancia del proceso, como buscador de la verdad, aun cuando las partes no sepan o no quieran descubrirla.¹⁰⁵

¹⁰¹ Díez Alegría, José María: *Ética, Derecho e Historia*. Madrid, Editorial Razón y fe (1963) p. 11.

¹⁰² Díez Alegría, José María: *Ob. Cit.*, p. 13.

¹⁰³ Martínez Val, José María: *Abogacía y Abogados*. Barcelona, Editorial Casa Bosch (1981) p. 190.

¹⁰⁴ Martínez Val, José María: *Ob. Cit.*, p. 155.

¹⁰⁵ Cardoso, Manuel: *La moral en el proceso*. En: AAVV. *Conferencias sobre el nuevo Código de Procedimiento Civil*. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales (1986) p. 186.

Encontramos en los mandamientos de Couture, una tenue aproximación a una especie de neoclasicismo deontológico. En su segunda regla, afirma:

El derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando. El Abogado recibe la confidencia profesional como un caso de angustia humana y lo transforma *en una exposición tan lúcida como su pensamiento se lo permite (...)* El abogado transforma *la vida en lógica* y el juez transforma la lógica en justicia.¹⁰⁶

Nótese que la deontología, clásica y neoclásica, no considera el llamado talante ético de los fallos¹⁰⁷ que perfectamente racionalizaría cualquier contenido moral del Derecho para así establecer cuándo ha actuado una moral determinada que atente contra principios éticos aceptados por todos. Esto es así, porque para la deontología clásica lo importante es preservar la idea de un Derecho moralmente neutral,¹⁰⁸ una verdadera utopía incluso para los que defendieron el legalismo.

El tercer y último de los deberes éticos que impone la deontología clásica es tratar de no tocar el tema de la interpretación, ya que prácticamente se diluyen sus esfuerzos en agotarse por concebir un juez imparcial, que como lo grafica Larenz, no se ha inclinado de antemano por ninguna de las partes y que se sitúa frente a ambas sin ninguna predisposición, dispuesto a no perjudicar ni a favorecer a ninguna de ellas, tratando a todos con el mismo rasero y sin acepción de personas.¹⁰⁹

Aunque es positivo el tratar de reglamentar las conductas del juez *extra processum*, a la deontología clásica y postclásica hay que recalcarles que la función propia de los órganos jurisdiccionales es realizar el Derecho, realización que se materializa gracias a la interpretación. Un adelanto de la deontología clásica ha sido para el caso venezolano la discusión

¹⁰⁶ Couture, Eduardo J.: *Los mandamientos del Abogado*. Buenos Aires, Editorial Depalma (1990) pp. 27-28.

¹⁰⁷ Lyons, David: *Ética y Derecho*. (Traducción de Monserrat Serra Ramoneda). Barcelona, Editorial Ariel (1989) p. 99.

¹⁰⁸ Lyons, David: *Ob. Cit.*, p. 109.

¹⁰⁹ Larenz, Karl: ... *El Derecho justo* ... p. 181.

actual del “*Código de Ética de los Jueces Venezolanos o Juezas Venezolanas*”¹¹⁰ que trae consigo alrededor de 76 artículos con procedimientos disciplinarios, y en donde el Título I, está dedicado a las normas éticas que deben regir al juez en el momento en que aplica el Derecho, como por ejemplo, que “todos los principios éticos deben orientar todos los actos del juez o jueza (Sic), para lograr la confianza pública en su integridad e independencia y en el sistema de justicia”.¹¹¹

Si bien nos parecen cónsonos con una ética equilibrada estos articulados, hubiésemos preferido la solución no legislada, es decir, que la Escuela de la Magistratura, en colaboración activa con las Facultades de Derecho, se avocaran a estructurar toda una nueva concepción ética más allá de la deontología.

Este ejercicio académico coordinado, evitaría que las loables aspiraciones por un poder judicial venezolano más transparente se diluyan como uno de los tantos códigos de ética estatuidos dentro de nuestra profesión. En segundo, porque lamentablemente ninguno de los avances en dichos dispositivos normativos, catalogados de avanzada frente a los que existen en otras latitudes, hayan logrado, siquiera a contribuir para la erradicación de las conductas escandalosas de algunos colegas del foro, incluyendo magistrados abiertamente politizados o por lo menos afectos al oficialismo de turno. De todas maneras, esperemos que continúe la discusión sobre este importante instrumento que bien aplicado, podía ajustar a muchos magistrados bajo el Estado Constitucional de Derecho.

2.2 *EL REGRESO HACIA LA JURISPRUDENCIA. APROXIMACIONES DE LA ÉTICA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA COMO ÉTICA DE LA SITUACIÓN. EL DISCERNIMIENTO ÉTICO INTERPRETATIVO*

El quiebre de la legalidad trajo consigo el quiebre de cualquier salida ética asociada a la pura deontología. Ni siquiera el principismo deonto-

¹¹⁰ El proyecto del Código aludido, puede accederse *in toto* en el *web site* del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. Dirección Ejecutiva de la Magistratura [En línea]. Caracas, 2001. En: <http://www.tsj.gov.ve> [Consulta: 20 de enero de 2002].

¹¹¹ *Código de ética de los Jueces Venezolanos o Juezas Venezolanas*. Artículo 1°

lógico que recoge Carlos Lega,¹¹² tales como la probidad, independencia y decoro profesional, los principios de la diligencia, corrección y desinterés del abogado, o los atinentes a la reserva de información, lealtad procesal y colegialidad, son suficientes como para alcanzar el status de ética de la interpretación jurídica.

No es que sea la ética de la interpretación soberbia como los juristas modernos, sino que por su naturaleza concreta le impiden adecuarse dentro de moldes prefabricados de reglas abstractas al estilo del more geométrico. Por ese motivo, la ética de la interpretación jurídica es mucho mejor apreciada si se somete al criterio procedimental y no sustancial.

Determinada nuestra ética como de carácter procedimental, y desechando de antemano cualquier criterio deontológico que nos devuelva al deductivismo sistemático, la ética de la interpretación jurídica tiene mejor desempeño cuando se ubica al nivel de la decisión concreta, de la antigua prudencia de los magistrados romanos que construía la decisión correcta¹¹³ o las ejemplares construcciones a golpe de sentencias de los magistrados americanos.¹¹⁴ En ambos modelos histórico-judiciales se dará paso al término jurisprudencia. Recordemos que en Roma, los magistrados emitían sentencias no como una simple reproducción de la ley, sino como un intento de llegar hasta la singularidad del conflicto de intereses que se trataba de resolver.¹¹⁵

Si esto es así, entonces fácilmente puede uno intentar de encuadrar aquello que hace el juez, una vez que se encuentra frente a la pluralidad de soluciones, dentro de una mera técnica para la elaboración de la sentencia. Para la teoría de la argumentación, sobre todo la expresada por Wróblewsky, más que un problema moral o ético al que se enfrenta el juez, es propiamente un tema de la discrecionalidad judicial.

¹¹² Lega, Carlos: *Deontología de la profesión de Abogado*. Madrid, Editorial Civitas (1983) pp. 67-179.

¹¹³ Martínez Doral, José María: *La estructura del conocimiento jurídico*. Pamplona, Universidad de Navarra (1963) p. 24.

¹¹⁴ Schwartz, Bernard: *Los diez mejores jueces de la Historia norteamericana*. Madrid, Editorial Civitas (1990) p. 9.

¹¹⁵ Martínez Doral, José María: *Ob. Cit.*, p. 75.

Rentería Díaz, al analizar el controvertido campo de la discrecionalidad judicial, señala que ha sido poca la atención que la literatura jurídica le presta al tema,¹¹⁶ aunque casi todos intuyan que los problemas fundamentales de la interpretación se encuentren allí mismo donde parece que nadie quiere abordar.

La discrecionalidad, a secas, es entendida por la argumentación, como la presencia de dos o más alternativas y la referencia al contexto específico en que se cumple la elección por parte del sujeto.¹¹⁷ En pocas palabras, es el mérito y oportunidad por la cual el juez escoge la decisión. Siguiendo fielmente Rentería a Wróblewsky, la discrecionalidad judicial asume cuatro formas específicas, dependiendo del enfoque por el cual se ubica dentro del proceso interpretativo:

A. La discrecionalidad relativa a la determinación de la validez de la norma que se aplica (lee-way).¹¹⁸

B. La discrecionalidad relativa a la decisión interpretativa, en donde el juez establece el criterio técnico por el cual construye la decisión (decision-maker).¹¹⁹

C. La discrecionalidad relativa a la evidencia de los hechos del caso.¹²⁰

D. La discrecionalidad relativa a la elección de las consecuencias.¹²¹

Ciertamente es clara la distinción conceptual de Wróblewsky entre las diversas formas de discrecionalidad, pero en la praxis termina siendo complejo para el juez, porque ve en cada caso una especie de invasión discrecional, en el cual se hace más difícil decidir, porque con toda seguridad, ni los hechos, ni la selección normativa, ni siquiera los proble-

¹¹⁶ Rentería Díaz, Adrián: *Discrecionalidad Judicial. Nota sobre la Responsabilidad del Juez*. En: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Valparaíso, Asociación Chilena de Filosofía del Derecho (1998) pp. 121-122.

¹¹⁷ Rentería Díaz, Adrián: *Ob. Cit.*, p. 123.

¹¹⁸ Rentería Díaz, Adrián: *Ob. Cit.*, p. 127.

¹¹⁹ Rentería Díaz, Adrián: *Ob. Cit.*, p. 128.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ Rentería Díaz, Adrián: *Ob. Cit.*, p. 129.

mas interpretativos centrales de la causa están netamente separados entre sí como si se trataran de ingredientes de alta gastronomía.

Por esta razón, preferimos alejarnos de una determinada circunscripción logicista al mero concepto de discrecionalidad, ya que en sí no representa ningún dorado metodológico. El momento por el cual, el juez, escoge una solución entre otras que perfectamente son válidas a la luz del Derecho, no es intelectual como lo planteara la doctrina clásica o las correcciones que contemporáneamente operan a favor del retorno.¹²² Es una situación lógico-volitiva porque es innegable que la convicción de la rectitud de la solución acogida es lo determinante para que una resolución judicial sea considerada justa.¹²³

Pero si profundizamos la crítica, más allá de una perspectiva formal,¹²⁴ por la cual nos resulta insuficiente encerrar la selección de la decisión interpretativa en el hueco concepto de la discrecionalidad judicial, es porque precisamente, decir que es el mérito y la oportunidad por la cual el juez escoge entre varias soluciones, nos parece la *petitio principii* a los que nos tiene acostumbrado Kelsen cada vez que asoma una discusión en la que da en el blanco del problema. También, valdría preguntarnos entonces qué se entiende por mérito, y qué es en sí la oportunidad. ¿Cuándo podemos establecer un mérito aceptado?

Simplemente cuando ese momento se contrapone a la luz del juicio ético, es decir, sobre lo que el juez reflexiona como la solución más buena y más cercana a lo que es llamada por algunos como justa, por otros como equitativa. Con el enjuiciamiento ético, puede neutralizarse la capacidad de convicción iuspositivista, del hacer pensar que tales leyes al ser aplicadas son contrarias a las exigencias de las éticas legalistas fundamentales.¹²⁵

¹²² Como es el caso de la reconstrucción operada por Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio. *Análisis lógico y Derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (1991) pp. 303-328.

¹²³ Larnez, Karl: ... *Metodología de la Ciencia* ... p. 346

¹²⁴ Castro Cid, Benito de: *Problemas básicos de Filosofía del Derecho*. Madrid, Editorial Universitas (1997) p. 22.

¹²⁵ Castro Cid, Benito de: *Ob. Cit.*, p. 109.

Por eso queda descartado el que nos agotemos por aceptar el término discrecionalidad judicial, que para precisar fases dentro de la actividad intelectual es más que perfecta, sin embargo, es sustancialmente imprecisa porque deja en aire las preguntas éticas que debe necesariamente hacerse el juez frente a la interpretación que decide adoptar.

3. LA CONCIENCIA MORAL COMO PUNTO DE PARTIDA PARA LA REFLEXIÓN DE LA ÉTICA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Si la discrecionalidad judicial prometía como epistemología solucionar el menudo escollo de la selección interpretativa, notamos que apenas pudo aprobar el examen, dejando en el fondo el mismo descontento inicial.

La decisión interpretativa es un momento insustituible propio de la decisión prudencial.¹²⁶ En ella interviene una sustancia mucho más refinada y de difícil precisión que refuerza los argumentos y que da la intuición suficiente para coadyuvar con la razón, y así, desechar cuáles son los mal formulados o los que nos llevan a soluciones que pueden ser perjudiciales tanto para las partes como para terceros.¹²⁷

La deontología clásica, a nuestro parecer, toca el problema involuntariamente al tratar de explicar las obras del jurista según ciencia y conciencia como principio cuadro o principio marco.¹²⁸

La conciencia moral aparece así en escena, y aunque para autores como García De Enterría no merece mayor trato,¹²⁹ es innegable que juega un papel decisivo, casi radical, justo en el momento de escoger la solución más adecuada.

¹²⁶ Martínez Doral, José María: *Ob. Cit.*, p. 75.

¹²⁷ Lyons, David: *Ob. Cit.*, p. 17.

¹²⁸ Lega, Carlos: *Ob. Cit.*, p. 69.

¹²⁹ “La concepción sustancialista y no formal del Derecho, cuyo punto de penetración, más que una metafísica de la justicia, es una axiomática de la materia legal, se ha encontrado en los principios generales del Derecho, expresión desde luego de una justicia material, pero especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos, y susceptibles, por consiguiente, de una seguridad de funcionamiento y de manejo que se volatilizaría si el lugar tradicional de la ley pretendiese ser sustituido por una abstracta e indeterminada invocación de la justicia, o de la conciencia moral o de la discreción el juez” (subrayado nuestro) *Cfr.* García De Enterría, Eduardo: ... *Reflexiones sobre la ley* ... p. 31.

Pero no es la conciencia moral así como así la que se le presenta al juez como si expeliera de una lámpara mágica al estilo de las mil y una noches, porque de ser así, García De Enterría estaría en lo correcto y por lo tanto, resultaría ocioso escribir las presentes líneas sobre una ética en la interpretación. La conciencia moral es propiamente el núcleo mismo de la naturaleza de la vida moral: *la decisión*. Es la opción que toma una persona de llevar a cabo un acto que asume de tal forma que puede dar cuenta de él ante sí mismo, ante los demás y ante Dios si es creyente.¹³⁰

Aplicada esta realidad al poder judicial, la conciencia moral de por sí no está llamada para justificar una decisión determinada, sino para facilitar la seguridad interna del juez que, indubitadamente, opta entre aquello que se ubica dentro del espectro entre lo sensato y lo que es peligroso del proceso interpretativo. Por eso se dice que cuando la conciencia moral se apaga, se debilita o, lo que es peor, se pervierte, en ese caso ni las mejores legislaciones sirven para nada,¹³¹ a la hora de realizar el Derecho.

Por otro lado, la conciencia moral evita, moviéndonos hacia un campo más pragmático, que el juez se esconda detrás de los subterfugios legalistas o las invocaciones de costumbres grupales a la hora de la elección.¹³² Internamente una conciencia moral desarrollada impediría que la escogencia del juez no sea como tal una adhesión, bien sea hacia las sentencias del Tribunal Supremo del país o bien hacia el tenor de la letra de la ley, dejándose en los fáciles brazos del tuciorismo.

La conciencia moral nos coloca de la manera más fría frente a la realidad de nuestras convicciones valóricas, nos cuestiona cuando dejamos de ser éticos por cualquier motivo, y lo más importante, es el punto de partida de la reflexión ética *in situ*, justo en el momento en que debemos tomar la decisión entre varias opciones que se muestran como válidas, pero que éticamente no son tan equipolentes. En pocas palabras, la conciencia moral hace posible un comportamiento humano responsable.¹³³

¹³⁰ Valadier, Paul: *Elogio de la conciencia*. (Traducción de José M. Vidal). Madrid, Editorial PPC (1994) p. 9.

¹³¹ Valadier, Paul: *Ob. Cit.*, p. 11.

¹³² Valadier, Paul: *Ob. Cit.*, p. 50.

¹³³ Romo, Waldo: *La conciencia moral, mediación personal de la salvación*. En: *Teología y Vida*. Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. XLII (2001) p. 172.

3.1 *EL DISCERNIMIENTO ÉTICO Y LA ÉTICA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA COMO PARTE DE LA LLAMADA ÉTICA EN LA SITUACIÓN*

Gracias a las nociones del punto anterior, podemos desembocar en el cauce final de la ética de la interpretación jurídica: *el discernimiento ético del juez frente a las diversas opciones*.

Por discernimiento ético se *entiende todos aquellos procesos mentales de juicio, por los cuales se percibe y se declara la diferencia que existe entre varias realidades*.¹³⁴ Y precisamente uno de los graves líos del juez, entre soluciones que como dijimos son de plano jurídicamente equipolentes, es percibir las diferencias éticas que muchas veces son sutiles, para luego detectar entre las realidades interpretativas de cada una de las sendas que nos resulten de la aplicación de la norma abstracta.

El discernimiento ético será entonces como una especie de cauce funcional de la conciencia moral y la transforma en algo mucho más secular y no tan abstracto y elevado que parece diluirse en la afasia celestial de nuestro núcleo más secreto y sagrado.¹³⁵ Al conjugarse el discernimiento ético y la conciencia moral, según explica Vidal, se alcanza con plenitud *la estimativa moral*.¹³⁶

La estimativa moral es la captación de los valores éticos a partir de la conciencia moral y mediante el discernimiento. La estimativa moral orienta la decisión ética hacia los valores objetivos. Impide que los compromisos éticos se pierdan en el vacío de un nihilismo situacionista o choquen contra el muro compacto de normas preestablecidas y principios inmovibles.¹³⁷ Con esta noción hemos logrado llegar por fin al sustrato fuerte de nuestra propuesta de una ética de la interpretación jurídica, la

¹³⁴ Vidal, Marciano: *El discernimiento ético*. Madrid, Ediciones Cristiandad (1980) p. 16.

¹³⁵ *Gaudium et Spes* (1965) N° 16.

¹³⁶ Vidal, Marciano: ... *El discernimiento ético* ... p. 24.

¹³⁷ Vidal, Marciano: ... *El discernimiento ético* ... p. 25.

cual consiste en lograr que ella coadyuve al juez para que pueda encontrar la estimativa moral correcta, que equilibre armónicamente la universalización de los valores de una sociedad y la autonomía de la persona para asumirlos.¹³⁸

Pero la estimativa moral también requiere un escenario al cual se integre la realidad, y ese escenario parece estar sugerido por la llamada ética de la situación, que inexplicablemente fue fustigada por la doctrina oficial vaticana en sus orígenes.¹³⁹

El excesivo entusiasmo, apunta Fernández, por la historicidad ha dado paso a una concepción historicista de la existencia humana. Esta interpretación del hombre aplicada a la moral dio como resultado lo que se ha llamado “moral de situación” o ética en la situación.¹⁴⁰ La ética en la situación implica la negación de plano de las normas morales que tuvieran relación vinculante con el comportamiento de la persona¹⁴¹ y defendiendo positivamente la conciencia personal. El único criterio válido, siguiendo la exposición de Romo, para la conducta moral estaría en la situación, sin considerar principios válidos que orientan el obrar humano.¹⁴²

A pesar de ser una innovación dentro del mundo de la moral, se desconoce a ciencia cierta quién ha sido el padre de este enfoque ético. Aurelio Fernández atribuye la paternidad al teólogo protestante E. Griesebach,¹⁴³ así como hace citas a Karl Rahner y sus reparos a esta nueva teología moral.¹⁴⁴

¹³⁸ Peces-Barba Martínez, Gregorio: *Ob. Cit.*, p. 110.

¹³⁹ Congregación del Santo Oficio. *Instrucción sobre la ética de situación contra doctrinam*. Roma, AAS 48 (1956) p. 144.

¹⁴⁰ Fernández, Aurelio: *Ob. Cit.*, p. 561.

¹⁴¹ Romo, Waldo: *Ob. Cit.*, p. 187.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ Griesebach, E.: *Gegenwart. Eine kritische Ethik*. Niemeyer, Halle (1928) p. 608. Bernard Häring en la primera edición alemana de la *Ley de Cristo* escribe: “el protestante Eberardo Griesebach ha construido una ética de situación extremadamente radical”, p. 333.

¹⁴⁴ Rahner, Karl: *Situationsethik und Sündenmystik*. En: *StimmZeit*, N° 145 (1949-1950) pp. 330-342. También en su obra: *Escritos de teología*. Madrid, Editorial Taurus, II (1961) p. 225.

En nuestros días, según se desprende de la abundante literatura a favor y en contra del tema en ciernes,¹⁴⁵ la ética de la situación ha perdido su talante situacionista originaria, negadora de la normatividad y acomodaticia del momento histórico. Este dato es importante en el momento de encuadrar una ética de la interpretación que conduzca hacia la estimativa moral, pues, como parte del mundo jurídico donde existen normas, no puede blasonar el desprendimiento de la legalidad, que para el Derecho, sigue siendo una referencia de suma importancia como forma por la cual se cumple el fin instrumental de la seguridad jurídica.

La ética en la situación corregida, por así decirlo, no niega la validez de los principios y normas morales. Se trata sólo de aterrizar dichas exigencias a la persona que se encuentra en una situación determinada.¹⁴⁶ Si regresamos a nuestro personaje central, el juez, la ética en la situación coadyuvaría para materializar con mayor claridad los puntos propios de la estimativa moral y así encontrarnos con criterios éticos que seguramente facilitarían la escogencia de la decisión interpretativa. Así, esta última quedará justificada, sin recurrir a teorías y demás elementos que yacen en el ambiente propio de la interpretación, como ocurrió alguna vez con la manipulación ideológica del marxismo llamado uso alternativo del Derecho,¹⁴⁷ que resultó ser otra forma de fraude de la izquierda política al Derecho.¹⁴⁸

Recapitulando, la ética en la situación vendría a fungir como el camino, dentro del discurso de la ética interpretativa, que encarna el universo normativo y que toma simultáneamente los condicionamientos y momentos específicos de cada proceso judicial.

¹⁴⁵ P. Lumbreras: *Ethica situationis et doctrina Aquinatis*. En: *Ángel*, N° 35 (1958) pp. 139-158. Alcalá, M. *La ética de situación y Theodor Steinbüchel*. Barcelona, Consejo Superior de Investigaciones Científicas (1963) pp. 324. Schillebeeckx, Edward. *El debate en torno a la ética de situación, en Dios y el Hombre*. Salamanca, Editorial Sígueme (1968) 329-343. Häring, Bernard. *La moral y la persona*. Barcelona, Editorial Herder (1973) pp. 135-156.

¹⁴⁶ Romo, Waldo: *Ob. Cit.*, p. 188.

¹⁴⁷ La expresión aparece por primera vez en la obra colectiva dirigida por Pietro Barcellona. *L'uso alternativo del Diritto*. Roma, Editorial Daterza (1973) II Vol.

¹⁴⁸ González Navarro, Francisco: *De la justicia de los jueces y de otros sintagmas afines*. En: AAVV. *Libro Homenaje a Villar Palasí*. Madrid, Editorial Civitas (1989) p. 533.

La ética de la interpretación jurídica se manifestará en señalar los datos normativos morales que facilite al juez el discernimiento ético de la solución interpretativa, que aunada a las prescripciones de la conciencia moral lo sitúan en lo máspreciado de la estimativa moral. Estimativa moral que navegará con más facilidad dentro del modelo propuesto por la ética en la situación y que ratificará la sentencia de Frosini, para quien la historia del Derecho ha estado ligada a la historia de la interpretación jurídica.¹⁴⁹

¹⁴⁹ Frosini, Vittorio: *La letra y el espíritu de la ley*. Barcelona, Editorial Ariel (1995) p. 75.

